UNIVERSITÉ D'ORLÉANS

ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES DE LA SOCIÉTÉ : TERRITOIRES, ÉCONOMIE, DROIT (SSTED)

Centre de recherche juridique Pothier (CRJP)

THÈSE présentée par :

Marine ZEIMET

soutenue le : **25 juin 2025**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université d'Orléans**

Discipline/Spécialité : Droit privé

Le concept de transparence en droit : essai à la lumière du droit du travail

THÈSE dirigée par :
Mme QUILICHINI Paule — Professeure, Université d'Orléans

THÈSE encadrée par :
Mme LEVANNIER-GOUËL Odile — Maitresse de conférences, Université d'Orléans

RAPPORTEURS :
Mme FOUVET Florence — Professeure, Université Jean Monnet de Saint-Etienne
M. GÉNIAUT Benoît — Professeur, Université de Franche-Comté

PRÉSIDENT DU JURY :
M. MOIZARD Nicolas — Professeur, Université de Strasbourg

JURY :
M. FABRE Alexandre — Professeur, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Mme FOUVET Florence — Professeure, Université Jean Monnet de Saint-Etienne
M. GÉNIAUT Benoît — Professeur, Université de Franche-Comté
Mme LEVANNIER-GOUËL Odile — Maitresse de conférences, Université d'Orléans
M. MOIZARD Nicolas — Professeur, Université de Strasbourg
Mme QUILICHINI Paule — Professeure, Université d'Orléans

L'Université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce document. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

Le présent document est une version modifiée de la thèse soutenue le 25 juin 2025, afin de tenir compte des observations formulées par le jury.

REMERCIEMENTS

Merci à toutes les personnes qui, de près ou de loin, m'ont aidée dans cette aventure. J'aimerais tout particulièrement adresser mes remerciements :

Aux membres du Jury qui ont accepté de juger le résultat de mon voyage ;

Aux membres du laboratoire qui ont accepté de m'écouter, de lire mes travaux ou de me conseiller ;

Aux membres du personnel de la faculté (Clarine, Patricia, Florian…) et de la bibliothèque pour leur gentillesse et leurs sourires ;

À Paule Quilichini, ma directrice de thèse, pour ses remarques pertinentes, pour ses relectures attentives et pour avoir accepté de diriger la thèse d'une doctorante d'une autre section du CNU ;

À mes compagnons de voyage (Sophie, Caroline, Émilie, et bien d'autres) qui ont rendu le périple moins solitaire et bien plus joyeux avec leurs chansons, leur bonne humeur et leur amitié. À vous qui êtes parvenu·es au bout du voyage comme à celles et ceux qui sont en plein dedans ou ont pris un autre chemin : « Bon vent » !

À mes ami·es, Camille, Paul, Camille et tout spécialement, Pierre et Térence. Merci pour toutes ces soirées, tous ces weekends, tous ces jours de fête… qui font partie des meilleurs moments de ma vie ;

À mes grands-parents, à mes parents et à ma sœur : merci de m'avoir tant donné. Je n'en serais pas là sans vous ;

À Alexis, qui m'a soutenue pendant les tempêtes, ô combien nombreuses, qui m'a encouragée quand, saisie de doutes, je ne savais plus comment poursuivre mon chemin ;

Et enfin, à Odile, sans laquelle ce voyage n'aurait jamais été : elle qui m'a non seulement suggéré les terres à explorer et qui m'a guidée tout au long de l'aventure, tout en me laissant suivre ma propre voie. Rares sont les doctorant·es qui ont la chance d'avoir une encadrante aussi dévouée.

À mes proches

SOMMAIRE

PARTIE 1. LA FONCTION INFORMATIVE DE LA TRANSPARENCE

TITRE 1. LA FONCTION INFORMATIVE AU SEIN DE LA TRANSPARENCE

Chapitre 1. Une fonction informative aisément identifiable

Chapitre 2. Une fonction informative mineure

TITRE 2. LA FONCTION INFORMATIVE AU SEIN DU DROIT DU TRAVAIL

Chapitre 1. Une fonction informative parfois écartée

Chapitre 2. Une fonction informative prépondérante

PARTIE 2. LA FONCTION RÉGULATRICE DE LA TRANSPARENCE

TITRE 1. LA FONCTION RÉGULATRICE AU SEIN DE LA TRANSPARENCE

Chapitre 1. Une fonction régulatrice à identifier

Chapitre 2. Une fonction régulatrice majeure

TITRE 2. LA FONCTION RÉGULATRICE AU SEIN DU DROIT DU TRAVAIL

Chapitre 1. Une fonction régulatrice parfois présente

Chapitre 2. Une fonction régulatrice restreinte

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

€	Euros
§	Paragraphe
aff.	Affaire
al.	Alinéa
Ann. Seine	*Annonces de la Seine*
art.	Article(s)
ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BDESE	Base de données économiques, sociales et environnementales
C. com.	Code de commerce
C. trav.	Code du travail
Cah. dr. entrepr.	*Cahiers de droit de l'entreprise*
Cass.	Cour de cassation
CCC	*Contrats, concurrence, consommation*
cf.	Confer
CGV	Conditions générales de vente
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNRTL	Centre national de ressources textuelles et lexicales
Comm.	Commentaire
cons.	Considérant
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
Cons. État	Conseil d'État
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
CSE	Comité social et économique
Dir.	Directive
(Dir.) ou (Dirs)	Sous la direction d'un ou plusieurs auteurs
DIRECCTE	Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
Dr. soc.	*Droit social*
DREETS	Direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités
ex.	Exemple
Ibid.	*Ibidem* (« au même endroit »)
in	Dans
infra	Ci-dessous
JCP E-A	*La semaine juridique – Entreprise et affaires*
JCP S	*La semaine juridique – social*
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	*Les petites affiches*
n°	Numéro
op. cit.	*Opere citato* (« dans l'ouvrage cité »)
Ord.	Ordonnance
p.	Page
pp.	Plage de pages

préc.	Précité
RDP	*Revue du droit public et de la science politique*
RDT	*Revue de droit du travail*
Rec. D.	*Recueil Dalloz*
Rev. conc. conso.	*Revue de la concurrence et de la consommation*
RFDA	*Revue française de droit administratif*
RIDC	*Revue internationale de droit comparé*
RJ Com	*Revue de jurisprudence commerciale*
RJS	*Revue de jurisprudence sociale*
RLC	*Revue Lamy de la Concurrence*
RRJ - Dr. prospectif	*Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*
RTD Com.	*Revue trimestrielle de droit commercial*
RTDE	*Revue trimestrielle de droit européen*
s.	Suivantes
soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	Spécialement
SSL	*Semaine sociale Lamy*
supra	Ci-dessus
TLFi	Trésor de la Langue Française informatisé
TPS	*Travail et protection sociale*
V.	Voir
vol.	Volume

INTRODUCTION

« L'onde était transparente ainsi qu'aux plus beaux jours »
Jean de la Fontaine, *Le Héron*

1. **La transparence, un beau mot**. Ce n'est pas un hasard si « le plus beau vers de la langue française, le plus simple, le plus clair, le plus cristallin »[1] comporte le terme de transparence. Associée à « la vérité, la clarté, la limpidité, la pureté même »[2], celle-ci jouit d'une image positive qui a contribué à sa large diffusion.

2. **Les sens courants de la transparence**. Son origine optique lui confère en effet une impression d'évidence et d'inoffensivité[3]. Du latin « *trans* » et « *parere* » signifiant « paraître à travers », le terme désigne, dans un sens littéral, la caractéristique d'un corps qui laisse voir à travers lui. Quelquefois confondu avec la translucidité, il qualifie le « phénomène par lequel les rayons lumineux visibles sont perçus à travers certaines substances »[4]. Par extension, la transparence renvoie à la clarté, au caractère évanescent ou à la finesse de la matière, comme la « transparence du teint ». Plus rarement, elle correspond non plus à ce qui disparaît, mais à ce qui apparait, à ce qui est visible au travers d'un écran, au fait de transparaître, comme le papier que l'on distingue sous une fine couche de peinture[5]. Dans le monde du cinéma, la transparence est également un trucage : « les personnages sont filmés, en studio, devant un écran en verre dépoli sur lequel le décor est projeté »[6].

---

[1] P. MALAURIE, « Transparence - Secret : Droit à l'information », *Ann. Seine*, 01/1997, n° 1, p. 6 (à propos du vers de La Fontaine précité).

[2] J.-D. BREDIN, « Remarques sur la Transparence », *RJ Com*, 11/1993, p. 175.

[3] J. BARROCHE, « Transparence et notions voisines : quel apport ? », *in* N. DROIN et E. FOREY (dirs.), *La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, p. 79.

[4] J. REY-DEBOVE et A. REY, *Le Petit Robert de la langue française 2024 : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française [2024]*, Paris, Le Robert, 2023, p. 2605.

[5] TLFi, *Transparence*, Acception II., en ligne < http://www.cnrtl.fr/definition/transparence> [consulté le 05/05/2023].

[6] LAROUSSE (éd.), *Le petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2017, p. 1166.

Au sens figuré, la transparence apparaît, semble-t-il, à partir de la seconde moitié du XVIII[e] siècle[7]. Elle désigne d'abord ce qui est aisé à percevoir, presque évident. Une personne transparente est ainsi celle dont « les pensées et les sentiments sont faciles à comprendre, à deviner »[8]. C'est une personne sincère, qui ne cherche pas à dissimuler ses intentions. Péjorativement, c'est aussi une personne insipide, que l'on ne remarque pas[9]. La transparence renvoie aussi à la « qualité de ce qui est facilement compréhensible, intelligible »[10]. Elle signifie encore le « caractère de ce qui visible par tous »[11], la capacité à laisser passer l'information et, avec une pointe de sincérité, la « qualité de ce qui laisse paraître la réalité tout entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer »[12].

La transparence n'est donc pas à un paradoxe près : elle désigne aussi bien ce qui apparaît que ce qui s'efface ; elle symbolise la réalité en même temps qu'elle constitue un procédé de trucage ; elle renvoie à l'absence d'ambiguïté et à l'évidence, bien que le terme de transparence ne soit lui-même pas transparent… S'il faut toutefois synthétiser, retenons que la transparence fait référence à l'accessibilité d'une information, tant matérielle, c'est-à-dire la possibilité d'en prendre effectivement connaissance, que son accessibilité intellectuelle, entendue comme la faculté d'en saisir le sens sans ambiguïté.

3. **Un objet d'étude transdisciplinaire**. « Matrice de réflexions pluridisciplinaires qui ne sont pas sans conséquences sur le droit […], la question de la transparence devient encore plus obscure » souligne Mustapha Mekki[13]. Elle intéresse en effet de nombreuses disciplines, à commencer par l'économie[14]. Dans ce domaine, la transparence constitue à la fois un moteur et

---

[7] TLFi, *Transparence*, en ligne < http://www.cnrtl.fr/definition/transparence> [consulté le 05/05/2023].

[8] TLFi, *Transparence*, Acception I. C. 1., en ligne < http://www.cnrtl.fr/definition/transparence> [consulté le 15/08/2017].

[9] F. BLANCO, « Propos introductifs. Transparence en droit et droit à la transparence », *in* V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, Collection L'Unité du Droit, n° XXV, Orléans, Paris et Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2020, p. 11.

[10] TLFi, *Transparence*, Acception I. C. 3., en ligne < http://www.cnrtl.fr/definition/transparence> [consulté le 15/08/2017].

[11] A. REY et D. MORVAN, *Dictionnaire culturel en langue française*, T. 4 : Réal-Z, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2005, p. 1539.

[12] J. REY-DEBOVE et A. REY, *Le Petit Robert de la langue française 2024*, *op. cit.*, p. 2606.

[13] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *in L'information - VIIIème journées juridiques franco-japonaises (26-27 sept. 2011)*, 11, Droits étrangers, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 145.

[14] Nous y reviendrons (*infra* §§ 92 et s. ; §§ 305 et s.).

un frein à la concurrence[15]. Moteur, car elle permet à l'acheteur de comparer les offres et de choisir le meilleur rapport qualité/prix ; frein, parce qu'elle peut dissuader l'innovation et la créativité. La transparence est aussi un objet de réflexion philosophique. Un courant important de la philosophie contemporaine, dont Jürgen Habermas est l'un des représentants les plus connus[16], s'intéresse ainsi à la communication en y incluant des questions relatives à la transparence. Elle est aussi un objet d'étude sociologique, où elle se présente souvent « comme le miroir de la société »[17]. Si à certaines époques ou en certains lieux, l'apparence, la discrétion ou le secret sont privilégiés, dans d'autres, c'est le règne de la transparence. Celle-ci s'exprime aussi bien dans l'architecture[18], dans les objets du quotidien[19], dans les mœurs… Et bien sûr, la transparence est également un objet d'étude juridique.

4. **Plan de l'introduction**. Comment les juristes appréhendent-ils la transparence (I) ? Force est de constater que la transparence en droit n'est pas véritablement définie[20]. Si la majorité de la doctrine semble s'en accommoder, il nous paraît pourtant que l'on gagnerait à mieux la connaître (II). La conceptualiser permettrait notamment de mieux comprendre l'utilisation du terme dans le discours juridique.

I. LA TRANSPARENCE EN DROIT

5. **La notion de discours juridique**. Avant de s'intéresser à la transparence, il convient de préciser ce que l'on entend par « discours juridique ». Selon Jerzy Wroblewski, le discours juridique se compose de plusieurs types de langage[21] : le *langage légal*, dans lequel sont formulés les lois et

---

[15] M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Vice et vertus de la transparence », *RLC*, 10/2007, n° 13, pp. 164-169.

[16] *L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, coll. Critique de la politique, Paris, Payot, 1988 ; Théorie de l'agir communicationnel, 2 t. (1981), réédition : Paris, Fayard, 1987 ; *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Essais, Paris, Gallimard, 1997.

[17] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 148.

[18] J. MYGIND, « La tendance architecturale au Danemark. Vivre dans la transparence », *Courrier international*, 13 décembre 2006, [Consulté le 23 août 2017].

[19] M. BUYDENS, « La transparence : obsession et métamorphose », *Intermédialités*, 2004, pp. 51-77.

[20] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit : Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Bibliothèque des thèses. Droit public, Paris, Mare et Martin, 2015, pp. 535-536 : « on peut admettre que la transparence constitue un terme à proprement parler indéfinissable en ce sens qu'il ne connaît aucune définition générale ».

[21] J. WROBLEWSKI, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et société*, 1988, n° 8-Le discours juridique. Langage, signification et valeurs, pp. 13-27.

les « actes normatifs »[22] ; le *langage juridique jurisprudentiel*, dans lequel sont formulées les décisions relevant de l'application du droit (nous emploierons le terme de « jurisprudence ») ; le *langage juridique scientifique*, qui constitue un métalangage, un discours *sur* le droit et qui renvoie principalement au discours doctrinal (nous utiliserons le terme de « doctrine ») ou encore, le *langage juridique commun*, qui se définit négativement comme « le langage utilisé dans les discours concernant le droit » et qui n'appartient à aucune des autres catégories de langage juridique. Nous y incluons le langage utilisé dans les textes « para-légaux », c'est-à-dire les énoncés non normatifs, comme les titres des lois ou de ses subdivisions, les exposés des motifs ou communiqués accompagnant les lois, etc. Nous employons donc la locution « discours juridique » pour signifier l'ensemble de ces types de langage. Nous utiliserons quelquefois un adjectif tel que « travailliste » ou « européen » pour délimiter un domaine particulier au sein du discours juridique. Ainsi, la locution « discours juridique travailliste » (ou « discours travailliste ») renvoie-t-elle à l'ensemble de ces langages (textes normatifs, jurisprudence, doctrine, textes para-légaux, etc.) relatifs aux relations de travail.

6. **« Clair-obscur juridique » de la transparence**[23]. Bien qu'elle soit omniprésente dans le discours juridique (A), la transparence comporte de nombreuses zones d'ombre (B).

A. L'usage immodéré du terme dans le discours juridique

7. **L'apparition du terme de transparence dans le discours juridique**. L'apparition du terme de transparence dans le discours juridique. Après s'être immiscée dans le vocabulaire politique, et notamment la politique dite de « Glasnost »[24] portée par Mikhaïl Gorbatchev, la transparence a pénétré le discours juridique à la fin des années 1970[25]. En France, le terme est initialement apparu sous la plume de la doctrine pour désigner principalement l'accès aux documents administratifs. Il s'est ensuite propagé dans de très nombreux domaines du droit : droit de la

---

[22] *Ibid.*, p. 15.

[23] Pour paraphraser Yves CHAPUT *in* « La transparence : clair-obscur juridique d'un concept économique », *RJ Com*, 2005, pp. 7-13.

[24] Traduite en français par « transparence ». V. par exemple, E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », *in* G.J. GUGLIELMI et E. ZOLLER (dirs.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne (Colloque international des 23 et 24 mai 2014)*, Colloques, Paris, Panthéon-Assas, 2014, p. 14.

[25] Pour l'un des premiers usages recensé de la notion, Cf. « Etats-Unis, L'administration transparente : L'accès des citoyens américains aux documents officiels », *RDP*, 1975, p. 59. Sur l'émergence du terme, Cf. not. J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit : Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Bibliothèque des thèses - Droit public, Paris, Mare et Martin, 2015, p. 190.

concurrence, droit des marchés publics, droit commercial, vie publique, etc. Depuis, la transparence s'y est largement diffusée, si bien que déjà à l'aube des années 2000, Philippe Malaurie évoquait un « vertige de la transparence »[26].

8. **La transparence dans le langage légal et para-légal**. Tous les pans du discours juridique, ou presque[27], sont touchés par cette « inflation verbale »[28] de la transparence. Le terme est ainsi utilisé de manière croissante par le législateur (entendu ici largement). Le mot apparaît en effet dans l'intitulé de près d'une vingtaine de lois, d'une centaine de décrets, d'une trentaine d'arrêtés et ordonnances[29], et ce depuis la deuxième moitié des années 1980[30] jusqu'à aujourd'hui[31]. Citons par exemple les lois sur la transparence de la vie politique[32] ou de la vie économique[33]. Le terme se glisse également dans la table des matières de pas moins de 14 codes[34] ou encore dans 370 articles répartis dans 41 codes différents[35]. La transparence est aussi un mot fréquemment employé dans les discours « paralégislatifs », notamment au sein des dossiers législatifs[36], bien qu'il soit plus difficile de quantifier son usage dans ce cadre.

---

[26] P. MALAURIE, « Transparence - Secret : Droit à l'information », *op. cit.*, p. 7.

[27] Le discours jurisprudentiel est moins concerné, nous y reviendrons.

[28] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 143.

[29] Ces chiffres ont été obtenus grâce à une recherche sur le site *Légifrance*.

[30] Loi n° 84-937 du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse ; Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique ; Loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier…

[31] Loi n° 2020-699 du 10 juin 2020 relative à la transparence de l'information sur les produits agricoles et alimentaires.

[32] Notamment la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique ; la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ou la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

[33] Par exemple, la loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier ; la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ou encore la loi n° 2020-699 du 10 juin 2020 relative à la transparence de l'information sur les produits agricoles et alimentaires.

[34] Par exemple, le code de commerce comporte un chapitre intitulé « De la transparence », le code de l'environnement contient une sous-section consacrée à la « Transparence en matière nucléaire », etc.

[35] Ces chiffres ont également été obtenus grâce au moteur de recherche de *Légifrance*.

[36] L'exposé des motifs de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique comporte par exemple 14 occurrences du terme « transparence » tandis que le communiqué de presse en compte 12.

9. **La transparence dans le langage jurisprudentiel**. Prudente, la jurisprudence française est plus réservée sur l'emploi du terme de transparence[37]. Le Conseil d'État[38] l'utilise avec parcimonie ; tandis que le terme est pour ainsi dire absent de la jurisprudence de la Cour de cassation (exclusion faite de la jurisprudence de la chambre sociale[39]).

10. **La transparence dans le langage juridique scientifique**. À l'inverse, le discours doctrinal recourt massivement au terme de transparence. Outre son usage issu du langage courant, la transparence s'y présente comme un objet d'étude à part entière ayant donné lieu à colloques[40], articles[41], ouvrages collectifs[42] ou encore à de nombreuses thèses et monographies[43].

---

[37] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 548.

[38] Par ex. : Cons. État, 30 janvier 2009, n° 290236, *Agence nationale pour l'emploi* : « pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ».

[39] Not. en matière de transparence financière, cf. *infra* §§ 434 et s.

[40] F. RANGEON (dir.), *Information et transparence administratives [Colloque, Amiens, 11 mars 1988]*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, PUF, 1988 ; CENTRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES (éd.), *La transparence administrative en Europe : actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989*, Paris, Éd. du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990 ; G. AUGENDRE et P. DRAI, « Introduction au Colloque de Deauville », *RJ Com*, 11/1993 ; E. BLARY-CLÉMENT et J.-C. DUHAMEL (dirs.), *2001-2010 : Dix ans de transparence en droit des sociétés*, Droit et sciences économiques, Arras, Artois Presses Université, 2011 ; « Colloque organisé par Transparence International France », *in*, Assemblée nationale, 5 juillet 2011 ; A. BIANCHI et A. PETERS (dirs.), *Transparency in International Law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2013 ; N. DROIN et E. FOREY (dirs.), *La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Transparence et vie publique : neuvième printemps du droit constitutionnel*, Les Cahiers constitutionnels de Paris 1, Paris, Dalloz, 2015 ; N. LENOIR, « Le droit à la transparence, 30 ans après », *in Journée CERNA*, Paris, 4 mai 2018, En ligne [Consulté le 31 janvier 2020] ; V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, Collection L'Unité du Droit, n° XXV, Orléans, Paris et Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2020.

[41] Eu égard au nombre d'articles consacrés à la transparence, nous préférons renvoyer à la bibliographie. Nous nous contentons ici de citer un article particulièrement marquant, à savoir : M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*

[42] M. PASQUIER, *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, IDHEAP, Lausanne, PPUR (presses polytechniques et universitaires romandes), mars 2013 ; B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, Politique d'aujourd'hui, Paris, Presses universitaires de France, 1987 ; J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999.

[43] R. LETTERON, *La transparence administrative*, Problèmes politiques et sociaux, Paris, La Documentation française, 1992 ; E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, Droit des affaires, Université de Limoges, 1995 ; N. VIGNAL, *La transparence en droit privé des contrats - Approche critique de l'exigence*, Droit privé, Aix-Marseille, 1998 ; L. LALLEMANT-BIF, *Les marchés publics : transparence et atteintes*, Droit public, Université de Reims, 13 septembre 1999 ; A. REYGROBELLET, *Les vertus de la transparence : l'information légale dans les affaires*, Bibliothèque du décideur, Paris, Presses de Sciences Po : CREDA, 2001 ; F. RIEM, *La notion de transparence en droit de la concurrence*, Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2002 ; J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit : Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Bibliothèque des thèses. Droit public, Paris, Mare et Martin, 2015 ; G. PUYDEBOIS, *La transparence de la vie publique en France*, Thèse de droit public,

11. **Un terme durablement ancré dans le discours juridique**. Face à une utilisation aussi répandue et durable du terme dans le discours juridique, on peut affirmer que la transparence ne constitue pas un simple phénomène de mode[44], par nature éphémère. La transparence est bien ancrée dans le discours juridique. Elle reste pourtant mystérieuse.

B. Les zones d'ombre de la transparence

12. **Une notion insaisissable**. Si « intuitivement, la transparence parle à tout le monde, elle apparaît plus complexe lorsque l'on cherche à la définir précisément »[45]. Le revers de son succès se fait également sentir, car « ce qu'elle a gagné en extension, la transparence l'a perdu en compréhension »[46]. À supposer qu'elle ait eu un sens précis dans le discours juridique, la multiplication de ses usages a en effet contribué à diluer ses contours. Elle se présente aujourd'hui comme un objet juridique non défini (1) à la nature juridique controversée (2).

1. L'absence de définition de la transparence

13. **Deux formes de transparence**. La transparence est aussi facile à saisir que la fumée entre les doigts. Au-delà de son caractère imprécis, elle est résolument polysémique et sa dispersion dans le discours juridique ne facilite pas son appréhension. Après un premier recensement de ses sens, deux principales formes nous paraissent pouvoir être retenues. La première renvoie surtout au sens littéral du terme, au « voir à travers ». Par métaphore, elle désigne le fait de « voir » à travers un écran, formé ici par un objet juridique (a). La seconde correspond davantage aux sens figurés de la transparence et regroupe les différentes formes d'accessibilité de l'information (b).

Bordeaux, novembre 2019 ; C. BORDES, *La transparence comme nouvel ordre moral en droit constitutionnel*, Perpignan, 23 novembre 2020 ; E. GOGUEL-MAZET, *La transparence en droit des finances publiques*, Aix-Marseille, 8 décembre 2021 ; O. BALLESTRACCI, *Fraude et transparence : la nouvelle dialectique fiscale*, Aix-Marseille, 29 avril 2022 ; M. ALMEIDA KATO, *La transparence de la justice constitutionnelle*, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 221, Paris, Dalloz, 2023 ; J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, Grenoble, 6 juillet 2023 ; R. AMILCAR, *La transparence financière*, CY Cergy Paris, 7 juillet 2023.

[44] Sur ce point, cf. not. E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, Droit des affaires, Université de Limoges, 1995, p. 142.

[45] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 110.

[46] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 145.

a. La transparence métaphorique : « Voir à travers un écran juridique »

14. **L'objet juridique écran**. Dans le discours juridique, la transparence désigne une technique permettant de s'affranchir d'un obstacle apparent, de voir au-delà de l'écran constitué par un objet juridique. Dans le cadre de la théorie de l'écran législatif transparent, l'objet juridique est – comme son nom l'indique – la loi, mais le plus souvent, l'écran est constitué par une personne morale.

15. **La « loi-écran »**. La théorie de l'écran législatif (ou de la « loi-écran ») explique que le Conseil d'État se déclare incompétent pour se prononcer sur la constitutionnalité de certains actes administratifs – ce qui, en principe, relève de ses compétences – lorsqu'une loi fait écran entre l'acte administratif et la Constitution[47]. Il en est ainsi lorsque l'acte administratif en question n'est qu'une simple précision d'une règle énoncée par la loi. Dans ce cas, le Conseil d'État estime que l'examen de constitutionnalité de l'acte administratif reviendrait, *in fine*, à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi – compétence réservée au Conseil constitutionnel. Il existe toutefois une exception : le Conseil d'État accepte d'examiner la conformité à la Constitution d'un acte administratif pris en application d'une loi lorsque l'écran législatif est considéré comme « transparent »[48]. La loi constitue un écran transparent lorsque « tout en renvoyant à l'autorité réglementaire le soin de définir certaines règles, [elle] ne contient en elle-même aucune règle de fond de nature à faire obstacle à ce que soient critiquées les dispositions réglementaires adoptées au regard des règles de fond de niveau supralégislatif, qu'elles soient constitutionnelles ou internationales »[49]. La transparence de la loi permet donc au Conseil d'État de « voir », au travers d'elle, la Constitution.

16. **La théorie de la personne morale transparente**. L'écran peut aussi être constitué par une personne morale. La théorie de la transparence de la personne morale regroupe des techniques par lesquelles le voile de la personnalité morale est percé, sans pour autant que son existence ne soit remise en cause, pour atteindre une ou plusieurs personnes cachées derrière ce voile. La transparence signifie ainsi que « l'enveloppe qui habille juridiquement la société civile est

---

[47] Cons. État, 6 novembre 1936, *Arrighi*.

[48] Cons. État,17 mai 1991, n° 100436, *Quintin*.

[49] R. ABRAHAM, « Conclusions sous l'arrêt Cons. État, 17 mai 1991, *Quintin*, n° 100436 », *RDP*, 1991, p. 1431.

transparente, c'est-à-dire presque invisible aux yeux des créanciers »[50]. Cette théorie se décline dans plusieurs domaines.

17. **Dans le domaine fiscal**. Le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu définit ainsi la transparence, dans le domaine fiscal, comme la « situation au regard du fisc des sociétés qui sont réputées ne pas avoir de personnalité distincte de celle de leurs membres pour l'application des impôts directs, des droits d'enregistrement et des taxes assimilées »[51]. Il est ajouté que, « dans une acception plus large mais contestée, [la transparence désigne] l'imposition des bénéfices d'une société directement entre les mains des associés sans que la société elle-même soit soumise à l'impôt sur les sociétés »[52].

18. **Dans le domaine administratif**. La théorie de la transparence de la personne morale se décline aussi en droit administratif. Grâce à la théorie des personnes morales transparentes, l'écran formé par une personne morale de droit privé est percé pour imputer des obligations à une personne morale de droit public, cachée par la première, ou pour mettre à la charge de la personne privée des obligations issues du droit public. Le Conseil d'État a par exemple énoncé que « lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs »[53]. À cet égard, le professeur Pierre Delvolvé a inventé l'adjectif « transparaissant » pour désigner « ce qui laisse apparaître l'administration »[54]. Ce nouvel adjectif peut cependant être étendu à d'autres cas de figure. Ce néologisme n'est en effet pas inutile pour caractériser la personne morale qui apparaît, ou si l'on veut, qui transparaît (donc une personne morale « transparaissante ») à travers un écran constitué par une autre personne morale (transparente). Autrement dit, la personne morale qui s'efface est « transparente » ; celle qui apparaît à travers l'écran est « transparaissante ».

---

[50] E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*, p. 2.

[51] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, Paris, PUF, 2024, p. 1048.

[52] *Ibid*.

[53] Cons. État, 21 mars 2007, n° 281796, *Commune de Boulogne-Billancourt*, *AJDA* 2007 p. 915, note J.- D. DREYFUS.

[54] P. DELVOLVÉ, « La transparence administrative », *RJ Com*, 11/1993, p. 24.

19. **Dans le domaine social : la position du Conseil d'État**. Sous l'influence de la doctrine administrativiste, cette théorie de la transparence des personnes morales pénètre timidement le droit du travail par le biais du Conseil d'État. En réalité, la « théorie des personnes morales transparentes » n'est pas explicitement utilisée par le Conseil d'État dans le contentieux social[55]. Cette qualification est ainsi principalement l'œuvre de la doctrine qui voit dans certains arrêts rendus par le juge administratif dans cette matière, l'application de cette théorie. Celle-ci est mobilisée lorsqu'une pluralité d'employeurs est en jeu. Alors que la Cour de cassation se réfère plus volontiers à la théorie du coemploi, le Conseil d'État préfère utiliser la théorie des personnes morales transparentes[56]. En d'autres termes, le juge administratif cherche le « véritable employeur » qui transparaît à travers un employeur apparent. Entre le coemploi et le véritable employeur, la nuance n'est donc pas que sémantique. Tandis que le coemploi vise à lier un salarié à deux employeurs par un même contrat de travail ; la théorie du « véritable employeur » ne reconnaît qu'un seul employeur – le « vrai ». La question est alors de savoir si « une multiplicité d'employeurs (…) ne dissimule pas un employeur unique »[57]. Or, la découverte du véritable employeur s'opère par le truchement de la théorie de la transparence de la personne morale. C'est en effet lorsque l'employeur apparent est considéré comme transparent par rapport au « véritable employeur » qu'il peut être imputé à ce dernier les obligations découlant du contrat de travail[58] – telles que l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi ou d'indemniser le salarié lors de la rupture du contrat. C'est ainsi que, contrairement au Conseil d'État, la doctrine n'a pas hésité à associer le terme de

---

[55] La transparence des personnes morales est cependant consacrée par le Conseil d'État depuis l'arrêt *Commune de Boulogne-Billancourt* du 21 mars 2007 (n° 281796).

[56] V. par ex. Cons. État, 17 octobre 2016, n° 386306 ; G. AUZERO, *SSL* 11/2016, p. 10 ; F. CHAMPEAUX, *SSL* 11/2016, p. 5 ; concl. S.-J. LIEBER, *SSL* 11/2016, p. 6. En l'espèce, mise en liquidation judiciaire, une société filiale d'un groupe procède à un licenciement économique pour cessation d'activité après avoir élaboré un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) homologué par la Direccte. Le comité d'entreprise de cette société forme une requête contre la décision d'homologation. Il se prévaut d'une situation de coemploi entre la société fille et la société mère – situation qui, comme le remarque la rapporteuse – impliquerait d'importantes conséquences tant sur le périmètre d'élaboration du PSE, que sur la procédure d'information-consultation des représentants du personnel ou encore sur la suffisance des mesures de sauvegarde de l'emploi proposées. Le Conseil d'État a cependant toujours adopté une attitude « prudente » (pour paraphraser la rapporteuse) vis-à-vis de la notion de coemploi (qui est d'ailleurs citée entre guillemets dans l'arrêt) à laquelle il lui préfère celle de « véritable employeur ». Il a donc, en l'espèce, reformulé la demande du comité d'entreprise, puis a estimé que la société mère ne pouvait être regardée comme le véritable employeur.

[57] Concl. S.-J. LIEBER sous Cons. État, 28 mars 2018, n° 402913. La rapporteuse note toutefois que dans cette espèce, la question ne se recoupe pas exactement avec celle précitée.

[58] En l'espèce, le Conseil d'État a rejeté la qualification de véritable employeur pour la société mère.

« transparence » à certaines décisions du juge administratif[59]. Certaines cours administratives d'appel ont, elles aussi, franchi le pas[60].

20. **Dans le domaine social : la position de la Cour de cassation**. À la transparence des personnes morales, la Cour de cassation préfère quant à elle la notion de coemploi. Une seule occurrence de la transparence d'une société[61] a pu être recensée dans les arrêts de la chambre sociale[62]. L'utilisation du terme dans cet arrêt est cependant presque fortuite. L'adjectif « transparent » est employé par le demandeur au pourvoi, reprenant lui-même les termes de la cour d'appel. La transparence de la société étant en l'espèce sans incidence sur la solution, la Cour de cassation a éludé le terme[63].

---

[59] À propos de la décision du 17 octobre 2016 (précitée) : concl. S.-J. LIEBER, *SSL* 11/2016, p. 6 ; et bien que le terme « transparence » soit utilisé avec plus de retenue : G. AUZERO, *SSL* 11/2016, p. 10. V. également : concl. S.-J. LIEBER sous Cons. État, 3 mai 2017, n° 389534 : comme dans l'arrêt du 17 octobre 2016, il est question de savoir si la société fille devait être regardée comme transparente vis-à-vis de la société mère, ce qui aurait permis de mettre à la charge de cette dernière l'obligation d'établir un PSE.

[60] CAA Bordeaux, 18 juillet 2016, n° 15BX01976 : les juges estiment que le département de Mayotte s'est comporté comme le véritable employeur des salariés de l'association AGESDM. Cette dernière doit être considérée comme transparente, « compte tenu des circonstances de sa création, des modalités de son organisation et de son fonctionnement, de l'origine de ses ressources, du contrôle exercé sur elle par la collectivité départementale puis par le département ainsi que de l'influence des représentants de la collectivité publique en son sein » (arrêt pt. 7). Le comportement fautif a donc pu être imputé au département. Cf. égal. CAA Bordeaux, 7 février 2017, n° 15BX01747 : sous l'influence du droit communautaire, la loi du 26 juillet 2005 (n° 2005-843) complétée par la loi du 12 mars 2012 (n° 2012-347) a mis en place un dispositif consacrant un droit à la transformation des CDD en CDI au bénéfice des agents justifiant de six années de services publics effectifs auprès d'un même employeur. Un agent de l'université de Limoges, un temps employé par l'Agence pour la valorisation de la recherche universitaire du Limousin (Avrul – personne privée), demande le bénéfice de ce dispositif. L'université refuse. La cour d'appel administrative confirme le jugement de première instance en rejetant la requête de l'université. Pour cela, elle fait appel à la théorie de l'association transparente pour considérer que la pluralité apparente d'employeurs privé et public masque en réalité un seul et même employeur de droit public. Sur cette question, V. également : Cons. État, 28 mars 2018, n° 402913 ; ainsi que : A. ZARCA, « Note sous CAA Bordeaux, 7 février 2017, n° 15BX01747 (Théorie des associations transparentes et lutte contre la précarité dans la fonction publique) », *AJDA*, 08/2017, n° 28, pp. 1624-1629.

[61] Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 08-42.580 et n° 08-42.657. En l'espèce, la société Pantin Hôtel a confié la gérance d'un hôtel à la société Arksun. Lors de la résiliation du contrat de gérance-mandat, la première société verse à la seconde une indemnité de résiliation. La gérante de la société Arksun saisit cependant le conseil de prud'hommes d'une action en requalification du contrat de gérance-mandat en contrat de travail. Jugeant la société Arksun « transparente », la cour d'appel fait droit à la demande de requalification et condamne la société mandataire requalifiée employeur au paiement d'une indemnité pour licenciement abusif. La société Pantin Hôtel, ayant vu sa demande de restitution d'indemnité de résiliation (versée à la société Arksun) rejetée, souhaite la voir compensée avec l'indemnité pour licenciement abusif (versée à sa gérante). La Cour de cassation refuse cependant la compensation des sommes.

[62] À vrai dire, dans un autre arrêt (Cass. soc., 6 mars 2003, n° 01-21.077), un groupement d'intérêt économique s'estimait constituer une structure économiquement et fiscalement transparente vis-à-vis de ses membres. Relatif à l'assiette de la contribution sociale de solidarité, cet arrêt sort du cadre de la recherche.

[63] La compensation suppose en effet deux personnes débitrices l'une envers l'autre, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, la société Pantin Hôtel étant débitrices des deux indemnités. La transparence de la société Arksun n'a donc aucune incidence sur la solution : elle rend peut-être sans fondement l'indemnité de résiliation, mais elle ne rend pas la gérante-salariée débitrice d'une quelconque indemnité.

Malgré de nombreuses hésitations quant à l'abandon de la notion au profit de la responsabilité civile extracontractuelle, à tel point qu'on l'a cru mort[64], le coemploi survit dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation[65]. Désormais[66], « hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être qualifiée de coemployeur du personnel employé par une autre que s'il existe, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une immixtion permanente de cette société dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière » affirme la Haute juridiction dans un arrêt du 25 novembre 2020[67]. Dans sa note explicative accompagnant l'arrêt, la Cour de cassation indique que la nouvelle définition du coemploi lui permet de « se rapproche[r] de la notion de transparence de la personne morale utilisée par le Conseil d'État ». L'une comme l'autre cherchent en effet une certaine fictivité de la personnalité morale : « celui qui méconnaît ainsi la nécessaire autonomie juridique de la société employeur, fût-elle sa filiale, c'est à dire sa capacité à agir par elle-même, ne peut alors se cacher derrière le voile de la personnalité morale qu'il a ignoré pour se soustraire aux conséquences sociales de ses agissements »[68]. L'objectif des deux notions est donc identique : il s'agit d'imputer des obligations à une personne juridique « cachée » derrière une autre. Si les notions sont aussi semblables, pourquoi utiliser deux termes différents ? Pourquoi la Cour de cassation n'a-t-elle pas purement et simplement abandonné la notion de coemploi au profit de la théorie de la transparence de la personne morale ? Comme le souligne la doctrine, la raison tient à la différence de régime entre ces deux notions[69]. En reconnaissant une situation de coemploi, le juge judiciaire ajoute un

---

[64] G. LOISEAU, « Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle », *JCP S*, 07/2014, n° 29, p. 1311, not. à propos de l'arrêt Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15.208 à n° 13-21.153, *Molex*.

[65] G. AUZERO, « Le coemploi bouge encore ! », *SSL*, 01/2021, n° 1936 à propos de l'arrêt Cass. soc., 25 novembre 2020, n° 18-13.769, *AGC France*.

[66] Auparavant, la Cour de cassation exigeait la caractérisation d'une « confusion d'intérêts, d'activité et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière » (Cass. soc., 2 juillet 2014, préc.).

[67] Cass. soc., 25 novembre 2020, préc.

[68] P. BAILLY, « Le co-emploi n'est ni une "baguette magique" ni une aberration juridique », *SSL*, 10/2013, n° 1600, pp. 11-14.

[69] S.-J. LIEBER, « Conclusions sous Cons. Etat, 17 oct. 2016, n° 386306 (Le véritable employeur plutôt que le coemploi) », *SSL*, 11/2016, pp. 6-8 : « Le recours à une autre notion, celle de personne morale "transparente", que vous utilisez de longue date, pourrait ainsi vous sembler plus adapté, puisqu'elle permet de saisir non pas l'entité "coemployeuse", mais bien, au-delà des apparences, les véritables rapports de droit entre plusieurs personnes morales ».

nouveau débiteur des obligations découlant du contrat de travail. Il y a donc un seul contrat de travail, mais plusieurs parties ayant la position d'employeur, solidairement responsables. Le salarié victime d'une faute contractuelle de l'un quelconque des employeurs peut donc agir contre l'employeur de son choix, à charge pour celui-ci de se retourner, le cas échéant, contre l'autre employeur. En reconnaissant la transparence d'une personne morale, le juge administratif cherche en revanche le « véritable employeur »[70] : celui-ci ne s'ajoute pas, il se substitue à l'employeur « fictif ».

Que ce soit dans le domaine social ou ailleurs, la transparence de la personne morale correspond donc à une technique juridique au régime juridique bien identifié, ce qui permet de la mobiliser au gré du contexte. Une seconde forme de transparence, la transparence née de l'information, n'est pas aussi bien balisée dans le discours juridique.

b. La transparence née de l'information

21. **La seconde forme de transparence**. En parallèle de la transparence métaphorique existe une autre forme de transparence. Il s'agit de celle qui « naît de l'information » : « l'information est [en effet, dans le discours juridique contemporain,] la principale source de transparence »[71]. Cette forme de transparence est plus évanescente, plus difficile à saisir précisément. Elle recouvre une multitude de significations qui n'ont pas toutes la même portée juridique.

22. **La transparence entendue comme un fait**. La transparence correspond ainsi quelques fois à un fait observé ou pris en compte par les juristes. Elle désigne alors le fait que certains s'exposent au regard d'autrui, y compris lorsqu'ils n'y sont pas juridiquement tenus. On parle par exemple de la transparence d'une personne qui affiche sa vie privée sur les réseaux sociaux[72]. D'autres fois, la transparence est appréhendée comme un phénomène social ou

---

[70] S.-J. LIEBER, « Conclusions sous Cons. État, 17 octobre 2016, n° 386306 (Le véritable employeur plutôt que le coemploi) », *SSL*, 11/2016, pp. 6-8.

[71] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 142.

[72] Pour un exemple d'utilisation de la transparence comme un fait, Cf. A. DAMIENS, « Discours judiciaire sur la transparence des utilisateur·rice·s des réseaux sociaux », *sociologies*, 10/2020, disponible sur http://journals.openedition.org/sociologies/15018 (Consulté le 12 mai 2023). Au-delà des jugements que l'on peut former sur les contours de la vie privée ou sur son régime adéquat, l'exposition reste un fait objectif.

culturel[73] : par l'emploi du terme, on cherche à rendre compte de l'aspiration de la société à plus de transparence.

23. **La transparence entendue comme une évolution**. Le terme désigne également une évolution, une mutation à l'œuvre dans le droit positif. La qualification de transparence traduit un certain dynamisme[74]. Il y a quelques décennies encore, « [n]on seulement le mot ne faisait pas partie du vocabulaire juridique, mais même la notion sous-jacente n'était pas usuelle, n'entrait pas dans les préoccupations du droit. […] Seul le silence était grand », notait Jean Carbonnier[75]. Cela ne veut pas dire qu'il n'existait aucune exigence de transparence, mais que cette exigence ne faisait pas partie du droit, qu'elle relevait du « non-Droit ». Former l'hypothèse selon laquelle le terme de « transparence » apparaît dans le vocabulaire juridique lorsque l'exigence de transparence passe du non-Droit au Droit[76], c'est-à-dire lorsque l'exigence se juridicise, est donc tentant mais sans doute un peu simpliste. En réalité, l'exigence de transparence recevait déjà des traductions juridiques, notamment sous forme d'exigences de publicité ou d'information[77], avant l'apparition du terme dans le discours juridique (à la fin des années 1970). L'hypothèse mérite dès lors d'être affinée : ce ne serait pas tant lorsque l'exigence est entrée dans le droit (c'est-à-dire a trouvé une traduction juridique) que le terme de « transparence » est apparu dans le vocabulaire juridique, mais bien plutôt lorsque la transparence est devenue le principe, reléguant le secret à l'état d'exception.

Le renversement de paradigme est en effet assez frappant en droit administratif. « Loi après loi, s'est affirmée l'obligation pour l'administration d'ouvrir ses portes et surtout ses dossiers, d'informer sur son processus de décision et sur les motivations de ses actes », observait Yves Jegouzo[78]. Les lois « informatique et liberté », sur l'accès aux documents et sur la motivation

---

[73] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.* ; A. BIANCHI, « On power and illusion : the concept of transparency in international law », *in* A. BIANCHI et A. PETERS (dirs.), *Transparency in international law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2013, p. 1.

[74] J. RIDEAU, « Jeux d'ombres et de lumières en Europe », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, p. 2.

[75] *in* « Propos introductifs », *RJ Com*, 11/1993, p. 9. Ses propos ont été repris dans son ouvrage *Flexible droit* (J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Anthologie du droit, Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2014, pp. 315 et s.).

[76] La majuscule au mot « Droit » nous permet de souligner que le terme renvoie au système juridique dans son ensemble.

[77] Pour des exemples de ces traductions, cf. *infra* §§ 277 et s. V. également : B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, Politique d'aujourd'hui, Paris, Presses universitaires de France, 1987, pp. 13 et s.

[78] Y. JEGOUZO, « La modernisation et la transparence de l'administration au défi de Wikileaks », *AJDA*, 12/2010, n° 44, p. 2449.

des actes administratifs, en particulier, ont en effet véhiculé l'idée d'une « administration au grand jour »[79], conduisant à renverser le principe : le secret est devenu l'exception ; la transparence de l'action administrative, la règle.

Dans une moindre mesure, cette évolution se perçoit aussi à propos de l'entreprise. « Tout se passe comme si les entrepreneurs français, habitués à la pratique du *tiroir fermé*, devaient se convertir à la politique de la *maison de verre* », relevait ainsi Eric Garaud[80]. Comme la conception de l'administration, celle de l'entreprise évolue : elle n'est plus perçue comme une entité juridique et économique fermée sur le monde extérieur[81]. L'étendue du changement semble toutefois moins importante puisque le secret conserve une légitimité plus grande au sein du commerce qu'au sein de l'administration. Il est ainsi difficile de considérer que le secret est, en ce domaine, relégué au rang d'exception[82]. L'hypothèse de l'apparition du terme avec le renversement de la place respective entre transparence et secret n'est donc pas pleinement convaincante.

24. **La transparence entendue comme une notion**. Le plus souvent, la transparence est cependant utilisée comme une notion, c'est-à-dire une « représentation confuse et vague »[83]. Le terme ne désigne pas une opération juridique nouvelle. Il correspond ainsi à une catégorie générale regroupant des objets juridiques connus tels que l'information, la publicité, la mise à disposition de documents ou de données, etc[84]. Cependant, même en multipliant les approches, la notion de transparence reste mystérieuse.

---

[79] G. BRAIBANT, « Préface », *in La transparence administrative*, Politique d'aujourd'hui, Paris, Presses universitaires de France, 1987, p. VII.

[80] *in La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*, p. 12.

[81] *Ibid*., not. p. 99.

[82] E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*, p. 217 : l'auteur défend l'idée selon laquelle la transparence serait devenue un principe « directeur », tandis que le secret serait, non pas l'exception, mais un principe « correcteur ».

[83] A. MEYNIER, *Réflexions sur les concepts en droit de l'environnement*, Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, n° Tome 16, Paris, LGDJ, 2020, p. 24.

[84] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 29 : « L'analyse de la transparence rencontre une seconde difficulté résultant du fait que la doctrine et, dans une moindre mesure, les producteurs de droit placent le terme au milieu d'une phrase sans préciser son contenu, ou bien l'emploient de concert avec d'autres principes, générant un sentiment de redondance. Ce phénomène révèle combien la transparence est moins un terme utile à la désignation de normes juridiques qu'une manière d'exprimer des jugements de valeurs ».

25. **L'approche sectorielle de la notion**. Eu égard à la diversité des champs dans lesquels la transparence intervient, celle-ci fait essentiellement l'objet d'une approche sectorielle[85], c'est-à-dire limitée à un domaine en particulier voire à quelques règles de droit. Dans ce contexte, le terme de transparence désigne un ensemble de règles déterminées. Au sein de la loi, le terme de transparence apparaît ainsi dans les titres des subdivisions des textes codifiés[86] ou non[87]. Dès lors, l'emploi du terme « transparence », souvent accompagné d'un adjectif (« transparence tarifaire », « transparence administrative », etc.) est utilisé comme un « raccourci » pour désigner les règles contenues dans ces subdivisions, tout en suggérant que ces règles participent à un objectif de transparence. Cependant, le regroupement de règles sous le terme de transparence, même limité à un domaine spécifique, est régulièrement controversé. En droit privé de la concurrence par exemple, la doctrine ne souscrit pas entièrement au regroupement de dispositions sous le terme de transparence opéré par le législateur. Dans un chapitre du code de commerce relatif à la « transparence de la relation commerciale »[88], le législateur réunit en effet des dispositions relatives à la communication des conditions générales de vente, à la formalisation d'une convention récapitulative, à la transmission d'une facture ainsi que des règles régissant les délais de paiement. Or, selon la doctrine, ces dernières règles sur les délais de paiement n'ont aucune vocation à figurer dans un chapitre sur la transparence[89].

De nombreuses thèses et études ont aussi été consacrées à la transparence dans tel ou tel domaine[90], donnant parfois lieu à des définitions particulières de la notion. En droit de la concurrence par exemple, Fabrice Riem définit la transparence « comme la notion générique

---

[85] *Ibid.*, p. 30.

[86] Le terme de transparence apparaît par exemple dans les subdivisions de treize codes : le code de commerce (titre « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées » et chapitre « De la transparence dans la relation commerciale ») ; le code monétaire et financier (section sur l'atteinte à la transparence des marchés) ; code de la santé publique (chapitre « Liens d'intérêts et transparence ») ; code de l'environnement (sous-section sur la transparence en matière nucléaire) ; etc.

[87] La loi dite « Sapin II » (n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique) comporte ainsi un titre 2 intitulé « De la transparence des rapports entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics ». Le terme de transparence est cependant associé à d'autres dispositions de cette même loi, telles que la protection des lanceurs d'alerte. Le communiqué de presse du 30 mars 2016 présentant cette loi « Sapin II » énonçait d'ailleurs que « Le projet de loi vise à : instaurer plus de transparence dans le processus d'élaboration des décisions publiques et dans la vie économique, avec notamment la création d'un répertoire numérique des représentants d'intérêt ou une meilleure protection des lanceurs d'alerte (…) ».

[88] C. com., Livre IV, Titre IV, Chapitre Ier.

[89] V. par ex. : J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Les mémentos, Paris, Dalloz, 2019, p. 203. L'auteur estime ainsi que les dispositions relatives aux délais de paiement « sont une anomalie du fait de leur localisation dans le droit de la transparence ».

[90] V. *supra* § 10.

autour de laquelle gravite un ensemble de solutions cohérentes : par leur finalité commune : le bon fonctionnement du marché [et] par leur méthodologie commune : dans tous les secteurs mentionnés, la principale préoccupation du législateur fût d'entourer les relations contractuelles, en particulier le choix du cocontractant, d'un certain nombre de garanties, notamment l'objectivité »[91]. En droit administratif, Didier Truchet considère que « Sous le terme de "transparence", on désigne le droit du public de savoir ce qu'ont fait, font ou vont faire les autorités administratives et de connaître les informations, documents, données qu'elles détiennent »[92]. Quant à Yves Jegouzo, il estime que le droit à la transparence administrative « engloberait alors l'essentiel des procédés qui ont visé à améliorer les relations entre l'administration et les administrés c'est-à-dire non seulement ceux qui tendent à lever le secret administratif mais aussi ceux qui tendent à faire peser sur l'administration l'obligation d'accompagner son action de mesures de publicité ou d'information active, ou d'y associer les administrés, notamment par la consultation »[93].

Toutefois, les normes ou les situations qui relèvent de la transparence ne sont pas toujours déterminées ou déterminables. De plus, le rattachement d'un élément au terme de transparence est assez subjectif : il varie selon le domaine étudié, selon le statut, la culture ou encore les positions idéologiques de l'auteur, etc[94]. Par exemple, selon qu'un auteur est plus ou moins favorable à la transparence, il aura plus ou moins tendance à considérer que telle ou telle règle relève de la transparence. C'est ainsi que les contours exacts de la transparence administrative ne sont pas unanimes[95]. En outre, cette approche sectorielle aboutit, très logiquement, à des définitions de la transparence spécifiques et difficilement transposables en dehors du domaine concerné. On voit en effet mal comment appliquer la définition proposée par Fabrice Riem issue du droit de la concurrence au droit de la santé, au droit du travail, au droit commun des contrats, etc. dont les préoccupations principales ne sont pas le bon fonctionnement du marché.

26. **L'approche supranationale de la notion**. L'approche supranationale ne permet pas davantage d'éclaircir la notion de transparence. Au niveau européen (que ce soit dans le droit de l'Union

---

[91] F. RIEM, *La notion de transparence en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 129.

[92] D. TRUCHET, « La transparence administrative », *in Droit administratif*, Thémis droit, Paris, PUF, août 2023, p. 104.

[93] Y. JEGOUZO, « Le droit à la transparence administrative », *EDCE*, 1991, n° 43, pp. 199-200. L'auteur propose ensuite une définition plus restreinte du droit à la transparence.

[94] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, not. pp. 578 et s.

[95] En ce sens, V. *Ibid.*, pp. 31-32.

européenne[96] ou dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme[97]), comme en droit comparé[98], la transparence renvoie essentiellement à l'accès des citoyens à l'information, voire plus spécifiquement au droit d'accès aux documents publics[99]. Il faut cependant noter qu'en droit de l'Union européenne, la transparence est une notion un peu plus large. Outre les connotations qu'elle comporte[100], elle renvoie également à la transparence *du* droit. Concrètement, cette transparence du droit est recherchée de plusieurs manières : il peut s'agir bien sûr de l'accès matériel à la norme juridique (sa publication, sa diffusion, etc.), mais aussi du caractère intelligible, simple et clair tant de son contenu[101] que de son processus d'édiction[102] ou encore de sa justification notamment par la motivation[103].

27. **L'approche générale de la notion**. Les approches plus générales de la notion sont bien plus rares. Les textes juridiques les plus généraux ne sont pas d'un grand secours pour comprendre

---

[96] J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne*, *op. cit.* ; H. WALLACE, « Transparency and the legislation process in the european Union », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 113-119 ; J. ZILLER, « Origines et retombées du principe de transparence du droit de l'Union européenne », *in* G.J. GUGLIELMI et E. ZOLLER (dirs.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne (Colloque international des 23 et 24 mai 2014)*, Colloques, Paris, Panthéon-Assas, 2014, pp. 22-45 ; H. MICHEL, « La transparence dans l'Union européenne : réalisation de la bonne gouvernance et redéfinition de la démocratie », *RFAP*, 2018, vol. 1, n° 165, pp. 109-126.

[97] G. COHEN-JONATHAN, « La transparence dans la Convention européenne des Droits de l'Homme », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 197-217 ; J.-F. RENUCCI, « L'apport normatif du Conseil de l'Europe à la transparence », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 219-223 ; P. DUCOULOMBIER, « La transparence dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in* V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, Collection L'Unité du Droit, n° XXV, Orléans, Paris et Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2020, pp. 45-56.

[98] J.-M. RAINAUD, « La transparence en droit comparé », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 237-253 ; M. PASQUIER, *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, *op. cit.*. Pour une approche élargie, cf. cependant : A. BIANCHI et A. PETERS (dirs.), *Transparency in International Law*, *op. cit.*

[99] A. VIDAL-NAQUET, « La transparence », *in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Thèmes & commentaires. Études, Paris, Dalloz, 2010, pp. 639-654 ; M. PASQUIER, *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, *op. cit.* ; H. TUORARD, « La transparence dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE », *in La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 193-210 ; A. GARIN, *Le droit d'accès aux documents : en quête d'un nouveau droit fondamental dans l'Union européenne*, Panthéon-Assas et Genève, 2017, p. 38 : le droit d'accès aux documents est une composante majeure de la transparence.

[100] Cf. *infra* §§ 28 et s.

[101] D. SIMON, « La lisibilité du droit communautaire », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 79-109.

[102] H. WALLACE, « Transparency and the legislation process in the european Union », *op. cit.*

[103] F. PICOD, « La transparence dans les procédures juridictionnelles », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 147-173 ; J. ZILLER, « Origines et retombées du principe de transparence du droit de l'Union européenne », *op. cit.*

la transparence. Celle-ci n'apparaît ainsi ni dans le bloc de constitutionnalité[104], ni dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, ni dans la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. Le terme est cependant mentionné dans le droit primaire de l'Union européenne, mais il n'y est pas défini.

Il en est de même pour les quelques études doctrinales consacrées à la transparence d'un point de vue global[105] : aucune définition générale n'en ressort. Pour certains, les connotations très positives attachées à la transparence[106], l'*aura* dont elle bénéficie, lui donnent la force d'une évidence et empêchent qu'elle soit réellement questionnée[107]. Pour d'autres, trouver une définition de la transparence serait même impossible au regard de sa diversité et de l'absence de dénominateur commun à l'ensemble de ses manifestations. Pour Jean-François Kerléo par exemple, « la recherche d'une véritable unité conceptuelle de la transparence ou d'une harmonisation de [ses] usages s'avère artificielle »[108]. « Plutôt que de rechercher une définition commune à partir d'un hypothétique critère unique et donc d'homogénéiser les usages de la notion, [il vaut mieux prendre] acte du relativisme ontologique qui la caractérise », poursuit-il[109]. Autrement dit, la transparence aurait une signification par essence variable selon les époques, les domaines, les personnes qui la mobilisent, etc.

La transparence serait-elle donc finalement l'un de ces concepts creux, l'une de ces notions aux contours flous ou de ces formules « tape à l'œil » qui engendrent tant de difficultés d'interprétations[110] ? Force est en tout cas de constater, qu'encore à ce jour, elle reste indéfinie. Au-delà de son contenu, sa nature juridique est également incertaine.

---

[104] C'est-à-dire ni dans la Constitution du 4 octobre 1958, ni dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ni dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ni dans la Charte de l'environnement de 2004.

[105] L. REBUFAT-RAISON, *Les fonctions de la transparence*, Droit privé, Montpellier, 2000 ; M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.* ; J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*

[106] Cf. *infra* §30.

[107] S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *Raison publique*, 07/2011 [Consulté le 31 mai 2017].

[108] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 895.

[109] *Ibid.*

[110] Comme ceux évoqués par Patrick Morvan, cf. « Les sources du vocabulaire », *in Les notions fondamentales du droit du travail*, Colloques, Paris, Panthéon-Assas (L.G.D.J.), 2009, p. 32.

2. Sa nature juridique incertaine

28. **La transparence, un terme fortement connoté**. L'impossibilité de donner à la transparence une définition juridique suffisamment précise a fait émerger un doute : la transparence est-elle seulement une notion juridique ? Pour certains, la réponse est négative : elle ne fait purement et simplement pas partie du droit. Pour Philippe Malaurie par exemple, elle « n'est ni une institution, ni un concept, ni même un standard »[111]. Quant à Benoit Frydman, il affirme que la « transparence n'est pas un mythe, mais cela n'en fait pas pour autant un concept juridique. Elle exprime une valeur, mais surtout elle dénote un fait : celui de la fluidité de l'information, qui n'est plus seulement quérable, mais aussi portable et transportable à volonté, à la vitesse de la lumière, sur toute la surface du globe, à un coût réduit. Il n'est pas au pouvoir du droit de décréter la transparence, pas plus que de l'interdire »[112]. Il est vrai que par « contamination avec le langage courant, la transparence se charge d'affectivité »[113]. Même au sein du discours juridique, la transparence ne sert pas uniquement à désigner un élément concret tel que des normes ou un fait, mais vise aussi à véhiculer des valeurs, majoritairement positives, quelques fois négatives. Si ces valeurs sont parfois considérées comme extérieures au Droit, elles sont bien présentes en filigrane dans les discours des juristes[114].

29. **Les connotations négatives de la transparence**. La transparence reflète ainsi occasionnellement un imaginaire sombre et se charge de connotations négatives. Pour certains auteurs, le terme appelle une certaine systématicité, une forme d'absolutisme[115]. Elle renvoie à une visibilité à laquelle on ne pourrait échapper. Ce caractère illimité et quasi irrésistible de la transparence évoque la dictature[116]. Elle fait ainsi écho à une surveillance constante, à une exposition absolue faisant perdre à l'individu toute intimité. Elle symbolise la surveillance de masse de l'État totalitaire voire la dictature du « tout-savoir », de la surveillance interpersonnelle, c'est-à-dire de tous par tous. Elle représente la crainte d'une uniformisation

---

[111] P. MALAURIE, « Transparence - Secret : Droit à l'information », *op. cit.*, p. 7.

[112] B. FRYDMAN, « La transparence, un concept opaque ? », *Journal des tribunaux*, 2007, n° 2007/6265, p. 300.

[113] Y. CHAPUT, « La transparence : clair-obscur juridique d'un concept économique », *op. cit.*, p. 8.

[114] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, pp. 703 et s.

[115] V. par ex. : L. REBUFAT-RAISON, *Les fonctions de la transparence*, *op. cit.*, p. 354 : L'auteure refuse d'analyser toute exception à la liberté de se taire comme une manifestation de la transparence. « Au contraire, [poursuit-elle,] la transparence postule la diffusion systématique de l'information, laquelle comporte indubitablement un caractère généralisé qui fait défaut, par définition, à une exception ».

[116] M. PINGEOT, *La dictature de la transparence*, Nouvelles mythologie, Paris, Robert Laffont, avril 2016.

totale des individus qui, constamment exposés, se conforment de gré ou de force à la doctrine de l'État ou aux exigences sociales. « La société de transparence est *un enfer de l'identique* », prévient ainsi le philosophe Byung-Chul Han[117]. La littérature a contribué à cet imaginaire collectif d'une société totalitaire entièrement surveillée[118], mais la réalité n'a malheureusement parfois rien à envier à la fiction[119].

30. **Les connotations positives du terme**. La plupart du temps, la transparence est toutefois associée à des valeurs positives[120]. Sa charge symbolique et affective renvoie à la lumière rassurante, tandis que l'opacité est source d'une anxiété presque infantilisante[121]. La lumière symbolise la connaissance, le savoir, la rationalité. Implicitement, le mot transparence véhicule l'idée selon laquelle plus d'informations conduit à une meilleure connaissance et compréhension du monde[122].

La transparence est aussi associée à la vérité[123] et au « Bien ». Cette assimilation repose beaucoup sur le sens de la vue, sur l'image, à laquelle nos sociétés occidentales accordent une grande importance[124]. Ainsi, « le visible, voire le tout-visible, correspond à la connaissance, et celle-ci est la voie vers le Bien »[125]. Ce qui est visible est réel, nécessairement vrai. L'image est une connaissance évidente, qui ne trompe pas : « je ne crois que ce que je vois ». Celui qui s'expose n'a rien à cacher, c'est donc que son comportement est irréprochable. Inversement, celui qui refuse de s'exposer cache forcément un comportement critiquable. La dissimulation

---

[117] B.-C. HAN, *La société de transparence*, Paris, PUF, 2017, p. 8 (en italique dans le texte).

[118] G. ORWELL, *1984*, Folioplus classiques, n° 281, Paris, Gallimard, re éd. 1949 2015 ; P. CHARLOT, « Transparence et totalitarisme dans l'œuvre d'Evgueni Zamiatine », *in La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 49-61.

[119] Que l'on songe seulement à la quête obsessionnelle de la « Vérité » par Robespierre qui a notamment mené à la Terreur ou encore à la surveillance de masse opérée par la police politique de la République Démocratique d'Allemagne.

[120] Sur les valeurs véhiculées par la transparence, dans le Droit mais aussi au-delà, Cf. not. M. BUYDENS, « La transparence : obsession et métamorphose », *op. cit.*

[121] J. CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », *op. cit.*, p. 241.

[122] T. LIBAERT, *La transparence en trompe-l'oeil*, Collection Gouvernance & démocratie, Paris, Descartes & cie, 2003, pp. 136-137.

[123] J.-D. BREDIN, « Remarques sur la Transparence », *op. cit.* ; - « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, 2001, pp. 5-15. Sur la vérité plus généralement, Cf. not. G. CORNU, « Rapport de synthèse », *in La vérité et le droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome XXXVIII, Paris, Economica, 1989.

[124] J.-D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *op. cit.*, p. 10 : « "Je suis la vérité", nous dit l'image, et je m'appelle "Bas les masques", ou "Le droit de savoir", ou de tout autre nom qui désigne la soif de vérité ».

[125] M. PINGEOT, *La dictature de la transparence*, *op. cit.*, p. 29.

est devenue le mensonge[126] et par extension, ce qui est montré est nécessairement légal, voire moral.

La transparence est également reliée à la démocratie[127]. En tentant de lutter contre la corruption ou en améliorant l'accès des citoyens à l'information par exemple, les règles rangées sous la bannière de la transparence améliorent la démocratie[128]. Elle est donc perçue comme une « condition de la démocratie »[129], comme un « idéal démocratique »[130] voire comme un « équivalent de la démocratie »[131]. Cette connotation explique en partie l'engouement que suscite le terme au sein des institutions de l'Union européenne[132], qui a d'ailleurs « fait de la transparence un mot d'ordre »[133]. La transparence a en effet été utilisée pour pallier le déficit démocratique dont souffre l'Union[134], pour améliorer son image[135] et réduire la distance avec les citoyens européens[136]. À ce titre, il n'est pas anodin que la transparence soit apparue dans le vocabulaire européen lors de la signature du traité de Maastricht en 1992 et dans la déclaration n° 17 sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité[137] : il s'agissait notamment de séduire les citoyens danois réfractaires au traité[138].

---

[126] T. LIBAERT, *La transparence en trompe-l'oeil*, *op. cit.*, p. 136.

[127] Entre autres : J.-D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *op. cit.* ; A. ROUX, « Transparence et démocratie », *in Long cours : mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 551-557 ; E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », *op. cit.* ; J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, pp. 711 et s.

[128] J.-D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *op. cit.*

[129] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 714.

[130] A. ROUX, « Transparence et démocratie », *op. cit.*, p. 552.

[131] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 733.

[132] Sur le lien entre transparence, démocratie et Union européenne, cf. not. : J. RIDEAU, *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique?*, Paris, L.G.D.J, 1998 ; C. de DE TERWANGNE, « Accès à l'information et organisations internationales : le cas de l'Union européenne », *éthique publique*, 01/2004, disponible sur http://journals.openedition.org/ethiquepublique/2014 (Consulté le 11 avril 2023) ; A. VIDAL-NAQUET, « La transparence », *op. cit.* ; D. CURTIN et J. MENDES, « Transparence et participation : des principes démocratiques pour l'administration de l'union européenne », *RFAP*, 2011, vol. 137-138, n° 1, pp. 101-121 ; J. ZILLER, « Origines et retombées du principe de transparence du droit de l'Union européenne », *op. cit.* ; J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, pp. 715 et s., 810 et s. ; A. GARIN, *Le droit d'accès aux documents : en quête d'un nouveau droit fondamental dans l'Union européenne*, *op. cit.* ; H. MICHEL, « La transparence dans l'UE », *op. cit.*

[133] H. MICHEL, « La transparence dans l'UE », *op. cit.*, p. 110.

[134] A. VIDAL-NAQUET, « La transparence », *op. cit.*, p. 641.

[135] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 810.

[136] A. GARIN, *Le droit d'accès aux documents : en quête d'un nouveau droit fondamental dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 64.

[137] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 716.

[138] D. CURTIN et J. MENDES, « Transparence et participation », *op. cit.*, p. 102.

31. **La fonction rhétorique de la transparence**. En s'appuyant sur ces connotations, sans pour autant les mentionner explicitement, le locuteur entend parfois utiliser la transparence à des fins purement rhétoriques[139]. L'emploi du terme dans le discours vise à convaincre[140], à séduire[141] ou encore à légitimer une demande ou une action[142]. Au sein du Parlement, la transparence sert par exemple à se distinguer de ses opposants politiques. « On se bat ainsi à coup de transparence pour dénoncer l'opacité de ses adversaires, tout en valorisant *a contrario* sa bonne foi et sa sincérité »[143]. Mobilisée par le gouvernement au soutien d'un projet de loi, elle permet « [d']emporter la conviction du législateur et [de] le contraindre à voter une loi qu'il doit nécessairement considérer comme juste, puisque soutenue par l'objectif de transparence »[144]. Il est en effet fort délicat de s'opposer à davantage de transparence, eu égard à toutes les connotations positives sur lesquelles elle repose. D'un point de vue plus doctrinal, la transparence permet de classer des normes juridiques en posant les limites jugées raisonnables de la transparence[145]. En fonction de ce qu'un auteur considère comme la juste mesure de la transparence, il va ranger telle ou telle norme sous la bannière de la transparence. En somme, « La transparence participe au processus de légitimation ou de justification du droit, et plus largement du pouvoir, par le discours »[146].

32. **La transparence comme valeur.** La transparence ne fait pas que véhiculer des valeurs telles que la lumière, la vérité, le « Bien » ou la démocratie. Elle a fini par y être assimilée. Or, cette assimilation de la transparence aux valeurs qu'elle promeut a progressivement conduit à l'ériger elle-même en valeur. D'ailleurs, une partie de la doctrine se demande si la transparence ne serait pas devenue la valeur cardinale de notre société. « La transparence ne deviendrait-elle pas la vertu suprême, sinon l'unique vertu d'une société qui n'en porterait plus d'autres ? [s'interroge ainsi Jean-Denis Bredin]. Ce citoyen, qui vit le plus souvent sans Dieu, sans patrie, ou n'ayant plus gardé le goût de la patrie que dans les compétitions sportives, qui vit sans doctrine, sans

---

[139] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 806. V. égal. A. VIDAL-NAQUET, « La transparence », *op. cit.*, p. 644 : « La rhétorique de la transparence ».

[140] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 818.

[141] *Ibid.*, p. 810.

[142] *Ibid.*, p. 822.

[143] *Ibid.*, p. 815.

[144] *Ibid.*, p. 821.

[145] *Ibid.*, p. 827.

[146] *Ibid.*, p. 801.

attente du Grand Soir, qui vivra, très vieux, dans une société sans projet ni espoir et que n'intéresse plus les idéaux traditionnels – telle la liberté parce qu'elle semble chez nous à peu près évidente, ou la fraternité mise au placard des rêves impossibles –, ce citoyen ne trouve-t-il pas dans la vérité une ultime vertu, un ultime réconfort auxquels l'accrochent sa recherche d'une loi morale et aussi toutes les technologies, et aussi sa curiosité, et pourquoi pas sa soif de distraction ? »[147]. S'il paraît excessif de considérer que la transparence soit la seule valeur promue par la société et par le Droit, il semble bien qu'elle soit devenue une valeur à part entière.

33. **L'objectif de transparence**. Ce passage de la transparence d'un instrument au service de valeurs à une valeur à part entière se perçoit dans le discours juridique. La transparence y est en effet présentée comme un objectif à atteindre, tantôt en vue de satisfaire un objectif plus grand, tantôt en tant qu'objectif final, en elle-même. Présent dans le titre d'une vingtaine de lois adoptées depuis les années 1980[148], mais également dans le droit primaire de l'Union européenne[149], sans y être défini, la transparence paraît correspondre à l'objectif visé par les textes plus qu'à un véritable concept juridique[150].

34. **L'insaisissabilité de la transparence**. À force d'extension, mais aussi en raison de la fascination qu'elle exerce[151], la notion est donc devenue insaisissable[152], en particulier dans le monde du Droit. Sa forte charge axiologique, sa grande polysémie et son imprécision peuvent faire douter de sa juridicité même.

---

[147] J.-D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *op. cit.*, § 14.

[148] Pour ne citer que les principaux exemples : loi du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse ; loi du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique ; loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier ; loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence ; loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ; loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ; loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[149] TUE, art. 11 ; TFUE, art. 15 et 17.

[150] Par ex. : TUE, art. 11 al. 3 : « En vue d'assurer la cohérence et la transparence des actions de l'Union, la Commission européenne procède à de larges consultations des parties concernées ».

[151] S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *op. cit.* : l'« idée-image » de transparence « exerce un pouvoir de fascination qui fait souvent obstacle à une analyse de sa signification ou à une réflexion sur son contenu ». Les connotations positives associées au terme (cf. *supra* § 30) participent de ce pouvoir de fascination.

[152] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 145.

II. INTÉRÊT ET MÉTHODE D'UNE DÉFINITION DE LA TRANSPARENCE

35. **Le sort réservé à l'insaisissabilité**. La notion actuelle de transparence est loin de présenter les qualités que l'on peut attendre d'une notion juridique. Face à ce constat, plusieurs approches peuvent être retenues : le chercheur peut soit décider d'en prendre acte, soit tenter d'y remédier[153]. Autrement dit, il nous faut donc choisir un objectif (A) et une méthode (B).

A. L'objectif de la recherche

36. **Quel objectif pour une recherche sur la transparence ?** On pourrait choisir de renoncer à définir précisément la notion de transparence. La recherche porterait alors moins sur la notion en tant que telle que sur l'exigence de transparence (1). Une autre voie est cependant envisageable : décider de remédier à cette imprécision et tenter de conceptualiser la notion de transparence (2).

1. Un objectif envisageable : s'intéresser à l'exigence de transparence

37. **L'étude de la transparence en l'absence de définition juridique**. Il faut bien l'admettre, l'absence de définition juridique de la transparence n'a, jusqu'à présent, représenté un obstacle ni à son étude par les juristes, ni à sa diffusion dans le discours juridique. Autrement dit, l'absence de cohérence apparente et la grande diversité des manifestations de la transparence ont conduit une majorité d'auteurs à renoncer à lui donner une définition juridique précise mais pas à la délaisser comme objet d'étude. L'objet de leur recherche n'est alors pas la notion en tant que telle mais plutôt l'exigence de transparence : quelles en sont les manifestations, les fonctions, les fondements ; quel équilibre s'opère ou fraudait-il opérer avec le secret, etc. ? Mais, pour autant, il n'est pas possible de faire l'économie d'une définition de la transparence. Toute étude sur un objet de recherche implique nécessairement une conception minimale, parfois intuitive et implicite, de cet objet[154].

---

[153] Sur les différentes approches qui s'offrent au chercheur qui s'intéresse à la transparence, cf. J.-F. KERLÉO, « La contribution du chercheur en droit à la réflexion sur la transparence », *Les Annales de droit*, 10/2018, n° 11/2017, pp. 107-129.

[154] *Ibid.*, p. 110.

En l'absence de définition proprement juridique, les approches doctrinales pour formuler cette définition minimale sont multiples. Certains tentent d'approcher la notion en s'intéressant aux notions voisines[155]. Dans un premier cercle, constitué par des notions d'une proximité immédiate avec la transparence, Julien Barroche identifie ainsi : la publicité (qui bénéfice d'une place de choix), la visibilité, la limpidité, l'intelligibilité, la clarté, l'ouverture, l'immédiateté, l'accessibilité, le droit d'accès, la divulgation, la publication, la communication, la « glasnost », la traçabilité, la spontanéité, l'authenticité, la sincérité, la moralité, la probité, l'honnêteté, la pureté ou encore l'innocence[156]. L'auteur regroupe dans un second cercle, formé par des notions renvoyant à la transparence par association ou connotation : la confiance, la neutralité, l'efficacité, la sécurité, la prévisibilité, la participation, la proximité et la démocratie, la responsabilité et le contrôle, la bonne gouvernance et la bonne administration et surtout, la vérité[157].

D'autres auteurs tentent une approche plus négative en essayant de recenser les antonymes de la transparence qui « apparaît[rait] ainsi comme l'antithèse du secret »[158], du silence voire d'une « situation complexe » (comme la surabondance d'informations), qui formerait un écran empêchant d'accéder à « une situation vraie » au-delà des apparences[159]. Elle s'opposerait au secret sous toutes ses formes (personnel, d'État, des délibérations…), à la discrétion (qui a une racine commune avec discrétionnarité), à la confidentialité, à la réserve, à la dissimulation, à la méfiance, à la suspicion, à l'opacité, à la fermeture, au mensonge, à l'hypocrisie, à la malhonnêteté, à la fausseté, au tabou et au mystère[160], mais aussi à la complexité, au désordre[161] ou à l'ambiguïté.

D'autres encore proposent une définition minimale ou très générale, le plus souvent issue de l'acception commune de la transparence. En s'appuyant tant sur les dénotations que sur les connotations attachées au terme, Jean-François Kerléo la définit ainsi comme « un ensemble de techniques juridiques contenant aussi bien des normes que des représentations idéales fondées

---

[155] S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *op. cit.* ; J. BARROCHE, « Transparence et notions voisines : quel apport ? », *op. cit.* ; A. PETERS, « Towards transparency as a global norm », *in* A. BIANCHI et A. PETERS (éds.), *Transparency in international law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2013, p. 535.

[156] J. BARROCHE, « Transparence et notions voisines : quel apport ? », *op. cit.*, pp. 79 et s.

[157] *Ibid.*

[158] E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*, p. 3.

[159] L. REBUFAT-RAISON, *Les fonctions de la transparence*, *op. cit.*, p. 17.

[160] J. BARROCHE, « Transparence et notions voisines : quel apport ? », *op. cit.*, pp. 79 et s.

[161] A. PETERS, « Towards transparency as a global norm », *op. cit.*, p. 535.

sur une réévaluation du rapport savoir/pouvoir en renvoyant à un processus unilatéral ou multilatéral de communication d'informations dans un but d'efficacité ou de légitimation »[162]. Eric Garaud considère quant à lui que « La transparence, c'est alors la qualité de ce qui, dans les actions de quelqu'un, est sans énigme, livré au public ou à un cercle plus ou moins étendu de personnes »[163]. D'autres enfin se contentent de citer la définition issue du langage commun qu'ils appliquent ensuite à un domaine juridique[164].

38. **Les avantages de l'imprécision**. L'imprécision de la notion offre certains avantages[165]. Grâce à ce flou, l'exigence de transparence peut être mobilisée dans différents contextes, être modulée selon les circonstances à la manière d'un standard juridique. En d'autres termes, l'imprécision est gage de flexibilité.

39. **L'intérêt limité d'une telle approche**. À l'instar d'une partie conséquente de la doctrine, nous aurions pu adopter cette approche en considérant la transparence comme un instrument permettant de voir à travers un écran se matérialisant, dans le monde juridique, par un secret, un silence, une situation complexe ou non conforme à la réalité[166]. Nous aurions alors appliqué cette définition à un domaine de recherche vierge de toute étude d'ampleur sur la transparence, comme celui du droit du travail, établi un état des lieux de l'exigence de transparence, observé l'équilibre entre la transparence et les différentes formes d'opacité (le secret, le silence, le mensonge ou encore l'apparence), réfléchi à leurs enjeux respectifs et éventuellement proposé quelques arbitrages différents. Nous aurions pu par exemple étudier le rapport entre transparence et opacité en droit du travail, domaine dans lequel la transparence n'a pas encore fait expressément l'objet d'une étude d'ampleur. Cependant, outre la difficulté à identifier les manifestations de la transparence, l'intérêt d'une telle étude nous paraîssait assez limité. En effet, si la transparence n'a pas fait l'objet d'une étude en tant que telle, les rapports entre l'information et le secret[167] ou le silence[168] ont déjà été étudiés dans le domaine du droit social.

---

[162] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 895.

[163] E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*, p. 3.

[164] V. par ex. N. VIGNAL, *La transparence en droit privé des contrats - Approche critique de l'exigence*, *op. cit.*

[165] Sur la question de l'imprécision des notions juridiques, cf. E. MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, 1979, vol. 12, n° 53, pp. 33-50.

[166] Pour une telle approche, V. par ex. L. REBUFAT-RAISON, *Les fonctions de la transparence*, *op. cit.*, p. 16.

[167] C. TÉTARD, *Le secret en droit social*, Thèse de droit privé, Lille 2, 2004.

[168] P. NEISS, *Le silence en droit du travail*, Strasbourg, 2009.

40. **Les écueils de l'imprécision**. De plus, l'imprécision de la notion de transparence est en elle-même peu satisfaisante. Fuyant, « le mot change souvent de sens. […] C'est un mot (sonore), assez polysémique »[169]. L'imprécision et la souplesse de la notion sont devenues si grandes que le terme ne permet plus d'en identifier les manifestations[170].

Équivoque, la transparence recouvre même des conceptions opposées[171]. L'imprécision du terme permet ainsi l'émergence d'un consensus sur la nécessité de l'exigence de transparence, tout en laissant prospérer des controverses sur ses finalités ou sur sa portée[172].

Soluble, elle se distingue également mal d'autres notions[173]. Faute de véritable définition, elle est le plus souvent entendue dans le sens du langage courant[174], comme l'envers du secret[175], comme un synonyme d'accessibilité de l'information[176]. La transparence constitue ainsi « une manière assez vague de relever le *droit à* l'information qui existe dans l'ordre juridique (ou dans une branche du droit) et qui touche les citoyens, les administrés, les consommateurs, les concurrents, etc. […] [Elle] jauge le degré de reconnaissance, d'insuffisance, de défaut, d'excès du *droit à* l'information »[177]. Or, cette assimilation de la transparence à un vague droit à l'information ne nous paraît pas pleinement satisfaisante.

41. **Le paradoxe du droit du travail**. Comment expliquer par exemple qu'en droit du travail, au sein duquel le droit à l'information a largement sa place, la notion de transparence soit si peu ancrée[178] ? Le droit du travail illustre en effet un étonnant paradoxe. D'un côté, s'il n'est pas

---

[169] P. MALAURIE, « Transparence - Secret : Droit à l'information », *op. cit.*, p. 7.

[170] Nous aurons l'occasion de revenir plus loin sur l'absence de caractère structurant de la notion de transparence (cf. *infra* §§ 139 et s.).

[171] Y. POIRMEUR, « Transparence et secret administratif dans le débat politique », *in Information et transparence administratives [colloque, Amiens, 11 mars 1988, organisé par le CURAPP]*, Paris, PUF, 1988, pp. 181-223.

[172] *Ibid*.

[173] V. *infra* §§ 147 et s.

[174] E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.* ; N. VIGNAL, *La transparence en droit privé des contrats - Approche critique de l'exigence*, *op. cit.* ; L. REBUFAT-RAISON, *Les fonctions de la transparence*, *op. cit.* ; A. LEPAGE, *Avant-propos (rapport annuel 2010 - Le droit de savoir)*, Cour de cassation, 2010, pp. 65-92 ; S. MAUCLAIR, « La transparence en droit civil, essai de définition », *in* V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, Collection L'Unité du Droit, n° XXV, Orléans, Paris et Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2020, pp. 131-136.

[175] *Rapport public 1995 - La transparence et le secret*, EDCE, Paris, Conseil d'État, 1996, pp. 11-160.

[176] Par ex. : E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*, p. 3: « information et transparence sont deux notions qui ne doivent pas être prises l'une pour l'autre : la transparence est un état de l'information, la rendant accessible à d'autres que le premier détenteur ».

[177] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 576.

[178] Sur cette question, cf. *infra* §§ 159 et s.

absent du discours travailliste, le terme de transparence renvoie quasi exclusviement à la transparence financière imposée aux organisations syndicales et patronales et, dans une moindre mesure, à la transparence des salaires. D'un autre côté pourtant, l'information y tient, tant en droit positif qu'en doctrine, une place significative. En tout cas, pas moins importante semble-t-il que dans d'autres domaines dans lesquels la transparence est bien ancrée, tels que le droit administratif ou le droit de la concurrence. Or, on l'a dit, en l'absence de véritable définition juridique de la transparence, celle-ci est largement perçue comme un droit de savoir, un droit à l'information. Il est donc étonnant qu'il ne soit pas davantage question de transparence en droit du travail ; et ce d'autant qu'intuitivement, elle paraît avoir toute sa place dans cette matière. En outre, si le droit du travail illustre ce paradoxe de manière éclatante, il est fort à parier que d'autres matières présentent une problématique similaire. Le droit commun des contrats, par exemple, est assez peu familier du terme de transparence[179], alors que l'information y est également un thème récurrent[180].

42. **Le rejet d'une telle approche**. Choisir d'ignorer ce paradoxe en étudiant la transparence, entendue comme la possibilité de voir à travers un écran quel qu'il soit, dans un domaine tel que le droit du travail, irait donc à l'encontre de l'utilisation actuelle du terme. Il faudrait considérer qu'il existe des manifestations de l'exigence de transparence innommées, niant ainsi son faible ancrage dans cette matière. Nous contribuerions alors à l'extension des significations du terme, ou tout au moins à l'extension de ses manifestations, dont on critique pourtant l'insaisissabilité. Nous renonçons donc à cette approche, préférant tenter d'expliquer le paradoxe travailliste plutôt que de l'ignorer ; de comprendre le terme plutôt que d'élargir son utilisation.

2. L'objectif retenu : conceptualiser la transparence

43. **L'ambition de la recherche**. Cette recherche vise à proposer une définition juridique de la transparence qui ne soit pas restreinte à un domaine en particulier ou dont la validité se limiterait à l'échelle de quelques règles de droit. Nous tenterons donc de répondre à la question : *qu'est-*

---

[179] V. cependant : J. MESTRE, « Transparence et Droit des contrats », *RJ Com*, 11/1993, pp. 77-88 ; N. VIGNAL, *La transparence en droit privé des contrats - Approche critique de l'exigence*, *op. cit.*

[180] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*, Bibliothèque de droit privé, Tome 221, Paris, LGDJ, 1992.

ce que la transparence en droit ? Nous chercherons à expliquer l'emploi du terme dans le discours juridique, de le « discipliner » pour donner à la notion une cohérence d'ensemble.

44. **La notion de concept**. En d'autres termes, l'objectif est de faire passer la transparence du statut de notion à celle de concept. Considérés comme des outils du Droit, concept et notion sont cependant fréquemment confondus dans le langage juridique[181]. Le concept, emprunté à la philosophie, est assez consensuellement défini comme une représentation générale et abstraite. La notion est plus polysémique. Lorsqu'elle est dans un sens « dépréciatif »[182] (rudiments, connaissances élémentaires), comme une représentation vague, il ne semble exister qu'une différence de degré entre concept et notion. En philosophie par exemple, le concept est plus précis et plus rigoureux, tandis que la notion est plus vague et vaste ; le concept construit, la notion donnée, préexistante[183]. Important ce point de vue dans le domaine juridique, certains retiennent la même hiérarchie entre concept et notion : le premier serait une « représentation très construite », la seconde une « représentation confuse et vague »[184]. Il ne s'agirait ainsi que d'une question de degré, voire de maturité, entre l'un et l'autre[185]. L'objet juridique se présenterait ainsi d'abord comme une notion, avant d'accéder, le cas échéant, à la qualité de concept.

Il est cependant possible de retenir un autre sens, plus concret, de la notion. Elle peut en effet s'entendre comme l'instrument par lequel les juristes appréhendent des faits pour leur imputer un régime juridique et peut donc se définir comme « l'abstraction d'une situation de fait produisant des effets de droit »[186]. S'assimilant à la catégorie juridique, elle fait ainsi partie intégrante du droit positif. En tant que représentation générale et abstraite, « le concept se situe

---

[181] L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Bibliothèque de droit privé, n° 366, Paris, LGDJ, 2002, p. 25.

[182] J.-M. DENQUIN, *Les concepts juridiques : comment le droit rencontre le monde*, Bibliothèque de la pensée juridique, n° 16, Paris, Classiques Garnier, 2021, p. 102.

[183] A. MEYNIER, *Réflexions sur les concepts en droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 22.

[184] *Ibid.*, p. 24.

[185] *Ibid.* L'auteure s'appuie sur les travaux de P. Amselek (« Norme et loi », Archives de philosophie du droit, t. 25, 1980, p. 95) et G. Vedel. Le Doyen Vedel distinguait en effet la notion conceptuelle de la notion fonctionnelle : la première peut recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et son contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes, tandis que la seconde procède directement d'une fonction qui lui confère seule une véritable unité (Cf. G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *JCP*, 1948, n° 682 ; G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, n° 851).

[186] L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, *op. cit.*, p. 133.

[en revanche] au niveau de la pensée, des idées »[187]. Il appartient à la théorie générale du droit et ne relève pas directement du droit positif. En conséquence, le concept n'accède au droit positif que par le biais des notions-catégories juridiques. Inversement, les notions traduisent un voire plusieurs concepts. Dès lors, concept et notion se distinguent autrement, par la place qu'ils occupent dans le monde du droit.

A ce jour, la transparence est appréhendée par les juristes comme une notion, comprise comme une représentation vague et imprécise. C'est en ce sens que nous utiliserons le mot notion. Nous chercherons à la conceptualiser, c'est-à-dire à la représenter de manière plus construite. Présentant essentiellement un intérêt théorique, cette démarche aura également nécessairement des implications pratiques en droit du travail. La conceptualisation d'une notion permet de révéler le fondement d'une règle et d'en apprécier le bien-fondé[188]. Ensuite, une autre réflexion pourra éventuellement s'engager pour faire évoluer le concept vers une véritable catégorie juridique à laquelle est attaché un régime juridique propre. Le cap étant fixé, il nous faut maintenant définir une méthode.

B. La méthode de la recherche

45. **Les voies de la recherche**. L'approche choisie dicte en grande partie la méthode à suivre[189]. En l'occurrence, certaines méthodes nous paraissent peu adaptées à notre objectif et seront donc délaissées (1). À l'inverse, la méthode dite « explicative » nous semble la plus appropriée (2).

1. Les méthodes rejetées

46. **Le rejet d'une méthode stipulative**. On l'a dit, renoncer à une définition précise de la transparence revient, *in fine*, à postuler une définition large et imprécise. Pour les raisons que

---

[187] *Ibid.* Si certains se sont essayés à distinguer concept et idée (Cf. not. A. MEYNIER, *Réflexions sur les concepts en droit de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 21-22), nous les tiendrions pour synonymes.

[188] M.-T. CALAIS-AULOY, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA*, 08/1999, n° 157, p. 4.

[189] J.-F. KERLÉO, « La contribution du chercheur en droit à la réflexion sur la transparence », *op. cit.*, p. 110 : « Méthode et fond sont consubstantiellement liés puisque l'approche que vous retenez détermine le sens de votre analyse ».

nous avons énoncées[190], cette méthode – dite stipulative[191] – ne nous paraît pas adaptée à l'étude de la transparence. En effet, le « choix et la pertinence d'une définition stipulative dépendront de l'utilité de la signification qu'elle permet de déterminer, de la correspondance d'une telle signification aux fonctions et aux exigences du corpus linguistique dans lequel elle va être introduite »[192]. Or, retenir une définition trop vague ne ferait que renforcer l'insaisissabilité de la notion.

Il pourrait aussi être envisagé de postuler une définition plus précise de la notion. Cette méthode consisterait à déterminer, par convention de langage, ce qu'il faut entendre par transparence. Cette façon de procéder ne nous semble pas davantage adaptée. En effet, elle aboutit non pas à rechercher ce qu'est la transparence, mais à dire ce qu'elle devrait être. Une telle démarche ne permettrait pas de comprendre pourquoi le terme de transparence est utilisé dans tel cas tandis qu'il ne l'est pas dans tel autre[193]. Elle ne permettrait donc pas d'atteindre notre objectif.

47. **Le rejet d'une méthode purement lexicale**. Inversement, nous pourrions retenir une approche purement lexicale. La définition lexicale consiste à inventorier les usages linguistiques, les significations d'une expression[194]. Contrairement à la définition stipulative, ce type de définition a l'avantage de correspondre à l'usage d'un terme dans le langage[195].

Considérant qu'il n'y a transparence qu'en présence du mot[196], nous pourrions ainsi analyser toutes les occurrences du terme afin d'en saisir la signification. Une telle recherche se heurte toutefois à une sérieuse difficulté tenant à l'ampleur de la tâche. La transparence étant un terme largement répandu dans le discours juridique, il n'est pas envisageable de dresser une liste exhaustive de ses occurrences. Surtout, cette méthode contredit l'objectif que nous nous sommes fixés de dépasser la diversité des usages de la transparence pour lui donner une cohérence.

---

[190] Cf. *supra* § 36.

[191] U. SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, La pensée juridique, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 1996, p. 5.

[192] *Ibid.*

[193] En ce sens, cf. J.-F. KERLÉO, « La contribution du chercheur en droit à la réflexion sur la transparence », *op. cit.*, p. 110.

[194] U. SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, *op. cit.*, p. 5.

[195] *Ibid.*

[196] J.-F. KERLÉO, « La contribution du chercheur en droit à la réflexion sur la transparence », *op. cit.*, p. 111.

En outre, une approche similaire a déjà été suivie par Jean-François Kerléo[197]. Sans toutefois se limiter à une approche proprement lexicale, l'auteur s'est attaché, à partir d'une analyse culturelle, « à saisir les articulations entre les usages de la transparence afin de révéler les structures intellectuelles des juristes (producteurs de droit et doctrine) et leur influence sur celles-ci »[198]. L'objectif de l'auteur n'était cependant pas identique au nôtre[199] : plutôt qu'une définition, c'est une typologie présentant la transparence dans toute sa diversité qu'il a proposée. Par ailleurs, cette méthode ne permet pas d'expliquer les raisons pour lesquelles le terme de transparence n'est pas ancré dans le discours travailliste.

Cette approche proprement lexicale ne nous parait donc pas adaptée à notre objectif, à savoir proposer une définition de la transparence permettant d'expliquer l'usage du terme dans le discours juridique.

2. La méthode retenue

48. **Le choix d'une méthode « explicative »**. A l'instar de Laurence Calandri dans sa thèse consacrée à la notion de régulation[200], nous avons choisi de retenir une méthode explicative. « Comme la définition lexicale, la définition explicative cherche à correspondre à l'usage, mais à la différence de la définition lexicale, elle ne s'attache pas à saisir toutes les variétés et les transformations de l'usage. Elle ne prend au contraire que ce qu'elle veut retenir, pour éventuellement ajuster et réélaborer le point nodal le plus important, celui qui a la plus grande valeur opératoire pour parvenir à un instrument sémantique précis et efficace, capable d'éclairer et d'orienter la discipline dans laquelle elle sera employée » explique Uberto Scarpelli[201]. « Il s'agit d'une définition intermédiaire entre une définition lexicale et une définition stipulative qui vise à recueillir le vif, le cœur des significations en usage »[202]. Nous partirons donc de l'utilisation du terme dans le discours juridique pour tenter d'expliquer pourquoi il est tantôt

---

[197] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*

[198] J.-F. KERLÉO, « La contribution du chercheur en droit à la réflexion sur la transparence », *op. cit.*, p. 111.

[199] *Ibid.* : « je n'ai pas cherché à aboutir à une stricte définition de la transparence en droit ».

[200] L. CALANDRI *in Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, n° 259, Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2009, p. 32. Nous verrons d'ailleurs que la transparence entretient des liens très étroits avec la régulation. Cf. *infra* §§ 325 et s.

[201] U. SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, La pensée juridique, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 1996, p. 6.

[202] *Ibid*.

employé, tantôt délaissé. Pour ce faire, nous tâcherons de faire ressortir les points saillants des occurrences de la transparence, de ses significations et connotations que nous avons recensées.

49. **La délimitation de l'objet de la recherche**. L'objectif de la recherche nous paraît également nécessiter une délimitation plus étroite de son objet. Nous l'avons dit, la transparence se scinde, dans le discours juridique, en deux principales formes : la « transparence métaphorique » et la « transparence née de l'information ». Or, la première ne semble pas susciter de difficulté particulière quant à la compréhension de l'emploi du terme. À titre d'exemple, le choix de se référer à la transparence de la personne morale plutôt qu'au coemploi s'explique par une différence de régime nettement identifiable entre ces théories[203]. Nous nous concentrerons donc désormais sur la seconde forme de transparence, à savoir la « transparence née de l'information ».

50. **La démarche suivie : une confrontation au droit du travail**. Afin de conceptualiser la notion de transparence, il nous faut donc analyser l'emploi du terme dans le discours juridique, en s'attachant aux aspects les plus saillants de la notion. Nous chercherons à comprendre comment la transparence est perçue par les juristes, ce qu'ils tentent de signifier en utilisant le terme. Nous essaierons alors d'identifier un dénominateur commun parmi les différentes manifestations de la transparence. *Nous tenterons de conceptualiser la notion à partir de cet élément commun.*

Puisque l'objectif est de comprendre l'emploi du terme dans le discours juridique, il nous faudra ensuite éprouver le concept en testant son caractère explicatif. Pour cela, quoi de mieux que de le confronter au droit du travail ? On l'a dit[204], ce domaine comporte un éclatant paradoxe : le terme de transparence y est peu ancré alors que l'information y occupe une place significative. Le droit du travail se présente ainsi comme un terrain de choix pour vérifier la capacité du concept proposé à expliquer l'emploi du terme de transparence dans le discours juridique.

51. **Le risque suscité par la méthode retenue**. La recherche n'est pas sans risques. En prenant le droit interne du travail comme point de départ et comme point d'appui, elle pourrait aboutir à une énième définition sectorielle de la transparence, qui n'apporterait au mieux qu'une clé de

[203] Cf. *supra* § 20.

[204] Cf. *supra* § 41.

lecture de la notion dans ce domaine particulier. Afin de limiter ce risque, le droit du travail ne constituera pas un domaine de recherche exclusif. Il sera fait appel à d'autres branches du droit interne ou au droit européen, soit en tant que tels, soit pour les confronter au droit du travail, dans l'espoir de proposer une définition de la notion de transparence permettant de mieux la comprendre, non seulement en droit du travail, mais aussi au-delà.

52. **Plan**. Afin de mener à bien cette recherche, nous réaliserons un premier tour d'horizon des occurrences et principales manifestations de la transparence dans le discours juridique afin d'identifier un dénominateur commun. Cette étude montrera que la transparence se présente en premier lieu, dans le discours juridique, sous les traits d'un droit de savoir ou d'un devoir de montrer, mettant l'accent sur l'apport de l'information communiquée pour son destinataire. En d'autres termes, la transparence est perçue sous le prisme de sa **fonction informative**. Nous essaierons alors de conceptualiser la notion à partir de cette fonction. Nous confronterons ensuite nos résultats au droit du travail. Il apparaîtra alors que tout en faisant partie intégrante du concept de transparence, la fonction informative ne permet pas à elle seule d'expliquer l'emploi du terme dans le discours juridique (Partie 1).

Il nous faudra donc partir à la recherche d'un autre dénominateur commun. L'analyse montrera que la transparence renvoie également à l'idée selon laquelle l'exposition d'une personne au regard des autres oriente, régule, son comportement. L'utilisation du terme de transparence correspond ainsi à sa **fonction régulatrice**. Nous tenterons là encore de théoriser cette fonction et d'en mesurer la place au sein du concept de transparence. Cette fonction se révèlera primordiale au sein du concept de transparence et permettra d'expliquer l'emploi du terme en droit du travail (Partie 2).

Progressant ainsi du plus connu vers l'inconnu, la recherche permettra de conceptualiser la notion de transparence en identifiant deux fonctions, une fonction informative et une fonction régulatrice, tout en démontrant que la seconde prime sur la première.

* * *

PARTIE 1. LA FONCTION INFORMATIVE DE LA TRANSPARENCE

PARTIE 2. LA FONCTION RÉGULATRICE DE LA TRANSPARENCE

PARTIE 1. LA FONCTION INFORMATIVE DE LA TRANSPARENCE

53. **Une première appréhension de la transparence**. *A minima*, la transparence peut se définir, en droit, comme l'accès à une information, à un élément de connaissance. Cet accès peut s'entendre à la fois du caractère compréhensible de l'information, mais aussi de la possibilité d'en prendre connaissance. La transparence implique donc la transmission d'une information d'une ou plusieurs personnes vers une ou plusieurs autres.

54. **La fonction informative de la transparence**. La transparence se présente ainsi naturellement sous le prisme de sa fonction informative. Celle-ci signifie que le rôle de la transparence est d'informer le ou les destinataires de la transmission d'un élément de connaissance. L'accent est alors mis sur l'apport de cet élément pour celui qui reçoit l'information ou pour celui qui observe le comportement d'une autre personne. Le point de vue adopté est donc avant tout celui du destinataire, de l'observateur.

55. **L'étape de la conceptualisation de la transparence**. Apparaissant au premier abord, cette fonction se présente comme une piste incontournable pour tenter de conceptualiser la transparence. Nous tâcherons ainsi de bâtir un concept de transparence en nous appuyant sur cette fonction informative (Titre 1).

56. **L'étape de la vérification du concept**. La formulation d'un concept juridique n'est toutefois utile que s'il permet d'éclairer ce qui jusqu'alors ne s'expliquait pas, ou mal, avec les outils théoriques préexistants. En l'occurrence, nous cherchons à comprendre pourquoi le terme de transparence est peu implanté en droit du travail. Cette matière offre en effet un cadre propice à la vérification de notre concept. Nous pourrons étudier la place qu'y occupe la fonction informative afin d'éprouver ce dernier (Titre 2).

TITRE 1. LA FONCTION INFORMATIVE AU SEIN DE LA TRANSPARENCE

57. **L'identification d'un dénominateur commun aux différentes manifestations de l'exigence de transparence**. L'exercice de conceptualisation de la transparence nécessite d'en rechercher les caractéristiques essentielles. Pour cela, il nous faut identifier, au sein du discours juridique, un trait commun à l'ensemble des manifestations de la transparence. Sans ce dénominateur commun, elle ne peut être conceptualisée ou, à tout le moins, il n'y aurait pas *un* mais *des* concepts de transparence.

    Plutôt bien mise en avant au sein du discours juridique, nous découvrons que la fonction informative constitue ce point commun. Les diverses manifestations de l'exigence de transparence sont ainsi présentées comme un droit de savoir pour son ou ses destinataires. Bien qu'innommée, la fonction informative apparaît dès lors comme un élément de la transparence aisément identifiable dans le discours juridique (Chapitre 1).

58. **La place de cette fonction au sein du concept de transparence**. Ce prisme informatif correspond en effet à la face visible de la transparence dans le discours juridique. Pourtant, elle n'a jusqu'ici pas permis à la doctrine de formuler un concept de transparence valable à l'échelle du droit tout entier. Il faut donc réinterroger la place de cette fonction au sein du concept de transparence. Nous proposerons pour cela de la considérer comme une fonction indispensable mais mineure de la transparence (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. UNE FONCTION INFORMATIVE AISÉMENT IDENTIFIABLE

59. **À la recherche de l'essence de la transparence**. Partons à la recherche de l'essence de la transparence. Sans s'interdire quelques incursions au-delà du droit permettant de mieux la saisir, on s'attachera principalement à analyser les différentes manifestations juridiques de l'exigence de transparence, repérées grâce aux occurrences du terme dans le discours juridique, tâchant de comprendre ce qu'elles recouvrent.

60. **Le chaos des manifestations de la transparence**. Bien que quelques auteurs se soient aventurés dans la jungle de ses manifestations[205], la présentation doctrinale de la transparence à l'échelle du droit tout entier donne l'impression d'un foisonnement désordonné qui ne permet pas de l'identifier clairement. À défaut d'en saisir l'essence, la majorité de la doctrine a d'ailleurs conclu à l'absence de concept juridique de transparence.
Il est vrai que la profusion des manifestations de l'exigence ne facilite pas la tâche. Aujourd'hui omniprésente, celle-ci s'est propagée dans tous les pans de la société. La diffusion de l'exigence est telle que l'on vivrait dans une « société de transparence »[206]. En raison notamment de cette profusion, la transparence ne fait que rarement l'objet d'une étude d'ensemble qui permettrait d'en dresser une typologie et de la structurer autour de quelques grands thèmes.

61. **Un fil rouge dans le chaos**. Un trait commun, que nous nous proposons de souligner, se dessine toutefois assez nettement parmi les différentes manifestations de l'exigence. Que ce soit au sein de la sphère personnelle voire intime (Section 1), de la sphère publique (Section 2) ou encore de la sphère économique (Section 3)[207], elle est en effet présentée comme la manifestation d'un droit de savoir. Elle apparaît comme une exigence de « dire » ou de « montrer » ou,

---

[205] V. en particulier : J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*

[206] B.-C. HAN, *La société de transparence*, *op. cit.*

[207] Si les sphères économiques et publiques ressortent particulièrement, à tel point qu'elles sont assimilées aux berceaux de la transparence en droit (J.-F. Kerléo, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 97), la sphère personnelle nous paraît également incontournable. Ces sphères ne sont toutefois pas étanches, elles se chevauchent et s'interpénètrent.

réciproquement, comme un droit à l'information pour son ou ses destinataires. Dans les deux cas, elle est conçue comme un résultat à atteindre caractérisant la fonction informative de la transparence. Bien qu'elle ne soit pas expressément nommée comme telle, la fonction informative paraît ainsi plutôt bien identifiée dans les différentes sphères dans lesquelles l'exigence de transparence apparaît.

SECTION 1. LA FONCTION INFORMATIVE DE LA TRANSPARENCE DANS LA SPHÈRE PERSONNELLE

62. **La connaissance de soi**. En parcourant les occurrences du terme de transparence dans le discours juridique, nous identifions un premier thème récurrent. La transparence se présente en effet comme un droit de savoir portant sur les informations relatives à la personne. Dans cette sphère que nous qualifions donc de personnelle, l'exigence de transparence renvoie en effet à la connaissance de soi, au droit de se connaître, qui comporte deux facettes. D'une part, la transparence est associée, principalement dans la littérature extra-juridique, à la connaissance de soi-même (§1). Elle renvoie, d'autre part, au droit de se connaître à travers le regard des autres (§2).

§1. La connaissance introspective de soi

63. **Les deux facettes de la connaissance de soi**. La connaissance de soi se traduit d'une part par une quête intérieure (A) et d'autre part, par la connaissance de son identité (B).

A. La connaissance de soi dans le for intérieur

64. **La connaissance de soi dans le for intérieur**. La transparence désigne d'abord la recherche de la connaissance de soi[208], la « transparence comme quête de soi »[209], la transparence de « moi à moi »[210]. La transparence vis-à-vis de soi-même renvoie à la recherche de sincérité dans le for intérieur. Dans la pensée de Jean-Jacques Rousseau notamment[211], la « transparence des

[208] M. PINGEOT, *La dictature de la transparence*, *op. cit.*, p. 23.

[209] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 442.

[210] T. LIBAERT, *La transparence en trompe-l'oeil*, *op. cit.*, p. 17.

[211] Sur cette pensée, cf. J. STAROBINSKI, *Jean-Jacques Rousseau : La transparence et l'obstacle*, Tel, n° 6, Paris, Gallimard, 1971 ; J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, pp. 441 et s. V. égal. *infra* § 261.

cœurs » correspond à un idéal de connaissance de soi, de sa véritable personnalité au-delà de celle dictée par les conventions sociales. Il s'agit de ne pas se mentir, de ne pas se désavouer et d'être en accord avec ses valeurs, en dépit de ce que pensent les autres[212]. Elle constitue ainsi une forme de mantra, d'exigence sociale de développement personnel. Cette quête de soi est en partie vaine, puisque la connaissance parfaite de soi est, selon les philosophes, impossible[213]. En tant que processus du for intérieur, cette recherche est essentiellement extérieure au Droit. Cet aspect de la transparence apparaît en effet avant tout dans la pensée de philosophes.

B. La connaissance de son identité

65. **La connaissance de son identité**. Dans le prolongement de la quête introspective de soi, la transparence se caractérise également par la connaissance des éléments qui constituent son identité. Cette aspiration à la connaissance de son identité est cette fois perceptible dans le Droit. Elle affleure plus précisément dans la justification de certains droits à la connaissance portant sur les éléments qui concernent personnellement un individu. Le terme de transparence apparaît par exemple – certes, assez marginalement – pour désigner l'accès à l'information sur ses propres données, telles que son origine biologique ou ses caractéristiques génétiques[214]. Dans ce contexte, se révèle toute la tension entre le droit à la connaissance de soi et le droit au secret[215]. Cet aspect de la transparence est toutefois peu présent dans le discours juridique.

§2. La connaissance de soi à travers le regard de l'autre

66. **La connaissance de l'image de soi.** La transparence s'assimile aussi à la connaissance de soi à travers le regard des autres, la transparence des « autres envers moi »[216], la connaissance de l'image qu'autrui se fait de moi. C'est un peu comme connaître une partie de soi dont on est, ou dont on a été, dépossédé[217]. L'individu « demande à être renseigné sur ce que les tiers croient

---

[212] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 442.

[213] B.-C. HAN, *La société de transparence*, *op. cit.*, p. 11.

[214] P. BLOCH et V. DEPADT-SEBAG (dirs.), *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, Thèmes & commentaires. Actes, Paris, Dalloz, 2007.

[215] *Ibid.*

[216] T. LIBAERT, *La transparence en trompe-l'oeil*, *op. cit.*, p. 17.

[217] Pour Pierre Catala, les données objectives relatives à une personne sont des attributs de sa personnalité. Cf. « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *Rec. D.*, 1984, vol. 1, p. 99.

savoir de lui, il demande, en quelque sorte, à se reconnaître dans le miroir qu'on lui présente »[218]. Il ne cherche pas à apprendre quoique ce soit sur lui-même, mais plutôt à connaître ce qu'autrui sait de lui-même ou la manière dont autrui se le représente. Par exemple, en demandant à un réseau social de lui communiquer l'intégralité des données collectées à son sujet, la personne n'entend pas apprendre son lieu de résidence ou prendre connaissance de ses goûts ; elle entend savoir si ce réseau social a connaissance de ces données et, le cas échéant, de quelle manière il les utilise ou encore en vérifier l'exactitude.

67. **L'information relative aux données personnelles**. Cette idée de droit à la connaissance de l'image de soi est particulièrement visible dans le droit des données personnelles, auquel est associée la transparence. Pionnière en Europe, la France s'est dotée, avec la loi du 6 janvier 1978 dite « informatique et libertés »[219], d'un dispositif encadrant le traitement – informatisé ou non – des données à caractère personnel[220]. Modifiée à plusieurs reprises, notamment en 2004 pour transposer une directive européenne de 1995, ou encore en 2018 et 2019[221], la loi est aussi complétée par le Règlement européen pour la protection des données personnelles dit « RGPD »[222]. Les principes fondamentaux de l'encadrement des fichiers sont cependant restés inchangés, ce qui n'est guère étonnant, puisque les textes européens sont « eux-mêmes largement inspirés des principes de la loi française de 1978 »[223]. Parmi ces principes, on peut citer « pour la personne concernée les droits d'information, d'accès et de rectification, ainsi que les droits d'opposition et d'effacement [et, pour le responsable de traitement,] l'obligation de

---

[218] P. CATALA, « "Conclusions" au colloque sur l'information légale dans les affaires (CREDA) », *JCP E*, 09/1994, n° 39.

[219] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF, 7 janvier 1978, p. 227.

[220] La loi « informatique et libertés » est aussi marquante en ce qu'elle a créé une autorité administrative indépendante, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), pour contrôler le respect du dispositif et accompagner les responsables de traitement. Dotée de pouvoirs de contrôle et de sanction, la CNIL peut notamment prononcer des sanctions pécuniaires pour non-respect des principes du RGPD. En janvier 2019, elle a par exemple infligé une amende de 50 millions d'euros à l'entreprise Google pour manquement à plusieurs obligations, dont celle de transparence du traitement (CNIL, Délibération SAN-2019-001 du 21 janvier 2019. Sur cette affaire, et en particulier sur les griefs reprochés par la CNIL à l'entreprise Google en matière de transparence et d'accessibilité de l'information, Cf. F. MATTATIA, *RGPD et droit des données personnelles*, Paris, Éditions Eyrolles, 2021, p. 230). Chargée de veiller au respect des droits des personnes concernées, la CNIL participe ainsi à la pleine effectivité de ceux-ci.

[221] *Ibid.*, p. 11.

[222] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

[223] F. MATTATIA, *RGPD et droit des données personnelles*, *op. cit.*, p. 12.

fonder le traitement sur une base licite avec une finalité légitime, d'assurer la qualité et la sécurité des données, et de limiter la durée de conservation des données »[224].

Dans ce contexte, que signifie exactement l'exigence de transparence ? Les textes ne la définissent pas expressément. La loi « informatique et libertés », dans sa version actuelle, se contente d'affirmer que « Les données à caractère personnel doivent être : traitées de manière licite, loyale et, […] transparente au regard de la personne concernée »[225]. Quant au RGPD, il énonce que le responsable du traitement doit communiquer envers la personne concernée « d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples »[226]. Certains considérants apportent toutefois un éclairage utile : si le principe de transparence exige essentiellement que l'information soit intelligible[227], il signifie également, en combinaison avec le principe de loyauté, que la personne concernée doit être informée de l'existence du traitement, de ses finalités ainsi que de toute autre information pertinente eu égard au contexte particulier du traitement[228]. Dans la doctrine, le terme de transparence renvoie également tant à l'information de la personne qu'à son caractère clair et intelligible[229]. Cette même utilisation du terme de transparence se retrouve lorsqu'il est question d'algorithme et d'intelligence artificielle[230].

---

[224] *Ibid.*, p. 23.

[225] Loi « informatique et libertés » préc., art. 4.

[226] RGPD, art. 12.

[227] RGPD, cons. 39 (« Le principe de transparence exige que toute information et communication relatives au traitement de ces données à caractère personnel soient aisément accessibles, faciles à comprendre, et formulées en des termes clairs et simples ») ; cons. 58 (l'information doit être concise, adaptée au public concerné, notamment aux enfants, et « lorsqu'il y a lieu, illustrée à l'aide d'éléments visuels ») ; cons. 60 (elle doit être éventuellement accompagnée d'icônes normalisées et lisibles par une machine) et cons. 71 (combinée à l'équité, la transparence implique l'utilisation de procédures mathématiques et statistiques adaptées aux circonstances particulières du traitement de données). V. égal. : Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données, « Lignes directrices sur la transparence au sens du règlement (UE) 2016/679 », 29 novembre 2017 et révisées le 11 avril 2018, WP260 rev.01.

[228] RGPD, cons. 60.

[229] Par ex. : R. PERRAY, « La transparence en matière de données personnelles : plus qu'une explicitation, la consécration d'un principe désormais cardinal », *Comm. com. électr.*, 10/2022, n° 10, p. étude 17 ; pour la transparence comprise avant tout comme une exigence de clarté : C. FÉRAL-SCHUHL, *La protection des données personnelles*, Paris, Dalloz, 2019. Certains comprennent toutefois la transparence de manière plus extensive, considérant le « droit à la transparence » comme un droit à la loyauté, un droit d'être informé complété par un droit d'accès et de rectification (En ce sens, cf. P.-A. WEILL, « État de la législation et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles en droit pénal français », *RIDC*, 07-09/1987, n° 3, p. 664).

[230] V. par not. le Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (dit « AI act ») ; L. MALFETTES, « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *Dr. soc.*, 07/2019, p. 591 ; P. ADAM, M. LE FRIANT et Y. TARASEWICZ, *Intelligence artificielle, gestion du personnel et droit du travail : les travaux de l'AFDT*, Paris, Dalloz, 2020 ; L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme : étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, Paris, Dalloz, 2024.

En résumé, l'exigence de transparence désigne le droit de savoir de la personne dont les données sont collectées, son droit à une information claire quant au traitement de ses données.

68. **Le droit de maîtriser ses données**. Par ailleurs, la philosophie générale du droit des données personnelles donne une certaine coloration à la transparence. Ce droit est surtout perçu du point de vue de la personne dont les données sont collectées, comme un moyen de la protéger. Cette fonction de protection est d'ailleurs si présente que le droit des données personnelles est fréquemment réduit au « droit à la protection des données personnelles »[231], alors qu'il ne s'agit pas de son unique fonction, comme nous le verrons[232].

Le droit des données personnelles, et par extension la transparence, est d'ailleurs fondé sur les droits et libertés fondamentaux de la personne et plus précisément sur le droit à la vie privée[233]. Bien que le contenu de la vie privée soit controversé[234], il semble admis que la protection des données nominatives relève de sa protection[235]. La notion de vie privée s'entend ici largement, au-delà de sa conception traditionnelle de droit au secret sur les informations relevant de l'intimité de la vie privée[236]. Elle permet « également d'assurer à l'individu une marge de manœuvre suffisante pour lui permettre d'orienter sa vie dans la direction qu'il a choisie. De ce point de vue, le respect de la vie privée implique la *liberté de la vie privée* et, en définitive, le droit d'être soi-même ou celui d'être différent »[237]. La liberté de la vie privée signifie donc être

---

[231] Le règlement européen relatif aux données personnelles est d'ailleurs intitulé « règlement général sur la protection des données ». Au sein de la doctrine, le droit des données personnelles est également très souvent présenté comme le droit de la « protection des données personnelles ». Cf. par ex. : B. BENEZETH et al., *Protection des données personnelles*, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 2018 ; C. FÉRAL-SCHUHL, *La protection des données personnelles*, *op. cit.* ; G. DESGENS-PASANAU, *La protection des données personnelles : les principales clés de décryptage du RGPD*, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2022 ; *Code de la protection des données personnelles*, 5e édition, Paris, Dalloz, 2022 ; A. RENUCCI et J.-F. RENUCCI, *Droit et protection des données à caractère personnel*, Paris, LGDJ, 2022.

[232] Cf. *infra* §§ 269 et s.

[233] V. par ex. : L. FAVOREU *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Précis, Paris, Dalloz, 2021, p. 369.

[234] Le contenu de la vie privée renvoie à la question de savoir quelles sont les données qui en relèvent. Par exemple, les données relatives à la santé, à la vie sexuelle, les opinions, etc. font-elles partie de la vie privée ? Sur cette question, cf. *Ibid.*, p. 362.

[235] *Ibid.*

[236] « Traditionnellement [en effet], la protection de la vie privée suppose d'abord de garantir le droit de chacun à vivre à l'abri des regards indiscrets » (*in Ibid.*, p. 361).

[237] *Ibid.* (en italique dans le texte).

libre de mener sa vie privée comme on l'entend. Ce faisant, la notion se rapproche ainsi de celle d'autodétermination informationnelle[238].

D'origine allemande[239], la notion d'autodétermination informationnelle pourrait aussi servir de fondement au droit de se connaître, et plus spécifiquement, à l'exigence de transparence. De manière générale, l'autodétermination renvoie en effet à « l'aptitude d'une personne à mener sa vie comme elle l'entend, à déterminer sa propre voie sans être contrainte par des événements extérieurs »[240]. Ainsi comprise, l'autodétermination « n'est pas l'affranchissement de toute soumission au pouvoir d'autrui mais réside dans le fait de disposer de ressources internes suffisantes pour faire face à n'importe quelle situation »[241]. Reliée à l'information, cette notion peut se définir comme « la capacité à décider librement du devenir des informations numériques qui nous concernent »[242]. Fondée sur la dignité de l'Homme et sur le libre développement de sa personnalité[243], elle comporte non seulement, « dans une approche défensive, une protection contre les atteintes aux droits et libertés [mais également] de façon plus active ou dynamique, une capacité à décider des conditions d'utilisation de ses données et de contribuer à la détermination des règles applicables »[244]. Il ne s'agit donc plus seulement de refuser à autrui l'accès à la connaissance de ses données, mais aussi de contrôler l'utilisation, par autrui, des données connues.

69. **Des fondements possibles du droit à la transparence**. En ce qu'ils reconnaissent à l'individu une certaine liberté et maîtrise sur sa vie privée et ses données personnelles, ces fondements de la vie privée et de l'autodétermination informationnelle paraissent ainsi à même de justifier un

---

[238] Sur cette notion, cf. not. : B. DABOSVILLE, *L'information du salarié : contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Droit du travail, Paris X - Nanterre, 2013, pp. 223 et s. ; *Le numérique et les droits fondamentaux (Étude annuelle 2014)*, Paris, La Documentation française, 2014, pp. 267 et s. ; N. OCHOA, *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, pp. 474 et s. ; P. TÜRK, « L'autodétermination informationnelle : un droit fondamental émergent ? », *Comm. com. électr.*, 10/2020, n° 11, p. 616.

[239] La notion (*informationnelle Selbstbestimmung*) a été consacrée dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande (Bundesverfassungsgericht) dans une décision du 15 décembre 1983 (BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983 - 1 BvR 209/83 -, Rn. 1-215, https://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html).

[240] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié : contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Droit du travail, Paris X - Nanterre, 2013, p. 201.

[241] *Ibid.*. L'auteur évoque l'autonomie, mais prise ici dans le sens d'autodétermination.

[242] P. TÜRK, « L'autodétermination informationnelle : un droit fondamental émergent ? », *Comm. com. électr.*, 10/2020, n° 11, p. 616.

[243] *Le numérique et les droits fondamentaux (Étude annuelle 2014)*, Paris, La Documentation française, 2014, p. 267.

[244] P. TÜRK, « L'autodétermination informationnelle », *op. cit.*

droit à la transparence relatif aux informations connues par autrui. En effet, le droit d'une personne d'être informée du traitement de ses données[245] constitue la prémisse incontournable à l'exercice de certains droits conférant à l'individu une certaine maîtrise sur ses données. Plus concrètement, l'information de la personne concernée de la collecte et de l'utilisation de ses données lui permet d'exercer son droit d'accéder à ses données[246], de demander leur rectification si elles s'avèrent inexactes ou incomplètes[247] ou encore, sous certaines conditions, leur suppression[248]. Autrement dit, le droit à la transparence redonne à la personne concernée par un traitement de données une certaine maîtrise sur celles-ci en lui permettant d'exercer certains droits.

Néanmoins, la maîtrise de l'individu sur ses données est somme toute assez limitée. L'individu ne peut en effet empêcher une utilisation licite de celles-ci. Comme le souligne un auteur, le droit des données personnelles « accompagne des libertés plus qu'il ne s'y oppose. C'est donc qu'il consacre par principe une liberté *a priori* de traitement de données personnelles, et non par principe l'interdiction de ces activités au nom de la protection de la personne fichée »[249].

En tout état de cause, ces fondements donnent à la transparence une certaine coloration et mettent ainsi en lumière de manière particulièrement insistante[250] la fonction protectrice de la transparence. Elle est ainsi conçue comme un « droit de savoir », c'est-à-dire comme la « possibilité, pour chacun, de connaître les informations qui ont été réunies sur son compte »[251]. Elle correspond au droit, pour la personne visée, de prendre connaissance des informations qui la concernent.

70. **Conclusion de la section**. Nous avons ainsi souligné qu'au sein de la sphère personnelle, l'exigence de transparence est régulièrement perçue comme un droit de regard pour la personne sur la collecte et l'utilisation des données qui la concernent. Elle y apparaît ainsi sous le prisme

---

[245] RGPD, art. 12, 13 et 14.

[246] RGPD, art. 15.

[247] RGPD, art. 16.

[248] RGPD, art. 17. L'article précise les cas dans lesquels la suppression des données peut être exigée.

[249] N. OCHOA, *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, Paris, Paris I - Panthéon-Sorbonne, 8 décembre 2014, p. 197.

[250] En ce sens, à propos de la vie privée : *Ibid.*, p. 464 : le fondement de la vie privée entraîne « une orientation dans la lecture que l'on peut faire des buts du droit des données personnelles, en mettant en lumière de manière particulièrement insistante sa fonction de protection de la personne fichée ».

[251] G. BRAIBANT, « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés*, Mélanges offerts au professeur R.-E. Charlier, Paris, Ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 704.

de sa fonction informative. Cette conception de la transparence est également présente dans la sphère publique.

SECTION 2. LA FONCTION INFORMATIVE DE LA TRANSPARENCE DANS LA SPHÈRE PUBLIQUE

71. **Le droit de savoir du citoyen**. Dans la sphère publique, l'exigence de transparence s'assimile à une obligation de « dire » ou de « montrer » mise à la charge des autorités publiques. Elle correspond également au droit pour le citoyen d'être informé des affaires publiques (§1). Si, jusqu'à la fin des années 1970, le citoyen s'entendait essentiellement dans le cadre de la démocratie politique, l'émergence de la « démocratie administrative »[252] a permis de reconnaître une autre forme de citoyenneté : celle qui s'exerce face à l'administration. Dans ce contexte, une série de lois – constitutives de la « transparence administrative » – sont venues imposer à l'administration une exigence de transparence, sous diverses formes. Toutes ont en commun de consacrer un certain droit à l'information en faveur de l'administré (§2).

§1. Le droit de savoir du citoyen

72. **Apparition de la transparence**. La sphère politique n'échappe pas à l'exigence de transparence. C'est même dans ce champ que la transparence s'est d'abord déployée[253]. La majorité de la doctrine date en effet l'apparition de l'exigence au cours de la seconde moitié du XVIII[ème] siècle avec l'émergence des gouvernements représentatifs en Europe[254] ; la Révolution française marquant un point de rupture[255]. Le terme de transparence n'apparaît pourtant que de manière épisodique à cette époque[256]. La doctrine s'est donc moins attachée

---

[252] V. not. J.-B. AUBY, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *RFAP*, 2011, pp. 13-19.

[253] Cf. sur la « transparence constitutionnelle » (dans le sens de « l'ordonnancement du pouvoir ») : J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, pp. 101 et s.

[254] S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *op. cit.* ; Contra : J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, pp. 103 et s. L'auteur estime que la transparence est née « au coeur du secret », qu'elle permettait de rendre visible le pouvoir sans le questionner, de l'asseoir par les symboles et les représentations. Il nous semble cependant que la transparence ne peut, conceptuellement, être rattachée à la seule visibilité du pouvoir, à sa symbolique, même si, par dévoiement, elle peut ne constituer qu'un effet d'annonce ; Sur les liens entre transparence et démocratie représentative, cf. égal. *Ibid.*, pp. 132 et s.

[255] M. RICHIR, « Révolution et transparence sociale », *in Considérations destinées à rectifier les jugements du public sur la Révolution française*, Critique de la politique, Paris, Payot, 1974 ; P. MÜNCH, « Révolution française, opinion publique et transparence », *Appareil*, 04/2011, n° 7/2011, disponible sur http://appareil.revues.org/1220. L'auteur nuance quelque peu le propos : les révolutionnaires sont héritiers d'une culture politique née sous Louis XV autour de 1750.

[256] G. PUYDEBOIS, *La transparence de la vie publique en France*, *op. cit.*, p. 18.

aux occurrences du terme qu'à sa généalogie et, plus encore, à son « voisinage notionnel »[257], cherchant les racines de la transparence à partir des notions auxquelles on l'associe et auxquelles on l'oppose. Il est ainsi apparu, *a posteriori*[258], que la notion de transparence « enracine sa légitimité »[259] dans le terreau intellectuel de la philosophie des Lumières[260]. Liée de « manière presque consubstantielle à la notion de publicité »[261], la transparence « construit la rationalité du pouvoir politique, en fait émerger la possibilité d'une science et se prolonge naturellement dans le régime démocratique pour s'y présenter comme un élément fondateur »[262].

Multiples, les liens entre transparence et démocratie génèrent surtout un devoir de transparence mis à la charge des autorités publiques (A). Ce devoir ne se traduit que rarement par un véritable droit à l'information pour le citoyen (B).

A. Le devoir de transparence des autorités publiques

73. **L'exigence de transparence garante de l'État de Droit**. L'exigence de transparence est historiquement étroitement liée à la notion de publicité. Or, la publicité des décisions politiques peut être considérée comme les prémisses d'un droit de savoir du citoyen. Cette exigence de publicité de la norme applicable assure notamment la prévisibilité et la sécurité juridiques : en assurant une diffusion de la norme et des conditions dans lesquelles la responsabilité d'un citoyen peut être engagée, les sujets de droit savent quel comportement adopter. Si celui-ci est conforme aux lois, alors ils ne peuvent être inquiétés. Garante de la sécurité juridique, la publicité des règles de droit constitue ainsi une « mesure contre les abus d'autorité »[263] et offre aux gouvernés une certaine prévisibilité de la règle.

---

[257] J. BARROCHE, « Transparence et notions voisines : quel apport ? », *op. cit.*

[258] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 99.

[259] S. BAUME, « Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence », *op. cit.*, p. 4.

[260] J. MARCHAND, « Réflexion sur le principe de transparence », *RDP*, 05/2014, n° 3, p. 677.

[261] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 99.

[262] *Ibid.* ; Sur les liens entre transparence et démocratie, cf. not. A. ROUX, « Transparence et démocratie », *op. cit.* ; R. DRAÏ, « Transparence et démocratie sont-elles vraiment compatibles ? », *in La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 19-32.

[263] S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *op. cit.*

74. **Le devoir de transparence imposé aux gouvernants**. Plus récemment, l'exigence de transparence implique également que certains responsables politiques, tels que les ministres, déclarent notamment leur patrimoine auprès de la haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) qui les publie[264]. Ce devoir de transparence avait pour objectif initial de permettre à la commission pour la transparence de la vie politique – ancêtre de la HATVP – de détecter d'éventuels enrichissements anormaux de responsables politiques susceptibles de résulter d'infractions pénales telles que la corruption[265].

B. Un droit à l'information restreint

75. **Un droit indirect à l'information**. Pour autant, le droit du citoyen à l'information est peu consacré en droit positif. La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), par exemple, refuse de reconnaître, sur le fondement de l'article 10 (Droit à la liberté d'expression) de la convention éponyme, une obligation générale pour l'État de communiquer des informations au public[266].

Le droit à l'information est cependant protégé sur d'autres fondements. La CEDH a ainsi jugé qu'un État doit communiquer des informations lorsqu'il pèse une « menace suffisamment importante sur l'exercice des droits reconnus par la Convention »[267], tel que le droit à la vie ou le droit à la vie privée et familiale[268]. Pour Patrick Wachsmann, la CEDH considère que « Les citoyens (…) doivent être traités comme tels par les pouvoirs publics : ils ne sont pas des sujets que les dirigeants seraient libres de traiter comme ils l'entendent, mais des membres actifs de la société politique, dotés de dignité et de raison, qu'il convient, en cette qualité, de respecter, au moins en dispensant les informations utiles à la prise, par chacun, de décisions éclairées par

---

[264] Selon les fonctions occupées, le responsable politique voit ou non sa déclaration de patrimoine et des intérêts publiée par la HATVP.

[265] V. le site de la HATVP (https://www.hatvp.fr/temps-forts-2/ ; consulté le 29/12/2024).

[266] CEDH, 19 février 1998, req. n° 14967/89, Aff. *Guerra c. Italie*, pt. 53 : la Cour rappelle que « la liberté de recevoir des informations, mentionnée au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention, interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir [mais] ne saurait se comprendre comme imposant à un État, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, des obligations positives de collecte et de diffusion, *motu proprio*, des informations ».

[267] P. WACHSMANN, « La Convention européenne des droits de l'Homme met-elle une obligation de transparence à la charge des Etats ? », *in La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, p. 176.

[268] Aff. *Guerra c. Italie*, préc., pts. 56 et s.

les données nécessaires »[269]. Selon nous, l'argument rejoint ici la notion d'autodétermination : l'information du citoyen lui permet de faire face aux évènements[270].

Ensuite, si la CEDH n'impose pas, de manière générale, à un État une obligation d'information de la population, elle protège la diffusion d'informations par d'autres personnes. Considérée comme le « chien de garde » de la démocratie[271], la presse est ainsi particulièrement protégée. Dans sa décision « *Lingens contre Autriche* » du 8 juillet 1986, la Cour affirme qu'il incombe à la presse « de communiquer des informations et des idées sur les questions débattues dans l'arène politique, tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. À sa fonction qui consiste à en diffuser s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir »[272]. Le droit à l'information du public est donc protégé par le biais de la protection de la presse.

76. **La protection des lanceurs d'alerte par le biais de la liberté d'expression**. De la même manière, la Cour protège les lanceurs d'alerte sur le fondement de cet article[273]. Signalons d'ailleurs que le discours juridique relatif à la protection des lanceurs d'alerte emploie régulièrement le terme de transparence, nous y reviendrons plus en détails[274]. Ces lanceurs d'alerte contribuent à l'information des citoyens en relayant des faits portant gravement atteinte à l'intérêt général. En protégeant les lanceurs d'alerte, la jurisprudence européenne participe ainsi indirectement à la protection de l'information des citoyens.

---

[269] P. WACHSMANN, « La Convention européenne des droits de l'Homme met-elle une obligation de transparence à la charge des Etats ? », *op. cit.*, pp. 179-180.

[270] Cf. *supra* § 68.

[271] CEDH, 27 mars 1996, req. n° 17488/90, Aff. *Goodwin c. Royaume-Uni*, pt. 39.

[272] CEDH, 8 juillet 1986, req. n° 9815/82, Aff. *Lingens c. Autriche*, pt. 41.

[273] CEDH, 12 février 2008, n° 14277/04, *Guja c. Moldavie* : « Consciente de l'importance du droit à la liberté d'expression sur des questions d'intérêt général, du droit des fonctionnaires et des autres salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, des devoirs et responsabilités des salariés envers leurs employeurs et du droit de ceux-ci de gérer leur personnel, la Cour, après avoir pesé les divers autres intérêts ici en jeu, conclut que l'atteinte portée au droit à la liberté d'expression du requérant, en particulier à son droit de communiquer des informations, n'était pas ''nécessaire dans une société démocratique'' » (§97). En l'espèce, la CEDH a conclu à la violation de l'article 10 de la Convention par la Moldavie. Il lui était reproché d'avoir révoqué le directeur du service de presse du parquet général ayant divulgué à la presse l'existence de pressions exercées par des responsables politiques contre des membres du parquet visant à l'abandon de poursuites contre des policiers soupçonnés de mauvais traitements et détention illégale.

[274] Cf. *infra* §§ 292 et s.

77. **La notion de transparence dans la jurisprudence de la CEDH**. Si le terme de transparence apparaît dans la jurisprudence de la CEDH[275], il « manque encore une approche claire et globale sur le sujet »[276]. La doctrine mobilise quelques fois le terme pour désigner le droit à l'information du public, mais l'utilisation du terme de transparence est, dans ce contexte, assez marginale[277].

78. **Le droit de savoir du citoyen**. Si la doctrine a rattaché la transparence à la publicité et, partant, à un certain devoir de partage de l'information des gouvernants avec les gouvernés, ce devoir ne se traduit que rarement par un droit subjectif à l'information pour les citoyens. Pour autant, la transparence est bien ici perçue comme le droit de regard du citoyen sur les affaires publiques.

§2. Le droit de savoir de l'administré

79. **La transparence administrative**. Dans la sphère publique, et plus précisément dans la sphère administrative, le terme de transparence est davantage consacré. La « transparence administrative »[278] est en effet un thème ancré dans le paysage administratif depuis la fin des années 1970. À la faveur d'une délégitimation du secret, le domaine de la transparence s'est étendu, faisant du droit administratif l'un des secteurs de prédilection de la transparence (A). Le contenu exact de cette « transparence administrative », d'origine doctrinale, est toutefois assez flou. Tout un ensemble de dispositifs gravitent autour de cette notion. Cependant, la loi « informatique et libertés », la loi sur l'accès aux documents administratifs et la loi sur la motivation des actes administratifs – composant une sorte de noyau dur de la transparence administrative – en constituent les principales manifestations (B).

---

[275] P. DUCOULOMBIER, « La transparence dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 45.

[276] *Ibid.*

[277] G. COHEN-JONATHAN, « La transparence dans la Convention européenne des Droits de l'Homme », *op. cit.* ; P. WACHSMANN, « La Convention européenne des droits de l'Homme met-elle une obligation de transparence à la charge des Etats ? », *op. cit.* ; P. DUCOULOMBIER, « La transparence dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.* Il s'agit dans ces trois cas d'une contribution insérée dans une étude plus large sur la transparence.

[278] B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.* ; F. RANGEON (dir.), *Information et transparence administratives*, *op. cit.* ; CENTRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES (éd.), *La transparence administrative en Europe*, *op. cit.* ; R. LETTERON, *La transparence administrative*, *op. cit.* ; P. DELVOLVÉ, « La transparence administrative », *op. cit.*

A. La naissance de la transparence administrative

80. **Un fil rouge au sein de dispositifs variés**. La notion de « transparence administrative » est née sous la plume de la doctrine qui a décelé une cohérence globale, un fil rouge, émanant de divers dispositifs[279]. Ceux-ci auraient en commun de remettre en question le principe de secret entourant l'activité administrative (1) et de faire émerger un droit de regard des administrés sur celle-ci (2).

1. La remise en question du secret administratif

81. **La tradition de secret dans l'administration**. « [T]erre d'élection du secret »[280], le domaine administratif n'était pourtant pas la sphère la plus propice à l'émergence de la transparence. Il y régnait une forte tradition de secret[281]. Si, « en principe, le secret n'existe pas » pour les pouvoirs législatif et judiciaire, « pourquoi le troisième pouvoir, l'exécutif, est-il resté si longtemps même dans de vieilles démocraties à l'écart de cette exigence de transparence ? », s'interrogeait alors Jean Rivero[282]. L'interrogation se renforçait encore au regard des fondements respectifs de la transparence et du secret. Tandis que la transparence est implicite dans l'article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (« La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration »)[283], le « secret administratif reposait plus sur une tradition longue et ininterrompue que sur des dispositions formelles »[284]. La conception classique de l'administration s'en accommodait : puisque

---

[279] Sur l'émergence du terme, Cf. not. J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit : Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Bibliothèque des thèses - Droit public, Paris, Mare et Martin, 2015, p. 190. Il semble que la naissance de la locution « transparence administrative » doive être attribuée à Bruno LASSERRE, Noëlle LENOIR et Bernard STIRN (*La transparence administrative*, Politique d'aujourd'hui, Paris, Presses universitaires de France, 1987).

[280] G. BRAIBANT, « Droit d'accès et droit à l'information », *in Service public et libertés*, Mélanges offerts au professeur R.-E. Charlier, Paris, Ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 704.

[281] Sur la place du secret dans la sphère administrative, V. not. : A.-L. MIE, *Administration et droit à l'information : le secret en question*, L'Administration nouvelle, Paris, Berger-Levrault, 1985 ; J. LAVEISSIÈRE, « En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 181-205 ; *Rapport public 1995 - La transparence et le secret*, *op. cit.*

[282] J. RIVERO, « Rapport de synthèse », *in* C. DEBBASCH (dir.), *La Transparence administrative en Europe : actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989*, Paris, Éd. du Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 309.

[283] Sur les fondements possibles de la transparence administrative, Cf. L. REBUFAT-RAISON, *Les fonctions de la transparence*, *op. cit.*, p. 95.

[284] J. LAVEISSIÈRE, « En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret », *in Études offertes*

l'administration ne faisait qu'exécuter la loi, nul besoin qu'elle ne s'expose[285]. « Et puis, [il y avait l'idée que] la démocratie étant essentiellement représentative, permettre au public de s'ingérer dans la connaissance et le contrôle de l'administration, [c'était] porter atteinte aux prérogatives du Parlement. Au Parlement et à lui seul la connaissance et le contrôle de ce que fait l'exécutif »[286]. Sous la pression d'une combinaison de facteurs, « le domaine du secret [s'est pourtant rétréci], brûlé, en ce temps moderne, par le soleil de la transparence »[287]. À partir des années 1970, commence en effet à s'imposer l'idée que le secret comporte plus d'inconvénients que d'avantages, aussi bien pour les administrés que pour l'administration[288].

82. **Les facteurs de délégitimation du secret**. L'une des premières explications est, selon Jean Rivero, « la pénétration accrue de l'administration dans la vie quotidienne » (urbanisme, protection de l'environnement, etc.)[289]. L'extension de ses domaines d'intervention a modifié son autorité. L'administration a perdu « cette espèce de sacralisation, ce prestige qui s'attachait et qui s'attache encore aux tâches souveraines traditionnelles »[290]. Surtout, le « nombre [de policiers et de juges] ne peut pas croître avec le volume des interdits ou des obligations. […] Dès lors, […] pour que la règle soit obéie, [il faut] autre chose que la crainte de la sanction ou le respect de l'autorité suprême dont elle émane, [il] faut essayer d'obtenir l'adhésion du citoyen à la règle »[291].

Un autre facteur d'explication réside dans l'essor de l'informatique. Celle-ci a permis de rendre techniquement plus facile la communication d'informations, en même temps qu'elle a accru « la pesanteur du pouvoir en lui créant des possibilités qu'il n'avait jusque-là »[292]. Le besoin d'un plus grand encadrement du pouvoir administratif s'est donc fait sentir.

à Jean-Marie Auby, Paris, Dalloz, 1992, pp. 181-205, spéc. p. 184. V. également : B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.*, p. 56.

[285] J. RIVERO, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 310.

[286] *Ibid.*

[287] J.-D. BREDIN, « Remarques sur la Transparence », *op. cit.*, p. 177.

[288] J. CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », *op. cit.*, p. 244.

[289] J. RIVERO, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, pp. 310-311.

[290] *Ibid.*, p. 311.

[291] *Ibid.*

[292] *Ibid.*, p. 312.

Enfin[293], la réflexion sur le couple transparence-secret s'inscrivait également dans une comparaison avec d'autres pays, plus avancés que la France sur ce sujet[294] : la Suède s'était dotée dès 1766 d'une loi sur l'accès aux documents administratifs, la Finlande en 1951, les USA du « *freedom of information act* » en 1966, le Danemark et la Norvège en 1970[295].

Tous ces facteurs ont suscité un besoin d'information des administrés[296], même si on ne peut pas vraiment dire que l'exigence de transparence ait été une revendication populaire[297]. Désormais perçu comme la « survivance anachronique d'un autoritarisme administratif remontant à la monarchie absolue », « le secret devient, non plus une garantie d'indépendance d'une administration mise à l'abri des pressions, mais un instrument d'assujettissement d'une société placée sous le regard vigilant d'un appareil dont la logique de fonctionnement lui échappe et qui résiste à toute investigation »[298].

Sur fond de démocratie administrative, la mise sous le regard de l'administration est donc apparue comme une forme de substitut à une participation plus active des citoyens à l'activité administrative[299]. En somme, cette délégitimation du secret de l'administration, ou de son silence, a ainsi constitué un terrain propice à l'émergence d'un droit de regard de l'administré sur l'administration.

2. L'émergence d'un droit de regard

83. **La naissance de la transparence administrative**. C'est dans ce contexte de réflexion sur l'accès de l'administré à l'information que sont nées trois lois, constitutives de ce qu'il est convenu d'appeler « la transparence administrative »[300] : la loi du 6 janvier 1978 dite

---

[293] La présentation des causes explicatives de la délégitimation du secret et de l'essor corrélatif de la transparence ne prétend toutefois pas à l'exhaustivité.

[294] J. CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », *in Information et transparence administratives [colloque, Amiens, 11 mars 1988, organisé par le CURAPP]*, Paris, PUF, 1988, pp. 239-274, spéc. p. 245.

[295] B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.*, p. 179.

[296] L. REBUFAT-RAISON, *Les fonctions de la transparence*, *op. cit.*, p. 79.

[297] En ce sens, Cf. F. RANGEON, pour qui la transparence répond plus à une volonté politique qu'à un besoin du grand public (*in* « L'accès à l'information administrative », *in* F. RANGEON (dir.), *Information et transparence administratives [Colloque, Amiens, 11 mars 1988]*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, PUF, 1988, p. 85).

[298] J. CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », *op. cit.*, pp. 244-245.

[299] *Ibid.*, p. 243.

[300] V. en particulier : B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.* ; F. RANGEON (dir.), *Information et transparence administratives [Colloque, Amiens, 11 mars 1988]*, Centre universitaire de

« informatique et libertés »[301], celle du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs[302] et celle du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs[303]. Nonobstant des procédures d'élaboration bien différentes[304], ces lois relèvent d'une inspiration commune : « [elles] ont pour objet d'améliorer et de rénover les rapports de l'administration et des citoyens en donnant à ceux-ci des droits nouveaux d'accès à l'information ; elles visent à assurer plus d'ouverture et de transparence aux services publics »[305]. Elles constituent ainsi un ensemble de réformes denses, concentrées sur une courte période, cohérentes entre elles et consensuelles sur leur adoption[306]. Ce réformisme a généré un certain enthousiasme : l'information était alors perçue comme un moyen d'assurer la mise en œuvre de la démocratie administrative, comme un instrument de contrôle des administrés sur les services[307].

Toutefois, l'inscription de ces réformes dans le giron de la transparence administrative s'est surtout fait *a posteriori* sous l'impulsion déterminante de la doctrine[308]. Jacques Chevallier expliquait ainsi que « tout s'est passé comme si l'on avait pris que lentement la mesure du problème et comme si la cohérence de l'œuvre accomplie n'était apparue que progressivement »[309].

---

recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, PUF, 1988 ; CENTRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES (éd.), *La transparence administrative en Europe : actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989*, Paris, Éd. du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990 ; J. LAVEISSIÈRE, « En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 181-205 ; R. LETTERON, *La transparence administrative*, Problèmes politiques et sociaux, Paris, La Documentation française, 1992.

[301] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF, 7 janvier 1978, p. 227.

[302] Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, JORF, 18 juillet 1978, p. 2851.

[303] Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, JORF, 12 juillet 1979, p. 1711.

[304] B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.*, p. 68.

[305] *Ibid.*, pp. 1-2.

[306] J. CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », *op. cit.*, p. 246. Un auteur relève toutefois que ce consensus en faveur de la transparence reposait en partie sur une ambivalence : pour certains, la transparence visait à améliorer l'efficacité de l'administration, tandis que pour d'autres, elle servait avant tout la participation des citoyens aux décisions (Y. POIRMEUR, « Transparence et secret administratif dans le débat politique », *in Information et transparence administratives [colloque, Amiens, 11 mars 1988, organisé par le CURAPP]*, Paris, PUF, 1988, pp. 191 et s.).

[307] R. LETTERON, *La transparence administrative*, *op. cit.*, p. 2.

[308] V. not. B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.* V. not. *Ibid.*

[309] J. CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », *op. cit.*, p. 249.

B. Les principales manifestations de la transparence administrative

84. **Le noyau dur de la transparence administrative**. Même si le « mérite d'avoir rendu l'administration plus accessible et moins secrète ne revient pas [à ces seules lois] »[310], le cœur de la transparence administrative se compose de la loi « informatique et libertés » (que nous avons déjà évoquée[311]), de l'accès aux documents administratifs[312] (1) et de la motivation des actes administratifs (2). Ces dispositifs offrent un droit de regard de l'administré sur l'activité administrative.

1. L'accès aux documents administratifs

85. **La délégitimation du secret**. Jusqu'à la loi sur l'accès aux documents administratifs, le Conseil d'État s'en tenait fermement au principe « pas d'obligation de communiquer un document sans texte »[313]. L'administration était donc libre, pour refuser la communication d'un document, « d'invoquer des arguments d'"opportunité administrative", tels que la pratique antérieure, la mauvaise image du service public [que] ne manquerait pas de donner la publication du document, le risque d'exploitation des informations à des fins critiques, la moindre franchise dont feraient preuve les auteurs des rapports ou le caractère purement "interne" du document »[314].

La loi sur l'accès aux documents pose le principe inverse en ouvrant à toute personne l'accès aux documents détenus par toute administration[315]. Ce n'est dès lors plus l'administration mais le législateur qui établit la liste des documents communicables ou non. Comme dans le cadre de la loi « informatique et libertés », la loi a en outre créé une autorité administrative indépendante, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), pour veiller à

---

[310] B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.*, p. 152. Les auteurs mentionnent également la loi sur la consultation des archives publiques, celle relative à l'automatisation du casier judiciaire, les lois sur les enquêtes publiques, etc.

[311] Cf. *supra* § 67. Cette loi ne se limite en effet pas à l'action administrative, mais vise tout traitement de données à caractère personnel.

[312] L'accès aux documents administratifs est probablement la constante la plus importante dans les études générales sur la transparence. Cf. par ex. : RJ Com, n° spécial « transparence », 11/1993 ; M. PASQUIER, *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, *op. cit.* ; J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne*, *op. cit.* ; V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, *op. cit.*

[313] B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.*, p. 60.

[314] *Ibid.*, p. 108.

[315] CRPA, art. L. 300-1 et s.

l'application de la loi. Le législateur a ainsi souhaité faire basculer l'administration dans l'ère de la transparence, en faisant de l'accès aux documents le principe, reléguant le secret à l'état d'exception.

86. **Un devoir pour l'administration**. Comme le suggèrent les modalités pratiques de l'accès aux documents, la transparence administrative se présente avant tout comme un devoir pour l'administration : celui de devenir une « maison de verre »[316]. Ni le contenu de l'information, ni la qualité de son destinataire ne constituent des conditions du droit d'accès.

Rationae personae, ce droit est en effet accordé à toute personne : la nationalité française n'en est par exemple pas une condition, ce qui suggère que le droit d'accès n'est pas attaché à la citoyenneté ; pas plus que la qualité de personne physique[317], laissant supposer que le droit d'accès n'est pas non plus attaché à la qualité de personne humaine. Plus remarquable encore, l'accès n'est pas suspendu à la preuve d'un quelconque intérêt à la connaissance du document. Autrement dit, toute personne peut demander à accéder à un document administratif sans avoir à justifier sa demande. L'accès, et par suite la connaissance du document administratif et de l'information qu'il contient, sont donc de droit. Ils ne sont donc pas conditionnés à la preuve d'un intérêt particulier.

Rationae materiae, le droit d'accès concerne tout document produit ou reçu par l'État, les collectivités territoriales dans le cadre de leur mission de service public, ainsi que par les autres personnes de droit public ou privé chargées d'une telle mission, quels que soient la date du document, son lieu de conservation, sa forme ou son support[318]. Doivent ainsi être communiqués les « dossiers, rapports, études, comptes-rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, à l'exception des avis du Conseil d'État et des tribunaux administratifs, prévisions et décisions revêtant la forme d'écrits, d'enregistrements sonores ou visuels, de traitements automatisés d'informations non nominatives »[319].

Ce qui semble ainsi importer, c'est donc que l'administration exerce ses activités « en plein jour ».

---

[316] D. TRUCHET, « La transparence administrative », *op. cit.*, p. 152.

[317] A.-L. MIE, *Administration et droit à l'information*, *op. cit.*, p. 96.

[318] CRPA, art. L. 300-2.

[319] B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.*, p. 81.

87. **Un droit pour l'administré**. Néanmoins, l'accès aux documents administratifs se présente également comme un droit pour l'administré. L'expression « droit d'accès aux documents administratifs », bien ancrée, traduit la position doctrinale selon laquelle l'accès aux documents constituerait un droit subjectif à l'information pour l'administré[320], voire un droit fondamental à l'information[321].

88. **Le prisme de la fonction informative**. Quelle que soit sa nature (devoir ou droit subjectif), l'accès aux documents administratifs est perçu sous un prisme informatif. L'accès à l'information, c'est-à-dire au contenu des documents, est en effet conçu comme un objectif à part entière, avec un fondement propre : le fondement démocratique.

2. La motivation des actes administratifs

89. **Le droit de l'administré à la connaissance des motifs d'un acte administratif**. La loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs[322] est le dernier élément du noyau dur de la transparence administrative.

Comme en matière d'accès aux documents administratifs, le Conseil d'État refusait d'obliger l'administration à motiver ses décisions en l'absence de texte[323]. Il paraissait dangereux au juge « d'alourdir la tâche de l'administration en multipliant les exigences de forme, au risque de ralentir l'action administrative ou de compliquer la prise de décision »[324]. En outre, le Conseil d'État jugeait l'exigence de motivation des actes administratifs superflue, car si rien n'obligeait

---

[320] V. par ex. : A. GARIN, *Le droit d'accès aux documents : en quête d'un nouveau droit fondamental dans l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 61 et s. ; plus généralement, cf. H. MAISL, *Droit à l'information administrative*, Cours, Paris, Fondation nationale des sciences politiques, 1983 ; N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 25, Paris, Dalloz, 2003 ; B. DELAUNAY, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », *in* ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF (éd.), *Les droits publics subjectifs des administrés : actes du Colloque [annuel] organisé les 10 et 11 juin 2010, au Pôle universitaire de gestion de l'Université de Bordeaux*, Travaux de l'AFDA, n° 4, Paris, LexisNexis-Litec, 2011, pp. 211-229.

[321] G. BRAIBANT, « Droit d'accès et droit à l'information », *op. cit.*, pp. 703 et s. ; J. CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », *op. cit.*, pp. 249 et s. ; J. RIVERO, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 316 ; A. GARIN, *Le droit d'accès aux documents : en quête d'un nouveau droit fondamental dans l'Union européenne*, *op. cit.*

[322] Loi préc.

[323] B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.*, p. 60.

[324] *Ibid.*

formellement l'administration à avoir un motif valable au soutien de ses décisions, le juge administratif se réservait la possibilité de lui demander, dans le cadre d'un litige, de communiquer les raisons fondant la décision afin d'en contrôler la légalité[325]. À ce stade, la perspective était donc résolument contentieuse : la motivation ne se concevait que dans le cadre d'un litige. Les exigences textuelles de motivation se sont cependant faites de plus en plus nombreuses, jusqu'à la loi sur la motivation des actes administratifs.

Contrairement à la majorité des pays européens[326], la loi ne consacre aucun principe général de motivation des actes administratifs. Le nombre d'actes administratifs unilatéraux tombant sous le coup d'une exigence de motivation est toutefois si important qu'on se demande parfois si l'exception ne serait pas devenue le principe[327]. Disposition la plus générale, l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration énonce en effet que les « personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent » et donne la liste des types de décisions entrant dans cette catégorie[328]. « Doivent également être motivées les décisions administratives individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement » complète l'article suivant[329]. L'administration peut cependant échapper à l'exigence de motivation d'un acte administratif entrant dans ces catégories si les motifs sont couverts par un secret légalement protégé[330].

Dans ce cadre, la transparence, assimilée à la motivation, est présentée comme un droit pour l'administré : celui « de connaître les considérations sur la base desquelles l'Administration s'est décidée, et le cas échéant d'en discuter le bien-fondé »[331]. La motivation des actes administratifs

---

[325] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 183.

[326] B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.*, pp. 181-182.

[327] O. GABARDA, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? », *RFDA*, 03/2012, n° 1, p. 61.

[328] Il s'agit des décisions qui restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ; celles qui infligent une sanction ; qui subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions ; retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ; opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance ; refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir ; refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés ; rejettent un recours administratif dont la présentation est obligatoire préalablement à tout recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire. Ces catégories de décisions sont précisées par décret.

[329] CRPA, art. L. 211-3.

[330] CRPA, art. L. 211-6 al. 2.

[331] C. WIENER, « La motivation des décisions administratives en droit comparé », *RIDC*, 12/1969, vol. 21, n° 4, p. 780.

constitue en effet une « nouvelle dimension […] du droit pour les administrés d'être informés, non pas seulement de l'existence, mais des raisons pour lesquelles une décision de l'Administration a été prise à leur égard ou à leur encontre »[332]. Elle permet encore aux intéressés de mesurer les chances de contester efficacement une mesure prise à leur encontre[333].

90. **Conclusion de la section**. Bien que cette conception soit plus flagrante dans la sphère administrative que politique, la transparence est, dans les deux cas, conçue comme le droit du citoyen ou de l'administré de savoir ce que font les autorités publiques et de connaître les ressorts de leurs décisions. D'un point de vue individuel, c'est-à-dire lorsqu'une personne est individuellement concernée par une décision des autorités publiques, le fondement de ce droit de savoir rejoint largement celui du droit de savoir dans la sphère privée : l'autodétermination de la personne humaine, arrimé au droit à la vie privée, semble être un principe directeur commun servant de fondement au droit à l'information de la personne sur les éléments qui la concernent individuellement. D'un point de vue plus collectif, le droit de savoir est fondé sur un principe démocratique : le citoyen est en droit d'accéder aux informations relatives aux affaires publiques. Ce droit ne paraît toutefois pas aussi assuré que le volet individuel du droit à l'information.

SECTION 3. LA FONCTION INFORMATIVE DE LA TRANSPARENCE DANS LA SPHÈRE ÉCONOMIQUE

91. **L'exigence de transparence dans la sphère économique**. De manière générale, l'exigence de transparence se présente, dans le monde des affaires[334], comme le droit pour un agent économique d'obtenir la communication d'une information. Cette information peut servir diverses finalités : elle peut tendre à restaurer une certaine égalité entre partenaires économiques, elle peut permettre à un contractant d'émettre un consentement éclairé et de s'engager en toute connaissance de cause, notamment en écartant l'apparence d'une

---

[332] B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Manuel, Paris, LexisNexis, 2022, p. 1180.

[333] Tous ces éléments sont cités dans : C. WIENER, « La motivation des décisions administratives en droit comparé », *op. cit.*, pp. 780-781.

[334] Sur cette question, cf. not. : E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*

solvabilité[335], ou encore permettre l'élaboration de stratégies commerciales[336]. Malgré la diversité de ses finalités, la fonction de l'exigence reste la même : il s'agit d'une fonction informative. La communication d'informations est ainsi perçue comme un résultat, comme un objectif à atteindre. Cette conception de l'exigence de transparence est particulièrement visible en droit de la concurrence (§1). Elle l'est aussi, mais sans doute dans une moindre mesure, en droit de la commande publique (§2). La transparence se présente également comme un devoir d'informer fondé sur l'éthique des affaires, comme en matière de responsabilité sociale des entreprises (§3).

§1. L'exigence de transparence permettant la protection des acteurs économiques sur les marchés privés

92. **Philosophie générale de l'exigence de transparence**. En droit privé de la concurrence, son « domaine d'excellence »[337], la transparence n'est pas définie. Le terme est utilisé dans diverses expressions : « la transparence, la transparence des prix, la transparence tarifaire ou, désormais, la transparence dans la relation commerciale »[338]. En dépit de ces hésitations, la transparence fait référence à un ensemble de règles. Le rattachement de ces dernières au terme de transparence résulte principalement du législateur, qui les a regroupées au sein du titre IV du livre IV du Code de commerce intitulé « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées »[339]. Grâce à cette codification, la doctrine s'entend sur « [l]'essentiel de ce qu'il est convenu d'appeler la "transparence" »[340]. La transparence tarifaire comprend ainsi un certain nombre de règles encadrant la relation commerciale entre

---

[335] A. REYGROBELLET, *Les vertus de la transparence*, *op. cit.*: « Le commerce, personne ne le conteste, se nourrit de la confiance réciproque entre opérateurs économiques : pas de commerce possible, en tout cas pas de développement harmonieux de l'activité commerciale, en cas de suspicion ou de doute sur la solvabilité de son partenaire, ou plus largement sur sa capacité à respecter la parole donnée. Certes, le recours à la justice pourra, le cas échéant, l'y contraindre. Mais ce n'est là qu'une solution de dernier ressort et, il faut bien l'avouer, la pire des extrémités. La confiance est donc une condition indispensable à l'épanouissement de l'activité commerciale » (introduction, § 6).

[336] E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*, pp. 143 et s.

[337] C. GAVALDA, « Rapport introductif de Droit privé », *RJ Com*, 11/1993, n° spécial, p. 70.

[338] D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, Manuel, Paris, LexisNexis, 2019, p. 169.

[339] Le livre IV est quant à lui intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence ». Pour certains auteurs, les règles semblent inclassables et l'intitulé du titre IV trahit un certain flou. En ce sens : M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2022, p. 587.

[340] F. RIEM, *La notion de transparence en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 39. V. égal. : J. ZOUGHI, *Nouveau regard sur la transparence tarifaire : un instrument de protection du fournisseur contre la grande distribution*, thèse Aix-Marseille, 23 mars 2007, p. 16 : l'auteure estime que les spécialistes s'accordent traditionnellement sur le contenu de la transparence tarifaire.

professionnels : il s'agit de « faire apparaître les différentes étapes du processus contractuel entre fournisseurs et distributeurs, d'en faire une "photographie" »[341]. Le législateur impose donc un formalisme tout au long de la relation contractuelle. Au début des négociations, le vendeur doit communiquer ses conditions générales de vente (CGV) à tout acheteur qui en fait la demande. À la fin des négociations, les parties doivent reprendre l'ensemble des obligations auxquelles elles se sont engagées dans une convention écrite dite « convention unique » ou « convention récapitulative ». Enfin, lorsque le contrat est exécuté, une facture doit être établie[342]. L'adjectif « tarifaire » renvoie quant à lui au prix, « élément central des négociations commerciales »[343], bien que ce dernier ne soit pas l'unique objet de la transparence.

93. **La distinction traditionnelle entre la protection de la concurrence et la protection des concurrents**. Dans ce contexte, l'exigence de transparence est perçue comme un moyen d'assurer la protection de l'intérêt particulier d'un concurrent. Pour bien le comprendre, il paraît toutefois nécessaire de revenir sur la distinction traditionnelle, opérée en droit de la concurrence, entre la protection de la concurrence et la protection des concurrents.

Classiquement, le droit de la concurrence se divise entre le « grand droit de la concurrence » et le « petit droit de la concurrence »[344]. Le premier protège la concurrence, c'est-à-dire le marché et la libre concurrence[345]. Il est considéré comme le droit de la concurrence *stricto sensu* puisque, selon la formule consacrée, le droit de la concurrence « protège la concurrence, pas les concurrents »[346]. Regroupant les règles s'inscrivant dans « l'ordre public économique de direction », cette partie du droit de la concurrence a pour objectif « d'assurer l'allocation et la réallocation optimales des richesses, en brisant les monopoles, les accords anticoncurrentiels, les abus de position dominante, [bref] toutes les pratiques qui sont de nature à fausser le jeu normal du marché »[347]. Le droit de la concurrence est en ce sens également tourné vers le consommateur : la protection de la concurrence constitue en effet « un facteur de baisse des

---

[341] M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 608.

[342] Le classement des règles sur les délais de paiement dans les règles relatives à la transparence est en effet critiqué. En ce sens : J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 203. L'auteur estime ainsi que les dispositions relatives aux délais de paiement « sont une anomalie du fait de leur localisation dans le droit de la transparence ».

[343] M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 628.

[344] G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence - Essai sur la pérennité du droit public en économie*, Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 51, Paris, Dalloz, 2006, p. 31.

[345] D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 44.

[346] M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 33.

[347] D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 44.

prix et d'augmentation de la qualité de la production en vue de la satisfaction des consommateurs »[348]. Il s'agit ici de la dimension objective du droit de la concurrence : les règles n'ont pas vocation à protéger des intérêts en particulier, mais un « intérêt objectivé, [celui du] marché »[349]. Elles sanctionnent ainsi des comportements, comme les ententes sur les prix, qui ne nuisent pas nécessairement aux concurrents (par exemple si tous les concurrents s'entendent sur les prix) mais qui nuisent au bon fonctionnement du marché en ce qu'ils faussent le jeu normal de la concurrence (l'entente n'incite plus les concurrents à proposer des prix plus attractifs).

Propre au droit français[350] et considéré comme le droit de la concurrence *lato sensu*, le « petit droit de la concurrence » protège quant à lui les concurrents, « c'est-à-dire les opérateurs économiques, contre les comportements déloyaux de leurs concurrents »[351]. Il s'agit de la dimension subjective du droit de la concurrence, c'est-à-dire des règles qui ont pour objet l'intérêt des concurrents[352]. Les règles rangées dans cette catégorie ne « protègent pas directement le marché et peuvent même s'avérer néfastes pour le bon fonctionnement de la concurrence »[353]. Par exemple, la « protection des petites entités face aux géants économiques implique parfois que ceux-ci ne puissent pas imposer des prix trop bas [alors que ces derniers] auraient pu être considérés comme bénéfiques au consommateur final, mais sont ici pris en tant qu'ils sont néfastes au petit fournisseur, sur lequel l'attention se concentre »[354].

94. **Le rattachement du droit de la transparence tarifaire à la catégorie des règles protégeant les concurrents**. Droit déboussolé sans lignes directrices claires[355], droit « qui ne sert à rien »[356], droit « difficile »[357], le droit de la transparence tarifaire n'est décidément pas des plus

---

[348] *Ibid.*

[349] G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 34.

[350] M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 29.

[351] D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 45.

[352] G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 33.

[353] *Ibid.*

[354] M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 585.

[355] *Ibid.*, p. 602.

[356] N. DISSAUX et R. LOIR, « A quoi sert le droit de la distribution ? », *Rec. D.*, 10/2021, n° 35, p. 1809.

[357] D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 170.

accessibles[358]. Pour la majorité de la doctrine[359], la transparence tarifaire entre toutefois dans la seconde catégorie, celle qui protège les concurrents.

Le rattachement de la transparence tarifaire au « petit droit de la concurrence » repose d'une part sur un argument textuel : en consacrant un titre II aux « pratiques anticoncurrentielles » et un titre IV à la « transparence, [aux] pratiques restrictives de concurrence et [aux] autres pratiques prohibées », le législateur aurait voulu marquer une différence de finalités entre les règles relevant de chacun de ces titres. Les premières « s'occuperai[ent] de la préservation du bon fonctionnement de la concurrence sur les marchés et donc de l'efficacité économique » tandis que les secondes « ne se justifieraient que pour assurer la protection des intérêts privés des concurrents »[360].

Le classement de la transparence tarifaire dans la catégorie des règles protégeant les concurrents tient d'autre part et surtout au fait qu'elles sanctionnent des comportements qui « n'affectent pas [nécessairement] la concurrence en tant que telle, ou ne diminueraient son intensité que de façon infinitésimale »[361]. On a ainsi affirmé que « [les règles du droit de la transparence] sont étrangères aux finalités économiques du droit de la concurrence [et n'ont] que de lointains rapports avec le droit de la concurrence au sens strict, dans la mesure où elles visent à assurer la protection des cocontractants, et s'appliquent indépendamment de tout effet sur le marché. [...] Il s'agit donc pratiquement de droit civil »[362]. Celui-ci aurait une dimension purement subjective, ses règles n'ayant pour objet que la protection de l'intérêt des concurrents[363]. En réalité, la force de l'argument doit beaucoup au lien historique qui s'est formé entre la transparence tarifaire et l'interdiction des discriminations « *per se* ». Le raisonnement doit cependant être détaillé car il repose, à notre sens, sur de nombreuses ambigüités.

---

[358] Notamment les règles qui concernent la facture, d'où le néologisme de « facturologie » de J.-M. MOUSSERON (*in* « Une science nouvelle : la facturologie », *Cah. dr. entrepr.*, 1988, n° 4, p. 3).

[359] V. par ex. : L. VOGEL, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Rev. conc. conso.*, 06/2000, n° 115, p. 7 ; M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 582.

[360] F. RIEM, *La notion de transparence en droit de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 21-22.

[361] *Ibid.*, p. 22.

[362] En ce sens, Cf. L. VOGEL, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Rev. conc. conso.*, 06/2000, n° 115, p. 7 ; sur cette question, V. également : D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 166.

[363] G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 33.

95. **Le lien historique de la transparence avec la prohibition des discriminations**. La doctrine explique ainsi que dès l'origine, le droit de la transparence a été pensé « pour régir les rapports entre fournisseurs et distributeurs et plus précisément les pratiques dans le secteur de la grande distribution »[364]. Si dans les années 1950, les « grandes surfaces », en situation de faiblesse, ont bénéficié de l'appui du législateur, le rapport de force s'est ensuite inversé : la « grande distribution » s'est retrouvée en position de force face aux fournisseurs[365]. Afin de rééquilibrer la relation commerciale en faveur du fournisseur, le législateur a choisi de rompre avec la technique d'encadrement des prix utilisée jusqu'alors. C'est ainsi que l'ordonnance du 1er décembre 1986[366] posait le principe de la liberté des prix en même temps qu'elle confortait, pour ne pas dire instituait, la transparence tarifaire[367]. Le raisonnement ayant guidé l'ordonnance s'opérait en plusieurs étapes[368]. Il consistait à présumer qu'une concurrence saine suppose une égalité des chances entre les concurrents. Pour s'assurer de l'égalité entre les concurrents, le législateur avait alors interdit toute discrimination (c'est-à-dire toute différence)[369] entre les acheteurs : le vendeur ne pouvait en principe accorder des conditions de vente plus favorables à un acheteur ; tout avantage consenti à l'un devait donc profiter à tous. Les discriminations étaient en outre interdites « *per se* », c'est-à-dire prohibées en elles-mêmes, sans qu'il soit nécessaire de constater un effet néfaste sur le marché. Des conditions de vente différentes entre acheteurs n'étaient admises que lorsqu'elles correspondaient à un service particulier rendu par un distributeur au titre d'un service de coopération commerciale.

Avec l'interdiction des discriminations, les prix étaient censés être tirés vers le bas : qu'un acheteur parvienne à négocier un prix bas et tous les acheteurs (notamment les acteurs de la grande distribution) pouvaient en bénéficier. Inversement, l'interdiction des discriminations

---

[364] M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 597 ; D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 169.

[365] M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 597.

[366] Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

[367] D. MAINGUY et M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 159. Les « véritables débuts de la transparence » commencent toutefois avec la loi « Royer » du 27 décembre 1973. En ce sens, Cf. J.-M. MOUSSERON, M. MOUSSERON et D. MAINGUY, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Litec, 1998, p. 18 ; M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 597. L'expression de « transparence tarifaire » daterait quant à elle d'une circulaire du 18 mars 1984. En ce sens : F. RIEM, *La notion de transparence en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 1.

[368] J.-M. MOUSSERON, M. MOUSSERON et D. MAINGUY, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, *op. cit.*, p. 16.

[369] Le terme de discrimination n'est pas entendu de la même manière qu'en droit du travail. Il correspond plutôt au principe travailliste d'égalité de traitement : il s'agit de traiter de manière identique des personnes placées dans une situation identique.

devait aussi protéger, indirectement, le vendeur : sachant qu'il devait offrir les mêmes conditions à tous les acheteurs, il n'avait nul intérêt à consentir des avantages ne lui permettant pas d'assurer sa rentabilité. Étaient d'ailleurs sanctionnés les distributeurs qui exerçaient des pressions sur les fournisseurs pour obtenir des avantages injustifiés[370]. La transparence constituait alors un « instrument de preuve et de prévention des pratiques discriminatoires »[371] et en tant que telle, elle visait donc à rétablir une forme d'égalité entre partenaires[372].

96. **Une technique paradoxale de protection**. Une première ambiguïté ressort cependant de cette argumentation. La transparence tarifaire avait-elle réellement pour objectif la protection des fournisseurs ? Du point de vue du travailliste, le dispositif semble en effet protéger l'acheteur plus que le fournisseur. Il est pour le moins déconcertant d'imposer à la partie que l'on estime en position de faiblesse (ici, le fournisseur) de faire preuve de transparence envers la partie jugée en position de force (ici, la grande distribution) et d'interdire les pratiques discriminatoires envers les secondes[373]. En droit du travail, c'est surtout la partie forte – l'employeur – qui ne doit pas opérer de discrimination, voire d'inégalité de traitement, entre ses salariés (partie faible). On peut cependant arguer que si le législateur a imposé la communication des CGV et non des CGA (conditions générales d'achat), c'est justement pour que la négociation s'engage à partir des conditions proposées par la partie jugée plus faible (le fournisseur). C'est aussi pour cette raison que l'article L. 441-1 du code de commerce affirme que les CGV « constituent le socle unique de la négociation commerciale ». La technique laisse toutefois perplexe quant à l'efficacité de la protection du fournisseur[374].

---

[370] D. FERRIER et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, Manuel, Paris, LexisNexis, 2020, p. 173.

[371] L. VOGEL, *Droit de la concurrence*, Traité de droit économique, tome 1, Paris/Bruxelles, LawLex Bruylant, 2020, p. 286.

[372] M. MALAURIE-VIGNAL, « Liberté contractuelle, transparence tarifaire et égalité entre concurrents », *CCC*, 03/2003, n° 3, repère 3 ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 80.

[373] En ce sens, Cf. P. PIGASSOU, « La pénalisation de la transparence tarifaire à l'épreuve de la libre circulation des marchandises », *RTD Com.*, 12/1995, n° 4, pp. 693-714, spéc. p. 705 : « Pour faire échec aux pratiques des distributeurs, les moyens proposés par la loi reposent sur un paradoxe. L'exigence de la plus grande ''transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprise'', se traduit en effet par des obligations généralement sanctionnées, mises à la charge des fabricants et producteurs alors qu'ils ne sont bien souvent que les victimes des pratiques que la loi entend éliminer ».

[374] N. DISSAUX et R. LOIR, « À quoi sert le droit de la distribution ? », *op. cit.*, p. 1809 : « À quoi bon faire des conditions générales de vente le socle unique de la négociation commerciale ? Le but est clair : éviter que la grande distribution ne guide l'intégralité de cette négociation. Mais qu'importe la base de la discussion, si le rapport de force est inchangé ? Croire que le point de départ d'une négociation garantira l'équilibre de son résultat est un leurre : en tout état de cause, le plus puissant emportera le morceau ».

Ce n'est cependant pas la seule ambiguïté de l'argumentaire, comme nous le verrons[375]. Il semble en effet que la protection des concurrents vise avant tout à réguler le marché. Quoi qu'il en soit, la transparence est à l'origine présentée comme un droit à l'information pour son destinataire (l'acheteur) lui permettant de protéger ses intérêts (obtenir des conditions de vente aussi intéressantes que ses concurrents).

§2. L'exigence de transparence en droit de la commande publique

97. **Philosophie générale de l'exigence de transparence**. Le terme de transparence apparaît également dans le vocabulaire du droit de la commande publique. Le « principe de transparence » en est d'ailleurs l'un des trois principes fondamentaux, aux côtés des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement entre les candidats[376].

Pour une partie de la doctrine, les principes de transparence, de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement entre les candidats forment un tout, quasi indissociable[377]. La transparence est, dans cette conception, un principe matriciel, répondant à un triple objectif. « En premier, il s'agit de garantir le libre accès des opérateurs économiques en organisant une publicité suffisante de la consultation. Ensuite, il s'agit de fournir l'ensemble des informations nécessaires aux candidats potentiels afin qu'ils puissent participer à la consultation. Enfin, il s'agit de garantir que les règles décrites dans les documents de la consultation seront effectivement appliquées au cours de la procédure. Par exemple, le principe de transparence serait violé si la personne publique utilisait un critère d'analyse des offres n'ayant pas été mentionné dans l'avis de publicité ou encore modifiait la pondération de ses critères en cours d'analyse (…). En d'autres termes, la personne publique doit appliquer strictement ce principe : dire ce qu'elle fera, faire ce qu'elle a dit et ne faire que ce qu'elle a annoncé »[378].

Une autre partie de la doctrine tente de distinguer l'ensemble de ces principes[379]. Le principe de transparence impliquerait ainsi que « les conditions d'organisation de la procédure soient

---

[375] Cf. *infra* §§ 311 et s.

[376] J.-C. DUVAL, *L'essentiel du droit des marchés publics : fiches de cours et cas pratiques corrigés*, Fiches, Paris, Ellipses, 2016, p. 13.

[377] *Ibid.*, p. 15.

[378] *Ibid.*

[379] Marie-Charlotte BONTRON par exemple distingue plusieurs temps dans le processus de passation des marchés publics (*in Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Droit public, Montpellier, novembre 2015). Le « principe initial de liberté d'accès dispose de deux fonctions économiques, celles de permettre l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence, et de protéger les conditions initiales d'accès pendant le déroulement de la procédure et l'exécution du contrat. Le principe d'égalité de traitement bénéficie aux

définies de façon claire, accessible et objective, avant son lancement et qu'elles ne soient plus modifiées au cours de celle-ci, jusqu'à ce que la personne publique informe les candidats de son choix »[380]. Toutefois, « Le champ d'application de ce principe semble chevaucher celui [des autres principes] »[381].

98. **La protection des acteurs de la commande publique**. Dans ce cadre, l'exigence de transparence vise à protéger les intérêts des acteurs de la commande publique.
« Le droit des marchés publics avait, à l'origine, pour seul objectif la protection des intérêts financiers de la personne publique »[382]. La procédure de passation des contrats permettait ainsi à l'administration « de trouver un cocontractant qui lui consentait un prix particulièrement avantageux pour assurer la meilleure valeur d'usage du franc dépensé »[383]. Dans ce contexte, la transparence peut être vue comme un droit à l'information, en particulier à l'égard des personnes publiques[384]. Elle est un moyen de protéger leur consentement[385], à l'instar de l'obligation d'information dans les contrats civils[386]. Les procédures de passation des marchés publics « permettent [donc] aux décideurs d'émettre un consentement éclairé »[387].
La transparence vise également à protéger les candidats. Par l'accès à l'information, elle leur permet d'être sur un pied d'égalité.

§3. L'exigence de transparence en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE)

99. **La philosophie générale de la RSE**. Le terme de transparence apparaît également dans le discours juridique relatif à la responsabilité sociale des entreprises (RSE). Avant d'aborder la signification de la transparence dans ce cadre, il nous faut dire quelques mots de cette notion de RSE.

---

candidats réels, c'est-à-dire ceux qui accèdent effectivement à la mise en concurrence, et permet d'assurer l'égalité tout au long de la procédure. Le principe de transparence dispose de deux fonctions complémentaires, assurer l'intelligibilité de la procédure et permettre la vérification de son impartialité » (p. 590).

[380] H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Cours, Paris, Dalloz, 2022, p. 353.

[381] *Ibid.*

[382] G. ECKERT, « La commande publique, un levier pour l'action publique ? Perspectives générales », *in La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Paris, Dalloz, 2018, p. 2.

[383] M.-C. BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, *op. cit.*, p. 57.

[384] H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 345.

[385] *Ibid.*

[386] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*, *op. cit.*

[387] H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 346.

À bien des égards, la RSE est un phénomène extrêmement complexe[388]. Cette complexité résulte d'abord de la polysémie des termes qui compose l'expression[389]. La responsabilité dont il est question est surtout d'ordre moral, plus que juridique[390]. Elle est « liée à la conscience, à la raison, à la prudence »[391].

Le terme social doit lui aussi être entendu largement : il ne renvoie pas seulement aux relations de travail, mais à « l'ensemble des relations entre l'entreprise et son environnement, la société qui l'entoure, ses partenaires »[392]. L'adjectif « sociétal » lui est d'ailleurs quelques fois préféré. En d'autres termes, la « RSE couvre donc à la fois les questions relatives aux droits de l'homme ou droits humains, les relations et conditions de travail, la protection de l'environnement, la protection des consommateurs, la gouvernance […] des entreprises, ainsi que les questions éthiques de la pratique des affaires »[393].

Quant au terme d'entreprise, il doit également être largement compris. L'entreprise ne désigne pas seulement une personne morale, quelle que soit sa nature juridique (société, association, etc.) mais une organisation, qui peut comprendre plusieurs personnes morales, une « institution sociale aux confins de divers intérêts »[394].

La RSE peut donc se définir comme une « démarche […] qui se concrétise par degrés et par laquelle les entreprises, d'abord, prennent en compte les effets de leurs activités sur l'environnement social et écologique, puis intègrent ces aspects dans leur stratégie et leur gestion et, enfin, en rendent compte aux tiers concernés »[395].

100. **Les rapports entre Droit et RSE**. La complexité de la RSE tient également à l'ambiguïté de ses rapports avec le Droit. Premièrement, la RSE est un phénomène transdisciplinaire.

---

[388] E. MAZUYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise : identification et régulation d'un phénomène complexe », *in* E. MAZUYER (éd.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Monde européen et international, Paris, Documentation française, 2010, p. 15.

[389] *Ibid.*, p. 17.

[390] Au sens étroit et juridique du terme, la responsabilité désigne l'obligation de réparer le dommage causé. En ce sens, cf. P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, LexisNexis, 2023, p. 1.

[391] E. MAZUYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise : identification et régulation d'un phénomène complexe », *op. cit.*, p. 18.

[392] *Ibid.*

[393] R. DE QUENAUDON, « Responsabilité sociale des entreprises », *Répertoire de droit du travail*, s.l., Dalloz, octobre 2017, § 5.

[394] E. MAZUYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise : identification et régulation d'un phénomène complexe », *op. cit.*, p. 19.

[395] R. DE QUENAUDON, « Responsabilité sociale des entreprises », *op. cit.*, § 1.

L'information extra-financière, qui en constitue la traduction sur le plan juridique, « est [ainsi] particulièrement complexe à appréhender, à lister, à vérifier : elle fait le "grand écart" entre des matières elles-mêmes d'horizons différents telles que l'environnement, le droit social et depuis peu le "sociétal". Elle "enjambe" avec ses bottes de sept lieues le Code des sociétés, le Code de l'environnement, le Code du travail »[396].

Deuxièmement et surtout, c'est l'enchevêtrement entre plusieurs formes et foyers de normativité qui génère de la complexité. Le dispositif de RSE résulte d'un « aller-retour entre du droit souple et du droit dur »[397], d'une oscillation « entre règlementation, régulation et autorégulation »[398]. Les acteurs privés, tels que les entreprises ou les organismes de normalisation[399], jouent un rôle essentiel dans la RSE. À l'origine, la RSE se présentait en effet comme un « fait social »[400], comme une pratique spontanée du monde des affaires venue des États-Unis[401]. Le phénomène s'est ensuite institutionnalisé, en étant progressivement appréhendé par le Droit. L'une des premières lois françaises marquantes en la matière est la loi relative aux nouvelles régulations économiques (dite « NRE ») du 15 mai 2001[402]. Cette loi consacre l'obligation, pour les sociétés cotées, de publier un rapport de gestion présentant « des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité »[403]. Elle sera suivie par les lois Grenelle I du 3 août 2009 et Grenelle II du 12 juillet 2010, qui participent à réformer la loi NRE en « [élargissant] le champ

---

[396] C. MALECKI, « La transparence environnementale à la charge des sociétés », *in Développement durable et entreprise*, Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2013, p. 107.

[397] *Ibid.*, p. 108. L'enchevêtrement entre le droit souple et le droit dur a même fait partie d'une controverse portant sur la définition de la RSE. L'adoption volontaire, par les entreprises, d'un comportement socialement responsable allant au-delà des exigences légales, a ainsi constitué un élément de définition de la RSE. Sur ce point, cf. S. LAULOM, « La RSE comme instrument de mise en oeuvre du droit ? », *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Monde européen et international, Paris, Documentation française, 2010, pp. 189-202.

[398] E. MAZUYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise : identification et régulation d'un phénomène complexe », *op. cit.*, p. 30. V. égal. W. FRAISSE, *La responsabilité sociale des entreprises : Une forme de régulation des relations de travail ?*, Lyon, Lumière Lyon 2, 12 septembre 2016, pp. 510-511 ; L. RENNARD, *La responsabilité sociale des entreprises et les relations de travail : effets juridiques*, Montpellier, Montpellier, 16 décembre 2019, p. 747 ; J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*, p. 554.

[399] La norme ISO 26000 est ainsi une source importante de la RSE. En ce sens, cf. J. FERRARI, « Responsabilité sociétale des entreprises », *Jurisclasseur Travail Traité*, LexisNexis, 14 février 2022.

[400] E. MAZUYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise : identification et régulation d'un phénomène complexe », *op. cit.*, p. 15.

[401] *Ibid*.

[402] Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

[403] C. com., anc. art. L225-102-1 (version en vigueur du 16 mai 2001 au 02 août 2003). L'article a été modifié à de nombreuses reprises (presque chaque année) depuis 2001.

d'application de l'obligation d'information en l'étendant aux sociétés non cotées d'une certaine taille, [en enrichissant] le contenu de l'information et [en créant] un mécanisme de vérification du rapport par un organisme tiers indépendant »[404]. La RSE intéresse également l'Union européenne. Récemment par exemple, l'adoption en décembre 2022 de la *Corporate Sustainability Reporting Directive* (« CSRD ») ou directive relative à la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises[405] a conduit à une nouvelle modification du droit français[406].

101. **L'exigence de transparence au sein de la RSE**. La place de la transparence dans la RSE est plutôt ambiguë. Le terme de « transparence » semble assez peu apparaître dans le langage légal[407]. Il est en revanche bien plus fréquent dans le discours doctrinal. Dans ce cadre, la transparence est quelques fois appréhendée comme un objectif. L'information constitue alors le « bras armé de la transparence »[408], c'est-à-dire l'outil juridique permettant d'atteindre l'objectif de transparence. D'autres fois, la transparence est assimilée à l'information[409]. De ce point de vue, la transparence « fait figure de pilier de la RSE »[410]. Elle désigne les obligations d'information en matière sociale et environnementale, au premier rang desquelles figure le « *reporting* extra-financier », aujourd'hui appelé rapport de durabilité (qui remplace déclaration de performance extra-financière)[411]. Une autrice évoque d'ailleurs expressément la fonction d'information de la transparence en matière de RSE qu'elle juge « élémentaire »[412].

---

[404] J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*, p. 32.

[405] Dir. (UE) 2022/2464 du 14 décembre 2022.

[406] V. not. Ord. n° 2023-1142 du 6 décembre 2023 relative à la publication et à la certification d'informations en matière de durabilité et aux obligations environnementales, sociales et de gouvernement d'entreprise des sociétés commerciales. V. égal. A. LECOURT, « Transposition de la directive CSRD », *RTD Com.*, 04/2024, n° 01, p. 99.

[407] Sur la notion de langage légal, cf. supra § 5. Par exemple, le terme de transparence n'apparaît pas dans la loi NRE. Il apparaît peu dans la directive CRDS et dans le décret visant à transposer cette directive (Décret n° 2023-1394 du 30 décembre 2023 pris en application de l'ordonnance n° 2023-1142 du 6 décembre 2023 relative à la publication et à la certification d'informations en matière de durabilité et aux obligations environnementales, sociales et de gouvernement d'entreprise des sociétés commerciales).

[408] C. MALECKI, « La transparence environnementale à la charge des sociétés », *op. cit.*, p. 107.

[409] V. par ex. J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*, p. 4 : « La transparence renvoie d'emblée à l'information ».

[410] *Ibid.*, p. 3.

[411] Sur le rapport de durabilité, cf. C. com., art. L. 232-6-3. L'appréhension juridique de la RSE ne se réduit pas à ce rapport. D'autres obligations, notamment un plan de vigilance, sont à la charge de certaines entreprises. Nous nous concentrerons toutefois sur ce rapport, celui-ci étant le dispositif phare et transversal de la RSE.

[412] J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.* (Partie 1).

Il nous semble cependant que, le plus souvent, ces deux usages de la transparence sont confondus. Un même auteur va tantôt utiliser le terme pour désigner la transparence en tant qu'objectif, pour le moins flou[413], à atteindre ; tantôt employer ce même terme pour désigner le moyen par lequel cette exigence est traduite sur le plan juridique, à savoir l'obligation d'information[414].

102. **Conclusion de la section**. Dans la sphère économique, l'exigence de transparence est ainsi présentée comme le droit, pour un agent économique, d'accéder à l'information en vue de protéger ses intérêts. Elle correspond à un droit de savoir pour l'agent économique et apparaît donc sous le prisme de sa fonction informative.

103. **Conclusion du chapitre**. Au terme de ce chapitre, nous avons mis en évidence que, dans les nombreux domaines dans lesquels elle apparaît, la transparence s'y présente comme un droit de savoir. Du point de vue de la personne qui informe, ce droit de savoir se manifeste sous les traits d'une obligation d'informer, d'un devoir de « dire » ou de « montrer ». Reposant sur un fondement démocratique, éthique ou humaniste[415], ce devoir représente un objectif à part entière, un résultat à atteindre. En d'autres termes, une personne ou une organisation doit communiquer parce que la démocratie, l'éthique ou la dignité humaine le commande. Réciproquement, l'exigence de transparence se présente, du point de vue de son destinataire, comme un droit à la connaissance d'une information. La transparence est alors conçue comme un droit d'obtenir la communication d'informations lui permettant de protéger ses intérêts personnels. Dans les deux cas, la focale est placée sur la communication d'une information en tant que telle. La transparence est ainsi saisie sous le prisme de sa fonction informative. Bien qu'innommée, cette dernière est donc plutôt bien identifiée dans le discours juridique ; si bien d'ailleurs, que la transparence est parfois réduite à cette seule fonction[416]. Il convient de voir comment elle peut permettre de conceptualiser la transparence.

---

[413] A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Collection des thèses, n° 115, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2015, pp. 181-182.

[414] J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*, p. 7 : « Relevant initialement de l'ordre moral, l'exigence de transparence a peu à peu été appréhendée par le droit, qui l'a transposée en de multiples obligations d'information. L'appréhension juridique de la transparence passe ainsi par la multiplication de telles obligations [...] ».

[415] L'adjectif « humaniste » s'entend ici comme relatif aux droits de la personne humaine.

[416] Comme en matière de droit des données personnelles par exemple (cf. *supra* § 68).

CHAPITRE 2. UNE FONCTION INFORMATIVE MINEURE

104. **Une fonction évidente**. Dans le discours juridique, l'exigence de transparence se présente d'abord comme un devoir de communiquer une information ou comme un droit à l'information. Apparaissant au premier plan, le prisme de la fonction informative apparaît comme le plus naturel, comme celui qui s'impose immédiatement à l'esprit pour saisir l'exigence de transparence. La fonction informative se présente ainsi comme une piste incontournable à explorer pour qui entend identifier les caractéristiques essentielles de la transparence. Si cette fonction paraît relativement évidente, sa place au sein du concept de transparence mérite toutefois d'être interrogée et systématisée.

105. **Une fonction nécessaire à la transparence**. En réalité, le dénominateur commun à toutes les manifestations de l'exigence juridique de transparence se situe, selon nous, dans l'obligation de s'exposer au regard d'autrui. La transparence se manifeste en effet sur la scène juridique par la communication d'une information, par la visibilité d'un comportement. Cette exposition au regard constitue la face visible de la transparence.

Or, l'exposition d'une personne au regard d'autrui renseigne *de facto* l'observateur. Elle comporte donc nécessairement une fonction informative. En conséquence, la fonction informative apparaît comme un élément constitutif de la transparence parce qu'elle est indissociable de l'exposition au regard d'autrui, forme sous laquelle se concrétise juridiquement la transparence (Section 1).

106. **Une fonction insuffisante pour la qualification de la transparence**. Indispensable, cette fonction est-elle pour autant suffisante pour conceptualiser la transparence ? On pourrait en douter. Tout en la réduisant à cette seule fonction[417], la doctrine refuse de reconnaître à la transparence le statut de concept juridique[418], suggérant ainsi que la fonction informative ne peut permettre de la conceptualiser. Nous proposons cependant de nuancer le propos : bien qu'indispensable, la fonction informative est secondaire. En d'autres termes, la place de cette

[417] V. par ex. *supra* §§ 69 et s.

[418] Cf. *supra* § 28.

fonction ne doit pas être surévaluée : elle ne *suffit* pas à conceptualiser la transparence (Section 2).

SECTION 1. UNE FONCTION NÉCESSAIRE À LA QUALIFICATION DE LA TRANSPARENCE

107. **Une fonction informative consubstantielle à l'exposition au regard**. On l'a dit, nous nous intéressons à la « transparence qui naît de l'information »[419], pour reprendre la formulation de Mustapha Mekki[420]. Cependant, le terme d'information nous paraît trop étroit pour exprimer les différentes manières par lesquelles la transparence se concrétise dans le monde du droit ou des faits. Nous proposons ainsi une expression plus englobante, celle « d'exposition au regard d'autrui ». Il nous semble en outre que toute exposition au regard implique nécessairement une visée, ou à tout le moins, un effet informatif. Autrement dit, l'exposition d'une personne au regard d'un observateur informe nécessairement cet observateur ; elle lui permet d'exercer une sorte de droit de regard, une surveillance ou elle lui apprend un élément de connaissance qu'il ignorait jusqu'alors. Nous considérons donc d'une part que la transparence se traduit par une exposition au regard et d'autre part que la fonction informative est consubstantielle à cette exposition. Dès lors, l'exercice de conceptualisation de la transparence nécessite de systématiser l'exposition au regard, et ce d'autant plus qu'il s'agit d'une expression inédite. Cette systématisation de l'exposition au regard permettra de mieux comprendre la place de la fonction informative au sein du concept de transparence. Si ce travail d'identification de l'exposition au regard n'a encore jamais été effectué, les caractéristiques de l'obligation d'information ont déjà fait l'objet d'études[421] et constituent une source non négligeable d'inspiration. Cette tâche permettra ainsi de mettre en évidence les caractéristiques de l'exposition au regard (§1) mais également les obligations qui l'accompagnent fréquemment (§2).

---

[419] Cf. *supra* § 49.

[420] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 142.

[421] V. par ex. : M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*, *op. cit.* ; B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*

§1. Les caractéristiques de l'exposition au regard d'autrui

108. **Les caractéristiques de l'exposition au regard**. En fonction de la forme que revêt l'exposition au regard d'autrui (A), sa nature juridique est susceptible de varier (B).

A. Les formes de l'exposition

109. **Les formes d'exposition**. La transparence se caractérise d'abord par une exposition au regard d'autrui. Nous proposons que cette exposition soit dite active (1) ou passive (2) selon la personne à l'initiative de la communication d'information.

1. L'exposition active au regard d'autrui

110. **Définition de l'exposition active**. Lorsque le locuteur, c'est-à-dire celui qui communique une donnée, est la personne exposée, l'exposition au regard peut être qualifiée « d'exposition active ». Cette dernière se rapproche alors d'une information, entendue au sens large, comme la communication d'une donnée. Il s'agit donc d'un acte de langage[422] consistant à « effectuer un discours en utilisant la parole ou l'écriture pour faire savoir quelque chose à quelqu'un »[423]. En fonction des cas, cette exposition peut toutefois être plus ou moins active.

111. **L'exposition fortement active**. L'exposition est « fortement active » lorsque l'information est en quelque sorte portable, c'est-à-dire lorsque le locuteur doit communiquer, de sa propre initiative, une information à son destinataire. Elle correspond à l'information, au sens d'une communication de donnée, au sens le plus strict. La motivation des actes administratifs correspond par exemple à une exposition fortement active au regard d'autrui : l'administration doit communiquer les motifs dans la décision qu'elle transmet à l'administré.

112. **L'exposition moyennement active**. Sans la communiquer à un destinataire en particulier, le locuteur peut aussi devoir rendre accessible, c'est-à-dire le plus souvent rendre publique, une information ou un document, et ce, de sa propre initiative. Le destinataire est alors moins passif puisqu'il doit prendre connaissance de la publication ou consulter une base de données. Il peut

---

[422] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, pp. 9-10.

[423] *Ibid.*, p. 10.

s'agir par exemple de la publication, en l'absence de toute demande d'accès, de documents administratifs[424].

En ce sens, la transparence se rapproche de la notion d'ouverture. Plutôt utilisée dans le champ du droit public (en droit administratif ou en droit de l'Union européenne par exemple), l'ouverture nous paraît suggérer davantage qu'une simple communication de données. En lien avec l'*open data*, elle évoque le partage des données permettant aux bénéficiaires de les réutiliser ou de se les réapproprier, notamment dans un but d'intérêt général. Si la transparence n'exclut pas l'ouverture, elle peut se contenter d'une simple communication ou mise à disposition de données, sans qu'il soit question de leur réutilisation.

113. **L'exposition faiblement active**. L'exposition au regard est en revanche « faiblement active » lorsque l'information est « quérable », c'est-à-dire lorsque l'initiative de prendre connaissance de l'information revient à son destinataire. Ce dernier doit alors exercer une action pour prendre connaissance de l'information, par exemple en demandant l'accès à un document administratif. Le locuteur communique alors l'information en réaction à l'action du destinataire.

2. L'exposition passive

114. **Définition de l'exposition passive**. La transparence désigne également une exposition passive au regard d'autrui. La personne dont l'action est mise en lumière se contente alors de laisser libre accès à l'information, elle s'abstient d'empêcher autrui d'accéder à des données. C'est alors l'observateur qui agit. La personne exposée peut même ne pas effectuer d'acte de langage, c'est-à-dire ne pas avoir l'intention de communiquer, par la parole ou l'écrit, une information. L'exposition passive peut par exemple simplement consister à se laisser filmer, se laisser observer. La personne exposée peut parfois même ne pas avoir conscience d'être observée ou subir cette observation. Dans le cadre d'une alerte éthique par exemple, le lanceur d'alerte peut dans certains cas rendre publiques certaines informations relatives à l'activité d'une personne qui ne souhaitait pas voir ces informations révélées. La personne en cause peut ne pas avoir eu conscience d'avoir été observée par le lanceur d'alerte.

---

[424] La publication d'un document administratif est une modalité alternative à sa communication. En ce sens, cf. CRPA, art. L. 311-1 : « Sous réserve des dispositions des articles L. 311-5 et L. 311-6, les administrations mentionnées à l'article L. 300-2 sont tenues de publier en ligne ou de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande, dans les conditions prévues par le présent livre ».

Sous cet angle, l'exposition au regard d'autrui correspond davantage à une surveillance exercée par un observateur qu'à une information transmise par un locuteur. C'est pour cette raison que nous préférons utiliser l'expression « exposition au regard d'autrui » plutôt que celle d'information, bien que le plus souvent, les deux notions peuvent être tenues pour équivalentes.

B. La nature juridique de l'exposition au regard

115. **Entre fait et norme**. À notre sens, l'exposition active correspond souvent à une règle de droit (1), tandis que l'exposition passive caractérise un fait (2).

1. L'exposition active, expression d'une norme juridique

116. **L'exposition active au regard, expression d'une norme juridique**. Qu'elle corresponde à un droit subjectif à l'information (a) ou à un devoir de communiquer (b), l'exposition au regard est la traduction d'une norme juridique plutôt classique (c).

a. L'exposition au regard vue sous l'angle d'un droit subjectif à l'information

117. **Définition du droit subjectif**. Au sens large, « avoir un droit subjectif ne signifie rien d'autre que d'être *habilité par l'ordre juridique positif à faire jouer "l'effet juridique" d'une règle de Droit* »[425], estime Henri Motulsky. Dès lors qu'une personne peut demander, par le biais d'une action en justice, le respect d'une règle de Droit énoncée par le droit objectif, cette personne jouit alors d'un droit subjectif.
Dans un sens plus étroit, « Les droits subjectifs désignent (…) les prérogatives – on dit aussi les intérêts – que le droit objectif consacre et sauvegarde au profit des sujets de droit »[426]. La notion d'intérêt permet d'introduire une approche plus restrictive. En effet, « Les droits

[425] H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, rééd. 2002 1948, p. 30.

[426] F. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Précis, Paris, Lefebvre Dalloz-Dalloz, 2023, p. 3.

subjectifs sont (…) reconnus à des personnes dans leur intérêt personnel »[427]. Pour certains, cet intérêt personnel est même une fin en soi[428].

118. **Le droit subjectif à la transparence ou « droit à la transparence »**. Au sens large, toute manifestation de l'exigence de transparence nous paraît constituer un droit subjectif. De ce point de vue, l'accès aux documents administratifs, par exemple, constitue un droit subjectif pour toute personne[429] : toute personne peut en effet exiger d'obtenir la communication d'un document administratif[430].

Au sens étroit, la transparence peut aussi s'assimiler dans des cas plus restreints à un droit subjectif sous forme de « droit à la transparence »[431]. L'objet de ce droit est alors d'exiger un transfert de savoir au profit du bénéficiaire[432]. Ainsi, la personne dont les données personnelles sont collectées et traitées peut exiger d'être informée sur ce traitement[433] et d'avoir accès à ses données[434]. La transparence, et plus précisément l'exposition au regard, peut donc être qualifiée de droit subjectif.

b. L'exposition au regard vue sous l'angle d'un devoir de communiquer

119. **Définition du devoir**. Impératif d'ordre moral, social ou juridique, le devoir impose à une personne, sans nécessairement l'y contraindre, d'adopter un certain comportement[435]. La notion de devoir est ainsi plus large que la notion juridique d'obligation, qui se définit comme un « lien de droit entre deux personnes, par lequel l'une, le débiteur, est tenue d'une prestation vis-à-vis

---

[427] O. LEVANNIER-GOUËL, *Contentieux objectif et subjectif en droit du travail*, Paris I - Panthéon-Sorbonne, décembre 2006, p. 24.

[428] E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*, p. 65.

[429] En ce sens, cf. A. GARIN, *Le droit d'accès aux documents : en quête d'un nouveau droit fondamental dans l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 61 et s.

[430] CRPA, art. L. 311-1.

[431] Sur l'utilisation de l'expression « droit à la transparence », expression d'un droit subjectif, par opposition à celle de « droit de la transparence », expression du droit objectif, cf. not. E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*, p. 20.

[432] *Ibid.*, p. 64.

[433] RGPD, art. 13 et 14.

[434] RGPD, art. 15.

[435] De manière proche, cf. le TLFi (https://www.cnrtl.fr/definition/devoir).

de l'autre, le créancier »[436]. Le devoir juridique s'entend ainsi d'un impératif résultant d'une règle de Droit posée par le droit objectif.

120. **Le devoir de transparence**. La transparence, et plus spécifiquement l'exposition au regard d'autrui, s'analyse parfois comme un devoir. L'exposition au regard constitue un impératif pour la personne exposée, sans correspondre nécessairement à un droit subjectif pour l'observateur. En matière de RSE par exemple, les grandes entreprises sont tenues d'un devoir de s'exposer au regard d'autrui (notamment en publiant un rapport de durabilité) – devoir qui ne correspond pas, sauf exception, à un droit subjectif à l'information pour le public ou les parties prenantes[437].

c. L'exposition au regard comme expression d'une règle de droit

121. **Définition de la règle de droit**. Classiquement, la règle de droit se définit comme « une règle de conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par l'autorité publique »[438]. Notamment pour son caractère obligatoire, la règle de droit est en outre assimilée au « droit dur ». En reprenant, *a contrario*, la classification de Catherine Thibierge[439], le droit dur renvoie à un droit au contenu précis, un droit obligatoire et un droit contraignant, c'est-à-dire assorti d'une sanction juridique prévue.

122. **Le caractère obligatoire de l'exposition au regard**. Si l'on confronte cette définition du droit dur aux manifestations de la transparence dans le discours juridique, nous constatons que, le plus souvent, l'exposition au regard d'autrui remplit globalement ces critères. Elle est généralement obligatoire. La loi impose par exemple à tout responsable de traitement de données personnelles d'informer la personne concernée sur l'existence et les modalités du

---

[436] S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2024, p. 746.

[437] J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*, p. 9 (à propos de la déclaration de performance extra-financière, que le rapport de durabilité a vocation à remplacer).

[438] R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Cours Dalloz, Paris, Dalloz, 2023, p. 7.

[439] C. THIBIERGE, « Le droit souple (Réflexion sur les textures du droit) », *RTD Civ.*, 2003, p. 599.

traitement[440], à l'administration de motiver ses décisions[441], aux producteurs et aux distributeurs de communiquer leurs conditions générales de vente[442], etc.

Lorsqu'elle n'est juridiquement pas obligatoire[443], l'exposition au regard peut toutefois être appréhendée par le Droit. L'exposition volontaire de soi au regard d'autrui peut en effet constituer une liberté que le droit vient soit encadrer, soit protéger. Par exemple, l'exposition de soi sur les réseaux sociaux est une liberté notamment protégée par le biais de la liberté d'expression.

123. **Le caractère contraignant de l'exposition au regard**. Si elle peut être considérée comme obligatoire, l'exposition au regard d'autrui, ou plus exactement, sa violation n'est cependant pas toujours assortie d'une sanction juridique prévue. Dans certains cas, aucune sanction n'est énoncée. L'article L. 441-1 IV du code de commerce, par exemple, dispose que la violation de l'obligation de communiquer les CGV est passible d'une amende administrative. Dans d'autres cas, aucune sanction juridique n'a été prévue. À titre d'exemple, le code des relations entre le public et l'administration ne précise pas la sanction encourue en cas de violation de l'exigence de motivation d'une décision administrative.

124. **Le caractère précis de l'exposition au regard**. De manière générale, le contenu de l'exposition au regard, c'est-à-dire ce qu'il faut montrer, semble assez précis. Sont par exemple prévus le contenu et les modalités de la déclaration de situation patrimoniale, d'intérêts et d'activités imposée aux députés[444] ; la liste des informations à communiquer à la personne dont les données personnelles sont traitées[445] ou encore le fait que la motivation d'un acte administratif doive « comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision »[446].

---

[440] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 4 en combinaison avec le RGPD (particulièrement les articles 12 et suivants).

[441] CRPA, art. L. 211-2.

[442] C. com., art. L. 441-1.

[443] L'absence d'exigence juridique de transparence n'exclut pas l'existence d'une exigence morale, sociale, religieuse, etc.

[444] Code électoral, art. LO135-1.

[445] RGPD, art. 13 et 14.

[446] CRPA, art. L. 211-5.

125. **L'exposition au regard, une règle de droit dur**. Globalement, l'exposition au regard correspond ainsi à une règle de droit dur, bien que certains exemples puissent en relativiser la « dureté ».

2. L'exposition passive, un fait

126. **L'exposition passive comme situation**. Lorsque la personne exposée est passive, l'exposition au regard semble être appréhendée comme une situation de fait. Ainsi, la vidéosurveillance d'une ou plusieurs personnes s'analyse comme un fait. La surveillance ou l'observation d'une personne peut cependant être juridiquement encadrée. La vidéosurveillance est ainsi soumise à des conditions de licéité très précises[447].

127. **Conclusion sur les caractéristiques de l'exposition au regard**. Assez souvent, l'exposition au regard correspond ainsi à une règle de droit dur, bien que ce ne soit pas toujours le cas. Réduite à l'exposition au regard d'autrui, l'exigence de transparence peut alors apparaître surabondante vis-à-vis d'autres qualifications plus familières des juristes, telles qu'un devoir d'information ou d'un droit à l'information. Cependant, s'il n'est pas erroné de présenter la transparence comme un droit de savoir, cette présentation est, à notre sens, réductrice, dans la mesure où l'exposition au regard ne constitue que la face visible de l'exigence de transparence. En tout état de cause, pour que l'exposition au regard remplisse efficacement son rôle, elle est assortie d'obligations accessoires.

§2. Les obligations accessoires à l'exposition au regard d'autrui

128. **Des obligations accessoires**. Afin que l'exposition au regard joue efficacement sa fonction informative, elle s'accompagne d'obligations que l'on peut qualifier d'accessoires. Ainsi, l'obligation de s'exposer induit souvent l'obligation d'établir préalablement la ou les données à communiquer ou à publier (B). Pour certaines de ces obligations, notamment celles qui concernent la qualité de l'information, le caractère accessoire peut cependant prêter à discussion. En effet, faire preuve de transparence ne se limite pas à communiquer ou mettre à disposition une donnée. La qualité de l'exposition au regard (c'est-à-dire le plus souvent de

[447] Ces conditions varient selon le cadre dans lequel est instituée la vidéosurveillance. V. not. le site de la CNIL : https://www.cnil.fr/fr/technologies/videosurveillance-videoprotection.

l'information), fait aussi partie intégrante de la définition de la transparence (A). Il nous semble toutefois qu'il ne s'agit pas là du cœur de l'exigence de transparence.

A. Les obligations relatives à la qualité de l'exposition au regard

129. **La transparence par opposition à l'opacité**. Dans le langage courant comme dans le discours juridique, la transparence s'oppose à l'opacité. Or, l'opacité peut prendre différentes formes. Elle peut se caractériser par l'ignorance, par le mensonge ou l'erreur, par l'inintelligibilité ou encore par un trop plein d'informations. La lutte contre ces différentes formes d'opacité se traduit sur le terrain juridique par diverses obligations relatives à la qualité de l'information : l'obligation de s'exposer au regard en communiquant l'information (qui constitue l'obligation principale), l'obligation de fiabilité (1), l'obligation d'intelligibilité (2) ou encore l'obligation de pertinence des données communiquées (3), qui constituent les obligations accessoires.

1. L'obligation de fiabilité des données

130. **La fiabilité des données**. La transparence implique d'abord que les données communiquées soient fiables. Cette exigence de fiabilité peut se traduire par l'intervention d'un tiers censé vérifier voire attester de l'exactitude des données communiquées. Ainsi, les informations communiquées par une grande entreprise et relatives à la durabilité doivent être certifiées par un commissaire aux comptes ou par un organisme tiers indépendant[448].
L'exigence de fiabilité peut aussi se traduire par une exigence de sincérité du locuteur. Par exemple, pour bénéficier de la protection correspondante, le lanceur d'alerte doit avoir signalé de bonne foi des informations relatives à l'alerte[449].

---

[448] C. Com., art. L. 232-6-3 III. Sur la vérification des informations dans le cadre de l'ancien dispositif de déclaration de performance extra-financière, cf. J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*, pp. 185 et s.

[449] Article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, tel que modifié par la loi du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte.

2. L'obligation d'intelligibilité des données

131. **La teneur de l'exigence d'intelligibilité**. L'exigence de transparence implique également que l'information communiquée soit claire et compréhensible par son destinataire.

Cette exigence de clarté signifie d'abord que le destinataire – mais aussi le locuteur – soit en mesure de comprendre le processus d'une décision par exemple, en particulier lorsque celle-ci résulte d'un algorithme[450].

Comme le suggère le RGPD qui impose une vigilance particulière à l'égard des enfants[451], l'exigence d'intelligibilité signifie également que l'information doit être adaptée à son destinataire. L'équilibre peut cependant être parfois délicat à trouver : trop simplifiée, l'information ne renseigne pas suffisamment sur l'émetteur ; trop compliquée, l'information ne permet au destinataire de bien comprendre la situation.

L'exigence de clarté peut enfin signifier que les données communiquées soient suffisamment « normalisées », standardisées, pour être utilement comparées à d'autres données. En matière de RSE par exemple, l'existence d'une profusion de référentiels pour les entreprises pouvait nuire à la comparabilité des déclarations de performance extra-financière[452].

132. **La transparence réduite à l'intelligibilité des données**. En particulier en droit de l'Union européenne, la transparence se confond avec l'exigence d'intelligibilité de l'information. Sous cet angle, l'information est l'objet de la transparence : le RGPD, par exemple, évoque la « transparence des informations »[453]. La transparence semble d'ailleurs presque se réduire à l'intelligibilité de l'information. L'article 12 du RGPD énonce ainsi que le responsable du traitement doit communiquer envers la personne concernée « d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples ». Tous ces adjectifs semblent être ici synonymes. Le préambule du RGPD apporte quelques précisions sur la teneur de l'exigence de transparence qui paraît le corroborer.

---

[450] Sur la question de la transparence et l'enjeu d'explicabilité de l'algorithme, cf. *Algorithmes, systèmes d'IA et services publics : quels droits pour les usagers ? points de vigilance et recommandations*, Paris, Défenseur des droits, 2024.

[451] RGPD, art. 12 al. 1er ; cons. 38 et 58 (not.).

[452] J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*, pp. 172 et s. L'harmonisation des référentiels a été confiée, depuis la directive CRDS de 2022, à l'EFRAG *(European Financial Reporting Advisory Group)*.

[453] RGPD, art. 12.

Ainsi est-il énoncé que « [l]e principe de transparence exige que toute information et communication relatives au traitement de ces données à caractère personnel soient aisément accessibles, faciles à comprendre, et formulées en des termes clairs et simples »[454]. Cette définition est complétée plus loin : le principe de transparence exige également que l'information soit concise et « lorsqu'il y a lieu, illustrée à l'aide d'éléments visuels »[455] éventuellement accompagnée d'icônes normalisées et lisibles par une machine[456]. Combinée avec le principe de loyauté, la transparence exige également que la personne concernée soit informée de l'existence du traitement, de ses finalités ainsi que de toute autre information pertinente eu égard au contexte particulier du traitement. Combinée cette fois à l'équité, la transparence implique l'utilisation de procédures mathématiques et statistiques adaptées aux circonstances particulières du traitement de données[457].

133. **L'intelligibilité des données comme élément de la transparence**. D'autres fois, le caractère clair et intelligible de l'information communiquée apparaît davantage comme un élément parmi d'autres de l'exigence de transparence. Autrement dit, l'exigence de transparence comprendrait l'exigence d'intelligibilité de l'information, mais ne s'y réduirait pas. Plus exactement, l'intelligibilité est alors présentée comme une condition de l'efficacité de la transparence[458]. L'exigence d'intelligibilité nous paraît en effet constituer une condition essentielle pour que la communication d'information soit utile, non seulement du point de vue de son destinataire, mais également pour que cette dernière puisse jouer sa fonction régulatrice, que nous aborderons ultérieurement[459].

---

[454] RGPD, Cons. 39.

[455] RGPD, Cons. 58.

[456] RGPD, Cons. 60.

[457] RGPD, Cons. 71.

[458] En ce sens, V. par ex. : M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *in L'information - VIIIème journées juridiques franco-japonaises (26-27 sept. 2011)*, 11, Droits étrangers, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 189.

[459] Nous approuvons ainsi Aude-Solveig Epstein lorsqu'elle énonce que « L'information doit être comprise par son récepteur en tant que cette compréhension lui permet de questionner ses propres préférences, le cas échéant de contredire les décisions de l'émetteur. Pour que ce dernier soit réellement incité à réfléchir à ses pratiques, la possibilité d'une contradiction doit au moins exister » *Information environnementale et entreprise*, *op. cit.*, p. 628. Sur la fonction régulatrice, cf. Partie 2.

3. L'obligation de pertinence des données

134. **La pertinence des informations**. « Trop de transparence tue la transparence »[460] : noyé sous une trop grande quantité d'informations, le destinataire peut en effet éprouver des difficultés à les traiter. Cependant, la liste des données considérées comme pertinentes est souvent imposée, sans doute pour éviter que la pertinence de l'information ne soit soumise qu'à l'appréciation du seul locuteur. Par exemple, l'article 4 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique détermine la liste des informations devant figurer dans la déclaration de situation patrimoniale applicable aux membres du gouvernement.

B. L'obligation d'établir une donnée préalablement à sa communication

135. **Une obligation expresse ou non**. L'obligation d'établir une donnée ou de la consigner sur un support écrit est quelques fois expressément prévue par le législateur. Le code de commerce énonce par exemple que « Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle fait l'objet d'une facturation »[461]. Parfois, le législateur se contente cependant d'imposer à une personne de s'exposer au regard d'autrui en communiquant une information ou un document, sans exiger expressément que cette personne établisse cette information ou son support. L'obligation d'établir l'information ou le document que la contient peut alors être incertaine. L'article L. 441-1 du code de commerce énonce ainsi que « Toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services ***qui établit*** des conditions générales de vente est tenue de les communiquer à tout acheteur qui en fait la demande pour une activité professionnelle ». La formulation « qui établit » est pour le moins ambiguë et la doctrine s'interroge ainsi sur l'existence ou non d'une obligation d'établir des conditions générales de vente[462].

136. **Une obligation non systématique**. Dans d'autres cas, l'exigence de transparence n'implique pas l'obligation d'établir un document ou de créer une donnée. À titre d'exemple, selon le Conseil d'État, le code des relations entre le public et l'administration n'impose pas à cette

---

[460] T. LIBAERT, *La transparence en trompe-l'oeil*, *op. cit.*, p. 115.

[461] C. Com., art. L. 441-9. Rappelons que la facture participe à l'exigence de transparence tarifaire.

[462] M.V. JEANNIN et J.-L. FOURGOUX, « Transparence tarifaire et règles de facturation », *JurisClasseur Concurrence - Consommation*, s.l., LexisNexis, 30 mars 2024.

dernière « d'élaborer un document dont elle ne disposerait pas pour faire droit à une demande de communication »[463]. La Haute juridiction administrative estime toutefois que « constituent des documents administratifs au sens de ces dispositions les documents qui peuvent être établis par extraction des bases de données dont l'administration dispose, si cela ne fait pas peser sur elle une charge de travail déraisonnable »[464]. L'objectif du droit d'accès aux documents administratifs semble être ainsi de permettre un contrôle de l'activité administrative plus que de renseigner un administré.

137. **Conclusion de la section**. L'exposition au regard constitue la face visible de la transparence dans la sphère juridique et fait partie intégrante du concept. Notion inédite, elle méritait néanmoins d'être systématisée. Elle peut ainsi se définir comme le fait pour une personne de permettre à une ou plusieurs autres d'accéder à des éléments de connaissance sur soi ou sur son activité. Il peut s'agir de communiquer une information, de motiver une décision, de mettre à disposition des documents ou des données ou encore de se laisser observer, surveiller. L'exposition au regard, en particulier sous la forme d'une communication d'information, est souvent accompagnée d'obligations accessoires, telles que l'obligation d'établir des données ou les répertorier dans un document ou l'obligation de fournir une information intelligible, qui assurent l'effectivité de sa fonction informative. Le résultat de ce travail de systématisation suggère cependant qu'il s'agit d'une catégorie juridique regroupant des outils juridiques déjà connus. En d'autres termes, il nous faut maintenant vérifier si la fonction informative, consubstantielle à l'exposition au regard, suffit à qualifier la transparence.

SECTION 2. UNE FONCTION INFORMATIVE INSUFFISANTE À LA QUALIFICATION DE LA TRANSPARENCE

138. **Les écueils de cette fonction**. Réduire l'exigence de transparence à sa fonction informative présente au moins deux inconvénients majeurs. D'abord, cette perspective ne permet pas d'identifier toutes les caractéristiques d'un concept de transparence. En d'autres termes, cette fonction ne permet pas à elle seule de structurer la transparence (§1). Ensuite, cette seule fonction informative n'est pas à même d'expliquer l'utilisation du terme de transparence.

[463] Cons. État, 13 novembre 2020, n° 432832.

[464] Même arrêt.

Certaines manifestations du droit de savoir ne sont en effet pas associées au terme. Autrement dit, cette conception ne procure aucun caractère distinctif à la notion de transparence (§2).

§1. L'absence de caractère structurant de la fonction informative

139. **L'absence d'unité dans la diversité**. L'exigence de transparence envisagée sous le prisme de sa fonction informative frappe par sa diversité. L'accès à une information, entendue ici comme un élément de connaissance clair et compréhensible, semble être le seul dénominateur commun aux différentes manifestations de l'exigence de transparence. Cette considération est toutefois insuffisante pour reconnaître à la transparence une unité capable de lui conférer le statut de concept juridique, ni *a fortiori* celui de catégorie juridique.

140. **La diversité de la transparence**. Envisagée du point de vue de sa fonction informative, la transparence frappe par sa diversité. La tentation est alors grande de rejoindre la position de la doctrine majoritaire : il paraît impossible de déceler ***une*** notion de transparence. Quelle que soit la question par laquelle on l'aborde, la réponse est en effet plurielle. Or, à vouloir trop embrasser, la transparence étreint mal. La doctrine lui reproche en effet son caractère insaisissable[465].

141. **Les personnes concernées**. S'agissant des personnes concernées par l'exigence de transparence, c'est l'hétérogénéité qui semble dominer, tant pour les assujettis à la transparence que pour ses bénéficiaires[466]. La transparence peut par exemple être mise à la charge d'une personne morale[467] aussi bien que d'une personne physique[468], quoique plus rarement. Le plus souvent, les textes désignent d'ailleurs le « débiteur » de la transparence par une autre qualité

---

[465] V. par ex. : P. MALAURIE, « Transparence - Secret : Droit à l'information », *op. cit.*, p. 7 ; M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 145.

[466] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 165.

[467] La transparence peut ainsi être imposée aux sociétés. En ce sens, cf. E. BLARY-CLÉMENT et J.-C. DUHAMEL (dirs.), *2001-2010 : Dix ans de transparence en droit des sociétés*, *op. cit.*

[468] En vertu de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, certains responsables ou agents publics tels que les membres du gouvernement sont soumis à l'obligation de déclarer leurs intérêts et situation patrimoniale à la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP) qui publie ces éléments sur son site internet : https://www.hatvp.fr. L'étendue des obligations et les modalités de la publication, le cas échéant, varient selon les fonctions occupées par la personne. V. par ex. le « tableau récapitulatif des responsables publics soumis au contrôle de la Haute Autorité au titre de leurs obligations déclaratives (patrimoine/intérêts/instruments financiers) » publié par la HATVP : https://www.hatvp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2021/06/Tableau-Obligations-declaratives-RP_juin2021.pdf.

(le responsable de traitement de données à caractère personnel[469], le distributeur[470], etc.) sans faire de distinction entre les personnes physiques ou morales. Tout au plus, la transparence paraît être généralement attendue d'une personne en situation de force, qu'elle soit présumée détenir un savoir (comme le professionnel) ou qu'elle jouisse d'un pouvoir (comme l'administration vis-à-vis des administrés par exemple). Du point de vue des bénéficiaires de la transparence, l'hétérogénéité est aussi de mise : il peut aussi bien s'agir d'une personne déterminée ayant un intérêt direct et personnel à la connaissance de l'information[471], d'une personne qui ne bénéficie pas de cet intérêt[472] ou encore d'un groupe de personnes indéterminées[473]. La transparence peut également s'adresser aux personnes, déterminées ou non, concernées par un acte juridique tel qu'un contrat ou une décision, mais elle intervient aussi en dehors de tout acte juridique particulier[474].

142. **Contenu de la transparence**. Sur quoi porte la transparence ? Qu'est-il donné à voir ? La transparence se distingue encore par la diversité de son contenu, de sa quantité et de sa qualité. Elle porte sur les données qui concernent une personne spécifiquement[475], sur les comptes d'une personne morale ou le patrimoine d'une personne physique, sur les motifs d'une décision, sur le contenu de négociations ou d'un contrat, une activité… Il peut être donné à voir un fait illicite

[469] Le règlement européen pour la protection des données personnelles (RGPD) définit le responsable de traitement comme « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement » (art. 4, 7°). Une obligation de transparence est mise à sa charge en vertu à son article 12 intitulé « Transparence des informations et des communications et modalités de l'exercice des droits de la personne concernée ».

[470] Dans un chapitre consacré à la « transparence de la relation commerciale », l'article L. 441-1 du code du commerce énonce que « Toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services qui établit des conditions générales de vente est tenue de les communiquer (…) ».

[471] Les articles 12, 13 et 14 du RGPD obligent le responsable de traitement de données personnelles à fournir à la personne concernée par ce traitement un certain nombre d'informations, notamment l'identité et les coordonnées du responsable, la finalité du traitement, les destinataires des données personnelles, etc.

[472] Toute personne peut en principe demander la communication d'un document administratif non nominatif sans avoir à démontrer un quelconque intérêt à la connaissance de ce document. En ce sens : B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.*, p. 106.

[473] Par exemple, les informations relatives au patrimoine des membres du gouvernement sont publiées sur le site internet de la HATVP.

[474] Par exemple dans le cadre du droit d'accès aux documents administratifs.

[475] Par exemple l'information d'une personne sur l'utilisation qu'autrui fait de ses données personnelles.

ou supposé illicite[476] – la transparence se rapprochant ainsi d'une dénonciation – comme d'un fait *a priori* licite[477].

L'exigence de transparence est également variable du point de vue de la précision du contenu communiqué. Parfois ce contenu est presque secondaire : toute personne peut ainsi demander l'accès à un document administratif quel que soit son contenu, sauf exception[478]. D'autres fois le contenu de ce qui doit être communiqué est détaillé, plus ou moins précisément[479].

Quant à la qualité de l'information, il est quelques fois expressément exigé que l'information soit claire et compréhensible, parfois même adaptée au public visé[480]. Dans d'autres cas, l'information est plus technique, et de ce fait, moins accessible[481].

143. **Les modalités de la transparence**. Les modalités de la transparence sont également multiples. Les modes de transmission de l'information sont variées : communication d'une information, formalisme informatif, publicité, mise à disposition de documents, la motivation, etc[482]. Le débiteur de la transparence doit donc parfois avoir un comportement actif, en délivrant l'information, comme il peut se contenter dans certains cas d'une attitude plus passive, par exemple en se laissant observer.

144. **Les sources de l'exigence de transparence**. Les sources de l'exigence de transparence sont elles aussi multiples. La transparence illustre en effet le phénomène de « dispersion des sources

---

[476] Par exemple dans le cadre d'une alerte. Le lanceur d'alerte est en effet défini comme la personne « qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, du droit de l'Union européenne, de la loi ou du règlement » (article 6 de la loi du 9 décembre 2016 n° 2016-1691).

[477] Des conditions générales de vente par exemple.

[478] Par principe, un document administratif est communicable quel que soit son contenu. Il existe toutefois quelques exceptions telles que les documents dont la communication porterait atteinte à certains secrets (comme le secret de la défense nationale) ou à une personne nommément désignée. V. CRPA, art. L. 311-5 et L. 311-6.

[479] V. par ex. les anciens articles L. 225-102-1 et R. 225-105 du Code de commerce relatifs au contenu du *reporting* extra-financier. Aujourd'hui, le contenu du rapport de durabilité qui a remplacé le *reporting extra-financier* est toutefois moins détaillé (cf. art. R. 232-8-4 du code de commerce).

[480] V. not. RGPD, art. 5 1° a. en combinaison avec le considérant n° 58.

[481] V. par ex. le contenu de la déclaration de patrimoine et d'intérêts exposé dans le « Guide du déclarant » publié par la HATVP [https://www.hatvp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2021/02/guide-du-declarant-janvier-2021.pdf].

[482] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 164.

du droit »[483]. Si le terme n'apparaît pas toujours explicitement, l'exigence de transparence intervient à tous les niveaux de la hiérarchie des normes. Elle est ainsi présente dans la Constitution française quoiqu'implicitement[484], dans la loi[485] et dans la jurisprudence[486]. On la trouve en droit interne comme en droit européen[487]. Elle mobilise des instruments de droit dur comme des instruments de droit souple (chartes, labels, normes techniques, etc.)[488]. Sa valeur juridique est tout aussi incertaine. On la qualifie parfois de principe[489] ; on affirme, on s'interroge ou l'on nie sa qualité de droit fondamental[490] ; on la présente comme une obligation[491], etc.

145. **Les finalités de la transparence**. Nombreux et peu formalisés, les motifs qui fondent l'exigence de transparence, perçue sous le prisme de sa fonction informative, semblent manquer de cohérence, ce qui laisse penser que « la transparence est un discours rhétorique qui dissimule des objectifs inavouables » ou encourage des mesures inutiles[492].

---

[483] *Ibid.*, p. 153.

[484] En ce sens, Cf. par ex. : V. BARBÉ, « La transparence dans la Constitution française », *in* V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, Collection L'Unité du Droit, n° XXV, Orléans, Paris et Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2020, pp. 79-90.

[485] Par ex. : C. Commande publique, art. L3 : « Les acheteurs et les autorités concédantes […] mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures (…) ».

[486] Par ex. : Cass. crim., 17 février 2016, n° 15-85.363 : Les dispositions de l'article 432-14 du code pénal « ont pour objet de faire respecter les principes à valeur constitutionnelle de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ».

[487] Par ex. : RGPD, art. 5.

[488] Certaines entreprises sont ainsi spécialisées dans l'attribution de labels relatifs à la transparence. V. par ex. : Les « Transparency Awards » décernés par l'entreprise « Labrador » (https://www.labrador-transparency.com/ [consulté le 15/05/2023]).

[489] Par ex. : J. RIDEAU, *La transparence dans l'Union européenne*, *op. cit.* ; M. PASQUIER, *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, *op. cit.* ; E. ZOLLER, « Le principe de transparence et les nouvelles technologies de l'information aux Etats-Unis », *in Conférence-débat du CDPC sur la transparence administrative et ses déclinaisons technologiques récentes*, Paris, 15 avril 2013 (Consulté le 11 juillet 2017) ; J. MARCHAND, « Réflexion sur le principe de transparence », *op. cit.*

[490] G. BRAIBANT, « Droit d'accès et droit à l'information », *op. cit.*, pp. 703 et s. ; J. CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », *op. cit.*, pp. 249 et s. ; J. RIVERO, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 316 ; J. MARCHAND, « Réflexion sur le principe de transparence », *op. cit.* (l'auteure se demande si la transparence est un principe « support » de droits fondamentaux) ; J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, pp. 719 et s. ; V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, *op. cit.*

[491] Par ex. : Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale.

[492] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 168.

La transparence serait un « facteur de confiance institutionnelle » en même temps qu'elle constituerait un « instrument discutable de justice contractuelle »[493]. Elle servirait à sécuriser la matière commerciale[494]. Elle constituerait un outil de protection comme un outil de contrôle[495]. Il est aussi possible de concevoir la transparence comme un instrument de vérité en ce qu'elle permet de faire éclater la vérité au grand jour. À la vérité est parfois préférée la sincérité[496] d'un contractant, c'est-à-dire la conformité entre sa pensée et son discours, transformant la transparence en instrument de loyauté. Ces valeurs morales, qui fondent le droit de savoir, sont plus ou moins mises en avant selon le domaine concerné par la transparence.

146. **Une diversité insurmontable**. En résumé, lorsque l'on se concentre sur sa fonction informative, l'exigence de transparence se caractérise par une grande diversité. Cette dernière est telle qu'elle semble impossible à dépasser. La fonction informative ne permet donc pas de structurer, intrinsèquement, l'exigence de transparence. Elle échoue également, comme nous allons le voir, à offrir un critère de distinction entre la transparence et d'autres notions.

§2. L'absence de caractère distinctif de la fonction informative

147. **L'absence d'autonomie de la notion de transparence et ses conséquences**. Réduite à sa fonction informative, la transparence ne peut être distinguée de notions voisines, telles que l'information ou la publicité (A). Or, cette absence d'autonomie de la notion engendre des incohérences dans l'utilisation du terme de transparence, comme l'illustre le droit du travail (B).

A. L'absence de distinction claire entre la transparence, l'information et la publicité

148. **Une grande proxémie**. Très proches de l'information (1) ou de la publicité (2), la transparence est très régulièrement associée, voire assimilée à ces termes dans le discours juridique[497]. Il nous faut donc les analyser pour tenter d'identifier un élément susceptible de les distinguer.

---

[493] L. REBUFAT-RAISON, *Les fonctions de la transparence*, *op. cit.*

[494] E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*, pp. 142 et s.

[495] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, pp. 168 et s.

[496] Cf. par exemple : N. VIGNAL, « *La transparence en droit privé des contrats – Approche critique de l'exigence* », Aix-Marseille, 1998.

[497] V. not. J. BARROCHE, « Transparence et notions voisines : quel apport ? », *op. cit.*

Dans le cas contraire, la transparence constituerait un terme surabondant et sa conceptualisation ne présenterait qu'un faible intérêt. Tout au plus le terme de transparence permettrait de véhiculer telle ou telle connotation[498], d'apporter une certaine nuance dont la portée juridique serait toutefois limitée.

1. La proximité entre transparence et information

149. **La polysémie du terme « information »**. L'information est, y compris en droit, un terme polysémique[499]. Selon le sens que l'on retient, transparence et information peuvent s'imbriquer. L'information peut d'abord être entendue comme un contenu informationnel, un message. À cet égard, on lui préfèrera le terme de « donnée » que l'on peut tenir pour synonyme[500]. Ainsi comprise, l'information est parfois considérée comme un bien[501]. Plus concrètement, l'information-donnée désigne par exemple le prix de vente communiqué dans les CGV. En ce sens, l'information-donnée constitue l'objet de la transparence (le prix est ainsi l'objet de la transparence tarifaire). Plus exactement, « la transparence est un état de l'information, la rendant accessible à d'autres que le premier détenteur »[502]. Cette accessibilité doit être comprise largement. Il s'agit tant d'une accessibilité matérielle, c'est-à-dire une mise à disposition du support de la donnée ; que d'une accessibilité intellectuelle, entendue comme la mise à disposition d'une donnée intelligible, aisément compréhensible.

Plus rarement, l'information désigne le résultat de la communication d'une donnée, c'est-à-dire l'état « informé » d'une personne. C'est l'information-connaissance. Celle-ci met l'accent sur la personne qui reçoit de la donnée. Pour reprendre le même exemple, l'information désigne ici la connaissance par l'acheteur du prix de vente. La transparence ne semble pas revêtir un tel sens.

L'information peut enfin être comprise comme l'action de communiquer, de transmettre un message. Toujours selon le même exemple, l'information désigne alors la communication des CGV. L'information-communication se rapproche dans ce cas de la transparence, avec une

---

[498] Sur les connotations de la transparence, cf. *supra* §§ 28 et s.

[499] Sur la définition de l'information, V. P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.* ; J.-C. GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *Rec. D.*, 1994, pp. 229 et s. ; E. DARAGON, « Etude sur le statut juridique de l'information », *Droit social*, 1998, p. 63 ; B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, pp. 2 et s.

[500] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, p. 7.

[501] P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.*

[502] E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*, p. 3.

certaine nuance. Dans un sens étroit, l'information suggère en effet une communication effective du message entre au moins deux personnes[503]. La transparence peut quant à elle se satisfaire d'une simple accessibilité de la donnée, d'une mise à disposition d'autrui, c'est-à-dire d'une communication potentielle. Le droit d'accès aux documents administratifs, associé par la doctrine à la transparence administrative, peut par exemple prendre la forme d'une publication du document en ligne comme d'une communication à l'administré[504]. Toutefois, l'information peut également être entendue dans un sens plus large, comme une communication potentielle de données[505], rejoignant alors la transparence.

150. **Une tentative de distinction à partir du contenu respectif de l'information et de la transparence**. Si les sens du terme « information » ne permettent pas de la distinguer de la transparence, il faut alors chercher une autre voie en s'appuyant sur une distinction proposée par Benjamin Dabosville entre « *l'information-miroir* » et « *l'information-transparence* »[506]. La première (*information-miroir*) correspondrait aux informations ayant pour finalité de « modifier le rapport que la personne informée noue avec son monde »[507]. Elle permet ainsi au destinataire de l'information de mieux se représenter la réalité dans laquelle il évolue. La seconde (*information-transparence*) « vise[rait] à modifier le rapport qu'entretient la personne informée avec celui qui l'informe »[508] ; elle « impose[rait] au locuteur de lever le voile sur certains aspects de son activité »[509].

151. **Les écueils de cette distinction**. Cette distinction présente cependant plusieurs inconvénients. D'abord, la transparence n'impose pas toujours « au locuteur de lever le voile sur certains

---

[503] P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.*, p. 98 : « s'il est dans l'essence de l'information d'être communicable, il est dans sa nature d'être communiquée ».

[504] CRPA, art. L. 311-9.

[505] P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.*, p. 98. L'auteur retient finalement que : « Tout message communicable à autrui par un moyen quelconque constitue une information ». On trouve par ailleurs des illustrations, dans le discours juridique, de l'utilisation du terme « information » pour désigner une simple mise à disposition de données, au-delà d'une communication effective. L'alimentation et la mise à jour de la base de données économiques, sociales et environnementales est par exemple l'une des modalités de l'information du comité social et économique (C. trav., art. L. 2312-18).

[506] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, pp. 26-27.

[507] *Ibid.*, p. 27.

[508] *Ibid.*, p. 26.

[509] *Ibid.*, p. 27.

aspects de son activité »[510]. Parfois – mais, il faut en convenir, c'est l'exception – celui dont l'activité est dévoilée n'est pas le locuteur. Il en est ainsi dans le cadre d'une alerte par exemple : le lanceur d'alerte révèle l'activité d'autrui.

Ensuite et surtout, la distinction ne correspond pas toujours à l'utilisation du terme de transparence dans le discours juridique. Certaines *informations-transparence* (c'est-à-dire des informations qui visent à modifier le rapport qu'entretient la personne informée avec celle qui l'informe) ne sont pas identifiées comme des manifestations de la transparence. La motivation du licenciement par exemple, n'est pas associée à la transparence. Inversement, certaines informations classées dans la catégorie *informations-miroir* (c'est-à-dire celles qui visent à modifier le rapport que la personne informée noue avec son monde) par Benjamin Dabosville sont désignées sous le terme de transparence. L'auteur range par exemple les informations relatives aux données à caractère personnel[511] parmi les informations ayant pour fonction d'augmenter l'autonomie du salarié ; donc, dans les *informations-miroirs*. Or, le terme de transparence est très régulièrement employé dans ce cadre. L'auteur reconnaît certes que le terme de « transparence » recouvre parfois, dans le langage juridique, des *informations-miroirs*, mais il estime que cet « usage de l'expression "transparence" est assez éloigné du sens commun de cette expression »[512]. Il faudrait donc selon lui exclure les *informations-miroirs* de la notion de transparence. Cet argument ne peut cependant à lui seul justifier que l'on écarte de la transparence les *informations-miroirs*. Il est en effet fréquent que le sens que le droit donne à un terme diverge du sens commun[513].

152. **L'ambigüité du « miroir »**. Enfin, cette distinction entre *information-transparence* et *information-miroir* présente un autre inconvénient : la référence au « miroir » est ambiguë car utilisée par un autre auteur dans un sens différent. Pour Pierre Catala, en effet, ce n'est pas l'information mais la transparence qui se décline en deux versions. Elle aurait ainsi « au moins deux significations qui sont profondément différentes » : la *transparence-miroir* et la *transparence-vitre*. Dans le premier cas (*transparence-miroir*), « l'individu demande à être renseigné sur ce que [des] tiers croient savoir de lui, il demande, en quelque sorte, à se

---

[510] Selon l'expression de B. DABOSVILLE *in ibid.*

[511] Ainsi que ses déclinaisons : l'information préalable au recrutement, à l'évaluation et à la surveillance.

[512] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, p. 26, note de bas de page n° 133.

[513] Le terme « immeuble » par exemple n'a pas la même signification dans le langage courant et dans le langage juridique.

reconnaître dans le miroir qu'on lui présente »[514]. On le voit, le miroir ne renvoie pas à la même chose pour les deux auteurs. Pour Benjamin Dabosville, les données ne concernent pas nécessairement la personne du destinataire, mais renseignent sur le « monde du destinataire ». Il peut s'agir par exemple d'informer un salarié de l'existence d'un plan d'épargne d'entreprise[515]. Tandis que pour Pierre Catala, la *transparence-miroir* semble viser les informations qui concernent personnellement le destinataire, telles que l'utilisation qu'un tiers fait de ses données personnelles. Dans le second cas (*transparence-vitre*), les « tiers ne savent pas ce qu'ils souhaiteraient connaître de la personne ; la transparence qu'ils revendiquent n'est pas un miroir, c'est une glace sans tain, c'est la "vitre" dont parlait le doyen Jean Carbonnier à Deauville (…) »[516]. Ce faisant, Pierre Catala ne propose pas de distinction entre information et transparence. Il prend plutôt acte de la diversité des manifestations de la transparence.

153. **Conclusion sur la distinction entre information et transparence**. S'il existe des nuances entre les termes, la doctrine n'a pas réussi à imposer une distinction claire entre information et transparence. Or, à défaut de pouvoir les distinguer nettement, la transparence pourrait apparaitre comme un terme surabondant par rapport à celui plus usuel d'information.

2. La proximité entre transparence et publicité

154. **Des termes voisins**. Dans la sphère politico-juridique essentiellement, les termes de publicité et de transparence sont très proches, à tel point qu'ils sont parfois tenus pour synonymes[517]. Le terme de publicité a longtemps été préféré à celui de transparence[518], mais progressivement, le

---

[514] P. CATALA, « "Conclusions" au colloque sur l'information légale dans les affaires (CREDA) », *op. cit.*

[515] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, pp. 26-27 en combinaison avec p. 207.

[516] P. CATALA, « "Conclusions" au colloque sur l'information légale dans les affaires (CREDA) », *op. cit.*

[517] Dans l'œuvre du philosophe anglais J. BENTHAM par exemple. Sandrine Baume souligne ainsi qu'il n'est pas certain que J. BENTHAM fasse une distinction entre transparence et publicité (*in* S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *op. cit.* ; E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », *op. cit.*, spec. p. 14). Il semble plus s'agir d'une intuition que d'une véritable distinction.

[518] B. FRYDMAN, « La transparence, un concept opaque ? », *op. cit.* ; S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *op. cit.* ; E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », *op. cit.*, p. 13.

rapport s'est inversé. Pourtant, le choix d'un terme au profit de l'autre n'est pas anodin[519]. La doctrine s'est donc efforcée de les distinguer[520].

155. **Une nuance entre les termes**. La différence entre transparence et publicité est d'abord d'ordre symbolique. Le terme de publicité serait ainsi plus neutre que celui de transparence, qui est quant à elle dotée d'une forte charge symbolique[521], d'une « dimension éthique essentielle »[522]. La publicité désigne ce qui est effectivement connu du public, c'est-à-dire d'un ensemble indéfini de personnes. À cet égard, certains auteurs estiment que la publicité renverrait ainsi à une visibilité ponctuelle et limitée, c'est-à-dire portant sur certains actes seulement[523] (par exemple la publication d'un document). Elle renverrait également à une communication effective de l'information[524].

Contrairement à la publicité, la transparence est quant à elle associée à une visibilité permanente, qui porte davantage sur la personne et son comportement que sur une action déterminée[525]. Elle peut aussi se satisfaire d'une communication potentielle, d'une mise à disposition de l'information[526]. Le droit d'accès aux documents administratifs illustre cette idée de visibilité « virtuellement permanente ». Il est en effet moins question de la publicité d'un acte de l'administration en particulier, que de mettre l'administration sous le regard permanent des administrés, dans la mesure où tout administré est en principe susceptible de demander la communication de n'importe quel document administratif, et ce, à tout moment.

Il s'agit là cependant de nuances fondées sur les connotations des termes, qui ne correspondent pas toujours à la réalité. Ainsi, la publicité renvoie parfois à « ce qui est destiné à être connu du

---

519 J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 52.

520 CENTRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES (éd.), *La transparence administrative en Europe*, *op. cit.*, p. 11 ; D. NAURIN, « Transparency, Publicity, Accountability - The missing links », *Swiss Political Science Review*, 2006, vol. 12, pp. 90-98 ; B. FRYDMAN, « La transparence, un concept opaque ? », *op. cit.* ; S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *op. cit.* ; T. BERNS, « Transparence et inoffensivité du gouvernement statistique », *Raison publique*, 07/2011 (Consulté le 18 mai 2018) ; E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », *op. cit.* ; J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, pp. 116 et s.

521 Cf. *supra* §§ 28 et s.

522 M. BESSONE, « Transparence (introduction) », *Raison publique*, 07/2011, disponible sur https://www.raison-publique.fr/article446.html.

523 Not. : T. BERNS, « Transparence et inoffensivité du gouvernement statistique », *op. cit.*

524 D. NAURIN, « Transparency, Publicity, Accountability - The missing links », *op. cit.*, p. 91.

525 B. FRYDMAN, « La transparence, un concept opaque ? », *op. cit.* (qui note que la transparence « tend ainsi à déplacer le contrôle politique du mandat public vers la personnalité et le comportement de celui qui l'exerce ») ; T. BERNS, « Transparence et inoffensivité du gouvernement statistique », *op. cit.*

526 D. NAURIN, « Transparency, Publicity, Accountability - The missing links », *op. cit.*, p. 91.

public et mis à sa disposition sous forme de moyen d'information à consulter »[527], donc à une communication non pas effective mais potentielle de l'information. Et inversement, le terme de transparence renvoie parfois lui aussi à une communication effective portant sur un acte particulier, par exemple lorsque l'administration doit motiver un acte.

156. **La publicité commerciale**. Par ailleurs, le terme de publicité peut revêtir un autre sens, plus connoté, en lien avec la « publicité commerciale ». La publicité se définit en effet également comme une communication ayant pour objet de faire connaître un produit ou un service, d'en venter ses mérites, bref « d'exercer une influence incitative sur le public »[528]. Dans cette acception, la publicité rejoint en partie la transparence. Elle aussi tend, dans certaines situations, à séduire les destinataires du message.

157. **Une différence de niveau**. À vrai dire, il semble que transparence et publicité ne se situent pas au même niveau. Plus précisément, la publicité est l'un des moyens de la transparence. Autrement dit, la transparence peut prendre la forme d'une publicité, entendue comme une communication d'information à un ensemble indéfini de personnes. Ainsi en est-il de la publication du patrimoine des ministres sur le site de la Haute autorité de la vie publique. Cependant, la transparence ne se réduit pas à la publicité et peut prendre d'autres formes. La motivation d'une décision administrative, par exemple, est considérée comme une manifestation de la transparence. Or cette motivation est uniquement communiquée au(x) destinataire(s) de l'acte, et ne correspond donc pas à la définition de la publicité.

158. **Conclusion**. En somme, la transparence serait un terme permettant de regrouper l'information et la publicité. Du point de vue du droit positif, la transparence serait donc surabondante. L'utilisation du terme ne servirait alors que pour les connotations qu'il véhicule. Autrement dit, il ne permettrait pas de désigner une réalité juridique autonome, mais permettrait seulement de mettre l'accent sur telle ou telle valeur (l'honnêteté, le caractère démocratique, etc.). Faute d'autonomie, la transparence est assimilée à l'information. Cette conception de la transparence aboutit néanmoins à une utilisation incohérente du terme, comme l'illustre le droit du travail.

---

[527] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, Paris, PUF, 2024, p. 840.

[528] A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, *op. cit.*, p. 196.

B. L'incohérence suscitée par l'assimilation de la transparence à l'information : l'exemple du droit du travail

159. **Les difficultés suscitées par l'absence d'autonomie de la transparence**. Le prisme informatif conduit à assimiler transparence et information. Or, cette assimilation n'explique pas l'utilisation du terme de transparence dans le discours juridique. En effet, si les deux termes sont interchangeables, celui de transparence devrait être à peu près aussi fréquent que celui d'information. Dès lors, dans les matières au sein desquelles l'information est un thème récurrent, le terme de transparence devrait être fréquemment utilisé. Paradoxalement, il est pourtant des domaines – tels que le droit commun des contrats[529] ou le droit du travail – dans lesquels le terme de transparence apparaît peu, alors que l'information y tient une place significative (1). Nous nous concentrerons ici sur le droit du travail, notamment en raison de la place particulière qu'y tient l'information et pour l'absence d'étude d'ampleur sur la transparence dans ce domaine, contrairement au droit commun des contrats[530]. Encore faut-il envisager l'hypothèse d'une éventuelle conception particulière de la transparence en droit du travail (2).

1. Le paradoxe en droit du travail

160. **La place significative du droit à l'information**. Si la transparence doit être conçue comme un droit de savoir, il est alors surprenant que le terme ne soit pas plus fréquent dans certaines disciplines, notamment en droit du travail. En effet, alors que l'information est un thème récurrent (a), le terme de transparence est quant à lui peu ancré dans cette matière (b).

a. L'information, un thème important

161. **L'importance de l'information en droit du travail**. Dans cette matière, en effet, les échanges d'informations sont particulièrement nombreux[531]. Ils commencent même avant la signature du

---

[529] Sur la place de l'information en droit commun des contrats, cf. par ex. : M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*, *op. cit.*

[530] J. MESTRE, « Transparence et Droit des contrats », *op. cit.* ; N. VIGNAL, *La transparence en droit privé des contrats - Approche critique de l'exigence*, *op. cit.*

[531] Nous reprenons ici en partie un constat que nous avions déjà établi. Cf. « La transparence en droit du travail, un droit fondamental ? », *in La transparence, un droit fondamental ?*, XXV, L'unité du droit, Orléans, Paris et Toulouse, L'épitoge, mai 2020, pp. 151-158.

contrat de travail. Le candidat doit en effet être informé, préalablement à leur utilisation, des méthodes de recrutement[532]. Le droit européen prévoit également que le candidat doit aussi recevoir des informations portant sur la rémunération, notamment sur « la rémunération initiale ou la fourchette de rémunération initiale, sur la base de critères objectifs non sexistes, correspondant au poste concerné »[533]. Le candidat doit également répondre, de bonne foi, aux questions pertinentes de l'employeur[534]. Au tout début de la relation de travail[535], le salarié doit être informé sur les éléments essentiels de la relation de travail, tels que l'identité des parties, le lieu de travail, la durée du congé payé, etc[536]. Principalement à la charge de l'employeur[537], l'information circule également tout au long de l'exécution du contrat de travail, tout comme à la rupture du contrat. En cas de licenciement par exemple, l'employeur doit exposer les motifs de sa décision[538].

Plus encore que dans les relations individuelles, l'information est au cœur des relations collectives de travail. Le comité social et économique bénéficie d'un droit à l'information conséquent, en particulier dans les entreprises d'au moins cinquante salariés. Dans le cadre des attributions consultatives en effet[539], les membres du comité social et économique ont notamment accès à une base de données économiques, sociales et environnementales (BDESE)[540] et doivent également être informés préalablement à toute décision importante de l'employeur entrant dans leur champ de compétence. Les acteurs de la négociation collective ont eux aussi droit à une certaine information que ce soit à l'occasion ou en dehors d'une négociation[541].

---

[532] C. trav., art. L. 1221-6.

[533] Dir. (UE) 2023/970 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023 visant à renforcer l'application du principe d'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'application du droit, art. 5. La directive n'est pas encore transposée en droit français.

[534] C. trav., art. L. 1221-6.

[535] Dans un délai de 7 jours ou 1 mois suivant la date d'embauche, en fonction des informations concernées.

[536] C. trav., art. L. 1221-5-1 et R. 1221-34 et suivants (ces derniers étant issus du décret n° 2023-1004 du 30 octobre 2023 portant transposition de la directive (UE) 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne).

[537] V. B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*

[538] C. trav., art. L. 1232-1 (licenciement pour motif personnel) et L. 1233-2 (licenciement pour motif économique).

[539] C. trav., art. L. 2312-15.

[540] C. trav., art. L. 2312-18.

[541] L'information des négociateurs constitue l'un des objets des accords de méthode (C. trav., art. L. 2242-11). Les délégués syndicaux peuvent également avoir accès à la base de données économiques, sociales et environnementales (C. trav., art. L. 2312-36 – dispositions supplétives).

Le comité social et économique comme le syndicat doivent transmettre des informations, particulièrement en ce qui concerne leurs comptes. Le comité social et économique doit ainsi porter ses comptes[542] à la connaissance des salariés[543] ; tandis que le syndicat doit établir, approuver, publier voire faire certifier ses comptes[544].

Les obligations d'information, de motivation ou de publicité intéressent aussi la jurisprudence. Dans son rapport annuel consacré au « Droit de savoir », la Cour de cassation a d'ailleurs réservé d'importants développements au droit du travail[545]. L'information est également un objet d'étude doctrinale non négligeable, soit qu'on l'examine en tant que telle[546], soit en la confrontant au droit au secret ou au silence[547].

---

[542] C. trav., art. L. 2315-64 et s.

[543] C. trav., art. L. 2315-72.

[544] V. not. C. trav., art. L. 2121-1 et L. 2151-1 ; Cass. soc., 22 février 2017, n° 16-60.123.

[545] *Rapport annuel 2010 - Le droit de savoir*, Cour de cassation, 2010, pp. 65-290.

[546] E. ESCOLANO, « Le droit à l'information des travailleurs », *in L'information en droit privé, travaux de la conférence d'agrégation*, Bibliothèque de droit privé, n° 32 et 33, Paris, LGDJ, 1978, pp. 163-219 ; C. FREYRIA, « Le contenu de l'information économique et sociale du comité d'entreprise », *Dr. soc.*, 04/1979, n° 4, pp. 35-48 ; B. TEYSSIÉ, « L'information du salarié », *Dr. soc.*, 03/1981, n° 3, pp. 239-247 ; B. SAUMADE, *L'obligation de renseignements en droit du travail*, 1982 ; J. DUPUY, « L'information du personnel par le comité d'entreprise », *Rec. D.*, 1983, pp. 57-64 ; G. COUTURIER, « L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière », *Dr. soc.*, 01/1983, n° 1, pp. 26-36 ; B. HENRIET, « L'information du comité d'entreprise : une pratique encore imparfaite », *Dr. soc.*, 12/1990, n° 12, pp. 874-878 ; P.-H. ANTONMATTÉI, « Cahier de droit social - L'information et la consultation du comité d'entreprise », *JCP E-A*, 07/1992, n° 27, p. 159 ; B. LARDY-PÉLISSIER, « L'information du salarié », *Etudes offertes à J. Pélissier, Analyses juridiques et valeurs en droit social*, s.l., Dalloz, 2004, pp. 331-356 ; C. ROBIN, « L'obligation d'information en droit du travail : l'exemple du bulletin de paie », *RRJ - Dr. prospectif*, 2005, n° 2005-4 (1), pp. 1975-2008 ; L. DUTHEIL-WAROLIN, « Le droit à l'information des salariés au sein de l'entreprise (CA Limoges, 12 sept. 2005) », *JCP E-A*, 01/2006, n° 3, p. 1129 ; M. MAUL-SARTORI, *Droits européens d'information relatifs à la relation de travail - La directive 91/533/CEE et sa transposition en droit allemand, français et britannique*, Bibliothèque de droit social, n° 50, Paris, L.G.D.J., 2008 ; P.-H. ANTONMATTÉI, « Donner l'information en matière économique et financière : brefs propos sur des évolutions récentes », *Dr. soc.*, 2013, p. 100 ; B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.* ; L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Donner l'information : les obligations du salarié », *Dr. soc.*, 2013, p. 103 ; J. DANIEL, « L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité », *JCP S*, 05/2015, n° 19-20, p. 1165 ; F. FAVENNEC-HÉRY, « L'information du comité d'entreprise », *JCP S*, 05/2015, n° 19-20, p. 1164 ; S. SERENO, « Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique », *Dr. soc.*, 05/2019, n° 05, p. 402 ; CERCLE MAURICE COHEN, « La réalité de la BDES : résultats d'une enquête menée par le Cercle Maurice Cohen », *RDT*, 06/2019, n° 6, p. 428 ; H. NASOM-TISSANDIER, « Le droit à l'information-consultation du CSE à l'épreuve des délais préfix », *RJS*, 04/2021.

[547] C. TÉTARD, *Le secret en droit social*, *op. cit.* ; P. NEISS, *Le silence en droit du travail*, *op. cit.*, p. 473 : « L'étude du silence interdit à l'employeur permet de voir l'omniprésence des obligations de parler et d'écrire qui s'impose à lui. Chaque décision de l'employeur paraît accompagnée d'une obligation de s'exprimer. Il ne peut quasiment jamais garder le silence sur ses décisions. Souvent, il doit expliquer ses motivations, discuter la justification de sa décision, voire négocier les modalités de ses actes. Ces remarques se trouvent confirmées par l'observation du silence interdit dans les relations individuelles comme dans les relations collectives de travail. Dans sa relation avec un salarié, l'employeur doit continuellement l'informer des conditions de la relation de travail et des décisions qu'il prend concernant cette relation. Au niveau collectif, l'information, la consultation et la négociation avec les représentants du personnel constituent autant d'interdictions pour l'employeur de garder le silence. Ces différentes interdictions n'ont cessé de se développer quantitativement et de prendre une importance de plus en plus considérable ».

b. Le faible ancrage du terme de transparence

162. **La transparence dans le code du travail**. Si l'information est un thème récurrent en droit du travail, ce n'est pas le cas de la transparence, à tout le moins en droit interne du travail[548]. Pour le travailliste, le terme de transparence renvoie essentiellement, si ce n'est exclusivement, à la question de la transparence financière imposée aux syndicats et aux associations professionnelles d'employeurs[549]. Et pour cause, c'est en grande partie sous cette expression que la transparence apparaît dans le code du travail[550]. Le terme de transparence apparaît également dans le domaine de la formation professionnelle[551]. Les autres occurrences du terme ne sont que des références à la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, pour protéger le salarié lanceur d'alerte[552].

163. **La transparence dans la jurisprudence**. La jurisprudence interne reste quant à elle prudente dans l'utilisation du terme. La notion désigne principalement l'exigence de transparence financière imposée aux organisations syndicales.

La Cour de cassation l'utilise également à propos des clauses de désignation et de recommandation insérées dans des accords collectifs de branche relatifs à la protection sociale complémentaire. Ces clauses obligent ou incitent les entreprises de la branche à confier à un même organisme assureur la gestion des garanties collectives de protection sociale complémentaire. Autorisée, la désignation ou la recommandation est toutefois soumise à une procédure particulière de sélection de l'organisme assureur[553] : celui-ci doit être choisi après

---

[548] Sur ce point déjà, V. M. ZEIMET, « Transparence et discours en droit du travail », *SociologieS*, 10/2020, disponible sur http://journals.openedition.org/sociologies/15088.

[549] Notamment. Sur la transparence financière, cf. *infra* §§ 434 et s.

[550] C. trav., art. L. 2121-1, L. 2122-10-6, R. 2122-36, L. 2151-1, R. 7343-3, R. 7343-22 et R. 7343-24.

[551] C. trav., art. D. 6113-31, L. 6121-2-1, R. 6121-2, L. 6123-5, D. 6323-3-4, L. 6332-1-1 et L. 6332-6.

[552] Il s'agit d'éviter les mesures de discrimination envers un salarié ayant lancé une alerte (C. trav., art. L. 1121-2, L. 1132-1, L. 1132-3-3, L. 1132-4). Il est aussi fait mention de la loi du 9 décembre 2016 dans les articles sur le harcèlement moral (C. trav., art. L. 1152-2) et sexuel (C. trav., art. L. 1153-2) et dans un article relatif au contenu du règlement intérieur (C. trav., art. L. 1321-2). La loi apparaît encore dans une disposition concernant le droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement (C. trav., art. L. 4133-1 à L. 4133-3) et une autre sur le devoir de discrétion des agents de l'inspection du travail (C. trav., R. 8124-22). On peut également signaler la référence à une autre loi, celle du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, dans une disposition relative à Commission santé, sécurité et conditions de travail élargie (C. trav., art. L. 4523-12).

[553] C. séc. soc., art. D. 912-1 et s.

appel à concurrence réalisé dans des conditions de transparence, c'est-à-dire en exposant clairement les critères de choix et le déroulement de la procédure de décision.

Cette exigence se retrouve également dans les jurisprudences européenne et interne, par exemple dans le contentieux des clauses contractuelles dites de « *rolled up holiday pay* » par lesquelles les salariés acceptent que leurs congés payés soient inclus dans leur rémunération sous forme d'indemnité. En principe interdite par le droit communautaire[554], l'intégration de l'indemnité de congés payés dans le salaire est tolérée, tout en étant strictement encadrée. Entre autres conditions[555], la Cour de cassation[556], directement inspirée par la Cour de justice des Communautés européennes[557], exige que la clause soit « compréhensible et transparente ». La clause ne peut en conséquence se borner à stipuler que la rémunération globale inclue les congés payés[558], ce qui suppose que « soit clairement distinguée la part de rémunération qui correspond au travail, de celle qui correspond aux congés, et que soit précisée l'imputation de ces sommes sur un congé déterminé, devant être effectivement pris »[559].

164. **La transparence dans la doctrine**. Dans le discours doctrinal enfin, le terme de transparence apparaît de manière relativement fréquente dans des domaines variés : la transparence financière imposée aux organisations syndicales et patronales bien sûr[560], mais aussi le

---

[554] Dir. n° 2003/88/CE, art. 7 al. 2 : « La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail ».

[555] Une telle clause doit ainsi être justifiée par des circonstances d'emploi particulières (Cass. soc., 13 janvier 1988, n° 87-40.619), être expressément acceptée par le salarié et ne doit pas placer ce dernier dans une situation moins favorable que celle résultant de la stricte application des dispositions légales (*Bulletin d'information*, Cour de cassation, mars 2013, pp. 40-41).

[556] Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-14.070 ; G. VACHET, *JCP S* 03/2014 p. 1111 ; B. DE CLAVIÈRE, *RTD Eur.* 04/2014 p. 460 ; F. DUCLOZ et G. HENON, *SSL* 02/2014 n° 1618 ; *RJS* 02/2014 p. 111 ; J. MOULY, *Dr. soc.* 01/2014 p. 94 ; M. VÉRICEL, *RDT* 05/2014 p. 346 ; A.-L. ZABEL, *LPA* 04/2014 p. 6 ; N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *JCP G* 12/2013 p. 2215.

[557] CJCE, 16 mars 2006, n°C-131/04 et C-257/04, *Robinson-Steele e. a.* ; Le bulletin de la Cour de cassation présente d'ailleurs l'arrêt du 14 novembre 2013 dans une rubrique intitulée « Union européenne » (*BICC*, *op. cit.*).

[558] Cass. soc., 14 novembre 2013, préc.

[559] Cass. soc., 22 mai 2019, n° 17-31.517 ; C. RADÉ, *Dr. soc.* 2019 p. 641 ; *JCP S* 06/2019 p. 224.

[560] Cf. not. : R. HADAS-LEBEL, *Rapport Hadas-Lebel sur la représentativité et le financement des syndicats*, rapport remis au Premier ministre, 3 mai 2006 ; P.-H. ANTONMATTÉI, « Les critères de représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Dr. soc.*, 2008, p. 771 ; G. BORENFREUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT*, 2008, p. 712 ; B. GAURIAU, « La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale - Libres propos », *JCP S*, 04/2008, p. 197 ; L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Observations sous Cass. soc. 29 février 2012, n° 11-13.748, Syndicat CGT des personnels de l'IGESA c/ IGESA (1. Critères de la représentativité 2. Preuve de la transparence financière) », *Dr. soc.*, 05/2012, n° 5, p. 528 ; C. GUILLON et E. PIEKUT, « Les acteurs des relations de travail à l'épreuve de la transparence financière », *JCP S*, 07/2014, p. 1307 ; R. BOURGUIGNON, M. FLOQUET et S. LEFRANCQ, *La transparence financière des organisations*

traitement des données personnelles et l'utilisation de moyens d'évaluation et de surveillance des salariés[561], l'alerte professionnelle[562], le dialogue social[563], etc. La transparence est cependant rarement un objet d'étude en tant que tel[564].

165. **Un terme peu consacré**. En résumé, si le terme n'est pas absent du discours juridique relatif au droit du travail, il n'y est pas véritablement consacré, comme il a pu l'être en droit administratif par exemple. L'usage du terme est, en conséquence, assez aléatoire : on peine à comprendre pourquoi il est mobilisé dans telle situation ou par tel locuteur, et pourquoi il ne l'est pas dans d'autres cas. Ainsi, tandis que la motivation des actes administratifs est considérée par la doctrine comme une manifestation de la transparence, ce n'est pas le cas de la motivation du licenciement en droit du travail. La fonction informative de la transparence ne semble pas à même de l'expliquer : dans les deux cas, il s'agit d'une communication des motifs du décisionnaire vers la personne concernée par la décision.

---

syndicales : entre contrôle externe et dynamisation de la démocratie interne, mars 2015, (Consulté le 11 décembre 2019) ; Y. PAGNERRE, « La transparence financière, nouveau principe général du droit syndical », *JCP S*, 04/2017, p. 1108 ; F. PETIT, « La transparence financière sésame de l'activité syndicale », *Chroniques du Travail*, 2019, n° 9, pp. 84-93.

561 A. MOLE, « Ordinateurs recruteurs et logiciels d'évaluation - l'approche "informatique et libertés" », *SSL*, 01/1990, pp. 4-5 ; A. MOLE, « Au-delà de la loi informatique et libertés », *Dr. soc.*, 06/1992, pp. 603 et s. ; J.-E. RAY, « Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992. "Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles" », *Dr. soc.*, 02/1993, n° 2, pp. 103-114 ; J.-E. RAY, « Comité d'entreprise, transparence et dissuasion », *Dr. soc.*, 03/1993, p. 215 ; G. ADAM, « Critique d'une étude critique de Jean-Emmanuel Ray », *Dr. soc.*, 04/1993, p. 333 ; J. GRINSIR, « Les dispositions nouvelles relatives "au recrutement individuel et aux libertés individuelles" (Loi du 31 décembre 1992) », *Droit ouvrier*, 07/1993, pp. 237-241 ; M.-P. FENOLL-TROUSSEAU, « Vie privée du salarié : les nouveaux enjeux de la cybersurveillance », *JCP E*, 07/2007, n° 27-28, p. 1878.

562 G. DUCHANGE, « Le droit commun des alertes professionnelles », *JCP S*, 06/2016, n° 24 ; F. VERDUN, « La loi Sapin 2 : statut du lanceur d'alerte et programme anticorruption au regard du droit social », *JCP S*, 01/2017, n° 2, p. 1011 ; A. LYON-CAEN, « Transparence ou secret », *RDT*, 02/2017, n° 2, p. 69 ; J. ICARD, « L'alerte individuelle en droit du travail », *Dr. soc.*, 06/2017, n° 6, pp. 545-551 ; V. ARMILLEI, *Le lanceur d'alerte dans tous ses états : Guide pratique et théorique*, Institut Messine, novembre 2018.

563 J.-P. BASILIEN, « Les modes d'action du syndicalisme radical : vraies et fausses nouveautés », *Dr. soc.*, 1999, p. 1057 ; C. TÉTARD, « Transparence et secret dans l'information économique du comité d'entreprise », *TPS*, 01/2003, n° 1, pp. 6-8 ; J.K. ADOM, « Le secret des affaires et la participation des salariés à la gestion de l'entreprise. », *BJS*, 02/2003, n° 2, p. 113 ; C. FROUIN, « Aspects stratégiques et opérationnels de la loi Rebsamen », *LPA*, 12/2015, n° 256, p. 4.

564 P. LAFARGE, « Transparence et Relations sociales », *RJ Com*, 11/1993, pp. 101-115 ; G. BORENFREUND, « Le droit du travail en mal de transparence ? », *Dr. soc.*, 05/1996, n° 5, pp. 496 et s. V. aussi nos précédents écrits, en lien avec la présente étude : « La transparence en droit du travail, un droit fondamental ? », *in* V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, Collection L'Unité du Droit, n° XXV, Orléans, Paris et Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2020, pp. 151-158 ; « Transparence et discours en droit du travail », *op. cit.*

Reste cependant une hypothèse qu'il convient maintenant d'étudier : le droit du travail aurait-il une conception spécifique de la transparence – conception qui expliquerait la faible place de celle-ci dans ce domaine ?

2. L'infirmation de l'hypothèse d'une conception autonome de la transparence en droit du travail

166. **L'hypothèse d'une conception autonome de la transparence en droit du travail**. Comment expliquer que la transparence ne soit pas un terme ancré dans le discours du droit du travail[565] (exception faite de la transparence financière syndicale) alors que l'information y tient une place significative ? La transparence serait-elle entendue restrictivement en ce domaine, cette conception étroite faisant obstacle à une utilisation plus assurée du terme ? L'hypothèse doit être infirmée : les usages de la transparence en droit du travail ne montrent aucune autonomie de la notion dans cette matière[566]. La transparence renvoie aussi bien à des valeurs (a) qu'à des dénotations[567] (b).

a. Les connotations du terme

167. **Les connotations négatives**. Comme dans le discours juridique général, le terme de transparence est utilisé, dans le discours travailliste, pour les valeurs qu'il véhicule. On en

---

[565] Sur la notion de discours du droit du travail ou discours travailliste, cf. *supra* § 5.

[566] Comme nous l'avons indiqué précédemment (cf. *supra* § 49), le propos se concentre sur la « transparence née de l'information ». Au sens littéral, la transparence apparaît dans le code du travail (par ex. : C. trav., art. R. 4213-3, R. 4214-6, R. 4224-9, R. 4224-10, R. 4224-22 et R. 4228-27. Le législateur impose une certaine transparence des matériaux dans l'aménagement des locaux pour le confort ou la sécurité des salariés) et dans la jurisprudence (Cass. soc., 22 juillet 1986, n° 82-43.824 : dans cet arrêt, la Cour de cassation avait validé le licenciement d'une salariée dont le chemisier transparent laissait apparaître ses seins nus ; Cass. soc, 24 mai 2016, n° 15-20.541 ; J.-Y. KERBOURC'H, *JCP S*, 10/2016 p. 1349 ; Cass. soc., 20 septembre 2017, n° 16-19.767 : à propos de la transparence de l'urne électorale). Le terme de transparence est aussi utilisé pour signifier la transparence de la personnalité morale (cf. *supra* §§ 17 et s.).

[567] Comme l'explique Jean-françois KERLÉO : « Les dénotations […] d'un terme constituent toutes ses références dans la réalité, c'est-à-dire les objets qu'il désigne. Ainsi, les termes chaise, table, canapé disgnent chacun un objet du monde sensible. De son côté, […] la connotation constitue les conditions subjectives par lesquelles on sélectionne les objets dénotés. Les dénotations représentent une signification plus objective ou neutre d'un terme tandis que les connotations renvoient aux significations affectives du signifié » (dans *La transparence en droit : Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Bibliothèque des thèses. Droit public, Paris, Mare et Martin, 2015, p. 535).

perçoit ainsi les connotations négatives dans la doctrine : le « culte de la transparence » peut devenir la marque du totalitarisme prévient par exemple Patrice Adam[568].

168. **Les connotations positives**. Le discours travailliste n'exclut pas non plus les connotations positives du terme. Dans le contentieux individuel, la transparence est ainsi régulièrement invoquée par les parties au litige pour sa proximité avec la sincérité et la loyauté. Elle désigne alors la qualité d'une personne qui ne cache rien, qui est honnête et sincère, qui transmet spontanément les informations nécessaires à son interlocuteur. Utilisée en défense, elle permet au locuteur de tenter de convaincre le juge de son honnêteté, du caractère irréprochable de son attitude. Inversement, le locuteur en position « d'attaque »[569] s'en sert pour reprocher à son adversaire un manque de transparence. Repris par les juges du fond, le terme de transparence sert à justifier une décision, le plus souvent la validation ou l'invalidation du licenciement du salarié. Dans un arrêt du 25 septembre 2007[570] par exemple, un employeur reprochait à sa salariée, responsable des ressources humaines et financières, d'avoir profité de ses fonctions pour s'arroger unilatéralement et indûment une prime d'ancienneté. La cour d'appel, approuvée sur ce point par la Cour de cassation, a cependant jugé que « les primes avaient été constamment versées, *en toute transparence*, ce dont résultait une attribution volontaire de l'employeur »[571]. Dans un autre arrêt, un employeur reprochait à sa salariée employée dans une entreprise d'aide à la personne « un manque de soin et d'attention au travail, un manque de transparence dans les courses faites pour les personnes âgées », dont la répétition constituait selon lui une faute professionnelle justifiant un licenciement[572]. Les juges du fond, appréciant souverainement le caractère sérieux de la cause du licenciement, ne lui ont pas donné raison.

---

[568] P. ADAM, « Mon traitre, ce héro », *RDT*, 09/2016, pp. 566 et s. : « Que la transformation du monde en "société de verre", où tout se sait, tout se voit, tout se dit, soit marque du totalitarisme n'impose pas son envers, signe d'un régime kleptocratique ». L'expression « culte de la transparence » est présente dans le texte.

[569] Les positions de défense et « d'attaque » ne se confondent pas nécessairement avec celles du défenseur et du demandeur. Le demandeur au pourvoi peut ainsi se défendre d'un manque de transparence ou à l'inverse reprocher un manque de transparence à son adversaire.

[570] Cass. soc., 25 septembre 2007, n° 05-42.166. Pour une illustration récente, V. par ex. : Cass. soc., 26 février 2025, n° 22-18.179 : dans cet arrêt, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui avait condamné un salarié à des dommages et intérêts en l'absence de faute lourde en retenant que « le salarié a, par son comportement, nui à la confiance nécessaire existant entre son employeur et son salarié, au surplus cadre dirigeant. Ce dernier se doit d'agir de manière exemplaire et en toute transparence dans le souci de la bonne marche de l'entreprise qui l'emploie ».

[571] Nous soulignons.

[572] Cass. soc., 3 octobre 2000, n° 98-43.333. Pour un exemple plus récent, V. Cass. soc., 5 avril 2023, n° 21-20.254 : en l'espèce, un salarié, directeur d'un internat socio-éducatif médicalisé pour adolescents, s'est

169. **La transparence comme valeur**. L'usage du terme dans le contentieux individuel suggère déjà que la transparence est considérée comme une valeur à part entière. Cette assimilation est parfois explicite dans le discours doctrinal : « En généralisant la compétence du lanceur d'alerte, le législateur traduit l'exigence d'une société qui promeut la transparence comme une vertu cardinale », peut-on lire par exemple[573]. La transparence serait également une valeur promue par les acteurs du droit du travail, notamment par les syndicats[574].

Dans le cadre de l'élaboration d'une loi, la transparence représente aussi un objectif à atteindre. Selon l'exposé des motifs publié sur le site Légifrance, la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale[575] visait par exemple à rendre la « démocratie sociale plus efficace, plus transparente, dotée d'acteurs reconnus et pleinement légitimes » en s'attaquant à la représentativité et au financement des organisations syndicales et patronales, ou encore à la « transparence des comptes du comité d'entreprise ».

b. Les dénotations du terme

170. **Des dénotations variées et floues**. La transparence renvoie également, comme dans le discours juridique général, à des dénotations[576] variées et souvent floues. L'usage de la transparence donne une impression de désordre et d'imprécision, même lorsqu'elle est limitée à un domaine en particulier. Dans le cadre de la formation professionnelle par exemple, la transparence est ainsi employée, sans être définie, dans diverses expressions : « principe de transparence »[577],

---

vraisemblablement rendu à diverses formations sans en informer préalablement son employeur, ce que tendrait à montrer sa messagerie électronique personnelle installée sur son ordinateur professionnel. Selon les juges du fond, le salarié « n'a pas agi en toute transparence », l'utilisation de sa messagerie professionnelle établissant « une intention manifeste de dissimulation ». L'employeur pouvait donc considérer que son comportement constituait une faute. La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel, reprochant aux juges du fond de ne pas avoir « invité les parties à présenter leurs observations sur le moyen relevé d'office tiré du droit à la preuve de l'employeur et de ce que le rejet de la preuve illicite pouvait porter atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble ».

[573] F. VERDUN, « La loi Sapin 2 : statut du lanceur d'alerte et programme anticorruption au regard du droit social », *op. cit.*

[574] J.-P. BASILIEN, « Les modes d'action du syndicalisme radical... », *op. cit.* L'auteur présente une analyse de tracts du syndicat Sud-Alsthom sur une période de six mois. Cette communication syndicale met en avant cinq valeurs, parmi lesquelles comptent la transparence sur le fonctionnement de l'organisation syndicale et la démocratie syndicale. Pour le syndicat, « Les gens, et en particulier les jeunes, ont besoin de retrouver des valeurs d'éthique, de morale, de transparence... ».

[575] Loi n° 2014-288, *JORF* n° 0055 du 6 mars 2014.

[576] Sur la définition de la dénotation et sa distinction avec la connotation, cf. note de bas de page n° 567.

[577] A l'article L. 6332-6 du code du travail ou « principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats » à l'article R. 6121-2 du même code.

de « conditions de transparence »[578] ou « conditions objectives, transparentes et non discriminatoires »[579], de transparence des coûts[580], de transparence de l'information[581] ou encore de transparence de la gouvernance[582].

171. **La transparence de la norme**. La transparence s'applique ainsi à la norme, qu'il s'agisse de la norme légale ou professionnelle, voire au système normatif. « Le droit du travail [serait-il] en mal de transparence ? » titrait ainsi un article de Georges Borenfreund[583]. L'auteur y précisait que la notion de transparence peut s'entendre de deux manières différentes selon qu'elle renvoie à « la connaissance de l'existence même des dispositions ou celle de leur sens exact »[584].

Si le thème de l'accès à la norme n'est pas des plus fréquents en droit du travail[585], celui de l'intelligibilité et de clarté des normes l'est davantage, en particulier en droit de l'Union européenne. Applicable dans les relations de travail, le règlement européen sur la protection des données (dit « RGPD ») impose par exemple au responsable d'un traitement de données personnelles de prendre « des mesures appropriées pour fournir [à la personne concernée l'information qui lui est due] d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples (…) »[586].

De manière similaire, la transparence désigne également l'exigence d'intelligibilité, de clarté et de lisibilité du système de financement de la formation professionnelle. Les travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale en sont révélateurs : l'objectif de la réforme était de simplifier le système de financement de la formation professionnelle « pour le rendre plus transparent, plus lisible et plus simple d'accès pour les entreprises comme pour les personnes »[587]. La transparence vise ainsi à rationaliser un système de financement et d'organisation jugé confus. À cet égard,

---

[578] C. trav., art. L. 6121-2-1.

[579] C. trav., art. L. 5315-8 et L. 5315-9.

[580] C. trav., art. L. 6123-5.

[581] C. trav., art. D. 6113-31.

[582] C. trav., art. L. 6332-1-1.

[583] G. BORENFREUND, « Le droit du travail en mal de transparence ? », *op. cit.*

[584] *Ibid.*

[585] V. toutefois : E. JEANSEN et G. THULEAU, « La publicité des accords collectifs, entre transparence et secret », *RJS*, 2018, n° 11, pp. 783-787.

[586] RGPD, art. 12.

[587] Exposé des motifs de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

l'exigence de transparence est régulièrement énoncée dans la doctrine sous forme de vœu ou de proposition visant à remédier aux reproches d'opacité formulés contre le système de financement[588] de la formation ou plus largement du système de la formation professionnelle tout entier[589]. C'est ainsi tout le champ lexical de l'intelligibilité que l'on trouve : simplification ou simplicité, lisibilité. L'idée de « transparence-intelligibilité » se prolonge vers un objectif d'efficacité ou d'efficience[590].

172. **La transparence du processus décisionnel**. La transparence désigne plus encore l'accès au processus d'élaboration de la norme. Elle renvoie par exemple à la communication pendant et autour du processus législatif[591] ou au processus de décision de l'employeur. On évoque ainsi ici le « besoin de transparence et d'information sur les algorithmes, leur rôle dans l'organisation et les conditions de travail »[592] ; on indique là que la procédure d'information-consultation du comité social et économique vise « à assurer la transparence de la décision patronale »[593].

173. **La transparence comme moteur de la concurrence**. La transparence se rattache encore à un idéal de concurrence. Ainsi, la soumission de l'habilitation d'un organisme de formation par la région[594] au respect d'une procédure se déroulant dans des conditions transparentes[595] indique aussi bien les obligations d'information et de publicité pesant sur la région à l'égard des candidats à l'habilitation que le résultat souhaité, à savoir une connaissance parfaite et égale par les candidats des besoins que leur offre doit satisfaire et des modalités de la procédure de sélection leur candidature.

---

[588] J. EMSELLEM et D. PERRIN-PILLOT, « Les nouvelles règles de financement, un enjeu essentiel de la réforme de la formation professionnelle continue », *op. cit.*

[589] P. DOLE, « L'usager au coeur de la réforme de la formation professionnelle », *op. cit.*

[590] *Ibid.* ; J. EMSELLEM et D. PERRIN-PILLOT, « Les nouvelles règles de financement, un enjeu essentiel de la réforme de la formation professionnelle continue », *op. cit.* ; S. ISSEHNANE et C. DUBAR, « La loi du 5 mars 2014, nouveau souffle pour la formation professionnelle ? », *op. cit.*

[591] J.-D. COMBREXELLE, « La réforme de la représentativité syndicale : vue de la salle des machines », *Dr. soc.*, 2013, p. 932.

[592] R. GAURIAU, « La « gamification » au travail via les plateformes numériques : un outil ludique au service de l'intensification de la charge de travail », *JCP S*, 04/2022, n° 13, p. 1096.

[593] C. TEYSSIER, « Le transfert d'entreprise et les vicissitudes de la volonté du salarié », *JCP S*, 02/2022, n° 7, p. 1046.

[594] Pour mettre en œuvre, pour le compte de la région, des actions d'insertion et de formation professionnelle.

[595] C. trav., art. R. 6121-2 et s.

174. **Un terme flou**. Plus généralement, le terme de transparence est utilisé pour désigner un vague droit à l'information. Il est parfois employé par la doctrine comme un synonyme d'accès à l'information, comme l'opposé du secret[596].

En résumé, le terme transparence est bien utilisé dans le discours travailliste de la même manière que dans le discours juridique général. Il faut donc rejeter l'hypothèse du caractère autonome de la transparence en droit du travail.

175. **Conclusion de la section**. La fonction informative de la transparence ne lui confère donc pas d'unité suffisante. Intrinsèquement, la diversité qui caractérise tous les aspects de l'exigence de transparence ne permet pas de la structurer. Extrinsèquement, la fonction informative s'avère incapable de délimiter la transparence de termes voisins et d'expliquer les incohérences dans l'utilisation du terme de transparence. Pourtant, cette fonction semble faire partie intégrante de la transparence. C'est, qu'à notre sens, la fonction informative ne doit pas être niée, elle doit seulement être reléguée au second plan, être considérée comme une fonction mineure de la transparence.

176. **Conclusion du chapitre**. Au terme de ce chapitre, nous avons montré que l'exigence de transparence se concrétise sur la scène juridique par une exposition au regard d'autrui dont nous avons systématisé les caractéristiques. Dans la mesure où la fonction informative est indissociable de cette exposition au regard, nous avons souligné le caractère nécessaire de la fonction informative pour la qualification de la transparence.

---

[596] Entre autres, Cf. J.K. ADOM, « Réflexions sur les rapports entre le secret et les droits fondamentaux dans les relations de travail », *LPA*, 02/2003, n° 28, p. 4 s. : « (...) le droit du travail n'échappe pas à l'exigence de transparence qui innerve aujourd'hui l'ensemble du droit. N'est-il pas alors paradoxal, ou à contre-courant, de parler de secret ou de droit au secret dans les relations de travail ? Secret et transparence ne sont-ils pas deux notions antinomiques ? En réalité, secret et transparence sont étroitement liés. L'excès de secret accentue l'exigence de transparence. Par contrecoup, une recherche trop poussée de transparence déclenche l'instinct de protection à travers le secret. Cet instinct est exacerbé dès lors que l'information ou la transparence tendent à lever le voile sur l'intimité de la personne » ; E. LAFUMA, « note sous CEDH 17 octobre 2019 n° 1874/13 (Lopez-Ribalda/Espagne) », *RJS*, 03/2020, p. 185 : « La Cour a élaboré, au fil de deux décisions antérieures, une liste de critères à vérifier pour s'assurer de la conformité d'une mesure de contrôle et de surveillance à l'article 8 de la Convention. De ces critères, trois ordres d'exigences, autonomes, semblaient pouvoir être dégagés : celui de la transparence, celui de la proportionnalité, et celui de la légitimité de la mesure. En admettant, dans la décision ici-commentée, que le recours à une vidéosurveillance dissimulée ne viole pas l'article 8 de la convention, la Cour paraît relativiser le critère de la transparence - qui ne devient qu'un élément à vérifier parmi d'autres de la proportionnalité - et minorer la portée de l'obligation d'information dans la conciliation opérée entre le droit au respect de la vie privée des salariés et la faculté pour l'employeur d'assurer la protection de ses biens et le bon fonctionnement de son entreprise ».

Réduite à sa fonction informative, la transparence ne présente cependant pas les qualités d'unité et d'autonomie nécessaires à la caractérisation d'un véritable concept juridique. Il convient donc de relativiser la place qu'elle occupe dans cette qualification : il s'agit d'une fonction mineure.

177. **Conclusion du titre**. Dans la jungle des diverses manifestations de l'exigence de transparence, la fonction informative trace un sentier bien visible. Bien qu'elle ne soit pas ainsi nommée, la doctrine l'identifie en effet aisément. Cette fonction méritait toutefois d'être mieux balisée. L'étude des manifestations de l'exigence de transparence à l'échelle du droit tout entier a permis de saisir une partie de ses caractéristiques essentielles. Nous avons ainsi défini la transparence juridique comme une exposition au regard d'un ou plusieurs observateurs dans le but de les informer.

Bien qu'indispensable à la qualification de la transparence, la fonction informative n'est toutefois pas suffisante. Elle ne permet à elle seule ni de lui conférer une cohérence suffisante, ni de la distinguer d'autres termes tels que l'information ou la publicité. La place primordiale que la doctrine lui accordait, presque par défaut, doit donc être relativisée : la fonction informative apparaît comme une fonction secondaire de la transparence. Nous allons voir que le droit du travail confirme ces propositions.

TITRE 2. LA FONCTION INFORMATIVE AU SEIN DU DROIT DU TRAVAIL

178. **Nos résultats confrontés au droit du travail**. La fonction informative s'avère nécessaire, sans être suffisante, à la caractérisation de la transparence. En d'autres termes, pour que le concept de transparence puisse émerger et prospérer au sein d'un discours juridique, il faut que la fonction informative de l'exposition au regard soit présente sans pour autant être excessive. En conséquence, le concept de transparence ne peut émerger si la fonction informative est absente, ou si, à l'inverse, elle est trop présente.

Nous proposons maintenant de mettre à l'épreuve nos découvertes, à savoir le caractère tant indispensable que secondaire de la fonction informative dans la qualification de la transparence, en les confrontant au droit du travail. Pour cela, il nous faut donc analyser la place qu'occupe la fonction informative dans ce domaine.

179. **Les hypothèses découlant du faible ancrage de la transparence en droit du travail**. Dans le discours travailliste national[597], le terme de transparence apparaît, sans y être véritablement ancré, ce qui suggère deux hypothèses. Première hypothèse : la fonction informative est quasiment absente du discours travailliste. Seconde hypothèse : dans le discours travailliste, la fonction informative est prépondérante.

180. **L'hypothèse de l'absence de la fonction informative**. Consubstantielle à l'exposition au regard, la fonction informative est absente lorsqu'il est possible d'échapper au regard d'autrui. L'importance de la fonction informative se mesure donc en partie à la place respective de l'information et du secret dans un discours juridique.

Nous avons déjà eu l'occasion de souligner la place significative de l'information dans le discours travailliste[598]. On peut dès lors à ce stade présager que l'hypothèse de la quasi-absence de la fonction informative sera infirmée. Toutefois, l'existence d'un nombre conséquent d'obligations d'information ne signifie pas nécessairement qu'il n'y a plus aucune place pour

[597] Sur la notion de discours du droit du travail ou discours travailliste, cf. *supra* § 5.

[598] Cf. *supra* §§ 162 et s.

le secret. L'hypothèse de la quasi-absence de la fonction informative mérite donc d'être analysée sous l'angle de l'absence d'exposition au regard, c'est-à-dire des espaces de secrets (Chapitre 1).

181. **L'hypothèse de la place excessive de la fonction informative**. L'issue de l'hypothèse d'une surévaluation de la fonction informative semble en revanche plus incertaine. Le discours travailliste a-t-il tendance à privilégier la fonction informative au point d'occulter d'autres fonctions de l'exposition au regard ? Plusieurs exemples accréditent cette hypothèse. En accordant une importance prépondérante à la fonction informative, le droit du travail ne créée pas, de ce fait, un terrain propice à l'émergence et au développement du concept de transparence, expliquant, au moins partiellement, la faible implantation du terme dans ce domaine (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. UNE FONCTION INFORMATIVE PARFOIS ÉCARTÉE

182. **L'hypothèse d'une faible présence de la fonction informative en droit du travail**. Selon nous, le concept de transparence se caractérise par une exposition au regard exerçant notamment une fonction informative. Nous avons établi qu'il existait un lien nécessaire entre exposition au regard et fonction informative, si bien que l'absence de fonction informative implique l'absence d'exposition au regard, et réciproquement. Autrement dit, l'exposition joue nécessairement une fonction informative, même si ce n'est pas toujours sa fonction première. Or, en l'absence d'exposition au regard – et donc de fonction informative – point de transparence possible. Il en résulte que le faible ancrage de la transparence en droit du travail pourrait s'expliquer par la quasi-inexistence de la fonction informative, c'est-à-dire par la quasi-absence d'exposition au regard.

183. **La protection contre l'exposition au regard**. Le droit du travail protège-t-il souvent contre l'exposition au regard ? Rappelons-le, cette exposition au regard peut non seulement prendre la forme d'une communication d'information – la personne exposée étant alors active – mais peut aussi résulter d'une surveillance exercée par autrui – la personne exposée étant passive[599]. Il faut donc vérifier si et dans quelle mesure le droit du travail protège contre ces deux formes d'exposition au regard.

184. **La très faible protection de l'employeur**. Placé en situation de force par rapport au salarié, l'employeur n'a, *a priori*, aucun besoin du droit pour se protéger du regard des salariés. Il lui « suffit » de ne pas communiquer d'informations. Le droit du travail a d'ailleurs plutôt tendance à imposer à l'employeur de s'exposer ou, à tout le moins, à ne pas lui offrir la protection du secret. Ainsi, le secret des affaires ne peut être opposé au comité social et économique pour permettre à l'employeur de se soustraire à ses obligations d'information et de consultation de

[599] Cf. *supra* §§ 115 et s.

cette instance[600]. Tout au plus l'employeur peut-il imposer une obligation de confidentialité et de discrétion aux représentants du personnel portant sur certaines informations[601]. Quasiment inexistante, la protection de l'employeur contre l'exposition au regard n'appelle pas davantage de développements.

185. **La protection des salariés contre l'exposition au regard**. Inversement, le salarié, qu'il soit ou non investi d'un mandat représentatif, est quant à lui placé dans une position d'infériorité par rapport à l'employeur et risque de subir la pression de son regard. Si cette pression peut être considérée comme légitime lorsque l'employeur surveille l'exécution de la prestation de travail, elle devient inopportune au-delà. Le droit du travail, et plus généralement le droit, prévoient donc des mécanismes permettant au salarié ou au représentant du personnel d'échapper au regard de l'employeur. Ce dernier ne pouvant pas accéder à l'information ou exercer de surveillance, on parlera d'opacité réelle[602]. Ce droit à l'opacité réelle correspond à un droit au secret ou au silence. Cependant, s'il est vrai que le droit du travail consacre un droit, pour les salariés, à l'opacité réelle (Section 1), force est de constater que sa portée est limitée (Section 2).

SECTION 1. LA PROCLAMATION D'UN DROIT À L'OPACITÉ RÉELLE POUR LES SALARIÉS

186. **Périmètre du droit à l'opacité**. Dans le cadre de sa sphère personnelle (§1) ou dans celui de l'exercice d'un mandat représentatif (§2), le salarié échappe à l'autorité de l'employeur. Il en résulte que, dans ces cadres, le salarié bénéficie du droit de ne pas s'exposer au regard de l'employeur. Il jouit, en d'autres termes, d'un droit à l'opacité réelle. La proclamation d'un tel droit à l'opacité laisse donc penser que ces sphères échappent à l'exigence de transparence.

§1. Le droit à l'opacité réelle dans la sphère personnelle

187. **Un droit aux divers fondements**. Par des dispositions tant générales que spécifiques, le droit du travail consacre le droit pour le salarié à l'opacité réelle pour les éléments relevant de sa vie extra-professionnelle, c'est-à-dire un droit d'empêcher l'employeur d'en prendre connaissance.

---

[600] B. BURSZTEIN et D. GUILLOUET, « Le renforcement de la protection du secret des affaires : quel impact sur l'exercice des missions des représentants du personnel ? », *RDT*, 2019, p. 13 ; P. BONNEAU et D. MOORE, « Le secret des affaires dans les relations de travail », *Droit et patrimoine*, 12/2018, n° 286.

[601] Not. C. trav., L. 2315-3.

[602] Que l'on opposera ultérieurement à l'opacité fictive (cf. *infra* §§ 470 et s.).

Le salarié peut en principe refuser d'exposer ces éléments au regard de l'employeur. Ce droit est consacré concernant la vie privée du salarié (A), ses données personnelles (B) ou sa vie extra-professionnelle (C). Ces fondements ne sont toutefois pas exclusifs les uns des autres et peuvent se recouper. Dès lors, faute d'exposition au regard, la transparence ne peut prospérer en ces domaines.

A. Le droit à l'opacité réelle résultant du droit à la vie privée

188. **Les fondements de la vie privée**. Comme toute personne, le salarié a droit à la protection de sa vie privée. L'article 9 du code civil proclamant que « Chacun a droit au respect de sa vie privée », tout comme l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui protège la vie privée et familiale, sont en effet applicables dans le cadre de la relation de travail. Celle-ci ne constitue à cet égard que le contexte de l'application de la protection, nous allons le voir. Or, ce contexte est indifférent au regard de la qualification de vie privée[603].

189. **Le droit à l'opacité réelle résultant de la vie privée**. « Traditionnellement, la vie privée se présente d'abord comme le droit au secret : tout individu a droit à un jardin secret, à une sphère d'intimité »[604]. Elle est alors essentiellement conçue comme une notion défensive[605] permettant d'empêcher autrui de pénétrer dans cette zone d'intimité. Cette vision de la vie privée, que l'on peut qualifier de « vie privée au sens strict », n'est que l'une des facettes de la notion. Elle constitue toutefois le fondement d'un droit à l'opacité réelle opposable à toute personne, y compris à l'employeur, et ne s'arrête pas aux frontières de l'entreprise. Or, plus l'espace soustrait au regard de l'employeur est étendu, et moins la fonction informative – et donc la transparence – n'a d'espace pour se déployer.

190. **La pénétration de la vie privée dans l'enceinte de l'entreprise**. Dans un célèbre article[606], Michel Despax distinguait la vie professionnelle du salarié de celle qu'il nomma « vie extra-professionnelle ». La première est entendue comme le temps passé « à exécuter un contrat en

---

[603] A. LEPAGE, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Dr. soc.*, 04/2006, n° 4, §§ 19 et s.

[604] A. BARÈGE et B. BOSSU, « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *JCP S*, 10/2013, § 19.

[605] B. BEIGNIER, « Vie privée et vie publique », *Arch. phil. droit*, 1997, n° 41, p. 163.

[606] M. DESPAX, « La vie extraprofessionnelle du salarié », *JCP*, 1963, p. 1776.

vertu duquel l'un des cocontractants commande l'autre et peut le sanctionner en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution des ordres »[607]. Approchée de manière négative, la seconde est la vie en dehors de ces temps et lieux de travail et comprend tant la vie privée du salarié que sa « vie publique » avec l'exercice de ses libertés. Conçues comme des sphères distinctes, on affirmait traditionnellement qu'« il doit exister une cloison étanche entre la vie professionnelle et la vie extraprofessionnelle du salarié. Dans les rapports entre employeur et salarié, c'est l'exécution correcte du travail convenu qui importe et, dans l'appréciation portée par l'employeur sur la façon dont le salarié effectue la tâche qui lui a confiée, ne doivent pas venir interférer des considérations relatives à la vie privée ou publique du salarié. Il s'agit là d'une garantie importante de se ménager une sorte de domaine réservé sur lequel la vie professionnelle ne saurait avoir aucune emprise »[608]. On ne se faisait pourtant guère d'illusions sur cette étanchéité : « Il y aurait toutefois quelque artifice et quelque danger à vouloir établir une cloison par trop étanche entre la vie professionnelle et la vie extraprofessionnelle du salarié », affirmait Michel Despax[609]. Les interférences entre les deux sont nombreuses et inévitables. La santé du salarié, pour ne citer que cet exemple, relève de l'intimité de la vie privée et peut pourtant gravement affecter l'accomplissement de sa prestation de travail[610]. Au fond, les deux sphères sont à ce point si peu étanches qu'elles en finissent par perdre leur autonomie. C'est d'ailleurs cette absence d'étanchéité qui a probablement conduit à l'abandon de la notion de vie extraprofessionnelle.

L'inconvénient majeur de l'opposition entre vie professionnelle et extraprofessionnelle est qu'elle postule en effet une certaine étanchéité, même relative, entre les deux sphères. Elle laisse penser que, dans la vie professionnelle, l'employeur a pleine autorité pour dicter la conduite du salarié ; et qu'inversement, dans la vie extraprofessionnelle, le salarié est autonome. Mais « cette notion [de vie extraprofessionnelle], qui a l'avantage de couvrir toute la partie de vie du salarié extérieure à l'entreprise et qui échappe, en principe, à la subordination née du contrat de travail, ne concerne pas, par hypothèse, la vie dans l'entreprise, l'exécution du contrat de travail.

---

[607] P. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP*, 1994, p. 290.

[608] M. DESPAX, « La vie extraprofessionnelle du salarié », *op. cit.*, § 2.

[609] *Ibid.*, § 3.

[610] S. BOURGEOT et P.-Y. VERKINDT, « La maladie du salarié au prisme de la distinction de la vie personnelle et de la vie professionnelle », *Dr. soc.*, 01/2010, pp. 56 et s.

Or il s'agit non seulement de protéger l'autonomie du salarié dans sa vie extraprofessionnelle, mais aussi dans sa vie professionnelle »[611].

La notion de vie extraprofessionnelle a donc été abandonnée : le droit à la vie privée ne se limite plus à la vie passée hors de l'entreprise. Depuis le début des années quatre-vingt en effet, le droit positif reconnaît au salarié un droit à la vie privée échappant à l'autorité de l'employeur aux temps et lieu de travail. C'est le Conseil d'État, dans son arrêt *Peintures Corona* du 1er février 1980, qui le premier annule une disposition d'un règlement intérieur portant atteinte aux droits de la personne du salarié[612]. La solution reçoit une consécration législative avec la loi Auroux du 4 août 1982 relatives aux libertés des travailleurs dans l'entreprise qui instaure des exigences de légitimité et de proportionnalité pour les restrictions aux droits de la personne apportées par le règlement intérieur[613]. L'idée d'un salarié citoyen dans l'entreprise, chère au ministre du Travail Jean Auroux se concrétise. Sous l'impulsion du rapport « Des libertés publiques et l'emploi » de Gérard Lyon-Caen[614], le législateur décide d'étendre la protection au-delà du seul règlement intérieur. La loi du 31 décembre 1992 fait donc naître l'article L. 120-2 du code du travail. Devenu l'article L. 1121-1, il énonce : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». C'est à cette époque que le doyen Waquet propose l'expression « droit à la vie personnelle »[615], expression qui s'est installée dans le discours doctrinal travailliste[616].

191. **Une forte protection en apparence**. La Cour de cassation a apporté sa pierre à l'édifice. Depuis l'arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001[617], elle énonce très clairement que « le salarié a droit, même au

---

[611] P. WAQUET, Y. STRUILLOU et L. PÉCAUT-RIVOLIER, *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié*, Droit vivant, Paris, Liaisons, 2014, p. 183.

[612] Cons. État, 1er février 1980, n° 06361.

[613] C. trav., L. 122-35 al. 1er (anc.) devenu L. 1321-3 2°.

[614] G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Paris, février 1992.

[615] P. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP*, 1994, pp. 289-292.

[616] V. par ex. : E. COLLOMP, « La vie personnelle au travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 40 ; J.-D. COMBREXELLE, « Vie professionnelle et vie personnelle », *Droit social*, 2010, p. p.12-13 ; P. WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Droit social*, 2010, p. p.14-20 ; P. ADAM, « Vie personnelle/vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (petit exercice de jardinage juridique) », *Dr. ouvr.*, 07/2013, n° 780, pp. 431-444 ; B. GÉNIAUT, « Droit à la preuve, vie personnelle et principe de proportionnalité », *RDT*, 2017, p. pp.134-136 ; B. DABOSVILLE, « Vie personnelle du salarié et droit disciplinaire : la forteresse menace ruine », *RDT*, 10/2020, p. 611 ; P. ADAM, « Vie personnelle et faute disciplinaire », *Dr. soc.*, 2024, p. 300 ; F. CHIREZ, « L'abus de droit à la vie personnelle : proposition à partir d'un constat critique », *Dr. soc.*, 2024, p. 324.

[617] Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *Nikon*.

temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ». Rendu à l'occasion de ce qu'on pourrait analyser comme une « fouille » de l'ordinateur professionnel, l'arrêt a été l'occasion pour la chambre sociale d'énoncer que la vie privée ne s'arrête pas aux frontières de l'entreprise. De ce qui appartient à la sphère de la vie privée, l'employeur ne doit donc en principe rien savoir[618]. La Haute juridiction en a également profité pour préciser que l'employeur ne peut interdire à ses salariés l'usage modéré de l'ordinateur professionnel à des fins personnelles[619]. Cette autorisation emporte une conséquence : l'ordinateur professionnel est donc susceptible de contenir des informations de nature personnelle. Déroulant le fil de sa réflexion, la Cour de cassation affirmait ainsi que le salarié bénéficie, au sein même de sa vie professionnelle, d'une zone d'intimité dont il peut refuser l'accès à l'employeur. Selon elle, le droit au respect de l'intimité de sa vie privée implique en particulier le secret des correspondances ; « l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail »[620]. Certains ont regretté que la notion de secret des correspondances soit reléguée à une simple composante de l'intimité de la vie privée et auraient préféré voir ces deux fondements nettement distingués[621]. La référence à la vie privée a cependant l'avantage d'élargir la protection du salarié au-delà de ses seules correspondances postales ou électroniques et de l'étendre aux fichiers, dossiers ou répertoires informatiques stockés sur l'ordinateur[622]. La formulation choisie par la Cour de cassation donne par ailleurs l'impression d'une forte protection offerte au salarié. En apparence, la place de la transparence semble donc réduite par la consécration d'une zone non négligeable d'opacité offerte au salarié, y compris au temps et lieu de travail. Cette impression est renforcée par la multiplication des fondements du droit à l'opacité réelle.

---

[618] B. TEYSSIÉ, « La preuve en droit du travail », *in La preuve*, Etudes juridiques, n° 19, Paris, Economica, 2004, p. 76.

[619] Il est vrai que l'interdiction totale des outils professionnels à des fins personnelles était jugée tant irréaliste que disproportionnée (cf. CNIL, Rapport d'activité 2000 n° 21, p. 133 [en ligne]).

[620] Arrêt *Nikon* préc.

[621] A. LEPAGE, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *op. cit.*, § 8.

[622] P. ALIX, « L'accès par l'employeur aux fichiers personnels stockés sur l'ordinateur du salarié », *JSL*, 05/2006, n° 189 ; A. BARÈGE et B. BOSSU, « L'ordinateur et la vie privée du salarié », *JCP S*, 06/2007, n° 24, p. 1451.

B. Le droit à l'opacité réelle résultant du droit des données personnelles

192. **La consécration d'un droit à l'opacité**. À l'instar du droit à la vie privée, le droit des données personnelles repose sur le principe cardinal d'un droit à l'opacité réelle. Or, l'espace soustrait à l'exposition au regard, et donc à la transparence, est d'autant plus restreint que le droit à l'opacité est étendu. Considéré comme fondamental[623], le droit à la protection des données personnelles implique en effet que toute personne, fût-elle salariée, puisse refuser à autrui l'accès à ses données personnelles. Le droit positif de protection des données personnelles accorde ainsi au salarié, comme à toute personne, une certaine maîtrise de ses données.

Il peut, dans certains cas, s'opposer à un traitement de données à caractère personnel opéré par l'employeur ou même par les représentants du personnel[624]. La notion de traitement est entendue de manière extensive. Constitue ainsi un traitement « 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, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, 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 »[625].

Les dispositions protectrices s'appliquent en outre tant au traitement « automatisé en tout ou en partie, (…) qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier »[626]. D'aucuns relèvent qu'« automatisé » n'est pas « informatisé »[627]. Ainsi, le simple fait d'utiliser un appareil informatique ne suffit pas pour entrer dans le champ d'application du texte. L'envoi d'un courriel par entrée « manuelle » de l'adresse électronique du destinataire ne constitue donc pas un traitement de données personnelles. Il en va différemment si l'émetteur utilise une liste de diffusion[628]. Cela dit, même

---

[623] V. par ex. : RGPD, art. 1er al. 2 : « Le présent règlement protège les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel ».

[624] B. GAURIAU et A. TEISSIER, « Données personnelles et économiques : l'interdiction de diffuser », *JCP S*, 05/2020, n° 20-21, §§ 11-12.

[625] RGPD, art. 4 6) ; Loi « informatique et libertés » *préc.*, art. 2 al. 2.

[626] RGPD, art. 2 al. 1er ; Loi « informatique et libertés » *préc.*, art. 2 al. 1er. Le fichier est quant à lui entendu comme « tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique » (RGPD, art. 4 6) ; Loi « informatique et libertés » *préc.*, art. 2 al. 2).

[627] F. MATTATIA, *Le droit des données personnelles*, Paris, Eyrolles, 2019, p. 58.

[628] *Ibid.*

les fichiers non automatisés, tels qu'un fichier du personnel rempli manuellement d'observations sur le salarié, entrent dans le champ d'application de la protection des données personnelles[629]. Le champ d'application de la protection est donc très large.

193. **Un droit à la portée variable**. Théoriquement, le salarié pourrait donc s'opposer à la collecte par l'employeur de toute donnée le concernant. En réalité, la portée de ce droit à l'opacité réelle varie considérablement, selon que le traitement de données est licite ou non. Quand l'accès aux données personnelles est par principe autorisé, celui des données sensibles est interdit[630].

194. **Le traitement illicite**. Lorsque le traitement de données est illicite, la collecte de ces données est interdite. La personne concernée a donc dans ce cas une sorte de droit à l'opacité réelle. À suivre la lettre du RGPD, les conditions de licéité du traitement varient selon que les données sont dites sensibles[631] ou non[632].

Pour les données personnelles non sensibles, le droit à l'opacité réelle est à la fois implicite et relatif. Le salarié, en sa qualité de personne, ne bénéficie d'un tel droit que lorsque les exigences légales autorisant le traitement ne sont pas réunies ou, lorsqu'après une pesée des intérêts du salarié à conserver le secret sur ses données et des intérêts d'autrui à les collecter, la balance penche en faveur des intérêts du salarié. La soumission de la licéité du traitement aux principes de légitimité et de proportionnalité conduit implicitement à consacrer un principe d'opacité concernant les données personnelles du salarié. L'accès à ces données (ou plus largement leur traitement) devient l'exception qu'il faut apprécier de manière restrictive. En l'absence de licéité, de légitimité ou de proportionnalité de la collecte, celle-ci est interdite. Cette illicéité peut même emporter une condamnation pénale. Ainsi, un enquêteur privé a-t-il été condamné pour avoir réuni des données personnelles (telles que des données portant sur les antécédents judiciaires, renseignements bancaires et téléphoniques, véhicules, propriétés, qualité de locataire ou de propriétaire, situation matrimoniale, santé, déplacements à l'étranger) « issues de la capture et du recoupement d'informations diffusées sur des sites publics tels que

[629] *Ibid.*, p. 59.

[630] RGPD, art. 9 al. 1er.

[631] RGPD, art. 9 et 10.

[632] RGPD, art. 6.

sites web, annuaires, forums de discussion, réseaux sociaux, sites de presse régionale »[633]. Il lui était reproché d'avoir déloyalement collecté, pour le compte d'une société, des données personnelles concernant des salariés, candidats à l'embauche, clients ou prestataires sans que ces personnes n'en soient informées, et de surcroît « à des fins dévoyées de profilage des personnes concernées et d'investigation dans leur vie privée »[634]. En somme, le droit à l'opacité réelle sur les données personnelles est le principe, la collecte est l'exception.

Lorsque les données sont sensibles, le droit à l'opacité réelle est plus direct : il suffit que le traitement ne s'inscrive pas dans les exceptions prévues à l'interdiction du traitement pour que la collecte de données soit illicite. Sont ainsi interdits les traitements qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, l'appartenance syndicale, les convictions religieuses ou philosophiques, le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique[635].

Ces informations ne doivent donc pas être exposées au regard de l'employeur.

195. **Le traitement licite**. Lorsque le traitement est licite, la personne concernée ne perd pas tout droit à l'opacité. Le RGPD consacre en effet un droit de s'opposer à la collecte[636]. Ce droit d'opposition empêche toute personne de collecter les données et caractérise donc une sorte un droit à l'opacité réelle. Par exemple, lorsque la collecte de ses données est organisée à des fins de prospection y compris de nature syndicale[637], le salarié peut discrétionnairement s'y opposer quand bien même le traitement respecterait les exigences de licéité, de légitimité et de proportionnalité. Le cas de la prospection mis à part, la personne concernée peut s'opposer à la collecte de ses données, pour des raisons tenant à sa situation particulière. Cette possibilité d'opposition est limitée aux cas dans lesquels la collecte est fondée sur l'existence d'un intérêt légitime du responsable de traitement ou sur un intérêt public. On a fait remarquer que lorsque la collecte est fondée sur le consentement, celui-ci peut être retiré à tout moment, ce qui revient donc à un résultat équivalent[638]. « Toutefois, [le responsable de traitement] peut rejeter

---

[633] Cass. crim., 30 avril 2024, n° 23-80.962 ; P. ADAM, « La collecte déloyale de données à caractère personnel », *Dr. soc.*, 2024, p. 660.

[634] Même arrêt.

[635] RGPD, art. 9 al. 1er.

[636] RGDP, art. 21.

[637] F. MATTATIA, *Le droit des données personnelles*, *op. cit.*, p. 68.

[638] C. FÉRAL-SCHUHL, *La protection des données personnelles*, *op. cit.*, p. 172.

l'opposition s'il démontre qu'il existe un motif légitime et impérieux qui prévaut sur les droits de la personne concernée. Il y a donc mise en balance de deux intérêts et de deux légitimités, menant éventuellement à un litige nécessitant l'intervention d'un juge. Pour faire jouer ce droit d'opposition, la personne concernée doit *in fine* disposer d'un motif légitime supérieur à celui du responsable du traitement »[639]. Le Conseil d'État a ainsi considéré que l'opposition à l'inscription de données relatives à leur enfant dans les traitements automatisés de données personnelles dénommés « base élèves premier degré » et « base nationale des identifiants élèves » n'était pas légitime puisque les motifs invoqués par les parents pour faire valoir leur droit d'opposition n'avaient aucune incidence sur la situation personnelle de leur fille[640]. De la même manière, on peut imaginer que l'opposition d'un salarié à son inscription sur un annuaire interne ou un organigramme de l'entreprise pourrait être rejetée par l'employeur[641].

196. **Les obligations du responsable de traitement**. Certaines obligations mises à la charge du responsable de traitement garantissent également une certaine opacité pour la personne concernée. Celui-ci doit par exemple concevoir le traitement de manière à minimiser autant que possible la collecte de données[642] et assurer leur sécurité afin qu'elles ne tombent pas malencontreusement entre les mains des tiers[643].

197. **Conclusion sur le droit à l'opacité réelle résultant du droit des données personnelles**. Ce droit à l'opacité réelle de la protection des données personnelles est donc très relatif. Schématiquement, il suffit que l'accès aux données soit considéré comme légitime et proportionné pour le faire tomber. Il n'en résume pas moins toute la philosophie du droit à la protection des données personnelles : le salarié doit rester, sauf intérêt légitime prépondérant, seul maître de ses données personnelles ; ce qui implique qu'il puisse en refuser l'accès à autrui. Semblant consacrer un fort droit à l'opacité réelle, le droit des données personnelles applicable

---

639 F. MATTATIA, *Le droit des données personnelles*, *op. cit.*, p. 68.

640 Cons. État, 18 novembre 2015, n° 384869 ; F. MATTATIA, *RGPD et droit des données personnelles*, *op. cit.*, p. 66.

641 Le traitement de données pour la gestion des annuaires internes et organigrammes peut en effet être, selon la CNIL, fondé sur l'intérêt légitime de l'employeur (https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/2023-09/referentiel_gestion_des_ressources_humaines.pdf, p. 6).

642 RGPD, art. 25.

643 RGPD, art. 32.

dans les relations de travail paraît ainsi réduire l'espace dans lequel la transparence peut se développer.

C. Le droit à l'opacité réelle résultant des dispositions spécifiques du code du travail

198. **Des fondements généraux complétés par des dispositions spécifiques**. À ces fondements généraux du droit à l'opacité réelle que sont le droit à la vie privée ou personnelle et le droit des données personnelles s'ajoutent en outre un fondement spécifique au droit du travail. Certaines dispositions du code du travail complètent en effet ce droit à l'opacité réelle pour le salarié. Elles interdisent à l'employeur de collecter l'information extraprofessionnelle, entendue comme l'information qui ne comporterait aucun lien direct et nécessaire avec l'appréciation de la capacité à occuper un poste déterminé ou avec l'évaluation de l'aptitude professionnelle. Cette interdiction intervient d'abord au stade de la négociation et conclusion du contrat de travail avec l'article L. 1221-6 du code du travail. Une fois le contrat conclu, l'article L. 1222-2 du même code prend le relais. Le droit du travail prévoit donc des dispositions spécifiques permettant au salarié d'échapper au regard de l'employeur. Il nous faut donc les analyser pour mesurer l'absence de l'exposition au regard, et donc de la fonction informative, en droit du travail.

199. **Un chevauchement partiel avec la vie privée**. *A priori*, ces dispositions paraissent surabondantes par rapport à la protection de la vie privée. Le spectre de la vie privée n'est jamais en effet loin[644] puisque les informations ne présentant pas de lien direct et nécessaire avec l'emploi ou les aptitudes professionnelles relèvent majoritairement de la vie privée. Néanmoins, information relevant de la vie privée et information extraprofessionnelle ne se confondent pas entièrement. D'ailleurs, l'existence de ces dispositions spécifiques déplace légèrement le débat. Il ne s'agit plus de savoir si le candidat ou le salarié peut cacher des éléments relevant de sa vie privée mais s'il peut cacher des informations à son (futur) employeur lorsqu'elles n'entrent pas dans le « champ légal de curiosité ». Les dispositions spécifiques dispensent ainsi d'avoir à argumenter sur la nature privée ou non des informations. Mais réciproquement, elles autorisent la curiosité de l'employeur (ou du recruteur) sur des informations appartenant à la sphère de la vie privée (par exemple la condamnation pénale du

[644] G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, *op. cit.*, p. 60.

salarié ou candidat) lorsque cette information présente un lien direct et nécessaire avec la capacité du salarié ou candidat à occuper son poste (par exemple lorsque l'occupation d'un poste exige, en vertu de la loi, une absence de condamnation pénale)[645].

Divers moyens permettent de garantir l'effectivité du droit à l'opacité et de contrer la curiosité illégitime de l'employeur. Non seulement le droit positif lui interdit de demander une information extraprofessionnelle au candidat ou au salarié, mais il permet également à ces derniers de contrer une demande illicite de l'employeur par le silence voire par le mensonge. L'exemple du recrutement permet de l'illustrer.

200. **L'exemple du droit à l'opacité dans le cadre du recrutement**. Lors d'une opération de recrutement, « il s'agit de trouver un bon équilibre entre la nécessité, pour l'employeur, de bien connaître les capacités de la personne qu'il se propose d'embaucher […] et la nécessité impérieuse de protéger le postulant contre les débordements inadmissibles et parfaitement inutiles pour l'objet visé »[646]. Pour tenter d'atteindre cet équilibre, la curiosité du recruteur est doublement limitée. Elle l'est d'abord dans sa finalité : la curiosité du recruteur ne doit avoir comme unique objectif que d'apprécier la capacité à occuper l'emploi proposé ou les aptitudes professionnelles du candidat[647]. Elle l'est aussi dans son contenu : le recruteur ne peut demander au candidat que des informations présentant un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé et l'évaluation des aptitudes professionnelles[648]. Lorsque la demande d'information répond à ces deux exigences, « Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à *ces* demandes d'informations »[649] énonce le dernier alinéa de l'article L. 1221-6 du code du travail.

---

[645] Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-41.243. Pour la Cour de cassation, le silence du salarié sur sa condamnation est même constitutif d'une faute.

[646] J. GRINSIR, « Les dispositions nouvelles relatives "au recrutement individuel et aux libertés individuelles" (Loi du 31 décembre 1992) », *op. cit.*, p. 238.

[647] C. trav. art. L. 1221-6 al. 1.

[648] C. trav. art. L. 1221-6 al. 2.

[649] « Ces » demandes informations désignant celles qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'emploi ou les aptitudes professionnelles (deux premiers alinéas de l'article L. 1221-6 du code du travail). Malgré l'apparente fermeté du texte (le candidat doit répondre de bonne foi), les juges font preuve de clémence à l'égard du candidat menteur. La question se révèle à travers le contentieux de la nullité du contrat de travail pour vice du consentement demandée par l'employeur. Les juges caractérisent rarement le dol du candidat en considérant avec une grande rigueur l'exigence du caractère déterminant des manœuvres du candidat sur le consentement de l'employeur. Sur cette question, Cf. C. PUIGELIER, « Le mensonge du salarié », *JCP E*, 01/2003, § 16.

Exception faite d'une demande portant sur l'état de grossesse de la candidate[650], le législateur n'a en revanche pas précisé les conséquences d'une demande qui ne satisferait pas ces exigences. Ce sont donc la jurisprudence et la doctrine qui s'y sont attelées. Par une interprétation *a contrario* du dernier alinéa de l'article L. 1221-6 du code du travail, elles estiment que le candidat à l'emploi peut se taire voire mentir face à une question indiscrète[651]. La Cour de cassation a ainsi expressément reconnu à un candidat à un emploi d'ouvrier-fraiseur le droit de ne pas révéler son état de prêtre, lui permettant une forme de « mensonge par omission » en ne déclarant pas l'intégralité de ses activités sur le questionnaire d'embauche[652]. De la même manière, la Haute juridiction a estimé qu'un candidat à l'embauche n'est en principe pas tenu de révéler ses antécédents judiciaires[653].

Le droit à l'opacité pourrait même couvrir les informations pertinentes au regard de l'appréciation de ses capacités à occuper l'emploi ou ses aptitudes professionnelles mais *non demandées* par l'employeur. Si l'on s'en tient à la lettre du dernier alinéa de l'article L. 1221-6 du code du travail, le candidat n'a pas l'obligation de les communiquer spontanément. L'utilisation des termes « *répondre* » et « *demandes* » suggère en effet que le candidat n'est pas tenu de révéler spontanément des informations, quand bien même celles-ci seraient pertinentes au regard de l'appréciation de sa capacité à occuper le poste ou de ses aptitudes professionnelles. La jurisprudence semble adopter cette solution. La question se manifeste à l'occasion des contentieux en nullité du contrat de travail pour vice du consentement. La Cour de cassation considère que l'employeur ne s'étant pas suffisamment renseigné sur le candidat ne peut valablement invoquer une erreur sur la personne du salarié. Ainsi, dans un arrêt du 3 juillet 1990[654], un candidat au poste de directeur d'une société avait mentionné avoir occupé

---

[650] Selon l'article L. 1225-2 du code du travail, « La femme candidate à un emploi ou salariée n'est pas tenue de révéler son état de grossesse ».

[651] Le candidat peut également altérer la vérité lorsque le recruteur utilise des méthodes de recrutement jugées peu fiables ou scientifiquement douteuses. V. par ex. Cass. soc., 5 octobre 1994, Bull. civ. 1994, V, n° 256. Dans cette affaire, le candidat avait envoyé une lettre d'embauche et un curriculum vitae rédigés par son épouse alors même qu'il savait être destinés à faire l'objet d'une analyse graphologique (ce qui s'apparente à une demande d'informations par l'employeur). La Haute juridiction a toutefois reproché à la cour d'appel de n'avoir pas constaté le caractère déterminant des manœuvres du candidat sur le consentement de l'employeur, autrement dit de constater que « si les manœuvres invoquées n'avaient pas existé, à savoir que si les documents en cause avaient été écrits de la main du mari, il était évident que la société n'aurait pas contracté ». Plus largement, V. C. PUIGELIER, « Le mensonge du salarié », *op. cit.*

[652] Cass. soc., 17 octobre 1973, n° 72-40.360, Bull. n° 484 p. 444.

[653] Cass. soc., 25 avril 1990, n° 86-44.148, Bull. 1990 V n° 186 p. 113.

[654] Cass. soc., 3 juillet 1990, Bull. civ. 1990, V, n° 329 ; *TPS* 1990, comm. 353 ; *D.* 1991, jurispr. p. 507, note J. MOULY ; *RTD civ.* 1991, p. 316, n° 2, obs. J. MESTRE ; *RJS* 1990, n° 753.

des fonctions de président-directeur général d'une autre société, sans toutefois préciser que cette société avait été mise en liquidation judiciaire. L'employeur l'ayant découvert a mis fin aux fonctions de son directeur et demandé, en vain, la nullité du contrat de travail pour erreur sur la personne du salarié. Cette solution rend la tâche difficile pour l'employeur : il doit demander toutes les informations pertinentes et rien que les informations pertinentes.

Si la question de l'accès à l'information du candidat par le recruteur prend ses distances avec celle de la vie privée, l'esprit des dispositions reste donc le même. Il s'agit de garantir un droit à l'opacité pour le (futur) salarié au nom de ses droits de la personne. Pour Catherine Puigelier, « des petits mensonges du salarié valent mieux que la perte de l'une de ses libertés fondamentales : celle du respect de sa vie privée, celle du respect pour le salarié de dire ce qu'il veut et, au besoin, n'importe quoi »[655].

201. **Conclusion sur le droit à l'opacité réelle du salarié**. Finalement, le droit positif, qu'il s'agisse du droit général ou du droit du travail, confère au salarié un certain droit à l'opacité réelle en ce qu'il empêche autrui, et notamment l'employeur, d'accéder à l'information. Le maillage des différents fondements du droit à l'opacité réelle et leur vaste champ d'application couplés à des formulations générales et solennelles utilisées tant par le législateur que la jurisprudence ou la doctrine donnent l'impression que ce droit à l'opacité réelle est si important qu'il laisse peu de place à la fonction informative, faute d'exposition au regard.

Les espaces au sein desquels le salarié jouit d'un droit à l'opacité lui permettant d'échapper au regard de l'employeur – et donc dans lesquels la fonction informative n'a pas sa place – ne se limitent toutefois pas à sa vie extraprofessionnelle. Le salarié investi d'un mandat représentatif est également, dans l'exercice de son mandat, protégé du regard de l'employeur.

§2. Le droit à l'opacité réelle dans le cadre de l'exercice d'un mandat représentatif

202. **L'indépendance des représentants du personnel, source d'opacité envers l'employeur**. « Lorsque le salarié exerce un mandat représentatif, il n'est plus, pendant ses heures de délégation, soumis au pouvoir de direction de l'employeur. C'est la base même de l'indépendance qui lui est reconnue pour pouvoir mener à bien sa mission » affirme Laurence

[655] C. PUIGELIER, « Le mensonge du salarié », *op. cit.*, § 18.

Pécaut-Rivolier[656]. Les représentants du personnel doivent ainsi jouir d'une autonomie envers l'employeur, ne souffrir aucune contrainte imposée à leur libre-arbitre, ne pas être soumis à son pouvoir[657]. L'employeur ne doit donc pas être en mesure d'exercer une pression (qu'elle soit positive ou négative) sur les représentants du personnel. La philosophie du droit de la représentation du personnel est donc l'opacité, c'est-à-dire l'opposé de la transparence.

203. **Un droit à l'opacité réelle exceptionnellement fort : l'exemple de la confidentialité des échanges**. L'indépendance des représentants du personnel est garantie par un droit à garder le secret, à ne pas communiquer des informations relatives à l'exercice du mandat. L'exemple le plus marquant est sans doute le droit de garder secrets les propos échangés dans le cadre du mandat.

En principe, si l'employeur ne peut ni écouter ni enregistrer les conversations téléphoniques de ses salariés, il peut établir une liste des numéros de téléphone émis et reçus par le téléphone professionnel d'un salarié. Ce contrôle n'est d'ailleurs pas considéré comme un procédé de surveillance déloyal, même s'il n'a pas préalablement été porté à la connaissance des salariés[658]. Il en va cependant autrement lorsque le salarié agit dans le cadre de son mandat. « De manière générale, on peut [en effet] considérer que le représentant du personnel ou représentant syndical doit pouvoir, dans l'exercice de sa mission, être totalement hors du champ de contrôle de l'employeur, et que cela suppose la confidentialité de tous les échanges que le représentant peut avoir avec des salariés ou des tiers à l'entreprise »[659].

Dans ce cadre, le secret est ainsi considéré comme légitime. Il est d'abord propice à la confidence. Le salarié, comme le représentant du personnel, doit se sentir libre de parler, sans crainte de quelconques représailles patronales. Il faut ainsi créer des conditions favorables à l'échange pour que le salarié soit en confiance pour dénoncer des faits de harcèlement ou de discrimination, pour participer à des enquêtes sur les conditions de travail ou encore pour que

---

[656] L. PÉCAUT-RIVOLIER, « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel ? », *Dr. soc.*, 05/2012, n° 5, pp. 469-476.

[657] V. « indépendant », *CNRTL*, (en ligne https://www.cnrtl.fr/definition/indépendant [consulté le 15 octobre 2021]) : sens A. « Qui jouit d'une entière autonomie vis-à-vis de quelqu'un ou de quelque chose » ; « Qui ne souffre aucune contrainte imposée à son libre-arbitre » et sens B. « Qui n'est pas soumis à l'autorité d'un autre organe ou d'une autre collectivité » ; « Qui n'est soumis à aucun pouvoir extérieur ».

[658] Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 06-45.279.

[659] L. PÉCAUT-RIVOLIER, « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel ? », *op. cit.*

les représentants du personnel puissent librement communiquer à l'inspecteur du travail d'éventuels manquements de l'employeur.

Le secret est également propice à la coopération entre représentants du personnel. Ceux-ci peuvent par exemple se concerter sur la meilleure stratégie pour négocier un accord collectif sans la dévoiler à l'employeur, permettant un rapport de force plus équilibré.

204. **L'employeur, garant de la confidentialité des échanges des représentants du personnel**. Eu égard à cette forte légitimité, ce droit à l'opacité réelle n'est pas seulement opposable à l'employeur, il s'est transformé en véritable obligation pesant sur ses épaules. Le chef d'entreprise ne doit ainsi pas seulement s'abstenir de rechercher ou de demander des informations relatives aux mandats mais doit également mettre en place des outils empêchant cette recherche d'informations.

Suivant la position de la CNIL[660], la Cour de cassation impose en effet à l'employeur de mettre à disposition des représentants du personnel un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs communications téléphoniques et l'identification de leurs correspondants[661]. La solution devrait en outre s'appliquer à d'autres situations telles que la géolocalisation[662] ou les messages et courriels reçus par les représentants du personnel qui seraient identifiés comme étant en lien avec le mandat. Elle s'applique également à tous les salariés protégés, y compris aux titulaires d'un mandat extérieur à l'entreprise[663].

205. **Conséquence du manquement à l'obligation de garantir la confidentialité.** C'est donc l'exercice du mandat qui justifie l'existence d'une zone d'opacité. Pourtant, à défaut de mise à disposition du représentant du personnel d'un tel matériel ou procédé, il peut non seulement être enjoint à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour y remédier, mais ce dernier s'expose également à la rupture à ses torts du contrat de travail du salarié mandaté[664]. La

---

[660] V. not. CNIL, Délibération n° 94-113 du 20 décembre 1994 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre à l'aide d'autocommutateurs téléphoniques sur les lieux de travail (norme simplifiée n° 40), spéc. art. 6, *JO* 03/01/1995 n° 2 p. 104.

[661] Cass. soc., 6 avril 2004, n° 02-40.498, *M. Gonzales c/ Sté BDI constructions*, *TPS* n° 6, 06/2004 p. 194 ; Cass. soc., 4 avril 2012, n° 10-20.845, *M. G. c/ SA Groupe Progrès*, *JCP S* 06/2012 p. 1263 obs. P.-H. D'ORNANO, *JSL* n° 322 05/2012 obs. M. HAUTEFORT, *RJS* 06/2012 p. 572, L. PÉCAUT-RIVOLIER, art. préc.

[662] En ce sens, V. également CNIL, Fiche « La géolocalisation des véhicules » - Travail et données personnelles, édition 2018, p. 1.

[663] Cass. soc., 4 avril 2012, *préc*. En l'espèce, le salarié exerçait un mandat d'administrateur de l'URSSAF.

[664] *Ibid*.

sanction est assez surprenante puisque « la violation du droit du représentant du personnel à la confidentialité est en elle-même une cause de rupture du contrat de travail et cela alors même qu'elle ne se matérialise pas dans les rapports de travail mais dans les rapports entre l'employeur et le représentant du personnel »[665]. Et ce d'autant plus que la rupture ne sanctionne pas le fait pour l'employeur d'avoir délibérément empêché le salarié d'exercer son mandat (obligation négative) mais « de n'avoir pas tout mis en œuvre pour que le mandat puisse s'exercer dans des conditions garantissant la discrétion » [666] (obligation positive). À vrai dire, il ne s'offre au représentant du personnel victime d'une faute de l'employeur en lien avec son mandat que peu d'options. En termes de sanction civile, ne sont envisageables dans les relations entre employeur et représentant du personnel que la réparation du préjudice subi – très difficile à établir dans ce cas de figure – ou se reporter sur la relation contractuelle comme le font les juges en accordant la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur[667].

206. **Le droit de ne pas justifier de l'utilisation des heures de délégation.** Le droit à l'opacité réelle est également de principe s'agissant des heures de délégation. Théoriquement, les représentants du personnel n'ont en effet pas de compte à rendre à l'employeur quant à la manière dont ils exercent leur mandat représentatif. Ainsi, le chef d'entreprise ne peut demander ni justification ni *a fortiori* d'autorisation préalables à l'exercice des heures de délégation sous peine de s'exposer à une condamnation pour délit d'entrave[668]. En quelque sorte, les représentants du personnel peuvent donc garder secrètes leurs activités représentatives à l'égard du chef d'entreprise. Cette faculté trouve cependant rapidement des limites, comme nous le verrons[669].

207. **Conclusion sur le droit à l'opacité réelle du salarié**. Le droit positif consacre donc une sorte de principe selon lequel le salarié jouit d'un droit à l'opacité réelle portant sur les éléments qui

---

[665] L. PÉCAUT-RIVOLIER, « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel ? », *op. cit.*

[666] *Ibid.*

[667] Du point de vue de l'employeur, il existe pourtant une imperméabilité entre la relation « institutionnelle » et la relation contractuelle, traduction d'un droit à l'opacité fictive au bénéfice du représentant. Cf. *infra* §§ 479 et s.

[668] Cass. crim., 12 avril 1988, n° 87-84.148 : « l'usage, par les délégués du personnel, du crédit d'heures destiné à l'exercice de leurs fonctions ne saurait faire l'objet d'un contrôle préalable ; que s'il est vrai qu'il peut licitement être soumis à l'emploi de bons de délégation et précédé d'un délai de prévenance, de telles modalités de son exercice, qui ne sauraient exister de plein droit, ne peuvent être mises en place qu'à l'issue d'une procédure de concertation ».

[669] Cf. *infra* §§ 212 et s.

échappent à la sphère d'autorité de l'employeur, telle que sa vie personnelle ou l'exercice d'un mandat représentatif. En théorie, ce droit permet au salarié ou au représentant du personnel de refuser à l'employeur l'accès à certaines informations. En d'autres termes, ils bénéficient d'un droit de ne pas s'exposer au regard de l'employeur. Or, en consacrant un droit pour le salarié d'échapper au regard de l'employeur, le droit du travail paraît laisser peu de place à la fonction informative. Ce droit à l'opacité réelle est cependant loin d'être absolu et il arrive fréquemment que l'employeur prenne connaissance, légitimement ou non, de l'information personnelle du salarié.

SECTION 2. LA FAIBLE PORTÉE DU DROIT À L'OPACITÉ RÉELLE

208. **Les limites du droit à l'opacité réelle**. Si le droit positif peut sembler à première vue consacrer un droit à l'opacité fortement protégé pour le salarié, titulaire ou non d'un mandat représentatif, en réalité, le droit à l'opacité réelle n'en a parfois que l'apparence (§1) ou comporte des limites non négligeables (§2). En d'autres termes, les espaces soustraits à l'exigence d'exposition au regard, et donc à la fonction informative, sont moins importants qu'il n'y paraît. La faible implantation de la transparence en droit du travail ne peut ainsi s'expliquer par l'importance des espaces soustraits à l'exposition au regard et à l'absence corrélative de la fonction informative.

§1. Un droit à l'opacité en trompe l'œil

209. **L'apparence d'un droit à l'opacité réelle**. On l'a vu, la Cour de cassation reconnaît au salarié le droit au respect de sa vie privée, y compris aux temps et lieu de travail[670]. Ce droit au respect de la vie privée étant traditionnellement entendu comme un droit au secret, on pouvait légitimement s'attendre à ce que le salarié puisse empêcher l'employeur de prendre connaissance des éléments relevant de sa vie privée. En d'autres termes, on pouvait imaginer que la Cour de cassation protégeait le salarié contre une exposition non désirée au regard de l'employeur. En réalité, la protection du droit à la vie privée ne confère pas toujours un droit à l'opacité réelle, notamment lorsqu'il s'agit de la « fouille » de l'ordinateur professionnel. Ce droit à la vie privée est ainsi tout d'abord tempéré par le jeu d'une présomption (A). Mais plus

[670] Cf. *supra* §§ 188 et s.

encore, ce droit à la vie privée confère une garantie procédurale plus qu'un véritable droit à l'opacité (B).

A. La présomption de caractère professionnel des fichiers stockés sur l'ordinateur professionnel

210. **La présomption de caractère professionnel**. Dans la majorité des cas, l'employeur – s'il en ignore le contenu – a conscience de la nature personnelle d'une information. L'employeur qui se renseigne sur la grossesse de sa salariée par exemple, ignore l'état de la salariée (c'est-à-dire si elle est ou non enceinte), mais ne peut ignorer que cette information relève de sa vie privée. Tandis que l'employeur qui souhaite accéder à l'ordinateur professionnel peut vraisemblablement ignorer la nature des informations qu'il va trouver. L'accès au contenu de l'ordinateur professionnel a donc posé une question inédite, ou à tout le moins, avec une acuité inédite. Pour résoudre cette difficulté, la jurisprudence a fait appel à la technique de la présomption. Dans les arrêts *Techni-soft* et *Jalma emploi et protection sociale* du 18 octobre 2006[671], la Cour de cassation affirmait ainsi que si elles ne sont pas expressément identifiées comme personnelles[672], les informations stockées par le salarié sur l'ordinateur sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut librement y accéder[673]. Le salarié perd ainsi le bénéfice de sa protection contre l'exposition au regard de l'employeur puisque celui-ci ignore légitimement le caractère personnel des informations stockées dans l'ordinateur professionnel. Cette technique ne heurte donc pas la logique de protection du salarié contre une exposition au regard de l'employeur ; même si elle constitue de faits une restriction assez conséquente au droit à l'opacité réelle. La technique de présomption réduit donc l'espace soustrait au regard de l'employeur.

B. Une garantie procédurale plus qu'un véritable droit à l'opacité réelle

211. **Une garantie procédurale**. En réalité, la construction jurisprudentielle en matière d'accès au contenu de l'ordinateur professionnel s'avère trompeuse, notamment en ce qu'elle se réfère à

---

[671] Cass. soc., 18 octobre 2006, respectivement n° 04-48.025 et n° 04-47.400.

[672] Sur cette question, V. nos obs. sous Cass. soc., 21 octobre 2009, n° 07-43.877 *in Orléans dans la jurisprudence des Cours suprêmes,* XXVIII, L'unité du droit, Orléans et Toulouse, L'épitoge, mai 2020, pp. 75-78.

[673] Cela ne signifie pas pour autant que le salarié perd tout droit à l'opacité. La protection du salarié est en effet complétée par un droit à l'opacité fictive sur lequel nous aurons l'occasion de revenir. Cf. *infra* §§ 471 et s.

la vie privée. Elle laisse croire que le salarié, pleinement souverain dans la sphère de sa vie privée, serait libre d'en chasser l'employeur et de garder secrètes les informations qui s'y rapportent, à condition que l'employeur ait eu conscience de leur nature personnelle. Il n'en est pourtant rien[674]. Depuis l'arrêt *Klajer contre société Cathnet-Science* du 17 mai 2005[675], la Cour de cassation autorise en effet l'employeur à accéder aux informations du salarié stockées sur l'ordinateur professionnel, même lorsqu'elles sont expressément identifiées comme personnelles, dès lors que le salarié est présent ou dûment appelé à assister à la fouille de l'ordinateur. Cette condition satisfaite, l'employeur peut donc prendre connaissance des informations identifiées comme personnelles. La situation est davantage traitée comme une question de loyauté des modes de preuves admissibles à l'encontre du salarié que comme un droit à l'opacité.

En résumé, dans le cadre de l'accès aux fichiers stockés sur l'ordinateur professionnel, le salarié ne dispose d'aucun droit à l'opacité réelle le protégeant contre une exposition non souhaitée au regard de l'employeur, contrairement à ce que suggérait initialement la consécration par la Cour de cassation du droit au respect de la vie privée aux temps et lieu de travail.

§2. Les droits et intérêts concurrents au droit des salariés à l'opacité réelle

212. **Les limites du droit à l'opacité réelle**. Si le salarié est en principe protégé contre une exposition non désirée au regard de l'employeur concernant les éléments relevant de sa vie personnelle ou de l'exercice de son mandat, cette exposition peut toutefois s'imposer à lui lorsqu'il en va du bon fonctionnement de l'entreprise (A) ou de son obligation contractuelle de loyauté (B). Là encore, les espaces soustraits au regard de l'employeur et à la fonction informative sont donc moins importants qu'il n'y paraît, démontrant là encore que la faible implantation du terme de transparence dans le discours travailliste ne s'explique pas par l'importance des espaces soustraits au regard de l'employeur et par la faiblesse de la fonction informative.

---

[674] Sur la différence d'approche entre la France et l'Allemagne, V. B. DABOSVILLE, « La protection de la vie privée des salariés face au pouvoir d'investigation de l'employeur », *RDT*, 07/2020, n° 7, p. 491.

[675] Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, *Klajer contre société Cathnet-Science*.

A. Le bon fonctionnement de l'entreprise

213. **Conciliation du droit à l'opacité avec les obligations de l'employeur et le bon fonctionnement de l'entreprise.** Le droit à l'opacité réelle accordé aux représentants du personnel doit tout d'abord se concilier avec les obligations de l'employeur, notamment celle relative au paiement des heures de délégation. En effet, même si ces heures sont de droit et payées à échéance normale[676], le crédit d'heures mensuel dont bénéficie le représentant du personnel ne constitue pas un forfait[677]. Les heures non prises sont perdues et ne s'ajoutent pas au salaire du représentant du personnel. Le chef d'entreprise doit donc connaître le nombre d'heures de délégation effectuées pour pouvoir les rémunérer. À ce titre, l'employeur peut exiger, *a posteriori*, une information sur le nombre d'heures de délégation effectuées. Cette information, portant uniquement sur le montant des heures effectuées, n'est toutefois pas synonyme de contrôle de l'employeur sur l'exercice du mandat. L'information joue ici un rôle purement organisationnel, il n'est aucunement question de contrôler l'utilisation des heures de délégation par les représentants du personnel.

De la même manière et afin d'assurer la continuité de l'activité, l'employeur peut exiger d'être averti lorsque le salarié quitte son poste pour l'exercice de ses missions[678]. Là encore, l'information consiste davantage en une notification de l'employeur et ne traduit pas un contrôle de sa part sur l'exercice du mandat. La solution vaut également lorsque la pratique des « bons de délégation » est instaurée dans l'entreprise : l'employeur ne peut exiger l'utilisation de ces bons qu'autant qu'ils se bornent à permettre le calcul des heures de délégation et non à opérer un contrôle sur leur utilisation[679].

Enfin, et même si elle est plus précoce, l'information due à l'employeur en cas d'aménagement du crédit d'heures de délégation répond elle aussi à un objectif purement organisationnel. Le crédit d'heures de délégation, en principe individuel et mensuel, peut en effet être réparti entre représentants du personnel. Les heures non prises peuvent en outre être cumulées sur plusieurs mois. En contrepartie de ces aménagements, le législateur a imposé aux représentants du

---

[676] C. trav., art. L. 2143-17 (pour le délégué syndical) et L. 2315-10 (pour les élus du CSE).

[677] J.-E. RAY, « Le contrôle de l'utilisation des heures de délégation », *Dr. soc.*, 11/1986, n° 11, p. 758.

[678] Cass. crim., 27 juin 1979, n° 78-91.427, *Roset et autre* : « si, (…) l'employeur est en droit d'exiger que lui-même ou ses représentants soient informés, au préalable, des absences et déplacements des salariés titulaires d'un mandat, il ne saurait toutefois imposer à ces derniers un délai de préavis non prévu par la loi sans apporter une limitation abusive à l'exercice de leurs fonctions ».

[679] Cass. crim., 23 février 1982, n° 81-92.015, Bull. crim. n° 59.

personnel l'obligation d'informer l'employeur huit jours avant l'utilisation prévue de ces heures cumulées et/ou mutualisées[680]. Mais il s'agit bien de permettre à l'employeur de comptabiliser les heures de délégation (tout en s'assurant que le total des heures utilisées ne dépasse pas le crédit d'heures global) ainsi que d'organiser la poursuite de l'activité.
Quoiqu'il en soit, ces obligations d'information réduisent donc un peu la portée du droit à l'opacité réelle dont jouit le représentant du personnel.

B. L'obligation contractuelle de loyauté

214. **Le principe d'immunité**. Puisque le salarié jouit, en dehors de l'exécution de sa prestation de travail, d'un droit à l'opacité réelle, l'employeur ne peut en principe lui reprocher de ne pas s'être exposé, c'est-à-dire d'avoir tu ou d'avoir menti sur un élément qui ne relève pas de l'exécution de la prestation de travail. Dès lors, le silence gardé sur un tel élément ne constitue théoriquement pas une faute disciplinaire ni, *a fortiori*, une cause réelle et sérieuse de licenciement disciplinaire. Par exemple, le candidat à un emploi d'ouvrier-fraiseur n'est pas tenu de préciser son état de prêtre sur le questionnaire d'embauche[681] ; pas plus qu'un candidat à l'embauche n'est en principe tenu de révéler ses antécédents judiciaires[682].

215. **La loyauté contractuelle comme « cheval de Troie »**[683]. Il est cependant des hypothèses dans lesquelles l'employeur a pu sanctionner, y compris par un licenciement, un salarié ayant gardé le silence sur un élément relevant pourtant de sa vie personnelle. L'employeur peut ainsi sanctionner le salarié lorsque son silence constitue un manquement à une obligation contractuelle. Tout l'enjeu est alors d'identifier l'obligation contractuelle que le salarié aurait violée. Le plus souvent, cette obligation n'est autre que la loyauté. Cette dernière permet d'établir une passerelle entre un élément relevant de la vie personnelle et la vie professionnelle. En d'autres termes, la loyauté constitue une technique permettant d'amoindrir l'espace soustrait au regard de l'employeur. Elle fonde ainsi, selon certains, l'obligation du salarié à partager cet élément avec l'employeur lorsque l'information a une incidence directe sur la capacité du

---

[680] C. trav., art. R. 2315-5 et R. 2315-6.

[681] Cass. soc., 17 octobre 1973, n° 72-40.360, Bull. n° 484 p. 444.

[682] Cass. soc., 25 avril 1990, n° 86-44.148, Bull. 1990 V n° 186 p. 113.

[683] P. ADAM, « Vie personnelle/vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (petit exercice de jardinage juridique) », *Dr. ouvr.*, 07/2013, n° 780, p. 437.

salarié à exécuter le contrat, considérant même « qu'il y a là faute à ne pas dire »[684]. Ainsi, a-t-il été jugé fautif le salarié – agent de sécurité – n'informant pas l'employeur de sa condamnation pénale alors que cette condamnation l'empêche légalement[685] de continuer à exercer ce métier[686]. Il en serait également ainsi de la dissimulation par un salarié de la perte de son permis de conduire alors que son activité professionnelle le nécessite de manière impérieuse, par exemple si le salarié exerce la profession de chauffeur routier. Notons que c'est bien la dissimulation de l'information à l'employeur qui est fautive, les faits commis en dehors du temps de travail, dans la mesure où ils sont issus de la vie personnelle du salarié, ne sauraient en principe constituer une faute du salarié[687]. En revanche, cette obligation ne va pas jusqu'à imposer au salarié une obligation de se renseigner pour informer l'employeur. Dès lors, le salarié qui n'a pas été personnellement informé de la perte de son permis de conduire ne peut se voir reprocher d'avoir caché cette information à son employeur[688]. Cette obligation d'information sur les éléments issus de la vie personnelle du salarié ayant une incidence directe sur l'exercice de ses fonctions professionnelles découle de son obligation de loyauté envers l'employeur[689]. Qu'en est-il lorsque l'incidence de l'information sur l'exécution du contrat de travail est plus ténue ? L'obligation de transparence pesant sur le candidat lui impose-t-elle de communiquer spontanément des informations ? Selon Laurence Pécaut-Rivolier, le salarié n'est tenu à une obligation d'information que si cette information est « de nature à créer un trouble réel à l'entreprise »[690]. La Cour de cassation a ainsi validé le licenciement disciplinaire d'un salarié exerçant des fonctions de direction et d'animation d'instances représentatives du personnel ayant caché à son employeur la relation amoureuse qu'il entretenait avec une salariée de l'entreprise investie de mandats de représentation du personnel[691]. Le droit du salarié d'échapper au regard de l'employeur cède ainsi face à son devoir de loyauté. Cette solution est

---

[684] L. PÉCAUT-RIVOLIER *in Donner l'information : les obligations du salarié*, Dr. Soc. 2013, p. 103.

[685] En vertu de l'article 6 de la loi n° 83-869 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité devenu l'article L. 612-20 du code de la sécurité intérieure.

[686] Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-41.243.

[687] Voir par exemple en ce sens : Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464.

[688] Cass. soc., 21 novembre 2012, n° 11-22.250.

[689] Cass. soc., 29 septembre 2014, n° 13-13.661 : « la dissimulation par le salarié d'un fait en rapport avec ses activités professionnelles et les obligations qui en résultent peut constituer un manquement à la loyauté à laquelle il est tenu envers son employeur, dès lors qu'il est de nature à avoir une incidence sur l'exercice des fonctions ».

[690] L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Donner l'information : les obligations du salarié », *op. cit.*

[691] Cass. soc., 29 mai 2024, n° 22-16.218, *M. Y. c. Société Payen* ; P. ADAM, « Le DRH et la syndicaliste : l'amour, la loyauté et le juge », *Dr. soc.*, 09/2024, p. 750.

d'autant plus dangereuse que la détermination des informations devant être divulguées sur le fondement de la loyauté est difficile. Une partie conséquente de la doctrine, à laquelle nous adhérons, s'insurge ainsi contre la trop grande plasticité de l'obligation de loyauté[692].

216. **Conclusion de la section**. Parfois simple mirage, comportant d'autres fois des limites non négligeables aux contours mal définis, le droit à l'opacité réelle est donc plus restreint qu'il n'y paraît au premier abord.

217. **Conclusion du chapitre**. L'objectif de ce chapitre était de mesurer l'étendue de la protection de l'exposition au regard – et à travers elle, la place de la fonction informative – en droit du travail. Il en ressort d'abord qu'il existe des espaces, à savoir la vie personnelle du salarié et l'exercice du mandat représentatif, protégés contre l'exposition au regard de l'employeur. Dans ces espaces, le concept de transparence ne peut prospérer, faute d'exposition au regard et donc de fonction informative. Cependant, force est de constater que les espaces de secret sont, finalement, assez restreints. D'abord, le droit n'offre pas à l'employeur de protection contre l'exposition au regard des salariés. Ensuite, en dépit de ses fondements forts et variés, le droit à l'opacité réelle dont jouit le salarié en dehors de l'exécution de sa prestation de travail fait l'objet de tempéraments et de limites non négligeables.

En conclusion, le faible ancrage du concept de transparence en droit du travail ne peut s'expliquer, ou en tout cas que très partiellement, par l'absence d'exigences d'exposition au regard et de l'absence corrélative de fonction informative. Puisque la faible présence de la transparence en droit du travail ne résulte pas, pour l'essentiel, de l'insuffisance de la fonction informative, pourrait-elle à l'inverse s'expliquer par son excès ? C'est ce qu'il convient maintenant de vérifier.

[692] V. not. : P. ADAM, « Vie personnelle/vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (petit exercice de jardinage juridique) », *op. cit.* ; B. DABOSVILLE, « Vie personnelle du salarié et droit disciplinaire : la forteresse menace ruine », *RDT*, 10/2020, p. 611 ; F. CHIREZ, « L'abus de droit à la vie personnelle : proposition à partir d'un constat critique », *Dr. soc.*, 2024, p. 324.

CHAPITRE 2. UNE FONCTION INFORMATIVE PRÉPONDÉRANTE

218. **L'hypothèse d'une hégémonie de la fonction informative**. Pour être qualifiée de transparence, l'exposition au regard doit, on l'a dit, avoir une fonction informative sans que l'importance accordée à cette fonction soit telle qu'elle en occulte toute autre. Afin de comprendre le faible ancrage de la transparence dans le discours travailliste[693], il faut donc tenter de mesurer la place de la fonction informative dans ce discours par rapport à d'autres fonctions. Ce faible ancrage pourrait en effet s'expliquer par l'hégémonie de cette fonction dans ce domaine. Le discours travailliste a-t-il donc tendance à focaliser son attention sur la fonction informative de l'exposition au regard ?

219. **La vérification de l'hypothèse à partir d'exemples choisis**. Répondre à cette question nécessite de définir préalablement l'objet de l'étude. Celui-ci se compose, par hypothèse, des exigences d'exposition au regard présentes dans le discours travailliste. Il s'agit alors d'analyser comment sont perçues ces exigences, et en particulier de s'intéresser aux fonctions qui leur sont assignées. Cerner les fonctions assignées à une exigence d'exposition au regard nécessite une analyse approfondie qui ne sied guère à un objet d'étude trop étendu. Nous raisonnerons donc à partir d'exemples choisis.

Pour tenter de mesurer la place de la fonction informative dans le discours travailliste, il nous semble que la réflexion peut s'appuyer sur des exemples d'exigences d'exposition au regard d'autrui qui ne sont pas qualifiées d'exigences de transparence. À cet égard, la motivation du licenciement apparaît particulièrement intéressante du fait de sa proximité avec la motivation des décisions administratives qui est quant à elle associée à la transparence. L'étude des fonctions de la motivation du licenciement permettra ainsi de vérifier si son « non-rattachement » à la transparence résulte d'une hégémonie de sa fonction informative (Section 1).

L'exemple de l'information portant sur les éléments essentiels de la relation de travail nous paraît également pertinent (Section 2). En effet, tandis qu'en droit de l'union européenne le

[693] Rappelons que nous avons défini plus haut la locution « discours travailliste » : cf. *supra* § 5.

terme de transparence a pu être employé, au gré de l'évolution du dispositif et de sa transposition en droit national, le terme a été transformé voire abandonné au profit de celui d'information. Là encore, il semble intéressant d'interroger la place de la fonction informative pour mesurer le rôle qu'elle a pu jouer dans cette évolution.

SECTION 1. LA PLACE PRÉPONDÉRANTE DE LA FONCTION INFORMATIVE DANS LA MOTIVATION DU LICENCIEMENT

220. **La motivation, entre formalité et étape procédurale**. Contrairement à la motivation des actes administratifs[694], la motivation du licenciement n'est pas considérée comme une manifestation de l'exigence de transparence. Comment l'expliquer ? Cette divergence de qualification ne s'explique pas par les différences de régime entre l'exigence de motivation administrativiste et celle travailliste. Les deux présentent en effet une grande similarité (§1). Serait-ce alors parce que la fonction informative de la motivation travailliste prend une place trop importante ? Celle-ci semble effectivement être essentiellement perçue à travers le prisme de sa fonction informative (§2).

§1. L'exigence de motivation du licenciement similaire à la motivation des actes administratifs

221. **Des différences non déterminantes pour la qualification de la transparence**. Du point de vue du droit positif, on ne saurait nier l'existence de différences entre l'exigence de motivation du licenciement et celle des actes administratifs. Ces différences pourraient-elles expliquer que la motivation des actes administratifs soit identifiée comme une manifestation de la transparence de l'administration tandis que la motivation du licenciement échappe à ce qualificatif ? À notre sens, pas vraiment. Ces différences ne déterminent pas, en tant que telles, la qualification de « transparence ». Si l'on s'éloigne de la seule motivation, les manifestations de ce qu'il est convenu d'appeler « transparence » sont en effet très diverses et ne correspondent pas toutes au régime de la motivation de l'acte administratif. Le droit d'accès aux documents administratifs relève également, selon la doctrine, de la transparence administrative. Or, il est pourtant difficilement comparable, du point de vue de son régime, à la motivation des actes administratifs. Le droit d'accès concerne tout acte administratif, et non seulement les actes

[694] Cf. *supra* §§ 89 et s.

défavorables à un administré en particulier[695] et il s'exerce indépendamment de toute procédure d'édiction d'un acte administratif. À l'inverse, nous allons le voir, les exigences de motivation travailliste et administrativiste présentent en effet de nombreuses similitudes. Cela suggère que les quelques différences de régime entre ces exigences n'expliquent pas le rattachement ou non à la transparence.

222. **Domaine de l'exigence**. Comme en droit administratif, il n'existe, en droit du travail, aucune exigence générale de motivation des actes unilatéraux émanant de l'employeur. Certaines décisions font toutefois l'objet d'une motivation obligatoire, par exemple le licenciement (pour motif personnel[696] comme pour motif économique[697]) ou la sanction disciplinaire[698]. Bien que plus limité en droit du travail qu'en droit administratif, le champ de l'exigence de motivation « coïncide » en quelque sorte pour certaines décisions : la décision de mettre un terme à la relation de travail par exemple est susceptible de constituer un licenciement – donc un acte devant être motivé en vertu du droit du travail – comme une décision administrative individuelle défavorable – et donc un acte devant être motivé en vertu du droit administratif[699].

223. **Contenu de la motivation**. Le contenu de l'exigence de motivation est assez similaire entre les deux matières, quoique plus contraignant pour l'administration. Cette dernière doit mentionner les considérations de droit et de fait qui soutiennent la décision[700]. Elle ne peut ainsi se contenter de reprendre une condition légale sans la confronter au cas d'espèce[701]. La motivation doit donc

---

[695] CRPA, art. L. 300-2 : « Sont considérés comme documents administratifs (…) quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions, codes sources et décisions ».

[696] C. trav., art. L. 1232-1.

[697] C. trav., art. L. 1233-2.

[698] C. trav., art. L. 1332-2 dern. al.

[699] A par exemple été annulé l'arrêté mettant fin aux fonctions d'un éducateur sportif (Cons. État, 19 décembre 1990, n° 85669, *Kromwell*).

[700] CRPA, art. L. 211-5.

[701] A par exemple été jugée insuffisamment motivée la décision d'un maire de rejet du bénéfice d'une retraite anticipée pour cause de maladie d'un agent qui « s'est borné à rappeler que "l'invalidité doit avoir été contractée ou aggravée à une époque où un agent était dans une position valable pour la retraite", sans préciser les éléments de fait qui l'amenaient à estimer que [l'agent] ne se trouvait alors pas dans une telle position » (Cons. État, 12 février 1992, n° 86439, *Cne de Mantes-la-Jolie*).

être « construite, présentée sous la forme serrée d'un syllogisme »[702] et doit faire apparaître le raisonnement de l'administration.

L'obligation de motivation du licenciement paraît à première vue moins exigeante. L'employeur semble pouvoir se contenter d'énoncer le motif du licenciement, dès lors que ce motif est précis et objectif, c'est-à-dire matériellement vérifiable[703]. Les circonstances de faits peuvent être énoncées plus tard. L'absence de mention de la date exacte des faits reprochés au salarié, par exemple, ne rend pas le licenciement insuffisamment motivé ; l'employeur pourra préciser, un peu plus tard, la date exacte[704]. Dans certains cas toutefois, la chambre sociale de la Cour de cassation exige de l'employeur qu'il caractérise non seulement le motif mais également l'effet de ce motif sur la situation personnelle du salarié. L'employeur ne peut ainsi se borner à invoquer un motif économique sans expliquer que celui-ci implique la suppression ou la transformation du poste du salarié ou encore que ce motif a conduit à proposer en vain une modification du contrat de travail. En cas d'oubli de cette mention, l'employeur ne satisfait pas à l'exigence de motivation du licenciement[705]. De la même manière, « ne constitue pas l'énoncé d'un motif précis de licenciement l'inaptitude physique du salarié, sans mention de l'impossibilité de reclassement »[706]. L'employeur n'est donc pas tenu, comme l'administration, de présenter les étapes de son raisonnement, mais il doit expliquer sa démarche et tous les éléments qui ont concouru à sa décision.

L'édiction en 2017, par décrets, de « modèles-types » de licenciement[707] a pu faire craindre que la motivation ne devienne stéréotypée[708], c'est-à-dire que l'employeur puisse se contenter de viser un motif de licenciement, sans véritablement le motiver. Il apparait cependant que les modèles-types ne dispensent pas l'employeur d'argumenter pour expliquer les motifs du licenciement. Le modèle de licenciement pour motif non disciplinaire, et plus précisément pour trouble objectif, doit ainsi être complété par l'employeur en énonçant « de manière précise et

---

[702] G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Bibliothèque de droit public, n° LXXIX, Paris, LGDJ, 1968, p. 548.

[703] Cass. soc., 14 mai 1996, n° 93-40.279.

[704] *Idem*. La précision peut intervenir soit dans la lettre de précision, soit au moment de l'instance le cas échéant.

[705] Cass. soc., 30 avril 1997, n° 94-42.154.

[706] Cass. soc., 3 juin 2020, n° 18-25.757.

[707] F. TAQUET, « Modèles de lettres de notification de licenciement : une intention louable non dénuée de critiques », *JCP S*, 01/2018, p. 8 ; V. MANIGOT et X. PREMEL, « Le recours aux modèles-types de lettres de licenciement : quelle sécurisation ? », *JCP S*, 04/2018, n° 14, p. 1123.

[708] Estimant que cette crainte est levée : E. LAFUMA, « Motivation du licenciement pour motif personnel et déprocéduralisation », *Dr. ouvr.*, 09/2024, n° 913, p. 366.

objective en quoi les faits ou le comportement du salarié, en dehors de la sphère professionnelle, ont créé un trouble dans l'entreprise en raison, par exemple, des fonctions qu'il occupe ou de son positionnement hiérarchique ou de l'activité propre de l'entreprise »[709]. Bien qu'elle soit légèrement plus exigeante en droit administratif qu'en droit du travail, l'obligation de motivation se présente donc, du point de vue de son contenu, de manière similaire dans ces deux matières.

224. **La motivation dans l'acte**. C'est sans doute du point de vue des modalités de la motivation que les exigences travailliste et administrativiste présentent le plus de similitudes. Dans un cas comme dans l'autre, la motivation doit être écrite[710]. Les motifs doivent aussi, en principe, être énoncés par écrit dans l'acte, au moment de son édiction[711]. La juridiction administrative a donc rappelé que « le législateur a entendu imposer à l'autorité qui prononce une sanction l'obligation de préciser elle-même dans sa décision les griefs qu'elle entend retenir à l'encontre de la personne intéressée, de sorte que cette dernière puisse à la seule lecture de la décision qui lui est notifiée connaître les motifs de la sanction qui la frappe »[712]. L'administration ne peut donc pas se contenter de renvoyer à un autre document sans en reprendre les motifs[713]. Le manquement à cette exigence, c'est-à-dire l'absence, l'insuffisance ou l'inexactitude de la motivation d'un acte entrant dans son champ d'application, est sanctionné par la nullité de l'acte[714].

---

[709] Décret n° 2017-1820 du 29 décembre 2017 établissant des modèles types de lettres de notification de licenciement, Annexe III.

[710] L'exigence d'une motivation écrite est implicite dans le code du travail, puisque la motivation doit être énoncée dans la lettre de notification du licenciement (C. trav., art. L. 1232-6 [licenciement pour motif personnel], L. 1233-16 et L. 1233-39 [licenciement pour motif économique]). L'exigence d'un écrit est en revanche explicite dans le code des relations entre le public et l'administration (CRPA, art. L. 211-5).

[711] L'administration peut motiver un acte postérieurement à son édiction en cas d'urgence ou lorsque l'acte est implicite.

[712] Cons. État, 23 mars 2005, n° 264005, *Stilinovic*.

[713] Cons. État, 14 février 1990, n° 62011, *Patoureau* : « la lettre (…) par laquelle le ministre a notifié à l'intéressé son intention de dénoncer le contrat et fait courir le délai de préavis de trois mois prévu au contrat, en faisant connaître à l'intéressé les motifs de cette résiliation, la mention de cette lettre dont l'arrêté attaqué ne reprend pas les motifs et dont le texte ne lui était pas annexé ne peut tenir lieu de la motivation exigée (…) ».

[714] Cons. État, 7 mai 1993, n° 107221, *Min. Agriculture c. SARL Cevlot*. V. également : Cons. État, 19 décembre 1990, *Kromwell*, préc. : « l'arrêté mettant fin aux fonctions [de l'agent] a été motivé par un ensemble de faits qui, bien que présentés comme établissant son inaptitude professionnelle, étaient en réalité constitutifs de fautes disciplinaires ; qu'en vertu des dispositions de la loi du 11 juillet 1979, cet arrêté devait mentionner les considérations de droit et de fait sur lesquelles était fondée cette mesure ; que même si l'intéressé avait été informé avant son licenciement des faits qui lui étaient reprochés et avait pris connaissance de son dossier, l'arrêté attaqué a méconnu ces dispositions en se bornant à indiquer, sans aucune autre précision, que le licenciement était fondé

En droit du travail, la lettre de licenciement « fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement »[715]. L'employeur n'a pas l'obligation d'énoncer à ce stade tous les détails de faits, mais il doit invoquer des motifs objectifs, c'est-à-dire matériellement vérifiables[716]. Il ne peut pas non plus se contenter de renvoyer aux mentions de la lettre de convocation à l'entretien préalable[717].

La circonstance que le destinataire de l'acte ait déjà connaissance de ses motifs ne permet pas de considérer que l'exigence de motivation est satisfaite[718]. La chambre sociale de la Cour de cassation va même plus loin puisqu'elle estime que la décision de licencier ne doit pas être communiquée au salarié avant l'envoi de la lettre de licenciement, quand bien même cet envoi aurait lieu le jour même[719].

225. **La motivation postérieure à l'acte**. En droit administratif comme en droit du travail, l'exigence de motivation au moment de l'édiction de l'acte est toutefois tempérée. L'administration peut motiver un acte ultérieurement à son édiction en cas d'urgence absolue[720] ou lorsqu'elle rend une décision implicite. Exiger de l'administration qu'elle motive toute décision au moment de l'édiction de l'acte aurait en effet conduit à rendre illégale toute décision implicite, c'est-à-dire toute décision résultant du silence gardé par l'administration pendant

---

sur l'insuffisance professionnelle de M. X... ; que celui-ci est donc fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Cayenne a rejeté sa demande tendant à l'annulation [de cet arrêté] ».

[715] C. trav., art. L. 1235-2 al. 2.

[716] M. HENRY, « L'énonciation des motifs du licenciement : le grand bond en arrière (La lettre de licenciement peut-elle être considérée comme une simple formalité ?) », *RDT*, 2017, n° 12, pp. 767-770.

[717] Cass. ass. plén., 27 novembre 1998, n° 96-40.199.

[718] Cons. État, 19 décembre 1990, *Kromwell*, préc. En l'espèce, l'intéressé avait été informé avant son licenciement des faits qui lui étaient reprochés et avait pris connaissance de son dossier, ce qui n'a pas empêché l'annulation de la mesure pour violation de l'exigence de motivation. La juridiction administrative comme la juridiction judiciaire adoptent toutefois une position pragmatique puisque l'une et l'autre admettent que l'exigence de motivation est satisfaite si les motifs énoncés dans un document annexé à la décision, ce document étant considéré comme intégré à la décision. En matière administrative, Cf. Cons. État, 27 mars 2009, n° 301159, *CH général de Sarreguemines* : «La décision mettant fin au congé de longue durée est suffisamment motivée par référence à l'avis du comité médical supérieur, notifié simultanément et qui indiquait que l'intéressé était "apte sur son poste dès notification" » (citation de l'analyse). Et en droit du travail, Cf. Cass. soc., 2 décembre 1998, *M. Fischer c/ Sté Transports Jean-Marie Klein*, *RJS*, 01/1999 n° 23 : « à la lettre de licenciement était annexée une copie de la lettre de convocation à l'entretien préalable qui faisait ainsi partie intégrante de la lettre de licenciement, laquelle [énonçait] ainsi les motifs du licenciement ».

[719] Cass. soc., 3 avril 2024, n° 23-10.931, *Sté Legallais* ; I. WEKSTEIN et T. BOPP, « Prévenir oralement le salarié de son licenciement à venir : quand la bonne intention de l'employeur prive le licenciement de cause réelle et sérieuse », *JSL*, 06/2024, n° 585.

[720] CRPA, art. L. 211-6.

deux mois[721]. Le code des relations entre le public et l'administration prévoit ainsi expressément une exception pour ce type de décision : « Une décision implicite intervenue dans les cas où la décision explicite aurait dû être motivée n'est pas illégale du seul fait qu'elle n'est pas assortie de cette motivation »[722]. Dans le cadre d'une telle décision, l'énoncé des motifs doit intervenir dans le mois suivant la demande par l'intéressé de communication des motifs de l'acte[723].

En droit du travail, le tempérament à l'exigence de motivation dans l'acte est plus ténu et sa portée plus incertaine. Estimant que le formalisme de la motivation du licenciement constitue un frein à l'embauche, le législateur a décidé d'octroyer aux chefs d'entreprise une sorte de « seconde chance ». Si la motivation doit impérativement intervenir dans la lettre de licenciement, elle peut être précisée dans une lettre ultérieure[724]. Le verbe « préciser » a ici toute son importance : « synonyme d'expliquer, détailler, clarifier »[725], il se différencie des verbes « compléter » ou « corriger »[726]. Il ne signifie donc pas que l'employeur puisse suppléer l'absence de motivation initiale dans la lettre de précision, ni qu'il puisse y ajouter ou substituer un motif. À défaut de précisions jurisprudentielles, le contenu de cette précision soulève des questions. Au stade de la lettre de licenciement, l'employeur peut-il se contenter d'invoquer un motif identifiable (le motif disciplinaire, les difficultés économiques, etc.) sans autre précision (telles que la faute reprochée, la caractérisation des difficultés économiques, les conséquences de ce motif sur le poste du salarié ou encore l'impossibilité de reclassement)[727] ? On peut raisonnablement penser que l'employeur devra donner des éléments suffisamment précis pour être vérifiables et identifiables (la faute reprochée devrait par exemple être énoncée[728], même si des précisions relatives aux circonstances de la faute pourraient être apportées ultérieurement[729]), quand d'autres éléments pourraient être jugés plus « formels » et donc faire

---

[721] CRPA, art. L. 231-1.

[722] CRPA, art. L. 232-4 al. 1er.

[723] CRPA, art. L. 232-4 al. 2.

[724] C. trav., art. L. 1235-2.

[725] F. TAQUET, « Licenciement : une histoire de précision... », *JCP E-A*, 01/2018, p. 18.

[726] C'est d'ailleurs ce que suggère la suppression du verbe « compléter », initialement présent dans le projet d'ordonnance. En ce sens, Cf. not. *Ibid.*

[727] A. FABRE, « La motivation du licenciement », *Dr. soc.*, 01/2018, n° 1, pp. 4-9 ; Y. LEROY, « Précision des motifs de licenciement : la grande illusion ? », *Dr. soc.*, 2022, n° 10, pp. 805-810.

[728] En ce sens : M. HENRY, « L'énonciation des motifs du licenciement : le grand bond en arrière (La lettre de licenciement peut-elle être considérée comme une simple formalité ?) », *op. cit.*

[729] Y. LEROY, « Précision des motifs de licenciement : la grande illusion ? », *op. cit.*: « Ainsi, si l'employeur s'est borné à indiquer, dans la lettre de licenciement, que le salarié était congédié pour faute (ou faute grave), il n'a, en

l'objet d'une communication ultérieure (l'employeur devrait ainsi pouvoir détailler les recherches de reclassement infructueuses ou les conséquences du motif économique sur l'emploi[730]). En résumé, tant en droit du travail qu'en droit administratif, il s'agit d'éviter tout à la fois l'écueil d'une motivation purement formelle et celui d'un rigorisme trop important dans le formalisme de l'acte.

226. **Sanction**. Du point de vue des sanctions, les exigences de motivation travailliste et administrativiste sont également similaires sans être identiques. Le non-respect de l'exigence de motivation rend l'acte illégal, mais les conséquences exactes de cette illégalité varient selon les cas. En droit administratif, l'absence, l'insuffisance ou l'inexactitude de la motivation d'un acte entrant dans le champ d'application de l'exigence est susceptible d'être sanctionnée par la nullité de l'acte[731].

En droit du travail, l'absence ou l'inexactitude de la motivation rend le licenciement « sans cause réelle et sérieuse »[732]. Sans être assimilée à la nullité du licenciement, la sanction de l'absence de cause réelle et sérieuse constitue davantage qu'une simple irrégularité de forme[733]. Elle permet au salarié de réintégrer l'entreprise, à condition qu'aucune des parties ne s'y oppose ou, plus généralement, de prétendre à des dommages et intérêts[734]. La solution se complique toutefois lorsque la motivation du licenciement est insuffisante, sans être totalement absente. Auparavant, la chambre sociale de la Cour de cassation énonçait, depuis l'arrêt *Rogie* du 29 novembre 1990[735] confirmé plus tard par l'assemblée plénière[736], que l'énonciation imprécise d'un motif au sein de la lettre de licenciement équivalait à une absence de motif entraînant

---

fait, donné aucun motif justifiant la rupture du contrat de travail, se contentant de qualifier le licenciement de disciplinaire. Nous pensons qu'il ne peut pas, dans un tel cas, préciser un motif qui n'a pas été énoncé car il n'est logiquement pas possible de préciser un motif inexistant (...). En revanche, s'il a licencié le salarié pour faute en visant, par exemple, une absence injustifiée, il peut, dans un second temps, préciser la date de ladite absence ».

[730] *Ibid.*

[731] Cons. État, 7 mai 1993, n° 107221, *Min. Agriculture c. SARL Cevlot* et Cons. État, 19 décembre 1990, *Kromwell*, préc.

[732] C. trav., art. L. 1235-2 al. 4. L'absence de motivation résulte souvent d'une absence de lettre de rupture, notamment lorsque la rupture est requalifiée, *a posteriori*, par le juge. En ce sens, Cf. J.-Y. FROUIN, « Le point sur la motivation de la lettre de licenciement », *RJS*, 07/1999, n° 7, pp. 543-548. Pour des motifs inexacts, V. par ex. : Cass. soc., 24 avril 1990, n° 88-43.555, *Folies Bergères*.

[733] V. déjà : Cass. soc., 26 octobre 1976, n° 75-40.659, *Janousek*.

[734] Le montant de ces dommages et intérêts est déterminé par le juge toutefois contraint par le « barème Macron » qui fixe un plancher et un plafond d'indemnisation dont les seuils varient selon la taille de l'entreprise et l'ancienneté du salarié (C. trav., art. L. 1235-3).

[735] Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 88-44.308, *Rogie*.

[736] Cass., ass. plén., 27 novembre 1998, n° 97-40.423, n° 96-40.199 et n° 96-44.358.

l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement. Depuis la réforme de 2017[737], il faut cependant distinguer plusieurs hypothèses[738]. Soit le salarié a pris l'initiative de demander à l'employeur, en bonne et due formes[739], de préciser les motifs énoncés dans sa lettre de licenciement. Dans ce cas, la jurisprudence *Rogie* vaut toujours : l'insuffisance de motivation du licenciement (dans la seule lettre de licenciement si l'employeur n'a pas répondu à la demande du salarié ou dans la lettre de licenciement complétée par la lettre de précision dans le cas inverse) rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Soit – seconde hypothèse – le salarié n'a pas demandé, ou pas correctement, à l'employeur de préciser sa lettre de licenciement[740]. Dans ce cas, comme le prévoit l'article L. 1235-2 alinéa 3 du code du travail, « l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse ». La sanction de l'insuffisance de motivation est alors déclassée, passant d'une irrégularité de fond à une irrégularité de forme n'ouvrant droit qu'à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire[741]. Le fait que l'employeur prenne l'initiative de préciser la lettre de licenciement n'y change rien.

Jusqu'à récemment, droit administratif et droit du travail faisaient donc de la motivation dans l'acte une exigence de fond plus qu'une exigence formelle. La solution est plus nuancée aujourd'hui en droit du travail.

227. **Conclusion du paragraphe**. Si elles présentent quelques différences, force est de constater que les exigences de motivation travailliste et administrativiste sont très proches. Du point de vue du régime, il est en effet bien plus aisé de comparer la motivation des actes administratifs avec la motivation du licenciement plutôt qu'avec le droit d'accès aux documents administratifs. Or, faut-il le rappeler, la motivation des actes administratifs et le droit d'accès aux documents

---

[737] Ord. n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

[738] Ces hypothèses se déduisent, avec quelques hésitations, de l'article L. 1235-2 du code du travail.

[739] C. trav., art. R. 1232-13 al. 1er : « Dans les quinze jours suivant la notification du licenciement, le salarié peut, par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé, demander à l'employeur des précisions sur les motifs énoncés dans la lettre de licenciement ».

[740] Notons que, selon la chambre sociale de la Cour de cassation, « aucune disposition n'impose à l'employeur d'informer le salarié de son droit de demander que les motifs de la lettre de licenciement soient précisés » (Cass. soc., 29 juin 2022, n° 20-22.220, *Sté BNP Paribas*, *Dr. soc.* 11/2022 p. 949 note J. MOULY ; *RDT* 09/2022 p. 505 note A. FABRE).

[741] C. trav., art. L. 1235-2 al. 3. Cette « irrégularité de forme » est souvent présentée par la doctrine comme une irrégularité de procédure (voir par ex. : S. MAILLARD-PINON, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2022, p. 131). Il ne s'agit toutefois pas du sens que nous donnons au terme de procédure.

administratifs relèvent de la transparence, tandis que la motivation du licenciement n'est pas associée à ce terme. C'est donc que les critères de reconnaissance de la transparence se trouvent moins dans le droit positif[742] que dans l'interprétation qui en est faite. En d'autres termes, l'utilisation ou non du terme de transparence résulte moins des différences de régime existant en droit positif que, comme nous allons le voir, de l'interprétation doctrinale des fonctions de la motivation, et plus spécifiquement de la place reconnue à la fonction informative dans le discours juridique.

§2. La primauté de la fonction informative dans le discours travailliste

228. **Un régime profondément ambivalent**. Si le régime des deux exigences de motivation ne semble à lui seul guère déterminant, qu'est-ce qui justifie que la motivation des actes administratifs soit, contrairement à l'exigence travailliste, associée au terme de transparence ? Cette différence pourrait-elle s'expliquer par la place assignée à la fonction informative de la motivation dans les discours administrativiste et travailliste ?

229. **La présence de la fonction informative dans les discours administrativiste et travailliste**. Dans ces deux discours, la motivation des décisions a pour fonction d'informer la ou les personnes auxquelles elle fait grief des motifs fondant la décision. La motivation des actes administratifs est ainsi perçue comme un droit, pour l'administré auquel l'acte fait grief, de connaître les motifs de l'acte et de mesurer ses chances de succès en cas de litige. En droit du travail[743], la motivation fut également très tôt perçue, sous l'angle de sa fonction informative, comme un droit pour son destinataire. Pour le ministre du Travail Jean Auroux, il paraît légitime que « chaque travailleur qui reçoit une sanction soit averti par écrit des motifs qui ont conduit

[742] Le régime ne traduit en effet qu'en partie la manière dont est conçue la motivation. Pour preuve, l'exigence, *ad vadilitatem*, de motivation au sein même de l'acte, qui se retrouve tant en droit administratif qu'en droit du travail (particulièrement avant la réforme de l'ordonnance « Macron » de 2017), n'a pas conduit à une conception unique de la motivation.

[743] *Contra* : J.-E. RAY, « Le nouveau droit du licenciement (1985-1987) », *Dr. soc.*, 10/1987, n° 9-10, p. 665. L'auteur craignait que la motivation dans la lettre de notification du licenciement ne crée indirectement un « casier professionnel ».

à la prendre et ainsi des faits qui lui sont reprochés »[744]. La motivation et l'entretien préalable à la sanction constituent selon lui le « respect élémentaire des droits de la défense »[745].

La fonction informative de la motivation apparaît donc dans le discours administrativiste comme dans le discours travailliste. En droit administratif, elle n'a cependant pas, comme nous le verrons[746], étouffé toute autre fonction de la motivation. Elle constitue une fonction parmi d'autres de la motivation des actes administratifs. En est-il de même dans le discours travailliste ? Pour répondre à cette question, il nous faut mesurer la place de la fonction informative de la motivation dans le discours travailliste par rapport à d'autres fonctions.

230. **Les origines contentieuses de la motivation**. À l'origine, l'exigence de motivation était perçue sous le prisme de sa fonction informative. Pendant longtemps, la motivation des décisions était en effet une exigence surtout imposée pour les décisions de type juridictionnel. Le droit privé comme le droit public répugnaient à exiger d'un décisionnaire, autre que le juge, à énoncer expressément les motifs fondant sa décision[747]. Le juge du contrat de travail s'arrogeait toutefois le pouvoir de demander à l'employeur de communiquer les raisons de sa décision de licencier un salarié pour vérifier l'absence d'abus[748]. Depuis, l'exigence de motivation, construite en plusieurs étapes, peine à se détacher de son origine pré-contentieuse. La première étape majeure fut franchie avec la loi du 13 juillet 1973[749] – « acte fondateur » du droit du licenciement[750] – qui obligeait l'employeur à communiquer au salarié les motifs de sa décision, et ce avant tout contrôle juridictionnel. La motivation n'intervenait toutefois qu'après la notification du licenciement, et uniquement lorsque le salarié en formulait la demande – « ce

---

[744] J. AUROUX, *Le droit des travailleurs*, Collection des rapports officiels de la Documentation française, septembre 1981, p. 7 (pagination internet), disponible sur https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/271626.pdf (Consulté le 22 novembre 2022).

[745] *Ibid.*

[746] Cf. *infra* §§ 299 et s.

[747] M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, 2001, p. 305 ; F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel*, Paris X - Nanterre, 2 décembre 2000, pp. 33 et s. ; H. DE GAUDEMAR, « L'obligation de motivation des actes administratifs unilatéraux en droit français », *in La motivation en droit public*, Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2013, pp. 72 et s.

[748] X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Dr. soc.*, 1998, n° 11 ; M. FABRE-MAGNAN, « Etudes offertes à J. Ghestin », *op. cit.*, p. 312.

[749] Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 relative à la modification du code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat à durée indéterminée.

[750] F. FAVENNEC-HÉRY, « Regards sur le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail : les apports de la loi du 13 juillet 1973 », *in Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Points d'appui, Paris, Les Editions de l'Atelier : Les Editions ouvrières, 1998, p. 253.

qui a conduit la chambre sociale de la Cour de cassation à l'analyser comme la phase initiale du procès contentieux qui allait suivre »[751]. Pour la doctrine, l'énonciation des motifs de la rupture ne servait alors qu'à permettre aux salariés « d'évaluer leurs chances de succès s'ils envisagent d'engager un procès »[752]. Certains commentateurs ont été assez critiques vis-à-vis de la loi du 13 juillet 1973, qui pourtant a exigé une cause réelle et sérieuse pour tout licenciement et permis au salarié de demander la communication des motifs de la rupture du contrat. On a ainsi écrit que la loi « a été faite pour jouer un rôle de désamorçage », qu'elle « se contente d'anesthésier », ou encore qu'une « meilleure protection contre le licenciement n'est pas ici le véritable motif de l'intervention législative » et de poursuivre « on serait tenté de dire que cette loi appartient à la catégorie […] des fausses lois, dont on sait pertinemment avant même qu'elles entrent en vigueur, qu'elles ne modifient que très peu le statu quo »[753]. Pour d'autres, « la réforme sera ce que les juges voudront qu'elle soit »[754]. En tout état de cause, la motivation était perçue comme un droit à l'information pour le salarié.

231. **L'évolution de la motivation vers une règle de fond**. La deuxième étape fut d'origine jurisprudentielle. Quelques années après la loi de 1973, la Cour de cassation s'est chargée d'en préciser la sanction. Dans l'arrêt *Janousek* du 26 octobre 1976[755], elle jugea que l'absence de réponse de l'employeur à la sollicitation du salarié aboutissait à présumer de manière irréfragable l'absence de motif de licenciement. Par cette solution s'est créé un lien très fort entre la motivation et le bien-fondé du licenciement. À cette occasion, la Haute juridiction avait d'ailleurs pris soin de préciser que l'exigence de motivation « n'était pas qu'une irrégularité de forme ». Deux ans plus tard, la chambre sociale affirmait que l'énonciation des motifs par l'employeur en réponse à la sollicitation du salarié fixait les limites du litige[756]. Les juges avaient toutefois tempéré la solution. Malgré l'envoi tardif de la lettre de réponse au salarié, la

---

[751] M.-J. BÉRAUDO, « L'évolution de la jurisprudence en matière d'énonciation des motifs de licenciement », *RJS*, 04/1992, p. 231.

[752] J. PÉLISSIER, *La réforme du licenciement*, Paris, Sirey, 1974, p. 47.

[753] M.-C. BONNETÊTE et G. LYON-CAEN, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.*, 11/1973, n° 11, pp. 493-494. V. aussi : F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel*, *op. cit.*, p. 106.

[754] J. PÉLISSIER, *La réforme du licenciement*, *op. cit.*, p. 1. L'auteur est plus mesuré que les deux auteurs précités sur les critiques portant sur les conditions d'élaboration de la loi (p. 2).

[755] Cass. soc., 26 octobre 1976, n° 75-40.659, *Janousek*.

[756] Cass. soc., 21 février 1978, n° 76-40.554. V. également : B. TEYSSIÉ, « L'information du salarié », *op. cit.*, p. 247.

présomption ne jouait pas si le salarié avait été informé des motifs lors de l'entretien préalable[757]. Même si la motivation a évolué vers une règle de fond, la perspective restait dès lors précontentieuse. Ce qui importait, c'était que le salarié qui en faisait la demande ait connaissance des motifs de la décision afin de pouvoir mesurer ses chances de succès en cas de litige. Le fait que la lettre envoyée au salarié fixe les limites du litige était d'ailleurs cohérent par rapport à cet objectif puisqu'il donnait une prévisibilité au salarié quant au contenu des débats judiciaires, le cas échéant. Là encore, la motivation était donc perçue comme un droit à l'information pour le salarié lui permettant d'apprécier ses chances de succès en cas de litige.

232. **L'exigence de motivation dans l'acte**. La loi « Auroux » du 4 août 1982[758] obligeant la motivation des sanctions disciplinaires (y compris la rupture du contrat), la loi du 30 décembre 1986[759] concernant les licenciements pour motif économique ou disciplinaire et la loi du 2 août 1989[760] généralisant à tous les licenciements l'exigence de motivation ont marqué une troisième étape. Elles ont imposé à l'employeur d'énoncer les motifs de sa décision au sein de la lettre de licenciement, c'est-à-dire au stade de sa notification et sans sollicitation particulière du salarié. La Cour de cassation a alors adapté sa jurisprudence en considérant que c'est désormais la lettre de licenciement – et non plus la réponse à la sollicitation du salarié – qui fixe les termes du litige[761]. Elle en a ensuite tiré les conséquences au fil de ses arrêts : l'employeur ne peut se prévaloir ni des motifs énoncés avant la notification du licenciement, y compris par renvoi au sein de la lettre à un autre document, ni des justifications ou précisions qu'il serait tenté d'apporter après celle-ci. En somme, « la lettre, seulement la lettre, toute la lettre »[762]. Puis, dans son arrêt *Rogie* du 29 novembre 1990[763] confirmé plus tard par l'assemblée plénière[764], la chambre sociale de la Cour de cassation a repris une partie de la solution de l'arrêt *Janousek* : l'énonciation imprécise d'un motif au sein de la lettre de licenciement équivaut à une absence de motif entraînant l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement. La rupture du contrat

---

[757] Cass. soc., 12 mai 1980, n° 79-40.119.

[758] Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

[759] Loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement.

[760] Loi n° 89-549 du 2 août 1989 modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion.

[761] Cass. soc., 21 février 1990, n° 86-45.246.

[762] A. FABRE, « La motivation du licenciement », *op. cit.*

[763] Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 88-44.308, *Rogie*.

[764] Cass., ass. plén., 27 novembre 1998, n° 97-40.423, n° 96-40.199 et n° 96-44.358.

est en conséquence abusive et ouvre droit à une réparation plus importante pour le salarié que celle que lui aurait offerte une simple irrégularité de procédure. Comme l'a remarqué la doctrine, la sanction de l'absence de motivation au sein de la lettre de licenciement s'est déplacée sur le terrain de la justification du licenciement[765]. Cumulées, ces deux solutions jurisprudentielles ont ainsi créé un « lien indissoluble entre l'énonciation des motifs et leur bien-fondé »[766], éloignant la perspective précontentieuse de la motivation. En effet, si l'on estime que ce « qui est essentiel à la protection du travailleur, c'est que celui-ci ne puisse être licencié sans savoir pourquoi », alors il « est paradoxal que [le vice de motivation], qui ne fait que confirmer au salarié ce que l'employeur lui avait déjà laissé prévoir dans l'entretien, soit sanctionn[é] comme une absence de cause réelle et sérieuse de licenciement »[767]. De la même manière, la solution consistant à sanctionner par l'absence de cause réelle et sérieuse le licenciement par téléphone préalable – voire presque concomitant – à l'envoi (et non la réception) de la lettre de licenciement[768] ne paraît pas cohérent sous cet angle. Ces solutions[769] paraissaient mieux s'expliquer par une autre fonction de la motivation[770] : celle qui invite le décisionnaire à réfléchir à sa décision. Dans cette perspective, la décision de licencier est censée résulter du processus de décision, processus qui inclut la motivation. En rédigeant par écrit les motifs du licenciement, l'employeur doit prendre conscience de son acte, réfléchir à sa décision, puis l'arrêter. En privant de cause réelle et sérieuse le licenciement lorsque la motivation est absente ou insuffisante dans la lettre de notification, l'information du salarié n'est-elle en effet pas reléguée au second plan ? L'objectif premier n'est-il pas de faire de la motivation un élément de validité de la décision, comme une étape indispensable dans la création de l'acte, en ce qu'elle oblige l'employeur à réfléchir de sa décision ? Pourtant, ces éléments n'ont pas réussi à écarter le prisme contentieux. Pour preuve, la Cour de cassation a rappelé que l'énoncé des motifs dans la lettre de licenciement « a pour objet de permettre au salarié de connaître les motifs de son licenciement pour pouvoir éventuellement les discuter et de fixer les limites du

---

[765] A. FABRE, « La motivation du licenciement », *op. cit.*

[766] M.-J. BÉRAUDO, « L'évolution de la jurisprudence en matière d'énonciation des motifs de licenciement », *op. cit.*

[767] J. SAVATIER, « Note sous Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 88-44.308, *Rogie* et Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 88-40.618, Laborie (L'obligation d'énoncer les motifs de licenciement et sa sanction) », *Dr. soc.*, 1991, p. 99.

[768] Cass. soc., 3 avril 2024, *Sté Legallais*, préc.

[769] Auxquelles on pourrait d'ailleurs ajouter l'obligation de respecter un certain délai entre l'entretien préalable au licenciement et l'envoi de la lettre de notification (C. trav., art. L. 1232-6 al. 3).

[770] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, p. 94.

litige quant aux motifs énoncés »[771]. Bien sûr, la fonction précontentieuse de la motivation n'a pas disparu ; elle n'est d'ailleurs pas incompatible avec la fonction réflexive. Mais la seconde peine à passer au premier plan et reste très souvent négligée. Magistrats comme auteurs « envisagent [donc] toujours l'obligation de motiver le licenciement comme un instrument d'organisation du contentieux et non comme un outil de réflexion à destination de l'employeur »[772]. En d'autres termes, ils font primer la fonction informative de la motivation sur toute autre fonction.

233. **Le retour du droit positif vers la fonction précontentieuse**. La dernière étape résulte de l'ordonnance dite « Macron » du 22 septembre 2017[773]. Elle vient nettement assouplir la rigoureuse construction jurisprudentielle forgée au fil des ans. Désormais, les motifs de licenciement peuvent être précisés après l'envoi de la lettre de licenciement, soit spontanément, c'est-à-dire à l'initiative de l'employeur, soit sur sollicitation du salarié[774]. Lorsque, en l'absence de sollicitation du salarié, l'employeur n'a pas précisé les motifs énoncés dans la lettre de licenciement, la loi prévoit que l'insuffisance de motivation dans cette lettre ne prive pas, à elle seule, de cause réelle et sérieuse le licenciement[775]. L'employeur est alors admis à motiver plus précisément son acte à l'occasion du procès prud'homal. S'il parvient à démontrer à ce stade que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse, alors l'énonciation imprécise des motifs au sein de la lettre de licenciement n'aura comme seule conséquence que d'ouvrir droit à une indemnité d'un mois de salaire pour irrégularité procédurale[776]. Affaiblie, la jurisprudence *Rogie* n'est pas morte pour autant. Elle « survit grâce à la résurrection de l'arrêt

---

[771] Cass. soc., 3 mai 2016, n° 15-11.046.

[772] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, p. 94. La lecture d'une chronique de Philippe Waquet nous paraît très éloquente sur ce point. L'auteur citait Georges Vedel et Pierre Delvolvé qui écrivaient (Droit Administratif, PUF, 11e éd., T. l, p. 291) : « Le problème de la motivation est précisément de savoir si l'auteur de la décision doit exprimer les motifs qui l'ont amené à la prendre. La motivation est favorable aux administrés, qui connaissent, dès l'adoption de la décision, les raisons qui l'ont provoquée et peuvent plus facilement les contester ; elle facilite la tâche du juge qui n'a pas à provoquer la communication des motifs de l'administration ; elle n'est pas inutile à l'administration qui, en formulant ses motifs, est amenée à préciser sa propre position ». Cette citation permettait à l'auteur d'affirmer que « Ces trois raisons de motiver les actes administratifs, remarquablement résumées, se retrouvent pour le cas de la rupture du contrat de travail : le salarié connaît exactement et par écrit les raisons de la rupture et peut plus aisément les contester ; le juge prud'homal n'a pas d'autres pièces à consulter que la lettre de rupture ; *l'employeur est amené à préciser sa pensée et à choisir son terrain en cas de litige ultérieur* » (nous soulignons). L'aspect réflexif de la motivation est donc ici immédiatement rattaché à l'aspect contentieux.

[773] Ord. n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail.

[774] C. trav., art. L. 1235-2 al. 1.

[775] C. trav., art. L. 1235-2 al. 3.

[776] *Ibid.*

Janousek »[777] : en l'absence de précision des motifs de licenciement en dépit de la sollicitation en bonne et due forme du salarié, le licenciement serait sans cause réelle et sérieuse[778]. L'absence de cause réelle et sérieuse devrait également être retenue lorsque les motifs énoncés restent imprécis, malgré les précisions apportées spontanément dans une lettre envoyée après la notification du licenciement. En tout état de cause, c'est à présent la lettre de licenciement, accompagnée des précisions formulées suivant la procédure instituée à cet effet, qui fixe(nt) les termes du litige[779]. Le dispositif semble ainsi renouer avec la vision précontentieuse de la motivation. En fonction de la souplesse que les magistrats accorderont à l'employeur dans sa faculté de précision de la lettre de licenciement, la motivation pourrait ne plus jouer comme avant sa fonction réflexive. Après un certain recul, la fonction informative – fonction historique de la motivation – gagne donc de nouveau du terrain.

234. **La transparence, une question de perspective**. La fonction informative de la motivation des décisions est donc bien présente dans le discours administrativiste comme dans le discours travailliste. Cependant, si dans le premier elle paraît constituer une simple fonction parmi d'autres ; dans le second, elle semble si prédominante qu'elle tend à occulter toute autre fonction de la motivation. Ainsi, bien que la fonction réflexive de la motivation (incitant l'employeur à réfléchir à sa décision, à l'améliorer ou à y renoncer) soit quelques fois relevée dans le discours travailliste[780], force est de constater que cette conception de la motivation peine à s'implanter. Bien au contraire, la motivation ne parvient pas à s'extraire de sa conception originelle. Le régime institué par la loi du 13 juillet 1973, suspendant l'exigence de motivation à une sollicitation du salarié postérieure au licenciement, l'a durablement marquée comme une « garantie pré-contentieuse accordée au salarié »[781]. Le dispositif issu de l'ordonnance « Macron » devrait en outre largement renforcer cette position. D'aucuns ont d'ailleurs considéré que le dispositif instaurait un « échange précontentieux »[782]. La motivation est donc avant tout perçue comme un droit à l'information pour le salarié.

---

[777] A. FABRE, « La motivation du licenciement », *op. cit.*

[778] Y. PAGNERRE, « "Précisions" sur la précision de la lettre de licenciement », *RJS*, 05/2018, n° 5, pp. 375-379 ; M. HENRY, « L'énonciation des motifs du licenciement : le grand bond en arrière (La lettre de licenciement peut-elle être considérée comme une simple formalité ?) », *op. cit.*

[779] C. trav., art. L. 1235-2 al. 2.

[780] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, pp. 60 et s.

[781] *Ibid.*, p. 91.

[782] Y. TARASEWICZ et E. COULOMBEL, « La motivation de la lettre de licenciement : dialogue ou modélisation ? (La lettre de licenciement peut-elle être considérée comme une simple formalité ?) », *RDT*, 2017, pp. 763-766.

En conclusion, le discours juridique travailliste accentue la fonction informative de la motivation du licenciement au détriment d'autres fonctions. Cette primauté de la fonction informative explique, ne serait-ce que partiellement, pourquoi la motivation du licenciement n'est pas associée à l'exigence de transparence dans le discours juridique. Le même constat peut être opéré à partir de l'exemple de l'information portant sur les éléments essentiels de la relation de travail.

SECTION 2. LA PLACE PRÉPONDÉRANTE DE LA FONCTION INFORMATIVE DANS L'INFORMATION PORTANT SUR LES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE LA RELATION DE TRAVAIL

235. **Un nouvel exemple de primauté de la fonction informative**. Comme la motivation du licenciement, l'information du salarié portant sur les éléments essentiels de la relation de travail nous paraît illustrer la propension du discours juridique travailliste à privilégier la fonction informative de l'exposition au regard sur d'autres fonctions. Si dans le discours travailliste européen, une autre fonction a un temps été sur le devant de la scène, justifiant de ce fait l'utilisation du terme de transparence (§1), dans le discours travailliste français, la fonction informative paraît l'éclipser (§2).

236. **Précisions sur l'objet d'étude**. Avant d'analyser les fonctions de cette information, quelques précisions s'imposent. Issue du droit européen, l'expression « éléments essentiels de la relation de travail » renvoie à une multitude d'informations qui, du point de vue du droit français, ne constituent pas une catégorie homogène. L'expression regroupe ainsi des informations de nature différente. Les unes portent sur des éléments ayant une valeur contractuelle tels que l'identité des parties au contrat de travail, la durée du travail ou encore la qualification du salarié ; d'autres sur des éléments qui n'ont pas (ou pas nécessairement) valeur contractuelle tels que le droit conventionnel applicable. Ensuite, certains éléments – en particulier les éléments tenant à la rémunération – font l'objet d'un traitement spécifique et seront donc envisagés ailleurs[783].

§1. La progression de la fonction informative dans le discours travailliste européen (UE)

237. **Une perception évolutive des fonctions de l'information**. En droit européen, plus exactement en droit de l'Union européenne, l'information des travailleurs sur les éléments essentiels de la

[783] Cf. *infra* § 431.

relation de travail était initialement exigée par la directive communautaire n° 91/533/CEE du 14 octobre 1991[784]. Cette directive fut remplacée par la directive n° 2019/1152 du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne. Dans les grandes lignes, ces directives imposent à l'employeur de porter à la connaissance des travailleurs les informations relatives aux éléments essentiels de la relation de travail tels que l'identité des parties, le lieu de travail, la qualification du travailleur, etc[785]. Les informations doivent être transmises par écrit au travailleur dans les premiers temps de la relation de travail[786].

D'une directive à la suivante, la fonction informative de l'information[787] du travailleur est passée du second (1) au premier plan (2). Cette progression de la fonction informative paraît expliquer la transformation du substantif « transparence » (transparence sur le marché), présent dans la première directive, à l'adjectif « transparent » (conditions de travail transparentes) présent dans la seconde. Ce changement ne nous paraît pas neutre, comme nous allons le voir.

A. La place *a priori* secondaire de la fonction informative dans la directive du 14 octobre 1991

238. **Les objectifs de la directive**. Selon le préambule de la directive du 14 octobre 1991, l'information des travailleurs est censée poursuivre deux objectifs : assurer la protection des travailleurs contre une éventuelle méconnaissance de leurs droits et offrir une plus grande transparence sur le marché du travail[788]. Cela dit, la directive, comme les quelques arrêts de la Cour de justice l'interprétant[789], sont fort laconiques en ce qui concerne ces objectifs. Ceux-ci ne sont qu'énoncés de façon péremptoire. À bien y regarder, l'objectif de transparence sur le marché, qui renvoie à une fonction de régulation du marché, semble artificiellement mis en

---

[784] Directive n° 91/533/CEE du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail. Sur cette directive, cf. M. MAUL-SARTORI, *Droits européens d'information relatifs à la relation de travail*, *op. cit.*

[785] Dir. n° 91/533/CEE, art. 2 et Dir. n° 2019/1152, art. 4.

[786] Dir. n° 91/533/CEE, art. 3 et Dir. n° 2019/1152, art. 5.

[787] Si l'expression « fonction informative de l'information » peut apparaître tautologique, elle s'oppose néanmoins à la fonction régulatrice de l'information ; l'information étant ici comprise comme une forme d'exposition au regard.

[788] Dir. n° 91/533/CEE, cons. n° 2.

[789] CJCE, 4 décembre 1997, aff. C-253/96, *Kampelmann*, pts. 3 et 24 ; CJCE, 23 novembre 1999, aff. C-369/96, *Arblade*, pt. 68 ; CJCE, 8 février 2001, aff. C-350/99, *Lange*, pt. 3. V. égal. M. MAUL-SARTORI, *Droits européens d'information relatifs à la relation de travail*, *op. cit.*, p. 9.

avant (1). Relégué au second plan, l'objectif de protection des travailleurs contre une éventuelle méconnaissance de leurs droits, qui renvoie quant à lui à la fonction informative, paraît pourtant plus cohérent (2).

1. L'artificielle primauté de la fonction de régulation du marché

239. **Une mise en avant de la fonction de régulation justifiée par la compétence de l'UE**. Parce que l'Union européenne jouit d'une compétence d'attribution, chaque norme juridique qu'elle édicte doit reposer sur une disposition de l'un des traités fondateurs – disposition qui constitue la base juridique de la norme[790]. Et parce que la compétence de l'Union européenne en matière de politique sociale était accessoire à sa compétence en matière de fonctionnement du marché commun[791], le Conseil des communautés s'était naturellement tourné vers l'ancien article 100 du traité instituant la communauté économique européenne pour justifier l'adoption de la directive du 14 octobre 1991. Cet article disposait en effet que le Conseil arrête des directives lorsque le rapprochement des législations des États membres a une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun. Sous cet angle, l'harmonisation de l'exigence d'information des travailleurs au sein des États membres est censée réguler le fonctionnement du marché commun. Cette fonction de régulation[792] est donc mise en avant, ce que justifie l'emploi de l'expression de « transparence sur le marché du travail ».

La justification apparaît cependant péremptoire : la directive du 14 octobre 1991 se contente d'indiquer que « les différences entre les législations des États membres [en matière d'information des travailleurs] peuvent avoir une incidence directe sur le fonctionnement du Marché commun »[793]. Le Parlement européen avait d'ailleurs proposé, en vain, de remplacer ce fondement juridique par les dispositions relatives à la politique sociale de la communauté européenne[794].

---

[790] F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2021, p. 214.

[791] Traité CEE, art. 117 : « Les États membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès. / Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent Traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives ».

[792] Nous reviendrons largement sur cette fonction ultérieurement. Cf. *infra* §§ 251 et s.

[793] Cons. n° 4 Dir. 91/533/CEE.

[794] Avis du Parlement européen, JOCE 16 septembre 1991 n° C 240/21, p. 21. Le Parlement européen proposait de se référer à l'article 118 A du Traité CEE.

240. **Le caractère artificiel de la fonction de régulation**. Il faut alors tenter de reconstruire le raisonnement permettant d'établir un lien entre l'harmonisation des exigences d'information des travailleurs et le fonctionnement du marché commun, pour comprendre de quelle manière l'information des travailleurs est censée jouer une fonction régulatrice.

On pourrait premièrement considérer que l'harmonisation de l'exigence d'information participe à la transparence sur le marché commun en ce qu'elle atténue les distorsions de concurrence entre les entreprises des États membres. Comme le rappelle Mathias Maul-Sartori, l'article 100 du Traité CEE tel qu'interprété par la Cour de Justice ne donnait en effet compétence à l'Union européenne pour édicter des directives que si les disparités entre les législations des États membres que la directive souhaite atténuer sont de nature à provoquer une distorsion de concurrence ou à nuire au bon fonctionnement du marché commun[795]. Or, il ne semble pas que les différences dans les législations étatiques relatives à l'information des travailleurs soient de nature à provoquer des distorsions de concurrence importantes entre les entreprises[796]. « Il ne reste qu'un effet minimal de la directive sur les coûts du travail, résultant de l'extension des obligations générales d'information aux États qui n'avaient pas de telles dispositions dans leur droit [ce qui] n'est pas suffisant pour justifier l'adoption de la directive sur le fondement de l'article 100 CEE »[797].

On pourrait deuxièmement considérer, à l'instar de l'auteur, que l'harmonisation de l'exigence d'information participe à la transparence sur le marché commun en ce qu'elle favorise le bon fonctionnement du marché commun. La directive aurait pour fonction « l'abolition, entre les États membres, des obstacles liés à la libre circulation des marchandises, personnes, services et capitaux »[798]. Autrement dit, l'information des travailleurs, en ce qu'elle favorise la liberté de circulation des travailleurs et le libre établissement des entreprises, participerait au bon fonctionnement du marché commun. C'est donc en ce qu'elle vise à faciliter la mobilité des salariés au sein du marché commun que la directive trouve son fondement[799]. L'idée est qu'une harmonisation de l'exigence d'information encouragerait tant les salariés que les employeurs à accepter un détachement ou une expatriation à l'étranger. L'argument paraît cependant assez

---

[795] CJCE, 16 décembre 1976, aff. 33/76, *REWE*, pt. 5 ; M. MAUL-SARTORI, *Droits européens d'information relatifs à la relation de travail*, *op. cit.*, p. 11.

[796] *Ibid.*, n° 18.

[797] *Ibid.*, n° 19.

[798] *Loc. cit.*

[799] M. MAUL-SARTORI, *Droits européens d'information relatifs à la relation de travail*, *op. cit.*, pp. 12 et s.

faible pour justifier la compétence de l'Union européenne en matière d'information des salariés. D'abord, la directive n'a véritablement d'effet sur le marché commun que dans le cas particulier du détachement ou de l'expatriation du salarié. Ensuite, l'exigence d'information prévue par la directive ne profite pas aux demandeurs d'emploi, elle n'influence donc le salarié qu'une fois le contrat conclu.

On pourrait troisièmement considérer que l'harmonisation de l'exigence d'information participe à la transparence sur le marché commun en ce qu'elle facilite la comparaison des emplois pour les travailleurs. Informés des éléments essentiels de la relation de travail, ils pourraient ainsi choisir de garder leur emploi ou accepter une autre offre[800]. Si l'information est trop tardive pour permettre au salarié de choisir de manière éclairée un emploi plutôt qu'un autre, elle ne le serait pas pour lui permettre de juger s'il est intéressant pour lui de s'engager dans une relation durable avec un employeur[801]. Là encore, l'argument ne convainc guère. Le salarié est informé de ses conditions d'emploi, mais il n'est pas informé des conditions d'emploi applicables dans une autre entreprise, sauf dans le cas particulier, prévu par la directive, du détachement ou de l'expatriation. Il peut donc difficilement apprécier l'opportunité pour lui de conserver son emploi au profit d'un autre.

Enfin, on pourrait considérer que l'harmonisation de l'exigence d'information participe à la transparence sur le marché commun en ce que l'information des travailleurs permettrait de promouvoir le travail atypique, comme le temps partiel ou le travail à domicile par exemple[802]. Une meilleure information des travailleurs les encouragerait à accepter ce type d'emploi. Elle permettrait d'une part au salarié d'évaluer si un travail atypique correspond à ses exigences personnelles et familiales et d'autre part de pallier les dangers liés au développement de ces types d'emploi, notamment en assurant une certaine prévisibilité pour le salarié (grâce à l'information sur la durée ou la répartition du travail par exemple)[803]. Mais encore une fois, l'effet de l'information du travailleur sur sa propension à accepter un travail atypique paraît minime : puisqu'il est informé après la conclusion du contrat de travail, il a, par hypothèse, déjà accepté cette forme de travail.

Ainsi, si la fonction de régulation du marché a été mise en avant pour justifier la compétence des institutions européennes, cette justification apparaît fragile.

---

[800] *Ibid.*, p. 16.

[801] *Ibid.*, pp. 17-18, n° 32.

[802] *Ibid.*, pp. 19 et s.

[803] *Ibid.*

2. L'infériorité de la fonction informative

241. **La lutte contre la méconnaissance des droits des travailleurs**. Le second objectif invoqué par la directive de 1991 est la lutte contre une éventuelle « méconnaissance » des droits des travailleurs ; le terme « méconnaissance » pouvant s'entendre d'une ignorance comme d'une violation[804]. Cet objectif repose sur la fonction informative de l'information des travailleurs.
Selon certains, l'information assure en effet une meilleure connaissance des droits des salariés et leur permet de s'en prévaloir[805]. Elle facilite également le contrôle, notamment celui effectué par l'inspection du travail, en standardisant l'information. Enfin, elle constitue un élément de preuve que le salarié peut faire valoir à l'encontre de l'employeur en cas de litige. Cette finalité probatoire apparaissait d'ailleurs initialement dans l'intitulé de la directive[806]. La doctrine a cependant souligné que réduire l'information imposée par ce texte à sa seule finalité probatoire occulterait le fait qu'en pratique certains salariés ignorent les données communiquées[807].
Sans nier ces fonctions, d'autres considèrent que l'information des salariés sur les éléments essentiels de la relation de travail favorise avant tout l'autonomie du travailleur[808]. Autrement dit, elle leur permet « de faire des projets de manière sûre, sans que leur capacité d'action soit réduite du fait d'une absence de représentation fiable de leur situation personnelle »[809]. La connaissance des éléments essentiels de la relation de travail, en répondant aux besoins de sécurisation et de prévisibilité du salarié, garantit à ce dernier une réelle faculté d'action[810]. Il est vrai que la connaissance des horaires et lieu de travail permet de déterminer le choix d'un logement ou d'un mode de transport ; et celle du montant et de la date de versement du salaire et de ses accessoires de « savoir quels arbitrages [le salarié] va effectuer dans ses dépenses compte tenu de ses revenus »[811].

---

[804] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, p. 240, note n° 1074 ; M. MAUL-SARTORI, *Droits européens d'information relatifs à la relation de travail*, *op. cit.*, p. 23, n° 42.

[805] M. MAUL-SARTORI, *Droits européens d'information relatifs à la relation de travail*, *op. cit.*, pp. 21 et s.

[806] La directive s'intitulait initialement : « directive du Conseil relative à un élément de preuve de la relation de travail » (doc. COM (90) 563, JOCE n°C 24 du 31 janvier 1991, p.3).

[807] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, pp. 240-241.

[808] Sur la notion d'autonomie du salarié, V. *Ibid.*, pp. 201 et s.

[809] *Ibid.*, p. 241.

[810] *Ibid.*, p. 252.

[811] *Ibid.*, p. 253.

Quoi qu'il en soit, il est bien ici question de la fonction informative de l'information des travailleurs. Celle-ci est considérée comme un résultat en elle-même, comme un droit à la connaissance pour les travailleurs, leur permettant de protéger au mieux leur intérêt particulier.

242. **Conclusion**. En résumé, la fonction informative de l'information des travailleurs, bien que présente dans le discours travailliste européen, n'était pas prépondérante laissant ainsi une autre fonction, la régulation du marché, s'exprimer. Ceci explique selon nous l'utilisation du terme de transparence au sein de la directive de 1991. L'information avait prioritairement, en tout cas dans l'esprit du législateur communautaire, comme objectif le bon fonctionnement du marché. Cet objectif de transparence du marché ne convainc cependant pas autant que le second invoqué dans la directive, à savoir la protection des travailleurs contre une éventuelle méconnaissance de leurs droits. D'ailleurs, la réforme de la directive en juin 2019 fut l'occasion d'inverser cette hiérarchie, expliquant l'abandon du substantif « transparence ».

B. La primauté de la fonction informative dans la directive du 20 juin 2019

243. **La primauté de la fonction informative sur la fonction régulatrice**. Remplaçant la directive de 1991, la directive n° 2019/1152 du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne inverse la place respective de la fonction de régulation du marché et de la fonction informative. Cette nouvelle directive précise en effet que son objectif est « [d']améliorer les conditions de travail en promouvant un emploi plus transparent et plus prévisible tout en assurant la capacité d'adaptation du marché du travail ». Les objectifs assignés à la directive ne sont donc plus tout à fait les mêmes que ceux attribués à la précédente.

L'objectif de protection des travailleurs s'est vu élargi, ou à tout le moins, renforcé. Ainsi, quand la directive de 1991 se contentait d'imposer une information à l'égard des salariés, la directive de 2019 impose substantiellement le respect d'une certaine norme. Autrement dit, au droit à l'information s'ajoute de nouveaux droits (limitation de la durée de la période d'essai, possibilité d'exercer un emploi parallèle, etc.).

Quant à l'objectif de transparence sur le marché, il a été relégué au second plan. L'expression même n'apparaît plus dans la directive. Les autorités européennes sont en effet passées de la

« transparence sur le marché du travail »[812] à la « transparence en matière de conditions de travail »[813] pour finir par la « transparence des conditions de travail »[814]. À notre sens, ce changement sémantique ne signifie pas que l'objectif de transparence sur le marché ait disparu au profit d'un unique objectif de protection du travailleur. Ce changement traduit toutefois la subordination de la transparence sur le marché à la protection des travailleurs. Le « déclassement » de l'objectif de transparence sur le marché au rang de simple moyen de protection des travailleurs est d'ailleurs bien visible dans les travaux préparatoires de la directive. La Commission européenne explique que l'objectif général de la directive est de « promouvoir un emploi plus sûr et plus prévisible tout en garantissant la capacité d'adaptation du marché du travail et en améliorant les conditions de vie et de travail »[815]. Cet objectif est décliné en plusieurs objectifs spécifiques : l'amélioration de l'accès des travailleurs à l'information sur leurs conditions de travail, l'amélioration des conditions de travail (notamment lorsque le travail est atypique), l'amélioration du respect des normes en matière de conditions de travail et enfin l'amélioration de la transparence sur le marché du travail[816]. Autre signe de ce déclassement : un autre fondement juridique a été choisi pour justifier l'édiction de cette nouvelle directive. Ce n'est plus le bon fonctionnement du marché commun, mais la réalisation des politiques sociales qui fonde désormais la compétence des autorités européennes[817].

L'objectif de politique sociale a donc pris le pas sur l'objectif économique. On aurait même pu s'attendre à ne pas voir l'adjectif transparent apparaître dans la directive. Cependant, le discours juridique européen est plus enclin à l'utilisation du terme de transparence que le discours national. Sans doute les spécificités du droit de l'Union européenne, et notamment sa « culture économique », le justifie.

---

[812] Dir. 91/533/CEE, Cons. n° 2.

[813] Proposition du 21 décembre 2017 de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne (COM/2017/0797 final - 2017/0355 (COD)), dans l'exposé des motifs.

[814] Notamment dans le titre de la directive 2019/1152 du 20 juin 2019.

[815] Proposition de directive (Document COM(2017) 797 final, p. 3).

[816] *Idem.*

[817] TFUE, art. 153 §2 b) en liaison avec art. 153 §1 b). L'Union européenne peut arrêter des directives, dans le domaine des conditions de travail, afin de soutenir et compléter l'action des Etats membres en vue de réaliser les objectifs de politiques sociales poursuivis par l'Union et notamment l'amélioration des conditions de vie et de travail.

§2. La primauté de la fonction informative dans le discours travailliste français

244. **Une transposition « minimaliste » des directives**[818]. Pour la première comme pour la seconde directive, le législateur français n'a pas montré un grand enthousiasme pour la question de l'information des travailleurs. Transposant tardivement et imparfaitement la directive de 1991, il n'avait en effet « pas cru bon de prendre des dispositions particulières pour assurer [sa] transposition »[819] et s'était contenté de modifier quelques dispositions règlementaires relatives à la communication du bulletin de paie et de la déclaration préalable à l'embauche[820]. Ces communications ne suffisant plus, notamment au regard du délai de communication, pour satisfaire les exigences de la directive de 2019, la loi du 9 mars 2023[821], accompagnée d'un

[818] A propos de la directive de 2019 : G. LOISEAU, « Une transposition réglementaire de la directive sur les conditions de travail transparentes et prévisibles », *JCP S*, 11/2023, n° 46, p. 426 ; à propos de la directive de 1991 : J.-P. LHERNOULD, « Directive 91/533 du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail. Durée de travail journalière ou hebdomadaire normale. Règles applicables à la prestation d'heures supplémentaires », *Dr. soc.*, 05/2001, n° 05, p. 548 (l'auteur parle de transposition « minimale »).

[819] F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, Traité des contrats, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 86.

[820] Décret n° 94-761 du 31 août 1994 portant transposition de la directive 91/533/CEE du Conseil des Communautés européennes du 14 octobre 1991 relative à l'obligation pour l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail et modifiant le code du travail. Le décret modifie les articles R. 143-2 et R. 320-5 devenus respectivement les articles R. 3243-1 et R. 1221-34 du code du travail. Cécile ROBIN relève que la « doctrine est unanime pour considérer que la transposition de la directive n'est pas satisfaisante » (Cf. « L'obligation d'information en droit du travail : l'exemple du bulletin de paie », *op. cit.*, p. 1976, note n° 7). V. égal. J. MULLER-JACQUOT, « La directive CEE 91/533 du 14 octobre 1991 et ses incidences sur le contrat de travail », *Dr. ouvr.*, 03/2000, n° 619, pp. 114-116 ; J.-P. LHERNOULD, « Directive 91/533 du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail. Durée de travail journalière ou hebdomadaire normale. Règles applicables à la prestation d'heures supplémentaires », *op. cit.*

[821] Loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture, art. 19. La loi a créé l'article L. 1221-5-1 du code du travail énonçant notamment que « L'employeur remet au salarié un ou plusieurs documents écrits contenant les informations principales relatives à la relation de travail ».

décret[822] et d'un arrêté[823] sont venus transposer, encore une fois tardivement[824], la nouvelle directive. De ce fait, le législateur ne s'est pas étendu sur les objectifs poursuivis[825].

245. **Les fonctions de l'information identifiées par la doctrine**. La doctrine française s'est alors intéressée aux fonctions poursuivies par l'exigence d'information du travailleur. La fonction de régulation du marché paraît absente des réflexions doctrinales[826]. La fonction informative de l'information est à l'inverse très souvent mentionnée. L'information est ainsi perçue comme une finalité en elle-même, comme une obligation mise à la charge de l'employeur dans l'intérêt du salarié.

En effet, puisque l'information est communiquée au salarié postérieurement à la conclusion du contrat de travail, cette communication d'informations ne paraît pas poursuivre une fonction économique. Autrement dit, l'information ne semble pas avoir pour objectif d'inciter le recruteur à anticiper les réactions des candidats à l'emploi en proposant des conditions de travail et d'emploi plus attractives. Comme le résume en effet Grégoire Loiseau, « le principe même d'un délai [pour la communication des informations] après l'embauche est révélateur de la finalité de l'information qui vise, non pas à éclairer le consentement au contrat, mais à donner aux salariés une connaissance précise des conditions d'exécution de la relation de travail »[827].

---

[822] Décret n° 2023-1004 du 30 octobre 2023 portant transposition de la directive (UE) 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne. Ce décret crée les articles R. 1221-34 et suivants du code du travail, qui détaillent le contenu et les modalités des informations à remettre au salarié.

[823] Arrêté du 3 juin 2024 fixant les modèles de documents d'information prévus par l'article R. 1221-38 dans sa rédaction résultant de l'article 1er du décret n° 2023-1004 du 30 octobre 2023 portant transposition de la directive (UE) 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne.

[824] Les États membres avaient jusqu'au 1er août 2022 pour transposer la directive de 2019 en vertu de son article 21 §1.

[825] Par exemple, l'exposé des motifs de la loi du 9 mars 2023, portant transposition de toute « une série de directives en attente de transposition » (G. LOISEAU, « Une transposition réglementaire de la directive sur les conditions de travail transparentes et prévisibles », *op. cit.*), énonce simplement que l'objectif est... de transposer la directive.

[826] Il arrive toutefois qu'un auteur rappelle simplement les objectifs de la directive CEE n° 91/533 dont celui de transparence du marché commun, sans autre précision. V. par ex. M. VÉRICEL, « Le formalisme dans le contrat de travail », *Dr. soc.*, 11/1993, n° 11, p. 818 : « Les promoteurs de ce texte ont considéré que la soumission des relations de travail à des exigences de forme permet de mieux protéger les salariés contre une éventuelle méconnaissance de leurs droits et d'offrir une plus grande transparence sur le marché du travail ».

[827] G. LOISEAU, « Une transposition réglementaire de la directive sur les conditions de travail transparentes et prévisibles », *op. cit.*

Cette connaissance par les salariés des éléments essentiels de la relation de travail repose tout d'abord sur une exigence de prévisibilité[828] et de sécurité pour les travailleurs. D'ailleurs, si le contrat de travail à durée déterminée ou à temps partiel n'est pas conclu par écrit, le contrat est réputé avoir été conclu pour une durée indéterminée[829] et/ou à temps plein[830]. Ainsi, la « rédaction d'un écrit précisant les conditions essentielles de la relation de travail permet au salarié de savoir à quoi s'en tenir [sur ces éléments]. Le contrat écrit est un facteur de sécurité pour le salarié, une sauvegarde contre le pouvoir de l'employeur »[831].

Dans le prolongement de l'exigence de prévisibilité et de sécurité, l'information du salarié est également une condition d'opposabilité de certaines obligations lui incombant[832], et notamment celles résultant des accords collectifs qui lui sont applicables[833]. L'information est ainsi « destinée à éclairer le travailleur sur ces droits et obligations résultant de la relation de travail »[834]. Elle vise également à accroitre l'autonomie du travailleur en lui permettant de « disposer des connaissances nécessaires pour pouvoir effectuer des choix conformes à ses intérêts »[835]. La finalité informative de l'information du salarié est donc particulièrement

---

[828] Comme l'indique d'ailleurs le nom de la directive de 2019 relative à des conditions de travail « transparentes et prévisibles ».

[829] C. trav., art. L. 1242-12 et L. 1245-1 ; Cass. soc., 21 mai 1996, n° 92-43.874 : l'employeur ne peut apporter la preuve d'un contrat de travail à durée déterminée conclu verbalement.

[830] C. trav., art. L. 3123-6 ; Cass. soc., 25 février 2004, n° 01-46.394 : « l'absence de contrat de travail écrit fait présumer que l'emploi est à temps complet et [il] incombe à l'employeur, qui conteste cette présomption, de rapporter la preuve, d'une part, qu'il s'agissait d'un emploi à temps partiel, d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'était pas tenu de se tenir constamment à la disposition de son employeur ».

[831] M. VÉRICEL, « Le formalisme dans le contrat de travail », *op. cit.*

[832] La question s'est posée de savoir si l'absence d'information portant sur la faculté pour l'employeur d'exiger du salarié qu'il effectue des heures supplémentaires pouvait être sanctionnée par l'impossibilité pour l'employeur d'imposer la prestation de ces heures supplémentaires (cf. par ex. : J.-P. LHERNOULD, « Directive 91/533 du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail. Durée de travail journalière ou hebdomadaire normale. Règles applicables à la prestation d'heures supplémentaires », *op. cit.*). Dans l'arrêt « *Lange* » (arrêt préc.), la CJCE avait en effet jugé que la faculté d'imposer la prestation d'heures supplémentaires constituait un élément essentiel de la relation de travail dont le salarié devait être informé. Cependant, la chambre sociale de la Cour de cassation ne s'est, à notre connaissance, jamais prononcée en ce sens.

[833] Cass. soc., 8 janvier 1997, n° 93-44.009 : « les obligations mises à la charge d'un salarié par une convention collective lui sont opposables, en l'absence de mention dans le contrat de travail, dès lors qu'il a été informé de l'existence d'une convention collective applicable et mis en mesure d'en prendre connaissance ».

[834] C. ROBIN, « L'obligation d'information en droit du travail : l'exemple du bulletin de paie », *op. cit.*, p. 1977.

[835] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, p. 23.

soulignée dans le discours travailliste français. Il en résulte, qu'à quelques rares exceptions près[836], le terme « d'information » est préféré à celui de transparence dans ce discours[837].

246. **Conclusion de la section**. À l'origine placée au second plan, la fonction informative de l'information des salariés portant sur les éléments essentiels de relation de travail a donc progressivement gagné de l'ampleur. Au sein du discours travailliste français, elle tend même à éclipser la fonction de régulation du marché de l'emploi. Elle occupe donc une place prépondérante dans le discours travailliste. Or, plus la place de la fonction informative s'est imposée au détriment de la fonction de régulation du marché, plus le terme de transparence s'est fait discret. On décèle ainsi une corrélation entre la prépondérance de la fonction informative dans le discours juridique et l'absence de transparence.

247. **Conclusion du chapitre**. Finalement, l'hypothèse selon laquelle le discours travailliste privilégie la fonction informative de l'exposition au regard au détriment d'autres fonctions se vérifie, même si elle mérite d'être nuancée. Même si d'autres fonctions de la motivation du licenciement et de l'information du salarié relative aux éléments essentiels de la relation de travail ne sont pas complètement éludées, la fonction informative paraît prévaloir dans le discours. Cette hégémonie de la fonction informative par rapport à d'autres fonctions explique, au moins en partie, pourquoi la transparence est faiblement ancrée en droit du travail. Le discours travailliste a donc une tendance naturelle à privilégier la fonction informative de l'exposition au regard, ce qui nuit à l'émergence et à la propagation du concept de transparence. Le discours travailliste créé donc une ambiance plutôt hostile à la transparence.

---

[836] C. ROBIN, « L'obligation d'information en droit du travail : l'exemple du bulletin de paie », *op. cit.*, p. 1978 : « [La directive CEE n° 91/533] ne protège pas le consentement lors de la naissance de la relation de travail, mais elle assure celui-ci tout au long de l'exécution de la relation qui doit se dérouler dans la transparence » ; G. LOISEAU, « Une transposition réglementaire de la directive sur les conditions de travail transparentes et prévisibles », *op. cit.* : « À regarder de plus près les éléments de la relation de travail devant faire l'objet de l'information individuelle – en s'en tenant ici à ceux communs à tous les salariés –, l'impression d'ensemble est qu'ils permettent d'avoir une connaissance à la fois détaillée et étendue des conditions de travail dans l'esprit de transparence et de prévisibilité voulu par les auteurs de la directive. Le sens du détail sert, en particulier, la transparence s'agissant des éléments constitutifs de la rémunération puisque doivent être indiqués séparément le salaire et les avantages et accessoires payés en espèces ou en nature, directement ou indirectement, et qu'ils doivent comprendre, le cas échéant, les majorations pour les heures supplémentaires ». Ces auteurs situent leurs propos dans le cadre des directives européennes, ce qui a sans doute participé à l'emploi du terme de transparence bien qu'il ne soit pas question de la fonction régulatrice de l'information des travailleurs.

[837] Le terme est par exemple absent dans les références suivantes : D. JOURDAN, « Connaissance des conventions et accords collectifs », *JCP S*, 07/2006, n° 27, p. 1535. ; E. DOCKÈS, G. AUZERO et D. BAUGARD, *Droit du travail*, Précis, Paris, Dalloz, 2019, p. 1636 ; C. WOLMARK et E. PESKINE, *Droit du travail 2020*, Hypercours, Paris, Dalloz, 2019, pp. 598 et s.

248. **Conclusion du titre**. De l'étude de la transparence à l'échelle du droit tout entier ont découlé deux hypothèses visant à expliquer son faible ancrage dans le discours travailliste. Selon la première, la faible présence du concept de transparence s'expliquerait par l'absence d'exposition au regard, et donc de fonction informative qui lui est consubstantielle. L'analyse du droit à l'opacité réelle, c'est-à-dire du droit d'empêcher une personne d'accéder à la connaissance d'une information ou de surveiller autrui, a permis d'infirmer pour l'essentiel cette hypothèse. Si le droit du travail consacre en effet un tel droit, celui-ci est d'une part réservé au salarié (investi ou non d'un mandat représentatif) et fait d'autre part l'objet de limites importantes. Le faible ancrage de la transparence en droit du travail ne s'explique donc que très partiellement par l'existence d'espaces soustraits à l'exposition au regard et à sa fonction informative corrélative.

Selon la seconde hypothèse, le faible ancrage de la transparence en droit du travail résulterait de la prédilection du discours travailliste pour la fonction informative de l'exposition au regard au détriment d'autres fonctions. Cette hypothèse est en partie confirmée. Il semble en effet que le discours travailliste ait naturellement tendance à privilégier une lecture de l'exposition au regard sous le prisme de sa fonction informative. Ce faisant, le droit du travail ne permet pas au concept de transparence de s'implanter. Cependant, cette « ambiance hostile » du discours travailliste à la transparence ne paraît pas être mesure d'expliquer à elle seule le faible ancrage de ce concept.

249. **Conclusion de la partie**. Ambitionnant de saisir l'essence de la transparence, notre recherche a débuté par la fonction la plus visible dans le discours juridique, à savoir la fonction informative. Nous avons d'abord constaté que, bien qu'innommée, elle est plutôt bien identifiée dans le discours juridique. Dans tous les domaines dans lesquels elle apparaît, l'exigence de transparence est en effet perçue comme un droit de savoir qui constitue un résultat à atteindre. Elle se manifeste par un devoir d'informer, de se montrer ou par un droit à l'information. Nous avons alors prolongé la réflexion en l'érigeant en véritable critère de qualification de la transparence. La fonction informative est en effet, selon nous, consubstantielle à l'exposition au regard d'autrui. Or, cette exposition au regard représente la concrétisation de la transparence dans la sphère juridique. Celle-ci s'y présente comme une norme juridique, plutôt classique, dictant un comportement à tenir : l'exposition au regard d'autrui. Indispensable, la fonction informative n'est cependant pas suffisante pour qualifier une exposition au regard d'exigence de transparence. Nous avons ainsi refusé de lui accorder la place primordiale que lui concède

volontiers le discours juridique. La fonction informative est à elle seule incapable de fournir une unité, une cohérence et une autonomie suffisantes à la reconnaissance d'un concept juridique de transparence. Ce cheminement nous a permis d'établir les premiers jalons du concept : la transparence se caractérise par une exposition au regard d'autrui ayant pour fonction secondaire d'informer le ou les observateurs.

Afin d'éprouver cette théorie, nous l'avons confrontée au droit du travail. À cette fin, il nous a fallu mesurer la place de la fonction informative dans cette matière. L'épreuve s'est révélée globalement concluante. Certes, le faible ancrage de la transparence en droit du travail ne s'explique que très peu par l'absence d'exposition au regard – et donc de fonction informative. Les espaces de secret, au sein desquelles une personne peut choisir de se cacher de l'exposition au regard, sont plus restreints qu'il n'y paraît au premier abord. Néanmoins, la réserve avec laquelle est utilisée le terme de transparence en droit du travail s'explique par l'importance qu'il y est accordé à la fonction informative. Placée au premier plan, cette fonction tend à en occulter d'autres. Or, l'hégémonie de la fonction informative de l'exposition au regard fait obstacle à l'émergence d'un concept juridique de transparence.

S'il se vérifie en droit du travail, le concept de transparence que nous avons proposé est à ce stade inachevé. La fonction informative constitue en effet une caractéristique nécessaire mais insuffisante à la qualification de la transparence. Il nous faut donc rechercher le critère déterminant pour cette qualification.

PARTIE 2. LA FONCTION RÉGULATRICE DE LA TRANSPARENCE

250. **Un nouveau chemin**. Pour tenter de saisir l'essence de la transparence en droit, nous avons jusqu'à présent emprunté le chemin le plus évident, celui qui semblait le mieux tracé dans la profusion des manifestations de l'exigence. Cette voie de la fonction informative ne nous a cependant pas permis de satisfaire pleinement cet objectif. Il nous faut donc repartir à la recherche d'un critère déterminant, susceptible d'expliquer le faible ancrage de la transparence en droit du travail.

251. **La fonction régulatrice de la transparence**. Est-il possible de découvrir, parmi les diverses manifestations de l'exigence de transparence, une autre ligne directrice ? Il nous semble que oui. Au sein du discours juridique, la transparence ne se présente pas seulement comme un droit de savoir pour son ou ses destinataires (correspondant à sa fonction informative). Elle est également perçue comme un moyen d'orienter les comportements. La transparence a en effet pour fonction de réguler le comportement de la personne exposée. La focale est alors placée sur la personne qui s'expose au regard d'autrui. La fonction régulatrice de l'exposition au regard apparaît ainsi comme un autre dénominateur commun aux manifestations de l'exigence de transparence.

252. **Les étapes du cheminement**. Mal identifiée dans le discours juridique, cette fonction nécessite d'être d'abord révélée et systématisée afin de conceptualiser la transparence (Titre 1). Nous pourrons ensuite mettre notre concept à l'épreuve du droit du travail (Titre 2).

TITRE 1. LA FONCTION RÉGULATRICE AU SEIN DE LA TRANSPARENCE

253. **L'identification de la fonction régulatrice de la transparence**. Bien qu'elle soit perceptible dans le discours juridique, la fonction régulatrice y est moins bien identifiée que la fonction informative. Rarement nommée[838] et dissimulée derrière l'exposition au regard – face visible de la transparence dans le droit positif – l'orientation, ou pour le dire autrement, *la régulation des comportements* mérite donc d'être mise à jour au sein du discours juridique (Chapitre 1).

254. **La place de la fonction régulatrice au sein du concept de transparence**. Cette étape réalisée, nous pourrons alors interroger la place de cette fonction au sein du concept de transparence. La question paraît inédite puisque si pour telle ou telle manifestation de l'exigence on a pu la souligner, la fonction régulatrice n'a, à notre connaissance, jamais été proposée comme élément de qualification de la transparence. Il faut donc tenter d'en identifier les mécanismes et clarifier ce qu'il faut entendre par la régulation des comportements. Cette systématisation permettra de montrer le caractère essentiel de cette fonction régulatrice qui s'avère ainsi être une fonction majeure de la transparence (Chapitre 2).

[838] À notre connaissance, seules deux auteures ont utilisé l'expression « fonction régulatrice », dans le champ de la RSE : A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, *op. cit.* ; J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*

CHAPITRE 1. UNE FONCTION RÉGULATRICE À IDENTIFIER

255. **Le réexamen des manifestations de la transparence**. Nous cherchons maintenant à identifier l'essence de la transparence au sein des diverses manifestations de l'exigence. Repérées grâce à l'utilisation du terme dans le discours juridique, ces manifestations auraient-elles un point commun jusqu'ici passé inaperçu ? Pour répondre à cette question, il nous faut reprendre les cas dans lesquels apparaît la transparence pour tenter d'identifier une autre fonction que la fonction informative.

256. **Une fonction méconnue**. Que ce soit dans la sphère personnelle (Section 1), publique (Section 2) ou économique (Section 3), l'analyse de la doctrine et du droit positif nous permet de constater que dans l'ensemble des manifestations de la transparence, l'exposition d'un comportement au regard d'autrui influence ce comportement et incite la personne exposée à bien agir. L'exigence de transparence ne se réduit donc pas à une obligation de « dire » ou de « montrer », c'est-à-dire à sa fonction informative. Elle correspond également, selon nous, à une incitation à bien se comporter. Pour exprimer cette idée, nous avons choisi de parler de fonction régulatrice de la transparence[839].

SECTION 1. LA FONCTION RÉGULATRICE DE LA TRANSPARENCE DANS LA SPHÈRE PERSONNELLE

257. **Le point de vue de la personne exposée**. Dans la sphère personnelle, on l'a vu[840], la transparence se présente souvent sous le prisme de sa fonction informative. Cette perception est particulièrement bien ancrée dans le discours juridique. À titre d'exemple, l'exigence de transparence dans le droit des données personnelles est essentiellement perçue comme l'obligation pour le responsable de traitement d'informer la personne dont les données sont collectées et, réciproquement, comme le droit pour cette personne de recevoir une information claire et compréhensible sur la collecte de ses données.

---

[839] Sur le terme de régulation, cf. *infra* §§ 326 et s.

[840] Cf. *supra* §§ 62 et s.

Si elle peut paraître moins évidente au premier abord, l'exposition au regard a aussi une fonction régulatrice. Pour la mettre à jour, nous proposons de considérer deux expositions au regard d'autrui ; l'une du point de vue de la personne observée et l'autre de celui de l'observateur. Considérons d'abord le cas de la personne tenue de se laisser observer[841]. La personne exposée est alors celle qui expose volontairement ou non sa vie privée ou ses données personnelles au regard d'autrui (§1). Plutôt que de considérer que cette personne est la destinataire des informations qui la concernent, on peut la percevoir comme la personne qui s'expose aux yeux d'autrui. Les informations qui la concernent sont en effet, dans ce cas de figure, connues d'autrui. Cette personne peut donc être vue comme celle qui laisse voir – même involontairement – son identité, ses données personnelles, bref sa vie personnelle. Considérons ensuite le cas de l'observateur, celui qui collecte l'information sur la vie privée ou les données d'autrui. Il est à son tour tenu de s'exposer en informant la personne observée (§2). Une double orientation des comportements peut donc théoriquement s'opérer : d'abord, celle de la personne observée, souvent crainte ou non souhaitée ; puis, celle de l'observateur, qui est généralement recherchée. Leur comportement est donc susceptible d'être tour à tour régulé par l'exposition au regard.

§1. L'exposition de la personne observée

258. **L'exigence extra-juridique de transparence et sa réception juridique**. Dans la sphère personnelle, l'exigence de transparence se traduit par un devoir, non juridique, de s'exposer au regard d'autrui. Il s'agit donc avant tout d'une exigence sociale, c'est-à-dire extérieure au Droit (A). Les risques que cette exigence génère pour les droits et libertés de la personne sont toutefois saisis par le Droit (B).

A. Le devoir social de s'exposer au regard d'autrui

259. **L'exigence extra-juridique de transparence**. Dans les discours extra-juridiques, la transparence se présente, nous allons le voir, sous les traits d'une exigence (religieuse, sociale, morale, etc.) de s'exposer au regard d'autrui. Cette exposition de soi au regard des autres ne permet pas seulement aux autres de contrôler le respect par la personne exposée des normes

[841] Volontairement ou non ; consciemment ou non.

sociales, religieuses ou morales. Il ne s'agit pas uniquement de constater un état : le respect ou non de normes. Elle est aussi un moyen, dans une perspective plus dynamique, d'orienter le comportement de la personne exposée. L'exposition d'une personne au regard des autres influence en effet – en tout cas dans l'imaginaire collectif – son comportement. Pour éviter toute stigmatisation, d'être « mal jugée » par ses pairs, une personne exposée sera tentée de modifier son comportement pour le conformer à une norme sociale. En conséquence, les comportements déviants s'amenuisent. L'exigence de transparence conduit ainsi à une certaine uniformisation des comportements : la « société de transparence est un *enfer de l'identique* »[842]. Plus ou moins prégnante selon les cultures et les époques (1), l'exigence de transparence n'est pas sans risques, notamment dans un contexte de surveillance généralisée (2).

1. L'évolution de l'exigence sociale de transparence

260. **L'exposition de soi au service de la morale**. La société contemporaine, qualifiée de « société de transparence »[843], se caractérise par une forte exposition de soi, de sa vie privée, voire de son intimité. Si la transparence est « souvent présentée comme le miroir de la société »[844], c'est que cette propension à l'exposition est très liée à la culture[845].

Pendant longtemps, c'est surtout la culture du secret et de l'opacité qui régnait. « L'opacité symboliserait le Japon traditionnel »[846], par exemple. Dans les pays occidentaux, « Le monde du XVIII[e] siècle était encore un théâtre plein de scènes, de masques et de figures »[847]. « La bonne éducation a longtemps enseigné les manières, les rites, le respect sinon le culte du semblant », rappelle aussi Jean-Denis Bredin[848].

Aujourd'hui, « La discrétion est [devenue] suspecte, la pudeur maladive, l'opacité illégitime, le secret monstrueux »[849]. Dans certaines cultures particulièrement, et en premier lieu dans les pays scandinaves, cette idée est très prégnante. C'est donc la transparence qui domine. Elle s'y

---

[842] B.-C. HAN, *La société de transparence*, *op. cit.*, p. 8 (en italique dans le texte).

[843] *Ibid*.

[844] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 148.

[845] *Ibid.*

[846] *Ibid.*

[847] B.-C. HAN, *La société de transparence*, *op. cit.*, p. 78.

[848] J.-D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *op. cit.*, p. 8.

[849] G. CARCASSONNE, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, 2001, vol. 97, n° 2, p. 17.

manifeste dans de nombreux pans de la société, y compris dans la vie quotidienne. Il est ainsi possible de connaitre les revenus de son voisin en consultant simplement un bottin[850]. La culture de la transparence se manifeste aussi dans les objets du quotidien[851], dans la mode, dans l'architecture. Au Danemark, la tendance est ainsi à l'utilisation du verre, matériau transparent par excellence, dans l'architecture des bâtiments modernes[852]. Si l'objectif principal est de faire entrer la lumière et le paysage dans les habitations, l'idée que l'opacité est suspicieuse est également présente[853] : qu'auraient à cacher les honnêtes gens ?

Les racines de cette conception se perçoivent dans la morale protestante[854]. La transparence permettait de « montrer à la communauté le respect de principes protestants »[855]. L'utilisation de surfaces vitrées et l'absence de rideaux étaient « une façon de démontrer que les habitants n'avaient rien à cacher et menaient une existence compatible avec la vertu »[856]. Ce raisonnement conduit peu à peu à un certain glissement : en associant trop fréquemment et systématiquement opacité et culpabilité, l'opacité finit par être assimilée au « Mal » et la transparence au « Bien ».

261. **L'exposition de soi comme finalité**. D'instrument, la transparence se transforme parfois en impératif moral : elle n'est plus au service de la morale, elle devient la morale. Cette conception est centrale dans l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau telle qu'interprétée par Jean Starobinski[857]. Rousseau veut se montrer tel qu'il est, sans masques ni faux-semblants, aux yeux de tous. Ayant

---

[850] L. LUTAUD, « Impôts, revenus, propriétés… le bottin suédois qui révèle tout », *Le Figaro.fr*, 11 avril 2013, (Consulté le 9 octobre 2018).

[851] M. BUYDENS, « La transparence : obsession et métamorphose », *op. cit.* La transparence du matériau véhicule en premier lieu un message de technicité, de légèreté. Elle entend aussi signifier la vertu ou l'honnêteté du produit. Elle signifie encore que « l'essentiel est à l'intérieur[, que] l'attention doit glisser vers la performance, la fonction, l'abstrait, et glisser sans s'y arrêter sur la matérialité extérieure de la chose » (p. 56). V. égal. A. BIANCHI, « On power and illusion : the concept of transparency in international law », *op. cit.* : à propos du mythe de la technologie qui disparaît totalement pour placer l'utilisateur ''in touch'' avec la réalité ; M. PINGEOT, *La dictature de la transparence*, *op. cit.*: « Y a-t-il une esthétique de la transparence ? » (pp. 157 et s.).

[852] J. MYGIND, « La tendance architecturale au Danemark. Vivre dans la transparence », *op. cit.* L'article présente les travaux de l'anthropologue Marie STENDER qui « a travaillé sur le terrain parmi les habitants d'un nouvel immeuble en verre de Copenhague, pour étudier comment on vit dans une maison de verre ».

[853] *Ibid.*

[854] On y retrouve également l'idée de « transparence » des écrits. « Au moment de la redécouverte des Écritures, les tenants de la Réforme ont beaucoup insisté sur la clarté ou la transparence de la Bible » nous explique J. MARCHAND (art. préc.). Elle se suffirait à elle-même et n'aurait pas besoin d'interprétations ou de compléments.

[855] J. MARCHAND, « Réflexion sur le principe de transparence », *op. cit.*

[856] *Ibid*.

[857] J. STAROBINSKI, *Jean-Jacques Rousseau : La transparence et l'obstacle*, *op. cit.* ; V. égal. M. PINGEOT, *La dictature de la transparence*, *op. cit.*, pp. 50 et s. ; B.-C. HAN, *La société de transparence*, *op. cit.*, pp. 77 et s.

constaté la distinction entre l'être et le paraître ou l'apparence – dissociation qu'il estime source de tous les maux – il tente par tous moyens d'apparaître tel qu'il est, de supprimer cet écart entre être et paraître. Il souhaite que tous les Hommes aient le cœur transparent : que chacun puisse se montrer tel qu'il est et voir tout de l'autre, sans parcelle d'ombre ou de mystère, sans ambiguïté. Cette sincérité totale devrait permettre de parvenir à une communication immédiate (c'est-à-dire sans intermédiation) entre les « âmes », à une vérité absolue qui serait évidente aux yeux de tous. Rousseau se trouve cependant confronté à l'impossibilité d'une transparence totale de l'Homme, d'une communication immédiate entre les Êtres. Aucun individu ne peut, même en toute sincérité, se montrer entièrement sans aucun mystère ni aucune ambiguïté : ne serait-ce que par le langage humain, une certaine ambiguïté s'installe[858].

Aujourd'hui, la transparence semble même s'être détachée de la morale pour devenir amorale. Il ne faut plus seulement se montrer pour être vertueux, il faut se montrer pour exister[859]. Les choses et les personnes n'ont de valeur que lorsqu'elles sont exposées[860], voire n'existent que lorsqu'elles sont exposées[861]. En témoignent les émissions de téléréalité : ces émissions exposent des « vraies gens » censées « refléter la vie hors écran, un échantillon de la population qui habituellement est devant le poste de télévision, et qui exceptionnellement s'y invite. Cette notion de "vraies gens" n'a rien à délivrer, rien à revendiquer, rien à enseigner, rien à transmettre, sinon que la personne est "elle-même", et s'offre en toute transparence », analyse une philosophe[862]. En témoignent, plus banalement encore, les réseaux sociaux sur lesquels il « faut » publier, notamment pour prouver que l'on a bien vécu telle ou telle expérience (un dîner au restaurant, un voyage, etc.). Pourtant, ces expositions, qui prétendent à l'authenticité en montrant « tout » d'une personne, sont en réalité mises en scène[863] : les photographies sont cadrées voire retouchées, la pose travaillée. La transparence n'est ainsi jamais totale. Ces

---

[858] B.-C. HAN, *La société de transparence*, *op. cit.*, p. 9. L'auteur s'appuie sur les travaux de Wilhelm von Humboldt à propos de « l'intransparence fondamentale » du langage humain. Il cite d'ailleurs l'auteur : « Nul ne pense, en entendant le mot, justement et précisément ce que l'autre [pense], et la moindre différence se prolonge en tremblant comme un cercle dans l'eau à travers tout le langage (...) ».

[859] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 439.

[860] B.-C. HAN, *La société de transparence*, *op. cit.*, p. 22.

[861] M. PINGEOT, *La dictature de la transparence*, *op. cit.*, p. 47 : « Aujourd'hui, il semble que le corps doive passer par l'image pour devenir réel. Le selfie, nouvelle pratique contemporaine et universelle, qui s'est propagée telle une traînée de poudre en quelques années à peine, est une forme de représentation par laquelle passe désormais l'attestation de notre existence ».

[862] *Ibid.*, pp. 62-63.

[863] *Ibid.*, p. 65 ; T. LIBAERT, *La transparence en trompe-l'oeil*, *op. cit.*, p. 33.

expositions invitent en outre à se comporter différemment : consommer des produits à la mode, adopter telle habitude « tendance », etc.

Il existe donc une sorte d'injonction à s'exposer au regard d'autrui et, au-delà, à se conformer aux exigences religieuses, morales ou sociales.

2. Les risques de dérives totalitaires

262. **Le contrôle des gouvernés et les risques de dérives totalitaires**. L'argument « rien à cacher, rien à craindre » est aussi susceptible d'être récupéré par l'autorité publique. Poussée à son paroxysme, l'idée que la pureté et l'innocence « ne peu[vent] souffrir de l'omniprésence du pouvoir »[864] peut conduire à une surveillance massive et permanente de chacun. Pour être démocratique, la transparence doit pourtant être fondamentalement asymétrique[865], des gouvernants vers les gouvernés. Ainsi, s'il « semble aller de soi qu'une "démocratie non transparente" ne serait qu'une contradiction dans les termes[, il] ne va pas moins de soi qu'une démocratie qui se voudrait totalement transparente ou qui entreprendrait d'imposer cette exigence à tous ses membres confinerait à la dictature »[866]. Cette dernière se caractérise en effet par une opacité des gouvernants mais aussi par une transparence des gouvernés. C'est le fantasme du contrôle absolu, d'une emprise totale sur la population. La société totalitaire serait donc celle dans laquelle les sphères publiques et privées ne sont plus séparées, dans laquelle tout est public en même temps que la sphère publique est entièrement privatisée[867]. La recherche de transparence atteint alors son paroxysme et n'est plus limitée ni dans ses objectifs, ni dans ses moyens[868]. On retrouve ainsi la même idée : l'exposition des citoyens au regard du pouvoir permet à celui-ci de vérifier le respect des règles en même temps qu'elle incite ces citoyens à adopter un comportement conforme à la « ligne étatique ».

---

[864] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 500.

[865] J. MARCHAND, « Réflexion sur le principe de transparence », *op. cit.*

[866] R. DRAÏ, « Transparence et démocratie sont-elles vraiment compatibles ? », *op. cit.*, p. 19.

[867] B. QUIRINY, « Transparence et totalitarisme », *in La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 63-77 ; J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 499.

[868] J. RIDEAU, « Jeux d'ombres et de lumières en Europe », *in* UNIVERSITÉ DE NICE-SOPHIA ANTIPOLIS et COMMISSION POUR L'ÉTUDE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (FRANCE) (éds.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1998, p. 3.

Pour certains auteurs, cette « dictature de la transparence »[869], cette surveillance de masse a aujourd'hui changé de visage. Avec les outils numériques, la surveillance n'émane plus nécessairement d'un point central – la tour du surveillant[870] ou l'État – mais de « tous côtés, de partout [et] par chacun »[871]. Elle est aussi devenue plus insidieuse parce que beaucoup s'exposent de leur plein gré en diffusant des informations personnelles sur les réseaux sociaux, sur les applications digitales, etc. avec un sentiment de liberté[872].

B. L'appréhension juridique de cette exigence sociale et de ses risques

263. **Posture du Droit quant à l'exposition de soi**. Comment cette exigence extra-juridique est-elle saisie par le Droit, et plus largement, par les juristes ? Elle aurait pu être reprise par le Droit, comme un devoir – juridique – pour la personne physique d'exposer sa vie privée. Elle aurait pu également se concevoir, du point de vue des destinataires de cette exposition (c'est-à-dire les observateurs, les surveillants), comme le droit de savoir comment une personne se comporte, comme un droit à la surveillance. On pourrait ainsi imaginer que la transparence se présente comme le droit de connaître les revenus de son voisin, de vérifier s'il respecte les bonnes mœurs dans l'intimité de sa vie privée, etc.

Il n'en est rien. En réalité, la transparence semble plutôt conçue comme une liberté de s'exposer. En principe, l'exposition de sa vie privée et de ses données personnelles au regard des autres n'est ainsi ni imposée, ni interdite. En d'autres termes, si l'exposition de son intimité et de sa vie privée peut répondre à un impératif moral, religieux ou « social », elle ne correspond pas à un impératif juridique.

Cependant, le Droit ne se contente pas de consacrer la liberté de s'exposer ; il tente aussi de protéger la personne observée de l'effet régulateur que cette exposition suscite (1) en imposant une exigence de transparence à l'observateur (2).

---

[869] M. PINGEOT, *La dictature de la transparence*, *op. cit.*

[870] Comme dans le système de prison panoptique proposé par J. BENTHAM. Sur ce point, cf. *infra* §§ 284 et s.

[871] B.-C. HAN, *La société de transparence*, *op. cit.*, p. 84.

[872] *Ibid.*, pp. 88-89.

1. Le risque de régulation du comportement de la personne observée

264. **La conscience des dangers de l'exposition**. En droit, le point de vue du destinataire de l'information (c'est-à-dire du prisme informatif) est écrasant et empêche même, la plupart du temps, d'adopter tout autre point de vue. La préséance de ce point de vue peut donner l'impression que les juristes n'ont pas conscience du risque d'orientation du comportement de la personne exposée.

Il nous semble pourtant que si le terme de transparence s'est imposé, supplantant celui d'information, c'est d'une part parce qu'il renvoie à l'exigence de clarté de l'information en plus de sa communication ; et d'autre part et surtout, parce qu'il se rapporte à cette fonction régulatrice de l'information. L'exposition de sa vie privée au regard d'autrui est en effet susceptible d'orienter le comportement de la personne observée. S'exerce ainsi une sorte de « pression sociale » incitant la personne à se conformer aux normes sociales. Cette pression atténue la liberté dont jouit la personne dans le cadre de sa vie privée, à tout le moins lorsqu'elle est comprise comme la liberté de la vie privée, c'est-à-dire comme la possibilité pour l'individu « d'orienter sa vie dans la direction qu'il a choisie »[873].

Les juristes ont en réalité bien conscience que l'exercice de la liberté de s'exposer n'est toutefois pas sans risques. La doctrine juridique a d'ailleurs participé à la mise en évidence du lien entre transparence et totalitarisme. Cette conscience des dangers de l'exposition de soi a justifié l'instauration de mécanismes de protection de la personne concernée.

2. L'exigence de transparence comme remède à la régulation de la vie privée

265. **Le paradoxe de la transparence**. Plusieurs mécanismes permettent de protéger un individu des atteintes à la liberté de sa vie privée. Une première méthode consiste à empêcher autrui d'accéder aux données ou à exiger, pour ce faire, le consentement de la personne concernée[874]. Les investigations d'autrui dans la vie privée d'une personne sont par exemple encadrées[875]. Une deuxième méthode consiste à offrir à l'individu une certaine maîtrise sur ses données. Il

[873] L. FAVOREU *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Précis, Paris, Dalloz, 2021, p. 361.

[874] Sur le consentement de la personne concernée, cf. not. RGPD, art. 6 §1 a).

[875] L. FAVOREU *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 364.

est une troisième méthode qui ne manque toutefois pas de surprendre : il s'agit d'imposer une exigence de transparence.

De manière paradoxale, l'exigence de transparence – qui se caractérise pourtant par sa fonction régulatrice – peut en effet être conçue comme un remède à la régulation. En réalité, le paradoxe n'est qu'apparent. On peut identifier non pas une, mais deux exigences de transparence. Il y a d'une part une exigence *sociale* de transparence mise à la charge de la *personne observée*. Or, cette exigence est susceptible, nous venons de l'expliquer, d'orienter le comportement de l'observé et d'atténuer sa liberté de la vie privée. Il existe d'autre part une exigence *juridique* de transparence pesant sur *l'observateur*. Par cette exigence de transparence de l'observateur, l'observé est informé de l'existence et de la mesure de sa propre exposition au regard. L'observé est alors en situation, du moins théoriquement, de choisir de réguler ou non son comportement. Par exemple, informée qu'une photographie d'elle est susceptible d'être prise à l'occasion de tel évènement, une personne peut choisir d'adapter ou non son apparence pour se montrer sous un jour favorable. L'information de l'observé (ici la personne photographiée) lui permet donc de recouvrer une sorte de maîtrise sur cette exposition au regard.

266. **L'autodétermination informationnelle**. C'est d'ailleurs, semble-t-il, le sens profond du concept d'autodétermination dont nous avons déjà parlé[876] : dans le cadre de sa vie privée, intime comme « sociale », la personne doit se sentir libre de se comporter comme elle le souhaite, sans que le risque de captation d'informations à son insu ne l'incite à s'autocensurer. Le lien entre l'exigence de transparence pesant sur l'observateur et l'autodétermination informationnelle bénéficiant à l'observé est très clair dans une décision de la Cour constitutionnelle allemande :

> « *L'autodétermination individuelle présuppose que l'individu continue à disposer de sa liberté de décider ou de s'abstenir, et de la possibilité de suivre cette décision en pratique. Si l'individu ne sait pas prévoir avec suffisamment de certitude quelles informations le concernant sont connues du milieu social et à qui celles-ci pourraient être communiquées, sa liberté de faire des projets ou de décider sans être soumis à aucune pression est fortement limitée. Le droit à l'autodétermination en matière d'information exclut un ordre social ou légal dans lequel les citoyens ne pourraient plus savoir qui sait quoi sur eux, quand et à quelles occasions. Si l'individu ne sait pas si un comportement déviant est remarqué et enregistré de façon permanente en tant qu'information, il essaiera de ne pas attirer l'attention sur un tel comportement. S'il craint que la participation à une assemblée ou à une initiative des citoyens soit*

[876] Cf. *supra* § 68.

officiellement enregistrée et qu'il coure personnellement des risques en raison de cette participation, il renoncera probablement à l'exercice de ses droits »[877].

Cette citation montre que les juristes ont bien conscience que l'exposition au regard d'autrui (matérialisée dans cet exemple par l'enregistrement d'une assemblée) est susceptible d'exercer une pression incitant la personne observée à orienter son comportement (ici la renonciation à la participation à l'assemblée). Dans ce contexte, l'information de la personne observée (ici l'information relative à l'enregistrement de l'assemblée) est vue comme un remède contre cette pression.

267. **Un remède ambigü**. Sous cet angle, on peut cependant douter de l'efficacité de ce remède. La collecte et le traitement de données à caractère personnel ne sont pas par principe prohibés. Dans un nombre de cas significatifs[878], la personne concernée ne peut pas s'opposer au traitement de ses données. Le simple fait d'être informé de ce traitement ne prévient donc pas contre toute possibilité de pression non souhaitée. En d'autres termes, la personne concernée peut très bien s'autocensurer justement parce qu'elle a connaissance de la captation de ses données. Ainsi, bien que le Droit cherche à l'éviter ou à l'atténuer, la transparence peut inciter la personne dont les données sont traitées à orienter son comportement. Cette même information peut toutefois être perçue sous un angle différent. Elle peut en effet être conçue comme un moyen d'orienter le comportement de l'observateur.

---

[877] Cour constit. allemande, 15 décembre 1983, §146 (BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983 - 1 BvR 209/83 -, Rn. 1-215, https://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html) : « *Individuelle Selbstbestimmung setzt aber (...) voraus, daß dem Einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich auch entsprechend dieser Entscheidung tatsächlich zu verhalten. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten* », traduction de A. ROUVROY et Y. POULLET *in* « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel », *in État de droit et virtualité*, Montréal, Thémis, 2009, p. 175.

[878] RGPD, art. 6.

§2. L'exposition de l'observateur

268. **La régulation du comportement de l'observateur**. Si l'exigence de transparence imposée à l'observateur a, à notre sens, un effet ambigü sur la régulation du comportement de l'observé, elle peut avoir un effet bénéfique sur le comportement de l'observateur. La transparence peut en effet être comprise comme un moyen, institué par le Droit, pour réguler le comportement de « l'observateur ». La perspective a changé : la personne exposée n'est ici plus (ou plus seulement) la personne observée (par exemple celle dont les données sont collectées), mais l'observateur (par exemple celui qui collecte les données). C'est l'observateur observé.

269. **L'exemple du traitement de données personnelles**. Nous raisonnerons ici à partir de l'exemple du traitement de données personnelles, qui nous paraît particulièrement représentatif de cette question.

Le droit des données personnelles n'est en effet pas seulement conçu pour protéger ces données. Il a aussi, voire surtout selon certains[879], été institué pour juguler l'exercice d'une liberté : la liberté de traitement des données. Il est vrai que, si l'utilisation des données personnelles est encadrée, elle n'est pas par principe interdite[880], sauf en ce qui concerne les données dites sensibles (celles qui révèlent les opinions politiques, l'orientation sexuelle, etc.)[881]. Ainsi, le droit des données personnelles définit, « (…) en négatif une liberté, celle du recours à l'informatique, en ce que seuls ses abus et non ses us se trouvent réprimés »[882].

Cette façon de présenter le droit des données personnelles déplace le point de vue. Au départ centré sur la personne concernée, l'accent se décale vers le responsable du traitement de données[883]. En d'autres termes, le droit des données personnelles chercherait à réguler le comportement du responsable de traitement plus qu'à protéger la personne concernée. Plus

---

[879] N. OCHOA, *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 73 : Cette liberté « constitue, à la fois quantitativement et substantiellement, l'objet essentiel des instruments relatifs aux données personnelles, bien loin devant la fonction de protection de ces mêmes données ».

[880] On peut faire le parallèle avec le droit du travail. L'article L. 1121-1 du code du travail énonce que « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». En encadrant les atteintes portées aux droits et libertés, l'article consacre, en creux, le pouvoir de l'employeur (notamment) de les restreindre.

[881] RGPD, art. 9.

[882] N. OCHOA, *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 301.

[883] S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2022, pp. 512-513 : à propos du RGPD : « si quelques principes et droits fondamentaux des personnes en regard de leurs données à caractère personnel demeurent proclamés, la logique profonde est celle d'une responsabilisation des opérateurs qui deviennent les acteurs premiers de la protection des données à caractère personnel ».

exactement, l'enjeu de protection de la personne concernée n'est bien sûr pas absent, mais il intervient dans un second temps : il s'agit d'encadrer l'utilisation des données, afin que cette utilisation se fasse dans le respect des droits et libertés de la personne concernée. Sous ce prisme, la transparence est perçue à la fois comme une garantie contre l'arbitraire (A) et comme un instrument de régulation de l'outil informatique (B).

A. La transparence comme garantie contre l'arbitraire

270. **L'information de la personne concernée comme garantie contre l'arbitraire**. À mi-chemin entre le point de vue de la personne concernée et celui du responsable de traitement, le droit des données personnelles peut être perçu comme une garantie contre l'arbitraire. Selon Nicolas Ochoa, dans les pays de langues portugaise et espagnole, « le droit de la protection des données personnelles est avant tout considéré comme une garantie contre l'arbitraire du pouvoir, ce dont témoigne l'expression pour le désigner : *l'habeas data*. La référence implicite à *l'habeas corpus* met en évidence la primauté de la considération du droit de la protection des données personnelles comme d'un rempart contre l'arbitraire, tel qu'il s'exprime par des garanties procédurales : une décision portant effet juridique dans le chef d'un individu et prise en considération de ce dernier ne peut légalement intervenir sans que la personne concernée ait été mise à même de présenter ses observations »[884]. De ce point de vue, on peut considérer que le rôle de la transparence, comprise ici comme l'information de manière claire de la personne concernée, est limité à une prémisse – certes indispensable – à l'exercice des droits dont jouit la personne concernée sur ces données. Autrement dit, la transparence ne serait qu'un accessoire, une étape préalable, à l'exercice des droits d'accès aux données, de rectification et de suppression. Ainsi, « Face à des traitements réalisés sans fondement de licéité, pour des finalités indéterminées, sur la base d'informations inexactes, ou pour des durées excessives, la meilleure vigie serait la personne concernée elle-même. Encore faut-il, pour qu'elle puisse exercer son contrôle, qu'elle ait connaissance de l'existence et des modalités du traitement »[885]. La transparence sert, dans ce contexte, à permettre l'exercice de ses droits[886].

---

[884] N. OCHOA, *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 490.

[885] E. NETTER, « À quoi sert le principe de transparence en droit des données personnelles ? », *Comm. com. électr.*, 10/2020, n° 11, p. 611.

[886] S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 514 : « Énoncée en premier, l'obligation de transparence concerne en réalité les conditions d'exercice de l'ensemble des droits qui

On peut cependant considérer que la transparence agit également sur le responsable de traitement indépendamment de l'exercice éventuel par la personne concernée de ses droits. Il faut alors estimer que le simple fait d'informer la personne concernée sur la collecte de ses données, ainsi que sur la finalité et les modalités du traitement, peut en elle-même orienter le comportement du responsable de traitement. En effet, l'information de la personne concernée oblige le responsable de traitement à s'interroger sur la licéité du traitement, par exemple sur la pertinence des données collectées eu égard à la finalité du traitement. En ce sens, la transparence constitue un moyen de réguler le comportement du responsable de traitement des données.

B. La transparence comme mode de régulation de l'outil informatique

271. **L'information de la personne concernée comme mode de régulation de l'outil informatique**. Plus largement, il nous semble que la régulation du comportement du responsable de traitement participe, dans l'imaginaire juridique, à une certaine régulation de l'outil informatique. La transparence est alors conçue comme un instrument de contrôle de l'utilisation des outils informatiques. Dans le discours juridique, elle semble en effet se présenter comme un moyen de réguler un outil informatique dont l'essor a pu paraître incontrôlable.

272. **Les dangers de l'informatique**. Certes, le champ d'application du droit des données personnelles ne se limite pas au traitement *informatisé* de données et concerne également les fichiers « papiers »[887]. Cependant, c'est surtout l'essor des « nouvelles technologies » qui a conduit à l'émergence du droit des données personnelles. Très tôt, les risques que l'informatique génère ont été soulevés. Par les possibilités qu'elle offre, elle accroît la « pesanteur du pouvoir »[888]. La crainte d'atteintes aux libertés publiques par la rupture de l'équilibre entre gouvernants et gouvernés s'est fait sentir, la multiplication des informations à la disposition des gouvernants leur conférant un pouvoir accru sur les gouvernés[889]. La loi « informatique et

---

sont énoncés ensuite : toute personne doit être informée sans coût et sans complexité excessive, de la manière dont elle peut accéder à l'information relative aux données la concernant qui sont stockées ici et là, aux recours dont elle dispose pour faire rectifier ou supprimer certaines d'entre elles, etc. ».

[887] RGPD, art. 2.

[888] J. RIVERO, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 312.

[889] J. FRAYSSINET et P. KAYSER, « La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et le décret du 17 juillet 1978 », *RDP*, 05-06/1979, p. 632.

libertés » du 6 janvier 1978 fait d'ailleurs suite à un mouvement d'opinion contre un projet de l'administration « malencontreusement appelé SAFARI »[890] (système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus), visant à permettre l'interconnexion des fichiers administratifs par la généralisation du numéro de sécurité sociale dans les fichiers informatiques. L'article de Philippe Boucher intitulé « Safari ou la chasse aux Français »[891] avait en effet suscité une certaine « émotion »[892]. Déjà dans son rapport annuel de 1969-1970, le Conseil d'État constatait qu'« il n'y a [certes] rien de nouveau dans le fait de chercher à s'informer, de collecter à cette fin des renseignements et de les rapprocher de la façon la mieux adaptée à la fin poursuivie. Mais l'efficacité sans précédent de la machine transforme cette activité non seulement dans ses dimensions, mais aussi dans sa nature. Elle permet un regroupement presque illimité, elle conserve indéfiniment, elle n'oublie jamais ; elle restitue l'information stockée sans peine, elle permet le rapprochement de renseignements aujourd'hui inexistants ou épars »[893].

Par ailleurs, « les États ne sont plus les seuls à menacer les droits des individus : d'abord, les entreprises ont acquis elles aussi la capacité de collecter et de traiter les données personnelles de leurs salariés, de leurs clients ou de leurs prospects. Puis, plus récemment, chacun, muni de son PC, de sa tablette ou de son smartphone, se retrouve dépositaire, sciemment ou inconsciemment, de ses données personnelles et de celles de ses relations »[894]. En conséquence, le droit des données personnelles ne se contente pas de tenter de réguler le comportement des autorités publiques, mais plus généralement celui de tout responsable de traitement (hormis lorsque le traitement est effectué « par une personne physique dans le cadre d'une activité strictement personnelle ou domestique »[895]).

Le risque est aujourd'hui encore accru avec la diffusion, dans la vie quotidienne, des algorithmes et de l'intelligence artificielle[896]. La capacité d'apprentissage automatique et

---

[890] B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.*, p. 68.

[891] P. BOUCHER, « Safari ou la chasse aux Français », *Le Monde*, 21 mars 1974, p. 9.

[892] En ce sens, cf. *Étude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 70.

[893] Cité par le Conseil d'État dans son rapport « Le numérique et les droits fondamentaux », 2014, p. 71.

[894] F. MATTATIA, *RGPD et droit des données personnelles*, *op. cit.*, p. 10 ; Cf. égal. S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, pp. 511 et 522.

[895] RGPD, art. 2 2° a.

[896] V. par not. le Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (dit « AI act ») ; L. MALFETTES, « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *op. cit.* ; P. ADAM, M. LE FRIANT et Y. TARASEWICZ, *Intelligence artificielle, gestion du personnel et droit du travail*, *op. cit.* ; L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme*, *op. cit.*

d'inférence[897] de certains outils les rend « irrationnels » si personne ne peut expliquer le raisonnement qu'ils ont suivi[898].

273. **Le rôle de la transparence**. Là encore, on peut considérer que le rôle de la transparence se limite à un simple préalable nécessaire à l'exercice des droits de la personne concernée. Ce sont alors l'exercice de ces droits qui permettent de contrôler l'utilisation des outils informatiques. Mais nous pensons qu'il est aussi possible de considérer que le seul fait de mettre en lumière (par le biais de l'information de la personne concernée) l'utilisation de l'informatique, va, d'une certaine manière, contenir cette utilisation. Il s'agit en quelque sorte de supposer qu'une personne va renoncer à une utilisation abusive de l'informatique dans la mesure où elle ne peut agir dans l'ombre.

274. **Conclusion de la section**. Dans la sphère personnelle, la transparence se présente juridiquement comme la liberté de s'exposer ou non au regard d'autrui. L'exercice de cette liberté n'est pas sans risques, ce dont les juristes ont bien conscience. Cette exposition permet aux membres de la société ou à l'autorité publique de contrôler le respect de normes sociales, morales ou encore religieuses. Nous avons montré qu'elle vise également, par une forme d'intériorisation de ce contrôle, à orienter le comportement de la personne exposée en l'incitant à se conformer à ces normes. Pour lutter contre ce risque, le Droit institue des mécanismes de protection, tels que la consécration de droits pour la personne exposée, parmi lesquels se trouve le droit à l'information.

En renversant la perspective, cette information peut également être conçue comme l'exposition de l'observateur. Observé, l'observateur est à son tour censé orienter son comportement, pour tendre cette fois vers le respect d'une norme juridique (telle que le traitement licite des données personnelles) ou vers une utilisation raisonnée de l'outil informatique. Cette fonction de contrôle et d'orientation des comportements apparaît aussi dans la sphère publique.

---

[897] Le règlement européen relatif à l'intelligence artificielle (préc.) définit la capacité d'inférence, dans son considérant n° 12, comme « le processus consistant à générer des sorties telles que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions, qui peuvent influencer l'environnement physique ou virtuel, et la capacité des systèmes d'IA à inférer des modèles ou des algorithmes, ou les deux, à partir d'entrées ou de données ».

[898] Sur ce point, cf. not. B. GÉNIAUT, « Quel type de régulation pour l'intelligence artificielle, ou comment justifier l'irrationnel ? », *in Intelligence artificielle, gestion du personnel et droit du travail : les travaux de l'AFDT*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 108-109.

SECTION 2. LA FONCTION RÉGULATRICE DE LA TRANSPARENCE DANS LA SPHÈRE PUBLIQUE

275. **La transparence conçue comme l'exposition de l'autorité publique**. Dans la sphère publique, la transparence renvoie, on l'a vu, à un droit à l'information au profit du citoyen et de l'administré[899]. Pourtant, plus qu'ailleurs sans doute, la transparence se présente dans la sphère publique moins comme un droit à l'information pour le citoyen que comme un moyen d'agir sur le comportement de la personne exposée, en l'occurrence une autorité publique. La transparence apparaît ainsi comme un moyen de moraliser les comportements des responsables publics et d'améliorer l'efficacité de l'action publique. Si ces deux objectifs se rencontrent dans la sphère publique, le premier objectif est particulièrement prégnant dans la sphère « politico-juridique » (§1) et le second s'illustre surtout dans la sphère administrative (§2).

§1. L'exigence de transparence dans la sphère « politico-juridique »

276. **La transparence comme outil de régulation du pouvoir**. Comme nous avons eu l'occasion de le dire, la transparence puise ses racines dans la philosophie des Lumières[900]. Elle apparaît avec la remise en cause du pouvoir absolu. Il s'agit en effet de lutter contre l'opacité de l'Ancien Régime, qui se caractérise tout à la fois par : « l'arbitraire politique, les caprices du monarque, les superstitions religieuses, les complots des tyrans et des prêtres, les illusions de l'ignorance et même les épidémies […]. Un tel rejet de l'opacité se double d'une dénonciation du mensonge, des faux-semblants, du masque social, de l'hypocrisie et plus généralement de l'apparence »[901]. Comme en miroir, la transparence constitue le « réceptacle de plusieurs attentes et espérances »[902], elle synthétise différentes notions : la légalité, l'intelligibilité, la moralité, la véracité, l'honneur ou encore le contrôle et la responsabilité[903]. Ces notions ne sont cependant pas cloisonnées[904] et entretiennent des liens serrés. Les notions de légalité et d'intelligibilité renvoient surtout à la transparence de la norme, tandis que l'honneur et la responsabilité en

---

[899] Sur ce point de vue, cf. *supra* §§ 71 et s.

[900] J. MARCHAND, « Réflexion sur le principe de transparence », *op. cit.*

[901] S. BAUME, « Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence », *op. cit.*, p. 4. L'auteure s'appuie sur les travaux de M. FOUCAULT (not. *L'œil du pouvoir*).

[902] *Ibid.*, p. 5.

[903] S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *op. cit.* ; E. FOREY, « Propos introductifs », *in La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, p. 9. V. égal. J. BARROCHE, « Transparence et notions voisines : quel apport ? », *op. cit.* L'auteur identifie de nombreuses notions qui gravitent autour de la transparence. Cf. *supra* § 37.

[904] S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *op. cit.*

particulier correspondent davantage à la transparence attendue des gouvernants. Autrement dit, l'exigence de transparence vise à améliorer le comportement des autorités publiques en agissant sur la qualité des normes qu'elles produisent (A) ou sur la probité de ses agents (B).

A. La transparence de la norme juridique

277. **Entre publicité et transparence**. Pour une partie de la doctrine, la transparence renvoie à la publicité de la norme et à son effet supposément positif sur la qualité de celle-ci (1). Les enjeux de la publicité constitueraient ainsi les prémisses de l'exigence de transparence (2).

1. L'amélioration de la qualité de la norme

278. **L'amélioration de la norme par la transparence**. Le lien entre transparence et légalité, intelligibilité mais aussi rationalité concerne surtout la norme. L'idée sous-jacente est que la transparence de la norme va améliorer sa qualité[905], tant sur le fond que sur la forme.

279. **La rationalisation par la discussion publique**. Il est postulé que la publicité[906] d'une décision politique permet de la rationaliser par la discussion au sein de l'espace public. Cette discussion de la décision politique se développe avec l'émergence de l'usage public de la raison par l'opinion publique. Cette thématique de la légalité, « très présente chez Immanuel Kant »[907], sera reprise et prolongée par le philosophe allemand Jürgen Habermas[908]. Celui-ci a ainsi montré que la bourgeoisie a commencé à faire un usage public de sa raison, c'est-à-dire à réfléchir, à critiquer les décisions politiques de manière publique à travers des discours dans des cafés ou clubs et à travers la presse écrite, donnant alors corps à l'opinion publique. Celle-ci souhaite connaître les décisions du pouvoir et ses raisons. De cette manière, il lui est ainsi possible de critiquer les décisions du pouvoir, par des arguments, par la confrontation des idées au sein des cafés, des clubs, des loges ou dans la presse. Dans l'idéal, la décision politique, qui tient désormais compte de l'opinion publique, est le reflet de l'intérêt général puisqu'elle

---

[905] C. BORDES, *La transparence comme nouvel ordre moral en droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 63 et s.

[906] Rappelons que les termes de publicité et de transparence sont fréquemment confondus, en particulier à l'époque des Lumières.

[907] S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *op. cit.*

[908] J. HABERMAS, *L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, coll. Critique de la politique, Paris, Payot, 1988.

découle de la confrontation des idées et des arguments. La discussion permet ainsi l'émergence d'une meilleure décision parce qu'elle aboutit à une décision fondée, du moins l'espère-t-on, sur le meilleur argument, celui qui sera ressorti au terme d'une confrontation des arguments au sein de la discussion. On voit ainsi poindre les prémisses d'une participation du public aux décisions. Il ne s'agit cependant pas d'une participation organisée par le Droit. C'est donc surtout la publication qui est censée agir, en elle-même, sur la décision publique, au-delà de la « voix » des citoyens.

280. **L'intelligibilité de la norme**. L'efficacité de l'opinion publique sur les décisions politiques suppose toutefois que les règles de droit soient intelligibles. La lutte contre l'obscurantisme et l'opacité, c'est-à-dire l'ignorance et l'inintelligibilité, qui participe à la rationalisation du pouvoir, se concrétise par la diffusion du savoir et son accessibilité. L'idée est que, pour permettre une discussion éclairée sur le pouvoir, le peuple doit être instruit et le savoir accessible et abordable. Il faut donc favoriser la diffusion du savoir et sa compréhension : publier les lois et les règlements, traduire les textes en français… Des auteurs comme Bentham s'intéressent également à la qualité des lois, à la manière dont elles devraient être rédigées pour favoriser leur intelligibilité (clairement, brièvement, précisément) mais aussi à leurs supports, la codification étant plébiscitée par l'auteur[909]. La transparence suppose également la véracité ou, à tout le moins, la sincérité des propos. Les auteurs classiques, tels que Kant, Bentham ou encore Rousseau, mettaient ainsi l'accent sur la nécessité de « ne pas tromper le peuple »[910].

281. **Le contrôle de légalité**. Enfin, la publicité permet aussi un contrôle de légalité au sens d'un examen de conformité au droit (et à la morale[911]) évitant ainsi que des décisions arbitraires et illégales soient prises. Une décision politique qui ne saurait être rendue publique est nécessairement néfaste, postule Kant.

---

[909] G. TUSSEAU, « Sur le panoptisme de Jeremy Bentham », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2004, vol. 2004/1, p. 9.

[910] S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *op. cit.*

[911] Rationalité et morale sont donc largement enchevêtrées, notamment dans la pensée d'Immanuel KANT. Sur ce point, Cf. *Ibid*.

2. Les prémisses de l'exigence de transparence

282. **Un rattachement à la transparence en demi-teinte**. Dans le discours de l'époque, le terme de publicité est généralement préféré à celui de transparence, et les deux termes sont fréquemment tenus pour synonymes[912]. Sans doute cela tient-il en partie au fait que la transparence n'avait pas vraiment de consistance juridique. Aujourd'hui rattachée à l'exigence de transparence, les quelques manifestations concrètes de ces idées nées à cette époque – telles que la publicité des débats et des votes au sein du Parlement[913], la « publication des lois et règlements, la motivation des jugements, [… ou encore] l'obligation de soumettre des projets coûteux ou gênants à des enquêtes publiques »[914] – renvoient en réalité surtout à l'exigence de publicité.
En tout cas, la transparence se présente ici de manière foncièrement ambivalente. À la fois comme un droit de savoir pour les citoyens (en l'occurrence, la bourgeoisie) et comme un moyen d'améliorer la décision publique en la plaçant sous l'empire de la raison.

B. La transparence des gouvernants

283. **L'évolution de la transparence des gouvernants**. Ancienne (1), l'idée d'une régulation des comportements des responsables politiques par la transparence est aujourd'hui très prégnante (2).

1. La transparence des gouvernants dans la pensée classique

284. **L'origine de la transparence : le panoptisme**. Dans le champ politique, la fonction essentielle de la transparence est moins la légalité de la norme que la « moralisation du politique »[915]. L'idée apparaît centrale pour de nombreux auteurs, et spécialement pour Bentham, dans sa théorie du panoptique notamment.
L'auteur anglais développe tout d'abord la théorie du panoptique pour des domaines « disciplinaires » (les prisons, les asiles, les usines, les hôpitaux ou encore les écoles). Il conçoit

---

[912] S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *op. cit.*

[913] G. BERGOUGNOUS, « Le Parlement et la transparence », *in* B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dirs.), *Transparence et vie publique*, Les Cahiers constitutionnels de Paris 1, Paris, Dalloz, 2015, pp. 55-57.

[914] G. BRAIBANT, « Préface », *op. cit.*, p. VII.

[915] S. BAUME, « Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence », *op. cit.*, p. 7.

ainsi des bâtiments avec un mirador central, duquel le surveillant peut tout voir sans être vu, et des cellules disposées tout autour. Puisque les prisonniers ne voient pas leur surveillant, ils ignorent s'ils sont ou non surveillés. Cette architecture donne donc l'illusion d'une surveillance permanente[916] : elle permet de minimiser l'exercice effectif du contrôle tout en maximisant la conscience du contrôle[917]. « Cette potentialité de transparence absolue de l'individu » conduit ce dernier à intégrer et à intérioriser les contraintes du pouvoir[918], il s'autodiscipline. Son exposition constante le « rend perméable » à la conduite qui est exigée de lui[919]. Ne sachant pas s'il est ou non observé, il est postulé que le détenu ne prendra pas le risque de mal se comporter. « Puisqu'il faut tout dire et tout montrer, alors on finit par ne plus rien penser d'autre que ce qui entre dans les canons d'une uniformisation officielle des comportements. La transparence est un moyen de dicter un comportement stéréotypé que le pouvoir attend de l'individu (…) », résume ainsi Jean-François Kerléo[920].

285. **L'extension du panoptisme à la sphère politique**. Recommandant la plus grande méfiance vis-à-vis des gouvernants, puisqu'ils sont en « position de commettre des infractions publiques, nuisant à tous les membres de l'État »[921], Bentham étend ensuite cette théorie du panoptique au système politique[922]. Les gouvernants doivent être placés sous la surveillance des gouvernés, soumis au jugement du « Tribunal de l'opinion publique ». La transparence est ainsi présentée comme le remède à la défiance envers les politiques, mais aussi aux abus de pouvoir. Elle contraindrait les gouvernants à agir selon le bien commun, elle permettrait de faire coïncider l'intérêt personnel et l'intérêt général pour le gouvernant[923], elle préviendrait la corruption, elle améliorerait la confiance envers les politiques… Bref, elle « se mue en garante de l'intégrité »[924].

---

[916] *Ibid.*

[917] G. TUSSEAU, « Sur le panoptisme de Jeremy Bentham », *op. cit.*, p. 13.

[918] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 511.

[919] *Ibid.*, p. 515.

[920] *Ibid.*, p. 519.

[921] G. TUSSEAU, « Sur le panoptisme de Jeremy Bentham », *op. cit.*, p. 13.

[922] J.-M. VARAUT, « Secret et transparence », *Gaz. Pal.*, 09/2002, n° 257, p. 2 : Le Panoptique « est polyvalent dans ses applications car il est capable de s'intégrer à une fonction quelconque et d'assurer les relations de savoir et de pouvoir que nous nommons transparence ».

[923] G. TUSSEAU, « Sur le panoptisme de Jeremy Bentham », *op. cit.*, pp. 14-15.

[924] S. BAUME, « Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence », *op. cit.*, p. 7.

286. **Les mécanismes sur lesquels repose la transparence**. Pour accomplir toutes ces fonctions, la transparence repose sur certains mécanismes. Comme pour les prisonniers, la surveillance potentiellement constante des gouvernants est censée les conduire à se conformer au comportement qui est attendu d'eux.

Pour cela, la transparence met d'abord en jeu l'honneur des gouvernants. Pour Bentham, comme pour Rousseau, cette mise en jeu de l'honneur n'est pas seulement négative : si la transparence déshonore ceux qui ont mal agi, elle valorise les autres. Elle met en lumière les comportements honorables[925]. Elle restaure la confiance dans les bons gouvernants, puisque l'opacité est source de suspicion, même pour les personnes intègres[926]. Les doutes s'essoufflent d'eux-mêmes une fois le comportement du gouvernant exposé au regard de tous.

La transparence joue aussi sur la responsabilité des politiques. Elle permet la sanction, moins juridique que morale et électorale, des gouvernants. La révélation des mauvais comportements est en effet censée dissuader les électeurs d'élire ou de réélire le responsable politique concerné. Surtout, et plus essentiellement, la transparence agit de manière préventive, par anticipation : « La crainte du jugement négatif, du déshonneur tend à redresser ou à infléchir les comportements »[927]. De la même manière, « L'anticipation de la sanction électorale agit, pour les représentants, comme une incitation supplémentaire à adopter des attitudes conformes à la volonté des électeurs »[928].

287. **La moralisation des comportements au cœur de la transparence**. L'exigence de publicité ne s'applique donc pas qu'à la norme, elle s'applique aussi et surtout aux personnes, et en particulier aux gouvernants. Or, ce glissement de l'exigence de transparence de la norme vers la transparence des personnes participe semble-t-il au glissement du terme publicité vers celui de transparence[929]. C'est cette idée de moralisation par la publicité ou plus largement par l'accessibilité de l'information qu'exprime le terme de transparence davantage que celui de publicité, aujourd'hui encore.

---

[925] *Ibid.*, p. 11.

[926] *Ibid.*

[927] *Ibid.*, p. 7.

[928] *Ibid.*, p. 13.

[929] E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », *op. cit.*

2. La transparence des gouvernants dans les discours contemporains

288. **Les différentes traductions du panoptisme**. L'idée d'une surveillance des gouvernants par les gouvernés a trouvé un certain écho dans le droit positif. Certains dispositifs spéciaux relèvent d'une idée similaire (a). En outre, et bien qu'elle ne se limite pas à la transparence des gouvernants[930], la question des lanceurs d'alerte semble être la traduction la plus marquante d'une nouvelle forme de panoptisme généralisé (b).

a. Des dispositifs de contrôles spéciaux

289. **Le contrôle des gouvernants dans les discours actuels**. Ce fondement moralisateur de la transparence est encore très présent dans les discours juridiques actuels. Comme à l'époque, la transparence est toujours appelée en renfort pour restaurer la confiance envers les politiques, voire envers les institutions[931]. Au gré des scandales, la transparence s'est développée par « à-coups » dans le droit français. Dans « un contexte de discrédit de la classe politique », les premières lois sur la transparence, adoptées en 1988 et plusieurs fois modifiées par la suite[932], concernent le financement de la vie politique[933]. Ces dispositions se concentrent dans un premier volet sur le financement des campagnes électorales et des partis politiques. Dans un second volet, ces lois instaurent une transparence sur le patrimoine des responsables politiques, en créant notamment un « organe *ad hoc* de contrôle »[934] : la commission pour la transparence de la vie politique. L'affaire « Cahuzac », du nom du ministre du budget ayant commis une

---

[930] Résolument transversal en ce qu'il s'applique aux acteurs privés comme aux acteurs publics, ainsi que les liens qu'ils tissent entre eux, le dispositif relatif aux lanceurs d'alerte pouvait aussi bien être traité dans cette partie relative à la sphère publique que dans la partie relative à la sphère économique, voire dans la partie concernant la sphère personnelle. En France, le dispositif nous semble avoir un lien fort avec la lutte contre la corruption et l'encadrement des acteurs publics en particulier, raison pour laquelle nous avons choisi de traiter cette question ici.

[931] E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », *op. cit.*, p. 21 : l'idée de transparence se propage bien car elle est perçue « comme le remède idoine pour apaiser le mal qui ronge la démocratie, la défiance des élus » ; L. REBUFAT-RAISON, *Les fonctions de la transparence*, *op. cit.*, pp. 38 et s. : l'amélioration de la confiance institutionnelle est l'une des deux fonctions principales de la transparence, soutient l'auteure.

[932] Nous ne détaillerons pas l'ensemble de ces réformes. Sur les modifications, Cf. P. AVRIL, « La Transparence de la Vie Publique », *RJ Com*, 11/1993, pp. 19-22 ; J. MARCHAND, « Réflexion sur le principe de transparence », *op. cit.* ; G. PUYDEBOIS, *La transparence de la vie publique en France*, *op. cit.*, p. 30. V. égal. le site de la HATVP : https://www.hatvp.fr/temps-forts-2/ (consulté le 04/04/2023).

[933] Loi organique n° 88-226 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, JORF, 12 mars 1988, p. 3288 ; Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, JORF, 12 mars 1988, p. 3290.

[934] J. MARCHAND, « Réflexion sur le principe de transparence », *op. cit.*

fraude fiscale et ayant menti sur ce point devant l'Assemblée nationale[935], a conduit aux lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique[936]. L'objectif de ces lois est de renforcer les dispositifs existants, en introduisant dans la loi la notion de conflits d'intérêts (suivant les propositions des commissions « Sauvé »[937] et « Jospin »[938]) et en transformant la commission en « Haute autorité de la transparence de la vie publique » (HATVP). Toujours dans cet objectif de contrôler les conflits d'intérêts, la loi du 9 décembre 2016 dite « Sapin II »[939] a notamment[940] créé un répertoire numérique des représentants d'intérêts (les lobbies) accessible sur le site de HATVP[941]. Avec le contrôle du patrimoine en particulier, on constate une certaine personnalisation de la transparence[942], un glissement de la transparence de l'action publique vers la personne du responsable politique, qui coïncide en partie avec la personnalisation du pouvoir et la mise en scène de la vie privée du personnage politique[943].

---

935 G. PUYDEBOIS, *La transparence de la vie publique en France*, *op. cit.*, p. 31.

936 Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF, 12 octobre 2013 ; Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF, 12 octobre 2013. Sur la genèse de ces lois, Cf. J. BENETTI et ROBLOT-TROIZIER, « De la commission "Jospin" à la loi "transparence" », *in* B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dirs.), *Transparence et vie publique*, Les Cahiers constitutionnels de Paris 1, Paris, Dalloz, 2015 ; Sur cette loi, V. égal. : J. BENETTI, « Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique - Du remède au trouble », *AJDA*, 01/2014, n° 3, p. 157.

937 Rapport rendu en janvier 2011 par la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, présidée par Jean-Marc Sauvé.

938 Rapport du 9 novembre 2012 rendu par la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, présidée par Lionel Jospin.

939 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF, 10 décembre 2016. Dans le même esprit, cf. P. VILLENEUVE, « Autour des mots… moralisation, confiance, transparence, exemplarité… De quoi parle-t-on avec les lois du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique ? », *Actualité juridique - Collectivités territoriales*, 12/2017, p. 596.

940 Nous reviendrons ultérieurement sur l'apport de cette loi quant à la protection des lanceurs d'alerte (Cf. *infra* §§ 292 et s.).

941 Contrairement à la conception américaine, le « lobbying » est « plus qu'incompatible avec la tradition française : il en est banni, honni ou, à tout le moins, exercé le plus discrètement possible » (P. DEUMIER, « Reconnaissance du lobbying en France », *RTD Civ.*, 03/2010, n° 1, p. 62). ; V. égal. J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 137 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Transparence et vie publique*, *op. cit.*, p. 44 (intervention de Pascal Jan au cours des débats) ; Plus généralement sur l'influence de la conception américaine de la publicité, Cf. E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », *op. cit.*

942 J.-F. KERLÉO, « La contribution du chercheur en droit à la réflexion sur la transparence », *op. cit.* ; Sur cette question, en droit privé surtout, cf. égal. J. CARBONNIER, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 14 : « L'exigence de transparence s'est insensiblement déplacée : elle s'est déplacée du contenu de l'information vers la personne de l'informateur. Il s'est produit une personnalisation de la transparence ».

943 A. LE BRAS-CHOPARD, « Quelle transparence de la vie privée des gouvernants en démocratie ? », *in La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 220 et s. Hommes et femmes politiques exposent et mettent en scène leur famille, leurs loisirs, leurs émotions, pour montrer qu'ils/elles sont comme n'importe quel individu, qu'ils sont dignes de confiance, etc. V. égal. *Rapport public 1995 - La transparence et le secret*, *op. cit.*, pp. 85 et s.

C'est donc presque une exigence de transparence à la Rousseau que l'on impose aux autorités publiques[944].

290. **L'exigence juridique et l'exigence sociale**. Au-delà de la sphère strictement juridique, l'exigence « sociale » de transparence s'est par exemple manifestée par la divulgation d'informations relatives à la vie privée des responsables politiques – on ne compte plus les divulgations dans la presse sur l'infidélité, l'état de santé, l'orientation sexuelle, les lieux de vacances, etc.[945]. Elle ravive sans cesse le débat autour de la frontière entre vie privée et vie publique pour les hommes et femmes politiques[946].

291. **Un certain désenchantement vis-à-vis de la transparence**. Pourtant, si « l'on persiste à accorder à la transparence des vertus moralisatrices, on s'aperçoit également que les effets de la transparence sont variables à cet égard »[947]. Une certaine désillusion quant aux promesses de la transparence se fait jour dans le discours doctrinal. On s'interroge sur la pertinence de l'outil juridique pour garantir la morale en politique[948], on insiste sur l'accès effectif à une information intelligible comme condition nécessaire à l'effectivité de la transparence, on doute de la corrélation entre transparence et confiance, on constate encore que la sanction morale ou honorifique ne suffit pas toujours à « faire évoluer les comportements […] favorablement »[949]. De nombreux auteurs remettent ainsi en cause le postulat selon lequel la transparence augmenterait la confiance envers les gouvernants, pour ne citer que cet exemple. La transparence ne restaure pas la confiance, au mieux, elle abolit la méfiance[950]. Plus encore, « la transparence ne s'oppose pas à la défiance, mais au secret. En conséquence, pour générer de la confiance, il ne faut pas nécessairement réduire le secret, mais bien davantage le sentiment

---

[944] En ce sens : E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », *op. cit.*, p. 15. Sur la transparence dans la pensée de J.-J. ROUSSEAU, cf. *supra* § 261.

[945] Pour des illustrations, cf. A. LE BRAS-CHOPARD, « Quelle transparence de la vie privée des gouvernants en démocratie ? », *op. cit.*, pp. 218 et s.

[946] Sur la vie privée des politiques, Cf. J.-D. BREDIN, « Intimité et transparence », *Le Monde*, 24 novembre 1994, p. 2.

[947] S. BAUME, « Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence », *op. cit.*, p. 15.

[948] X. MAGNON, « Morale et politique : quelles places pour le droit ? », *in Transparence et vie publique*, Les Cahiers constitutionnels de Paris 1, Paris, Dalloz, 2015, pp. 15-31.

[949] S. BAUME, « Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence », *op. cit.*, p. 15.

[950] B.-C. HAN, *La société de transparence*, *op. cit.*, p. 88.

d'être trompé »[951]. En dépit de ses limites, la transparence reste largement perçue comme un moyen de moraliser les comportements.

b. La figure des lanceurs d'alerte

292. **L'instauration progressive d'un cadre à l'alerte éthique**. Importée des États-Unis[952], l'expression « lanceur d'alerte » serait apparue en France en janvier 1996 sous la plume de sociologues pour remplacer des termes plus péjoratifs (dénonciateur, « prophètes de malheur », « sombres précurseurs », etc.)[953]. Il faut dire que le pays « n'est pas [familier] de l'idée de lanceur d'alerte. Mauvais souvenirs des dénonciateurs aux heures noires, absence de conception du droit sans l'État, etc. sont sans doute autant de facteurs d'explication [de la réticence française à la culture des lanceurs d'alerte] »[954]. C'est d'abord par une approche sectorielle que le législateur français s'est intéressé à la question. Mis à part quelques traces en droit pénal[955], les premiers exemples d'alerte se trouvent en droit du travail et de la fonction publique[956], tels que l'alerte en cas de danger grave et imminent ou l'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes[957] et aux libertés individuelles[958]. Parfois à la suite de scandales comme l'affaire du Médiator dévoilée par Irène Frachon[959], d'autres lois dans les domaines de la santé et de

---

[951] S. BAUME, « Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence », *op. cit.*, p. 16. Et l'auteure de poursuivre : « Si le surcroît de transparence peut générer de la clarté et donc désarmer la méfiance, cette même transparence peut également permettre l'expression d'informations non fondées, contradictoires, qui produisent à terme la confusion et finalement la défiance » (*loc. cit.*). Sur l'ambivalence entre transparence et confiance, Cf. égal. Y. POIRMEUR, « La transparence dans le discours politique actuel », *in La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 101-114.

[952] F. CHATEAURAYNAUD, *Alertes et lanceurs d'alerte*, Que sais-je ?, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2020, p. 13. Soulignons que la loi américaine dite « Sarbanes-Oxley » de 2002 relative notamment à la protection des lanceurs d'alerte s'impose d'ailleurs aux entreprises françaises cotées aux États-Unis.

[953] *Ibid.*, p. 3. Pour une approche culturelle, cf. J.-F. KERLÉO, « "Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?" - Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable », *in Les lanceurs d'alerte*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, pp. 7-49.

[954] F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2018, p. 54.

[955] *Ibid.*, pp. 16 et s.

[956] *Ibid.*, p. 55. Sur les dispositifs d'alerte dans la fonction publique, cf. *Ibid.*, p. 58.

[957] C. trav., art. L. 4131-1 et s.

[958] C. trav., art. L. 2312-59.

[959] F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, *op. cit.*, p. 31.

l'environnement[960] ainsi que dans les domaines économiques, financiers[961] et publics[962], ont, elles aussi, consacré des dispositifs de protection des lanceurs d'alerte.

Face au « millefeuille »[963] des dispositifs sectoriels de protection des lanceurs d'alerte, le législateur a décidé d'adopter une loi générale avec la loi du 9 décembre 2016, dite « Loi Sapin 2 », relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique[964]. La loi n'a cependant pas remplacé tous les dispositifs préexistants, se contentant parfois de s'y superposer[965]. Puis, à la suite d'une directive européenne du 23 octobre 2019[966], le législateur français a souhaité renforcer et améliorer la protection des lanceurs d'alerte[967]. Par une loi du 21 mars 2022, il définit donc le lanceur d'alerte comme « une personne physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, du droit de l'Union européenne, de la loi ou du règlement »[968].

293. **L'exigence de transparence dans le dispositif**. Le lien entre transparence et protection des lanceurs d'alerte est cependant très flou. Il est extrêmement difficile d'identifier ce à quoi renvoie exactement le terme de transparence dans ce cadre. Et pour cause, le terme est pour ainsi dire absent du contenu normatif, restant principalement à la « périphérie » des textes. En

---

[960] Par ex. : Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte ; Cf. également : *Ibid.*, p. 65.

[961] *Ibid.*, p. 59.

[962] On peut notamment citer la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique (préc.).

[963] V. ARMILLEI, *Le lanceur d'alerte dans tous ses états : Guide pratique et théorique*, *op. cit.*, p. 22. Le rapport recense pas moins de 5 alertes individuelles et 13 alertes collectives.

[964] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

[965] La loi du 9 décembre 2016 (préc.) remplace par exemple les dispositions relatives à l'alerte de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 en ce qui concerne l'alerte en matière de santé et d'environnement, mais les articles L. 4133-1 et L. 4133-2 du code du travail consacrent toujours un droit d'alerte en cas de risque grave sur la santé publique ou l'environnement.

[966] La directive UE n° 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union ne s'applique ainsi qu'à certains domaines (marchés publics, marchés financiers, environnement, protection des consommateurs, protection de la vie privée et des données personnelles, etc.).

[967] Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte.

[968] Art. 1er de la loi du 21 mars 2022 modifiant l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 précitée. Étant précisé que « Lorsque les informations n'ont pas été obtenues dans le cadre des activités professionnelles mentionnées au I de l'article 8, le lanceur d'alerte doit en avoir eu personnellement connaissance ».

effet, si le terme de transparence apparaît beaucoup dans le titre des lois[969], dans le titre des subdivisions[970], dans les préambules[971] ou dans les dossiers législatifs[972], il n'apparaît pas, ou de façon non significative[973], dans le contenu même des textes. La jurisprudence, notamment celle de la Cour de cassation ou celle du Conseil d'État, ne semble pas employer le terme lorsqu'il est question de lanceur d'alerte[974]. Quant à la doctrine, elle utilise peu le terme dans

[969] Par exemple, la loi relative à la transparence de la vie publique (préc.) ou la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (préc.). Sur la portée des titres des lois, cf. N. MOLFESSIS, « Le titre des lois », *in Etudes offertes à Pierre Catala (Le droit privé français à la fin du XXe siècle)*, Paris, Litec, 2001, pp. 47-72.

[970] Par exemple, le chapitre 1er de la loi du 11 octobre 2013 (préc.) est intitulé « La prévention des conflits d'intérêts et la transparence dans la vie publique ».

[971] Par exemple dans le préambule de la directive européenne du 23 octobre 2019 (préc.) : Pour le Parlement et le Conseil européens, « les signalements et les divulgations publiques des lanceurs d'alerte constituent une composante en amont de l'application du droit et des politiques de l'Union. Ils alimentent en informations les systèmes d'application de la loi en place au niveau national et au niveau de l'Union, ce qui conduit à une détection efficace des violations du droit de l'Union ainsi qu'à des enquêtes et à des poursuites efficaces en la matière, renforçant ainsi la *transparence* et l'obligation de rendre des comptes » (Cons. n° 2). « La protection des lanceurs d'alerte prévue dans la présente directive s'ajouterait aux récentes initiatives de la Commission visant à améliorer la *transparence* et l'échange d'informations dans le domaine de la fiscalité et à créer un environnement fiscal plus équitable pour les entreprises au sein de l'Union (…) » (Cons. n° 18) peut-on aussi lire. Ou encore « il est nécessaire de protéger les divulgations publiques en tenant compte des principes démocratiques, tels que la *transparence* et l'obligation de rendre des comptes, et des droits fondamentaux, comme la liberté d'expression et la liberté et le pluralisme des médias, tout en mettant en balance, d'une part, l'intérêt des employeurs à gérer leurs organisations et à protéger leurs intérêts et, d'autre part, l'intérêt du public à être protégé contre tout préjudice, conformément aux critères élaborés par la jurisprudence de la CEDH » (Cons. n° 33). Nous soulignons.

[972] Notamment dans les exposés des motifs accompagnant les lois (par ex. exposé des motifs de la loi du 11 octobre 2013 : « Le présent projet de loi en propose une véritable refonte, avec l'objectif de placer notre pays au rang des démocraties les plus avancées en matière de prévention des conflits d'intérêts, et d'utiliser le principe de *transparence* au service de cet objectif. Il s'inscrit donc au cœur de l'engagement du Président de la République de promouvoir une République exemplaire, et de rénovation de la vie publique ») ou dans les rapports parlementaires (par ex. : Rapport Ronan DANTEC pour le Sénat pour l'alerte en matière de santé publique et d'environnement, n° 24, 9 octobre 2012, p. 5), ou encore dans les communiqués de presse (par ex. dans le communiqué de presse accompagnant la loi du 9 décembre 2016, on peut ainsi lire que la loi vise à « rendre plus transparente encore la démocratie française et de renforcer le lien de confiance entre les citoyens et les acteurs publics et économiques », « à renforcer la transparence des procédures de décisions publiques et à réprimer plus rapidement et sévèrement la corruption » ou encore à « instaurer plus de transparence dans le processus d'élaboration des décisions publiques et dans la vie économique, avec notamment la création d'un répertoire numérique des représentants d'intérêt ou une meilleure protection des lanceurs d'alerte ». Le projet de loi visait à « permettre à la France d'être une démocratie exemplaire dans la lutte pour la transparence [et aurait] un effet macroéconomique positif car les entreprises ont tout à gagner à exercer leurs activités dans un environnement concurrentiel sain et transparent »), etc.

[973] Les occurrences renvoient à d'autres lois, à la Haute autorité de la vie publique par exemple.

[974] Les seules occurrences du terme de « transparence » sont une citation de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

ce cadre[975]. Il semble que lorsque le terme est employé, c'est en référence à la transparence en tant qu'objectif ou en tant que valeur[976].

Dans ce contexte, le terme de transparence ne paraît pas renvoyer à un dispositif juridique précis, tel que la publication d'une information, ni à un ensemble de règles particulières. En d'autres termes, la transparence ne paraît pas désigner ici un instrument au service de la protection des lanceurs d'alerte. Il semble plutôt renvoyer, dans une visée politique[977], à un objectif – très flou – auquel contribue la protection des lanceurs d'alerte. La protection des lanceurs d'alerte semble au service d'un objectif ou d'une valeur de transparence de la vie politique et économique. On ne sait pas davantage s'il s'agit d'un objectif autonome ou s'il s'agit d'un objectif intermédiaire, au service d'une valeur plus large. La transparence est en effet souvent associée à la démocratie ou à la bonne gouvernance[978] mais de manière floue.

N'est pas plus claire la manière dont l'encadrement des alertes et la protection des lanceurs d'alerte participent à la réalisation de cet objectif de transparence. Est-ce la seule divulgation, c'est-à-dire « la mise à disposition dans le domaine public des informations »[979], qui contribue à la transparence de la vie économique et publique ? Est-ce exclusivement le signalement externe (défini comme « la fourniture d'informations sur des infractions aux autorités compétentes »)[980] ou également le signalement interne (entendu comme « la fourniture d'informations sur des infractions au sein de l'organisation publique ou privée »[981]) qui participent à la transparence[982] ? Il nous semble que c'est tout le dispositif relatif aux alertes qui participe, globalement, à l'objectif de transparence.

---

[975] A titre d'exemple, A. PITRAS n'emploie pas le terme de transparence dans son étude sur le lanceur d'alerte (cf. « Le lanceur d'alerte (Étude comparée entre droit français et droit de l'Union européenne) », *RTD Eur.*, 08/2020, n° 2, p. 181).

[976] Par exemple : C. BLANQUART, « Les lanceurs d'alerte et la protection des informations confidentielles au sein de l'entreprise », *JCP S*, 09/2019, n° 37, p. 1292 : « Culte de la transparence, quête de vérités, déferlement de l'information, suprématie des médias, telles sont les principales vertus mises en exergue dans nos sociétés contemporaines ».

[977] Sur la visée politique du titre des lois, cf. N. MOLFESSIS, « Etudes offertes à Pierre Catala », *op. cit.*, pp. 61 et s.

[978] F. COULÉE, « Le droit international à l'épreuve de la transparence. La protection des lanceurs d'alerte », *in* V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, Collection L'Unité du Droit, n° XXV, Orléans, Paris et Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2020, p. 33.

[979] V. ARMILLEI, *Le lanceur d'alerte dans tous ses états : Guide pratique et théorique*, *op. cit.*, p. 21.

[980] *Ibid.*

[981] *Ibid.*

[982] Si les canaux de signalement ont été simplifiés par la loi du 21 mars 2022, la divulgation publique de l'alerte reste une voie limitée à des cas spécifiques [Loi du 9 décembre 2016 préc. et modifiée par la loi du 21 mars 2022, préc., art. 8.] : « l'absence de traitement à la suite d'un signalement externe à l'issue d'un certain délai, de risque

294. **Le lanceur d'alerte « collaborateur du service public »**[983]. Le lanceur d'alerte s'apparente en effet à un « collaborateur du service public »[984] ou en quelque sorte à un substitut. Il prend le relais de l'administration lorsque celle-ci s'avère défaillante dans sa politique de transparence. Pour Jean-François Kerléo, le lanceur d'alerte relève « en France, comme dans certains États étrangers (États-Unis, Corée, etc.), de la politique de transparence développée au sein de l'administration depuis les années 1970 et en constitue une extension originale. (…) La représentation du lanceur d'alerte est ici attachée à une carence de l'administration, et n'est pas envisagée comme l'usage d'un droit subjectif du citoyen. Ce nouvel acteur contribue à légitimer l'action publique »[985].

295. **Le panoptisme généralisé**. Plus encore, la figure du lanceur d'alerte semble incarner l'imaginaire d'un panoptisme généralisé[986]. Le lanceur d'alerte s'apparente ainsi à un surveillant invisible, parfois virtuel en ce que le « risque » d'une alerte ne se réalise pas toujours[987]. La potentielle surveillance et dénonciation des comportements déviants doit, dans cette perspective, inciter les acteurs (publics ou économiques) à mieux se comporter. En filigrane s'insinue la figure du « Tribunal de l'opinion publique »[988] : le « lanceur d'alerte (…) use de la sanction populaire en dénonçant publiquement une situation et en jetant l'opprobre sur certaines pratiques »[989].

---

de représailles ou si le signalement n'a aucune chance d'aboutir ou [encore en cas] de "danger grave et imminent" ou, pour les informations obtenues dans un cadre professionnel, en cas de "danger imminent ou manifeste pour l'intérêt général" » https://www.vie-publique.fr/loi/282472-loi-21-mars-2022-waserman-protection-des-lanceurs-dalerte.

983 J.-F. KERLÉO, « Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ? », *op. cit.*, p. 26.

984 *Ibid.*

985 *Ibid.*, p. 26. V. également, N. LENOIR, « Le droit à la transparence, 30 ans après », *op. cit.* : « A travers le lanceur d'alerte, la transparence [devient] un facteur de contrôle social généralisé face à l'impuissance des pouvoirs publics inaptes à détecter tous les comportements déviants. Le lanceur d'alerte est conçu comme pouvant remédier à cette incapacité, en se faisant le collaborateur du service public de la justice ».

986 Sur cette conception et les différentes figures du lanceur d'alerte, cf. J.-F. KERLÉO, « Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ? », *op. cit.*

987 *Ibid.*, p. 33 : « La vigilance du lanceur d'alerte et la potentialité de sa dénonciation, qui peut surgir à tout moment et en tout lieu, imposent à l'administration (ou à l'entreprise), ainsi qu'[aux autorités administratives de contrôle], d'inscrire la virtualité de ce contrôle continu au coeur de son travail (...). Une vision panoptique des lanceurs d'alerte s'appuie sur l'apparition de nouvelles formes d'organisation sociale, issues notamment des technologies de l'information et de la communication, qui fonctionnent par une surveillance interindividuelle généralisée ».

988 *Ibid.*

989 *Ibid.*

En résumé, le dispositif d'alerte peut s'apparenter à une forme d'exposition *potentielle*[990] au regard d'autrui, dont l'objectif est d'orienter positivement les comportements des acteurs publics et économiques[991]. Il faut également relever que, dans le cadre de l'alerte, l'exposition au regard a ceci d'original qu'elle n'émane ni de la personne exposée (l'acteur public ou économique) ni des destinataires de l'information (variables selon les canaux de diffusion de l'alerte : la structure, l'autorité publique ou le public), mais du locuteur (celui qui dévoile, le lanceur d'alerte). En d'autres termes, le locuteur, celui de qui émane l'information, n'est pas la personne dont le comportement est exposé au regard d'autrui.

296. **Conclusion du paragraphe**. Dans la sphère politico-juridique, la transparence s'articule donc autour de l'idée de contrôle des gouvernants et de leurs actions. Elle est donc largement conçue comme un moyen de moraliser les gouvernants. Elle apparait ainsi comme la « condition d'un contrôle social de tout un chacun sur toutes et tous, comme moyen de lutter contre les comportements déviants, et spécialement bien sûr la corruption »[992]. Comme dans la sphère personnelle, l'exigence de transparence ne s'y résume toutefois pas. Ce contrôle n'est pas, ou pas uniquement, un contrôle juridique classique, dans le sens où il ne jouit pas toujours d'une réponse juridique prévue et organisée. Le contrôle d'un acteur public ne débouche pas nécessairement sur une sanction juridique. La sanction « populaire », celle de l'opinion publique, apparaît ainsi comme une ligne directrice. Plus précisément, l'idée centrale autour de laquelle s'articule la transparence pourrait donc être ainsi formulée : rien de mauvais ne peut prospérer dans l'ombre, et réciproquement, l'exposition à la lumière, c'est-à-dire au regard des citoyens pour l'essentiel, assainit le système politique. C'est cette idée que la transparence véhicule et concrétise sur le terrain juridique. La transparence se présente dès lors comme un instrument de moralisation par l'exposition au regard d'autrui.

---

[990] L'exposition n'est que potentielle car il n'y a pas toujours d'alerte.

[991] L'idée que le lanceur d'alerte contribue à une surveillance des autorités publiques - surveillance censée éviter les mauvais comportements - est particulièrement visible dans l'étude qu'y consacre le Conseil d'Etat. On peut lire notamment que : « La démocratie ne se résume pas à l'élection régulière des principaux responsables politiques pour leur donner une légitimité politique. Elle est aussi inséparable d'une éthique politique et de comportements irréprochables dans la gestion des affaires publiques et privées. Cela fût très clairement exprimé par Alain qui considérait que « la démocratie réserve au peuple un pouvoir de regard et de jugement. Il n'en faut pas plus. Tous les abus sont secrets » (Alain, Propos de politique, Ed. Rieder, Paris, 1934 p. 324). L'alerte éthique participe, elle aussi, au perfectionnement de la démocratie » (in *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, 12 avril 2016, p. 114).

[992] N. LENOIR, « Le droit à la transparence, 30 ans après », *op. cit.* Et de souligner : « Ce n'est pas un hasard si l'ONG la plus connue dans la lutte contre la corruption s'appelle '"Transparency International" ».

Il semble que cette conception de la transparence soit également présente dans la sphère administrative, bien que la moralisation ne soit pas le seul objectif de la transparence en ce domaine.

§2. L'exigence de transparence dans la sphère administrative

297. **La transparence administrative**. On l'a vu, le terme de transparence est également présent dans la sphère administrative[993]. La « transparence administrative » s'articule essentiellement autour de trois lois[994] : la loi sur l'accès aux documents administratifs, la loi « informatique et libertés » (que nous avons déjà évoquée[995]) et la loi sur la motivation des actes administratifs. Dans ce contexte, le terme de transparence renvoie à un droit de regard en faveur de l'administré. Cependant, la transparence administrative – notion qui, rappelons-le, a été forgée par la doctrine[996] – ne s'y réduit pas.

La transparence est en effet apparue comme une solution à la crise de légitimité de l'appareil administratif[997]. Elle vise à redorer l'image de l'administration[998]. Elle véhicule l'idée d'une administration plus proche des administrés[999]. En lien avec l'amélioration de l'image de l'administration, la transparence sert également ses intérêts en participant à l'efficacité de l'action administrative[1000]. Il est ainsi postulé qu'une meilleure connaissance de l'action administrative favorise sa bonne application[1001]. En ce qu'elle permet aux administrés d'accéder aux tenants et aboutissants de l'action administrative, la transparence doit également permettre une meilleure adhésion de l'administré aux décisions administratives[1002].

---

[993] Cf. *supra* §§ 79 et s.

[994] Comme le précise J. LAVEISSIÈRE, « ces lois ne sont [cependant] que la partie la plus visible d'un processus normatif particulièrement riche » (*in* « En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret », *op. cit.*, p. 181).

[995] Cf. *supra* §§ 269 et s.

[996] En ce sens, cf. J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit : Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Bibliothèque des thèses. Droit public, Paris, Mare et Martin, 2015, p. 190. V. égal. *supra* §§ 81 et s.

[997] En ce sens, V. not. Y. POIRMEUR, « Transparence et secret administratif dans le débat politique », *op. cit.*, pp. 181 et s.

[998] J. LAVEISSIÈRE, « L'accès aux documents administratifs », *in Information et transparence administratives [colloque, Amiens, 11 mars 1988, organisé par le CURAPP]*, Paris, PUF, 1988, pp. 11-35.

[999] J. CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », *op. cit.*, p. 255.

[1000] Y. POIRMEUR, « Transparence et secret administratif dans le débat politique », *op. cit.*, p. 191.

[1001] J. CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », *op. cit.*, p. 247.

[1002] J. RIVERO, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 311.

La transparence est enfin, nous allons le voir, conçue comme un moyen d'orienter positivement l'action administrative en la plaçant sous le regard de l'administré. En d'autres termes, l'exposition de l'action administrative aux yeux des administrés vise à la réguler. Cette idée se retrouve notamment à travers l'accès aux documents administratifs (A) et la motivation des actes administratifs (B).

A. L'amélioration de l'action administrative par l'accès aux documents

298. **L'accès aux documents administratifs**. Si le dispositif d'accès aux documents administratifs est assez largement perçu comme le droit des administrés d'accéder aux documents détenus par l'administration, il nous semble qu'elle se présente également, au sein du discours juridique, comme un moyen d'orienter l'activité administrative. Le fait que toute personne puisse demander l'accès à un document administratif sans avoir à justifier d'un intérêt personnel à la communication du document[1003] suggère en effet que l'accès aux documents « ne s'attache pas à la personne de l'administré »[1004]. En d'autres termes, « La transparence ne constitue pas un droit de l'administré »[1005]. L'accès aux documents semble ainsi constituer un instrument de contrôle des administrés sur les services[1006]. Il vise à mettre l'administration sous le regard virtuellement constant – par l'éventualité d'une demande d'accès à un document – des administrés. C'est ce que suggèrent les expressions de « maison de verre »[1007] et « d'administration au grand jour »[1008] utilisées à propos des transformations de l'administration par la transparence administrative. En quelque sorte, l'accès aux documents administratifs paraît transposer, dans la sphère administrative, l'exigence de transparence imposée aux

---

[1003] Cons. État, 17 mars 2022, n° 449620 : « la personne qui demande la communication de documents administratifs n'a pas à justifier de son intérêt à ce que ceux-ci lui soient communiqués ». Les juges poursuivent : « En revanche, lorsque l'administration fait valoir que la communication des documents sollicités, en raison notamment des opérations matérielles qu'elle impliquerait, ferait peser sur elle une charge de travail disproportionnée au regard des moyens dont elle dispose, il revient au juge de prendre en compte, pour déterminer si cette charge est effectivement excessive, l'intérêt qui s'attache à cette communication pour le demandeur ainsi, le cas échéant, que pour le public ».

[1004] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 589.

[1005] *Ibid.* L'auteur relève toutefois que l'accès à un document peut constituer un moyen préalable à la réalisation d'autres droits de l'administré.

[1006] R. LETTERON, *La transparence administrative*, *op. cit.*, pp. 2-3.

[1007] J. CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », *op. cit.*, p. 240 ; Y. JEGOUZO, « La modernisation et la transparence de l'administration au défi de Wikileaks », *op. cit.*

[1008] G. BRAIBANT, « Préface », *op. cit.*, p. VII.

gouvernants[1009]. Une différence apparaît toutefois : la transparence semble davantage être exigée à une administration désincarnée qu'à une administration personnalisée. En d'autres termes, la transparence semble plus imposée à l'administration qu'aux agents administratifs[1010].

B. L'amélioration des actes administratifs par leur motivation

299. **Les fonctions de la motivation des actes administratifs**. La motivation des actes administratifs est perçue, dans une perspective contentieuse, comme un moyen pour le juge de contrôler les motifs sur lesquels repose l'acte administratif et, dans une perspective précontentieuse, comme un droit pour l'administré, notamment celui de pouvoir évaluer ses chances de succès en cas de contentieux. Cependant, la motivation peut également être conçue dans une perspective non contentieuse, comme un moyen d'améliorer le contenu de l'acte administratif. Selon Jean-François Kerléo[1011], c'est cette nouvelle conception de la motivation qui explique, au moins partiellement, que cette loi soit inscrite dans le giron de la transparence administrative.

300. **La motivation, étape de la PANC**. En effet, la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs constitue un tournant majeur bien qu'elle ne renverse pas complètement les positions respectives de la transparence et du secret (ou du silence). Elle marque un changement dans la conception de la motivation en se détachant du prisme contentieux. La motivation est désormais perçue non seulement comme un droit pour l'administré, mais aussi comme une étape de la « procédure administrative non contentieuse » (PANC), c'est-à-dire aux formalités entourant l'action des organes proprement administratifs (à la différence des juridictions administratives)[1012]. La motivation des actes administratifs constitue ainsi une « nouvelle dimension […] du droit pour les administrés d'être informés, non pas seulement de l'existence,

---

[1009] N'est-ce pas ce que suggère Jacques CHEVALLIER lorsqu'il affirme que le principe de publicité n'avait pas, jusqu'à la transparence administrative, atteint l'administration ? (*in* « Le mythe de la transparence administrative », *op. cit.*, p. 254).

[1010] Il faut certes reconnaître qu'une certaine personnalisation de la relation entre l'administration et l'administré a été recherchée par la levée de l'anonymat des fonctionnaires (En ce sens, cf. *Ibid.*, p. 248). Cependant, les textes, et notamment les dispositions sur l'accès aux documents administratifs, visent moins l'agent administratif que l'administration en général (Cf. par ex. CRPA, art. L. 311-1 : « (…) les administrations (…) sont tenues de publier en ligne ou de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande (…) »).

[1011] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 183.

[1012] Sur la procédure administrative non contentieuse, V. G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*

mais des raisons pour lesquelles une décision de l'Administration a été prise à leur égard ou à leur encontre »[1013]. Pour les administrés, « il est incontestable que la motivation des décisions prises à leur égard constitue une garantie des plus précieuse »[1014]. La motivation « leur assure que l'Administration a réellement étudié leur dossier » et qu'elle a examiné de manière impartiale les circonstances de la cause (en ce sens que la motivation « mine les possibilités d'arbitraire, voire d'illégalité »)[1015].

301. **Une fonction suggérée par le régime de la motivation**. Il est vrai que le régime de la motivation suggère que celle-ci vise au moins autant l'amélioration de la décision administrative que la connaissance, par le juge et l'administré, de ses motifs. L'administration doit énoncer, au sein de l'acte, les considérations de fait et de droit qui le fondent. Or, si la motivation ne visait qu'à permettre au juge et à l'administré de prendre connaissance des motifs de l'acte, une motivation postérieure à l'acte, une motivation sur un autre support que l'acte lui-même ou encore une motivation plus stéréotypée suffirait. Il est clair que le régime de la motivation est conçu pour que celle-ci améliore la décision administrative (en même temps qu'elle permet à l'administré de prendre connaissance des motifs).

302. **Le terme de transparence, marqueur du changement de perspective**. D'ailleurs, pour Jean-François Kerléo, « l'apparition du terme de transparence dans le discours administratif marque [justement cet] effacement du lien qui l'unit au contentieux et son développement au sein de la procédure administrative non contentieuse »[1016]. L'éloignement de la motivation par rapport au contentieux signifie qu'elle n'est plus uniquement conçue comme une mesure contentieuse, c'est-à-dire comme une mesure imposée dans le cadre d'un litige, ou précontentieuse, c'est-à-dire en prévision d'un éventuel litige. Le passage du prisme contentieux à la procédure administrative non contentieuse s'accompagne en effet d'une mise en avant d'autres fonctions de la motivation. Lorsqu'ils présentent la motivation, les auteurs ne se contentent ainsi pas de souligner l'intérêt de la motivation pour l'administré. Ils insistent aussi sur l'intérêt de la motivation pour l'administration et pour l'intérêt général. Parfois, le prisme contentieux

---

[1013] B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Manuel, Paris, LexisNexis, 2022, p. 1180.

[1014] C. WIENER, « La motivation des décisions administratives en droit comparé », *RIDC*, 12/1969, vol. 21, n° 4, p. 780.

[1015] Tous ces éléments sont cités dans : *Ibid.*, pp. 780-781.

[1016] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, pp. 183-184.

réapparaît lorsque la doctrine relève que la motivation facilite le contrôle du supérieur hiérarchique et celui du juge[1017]. Mais le plus souvent, cet aspect contentieux s'efface derrière une autre fonction essentielle de la motivation : elle sert à améliorer la qualité des décisions de l'administration. La doctrine administrativiste ne rechigne pas à mettre en avant la fonction réflexive de la motivation : celle-ci vise à « contraindre l'administration à peser le bien-fondé de ses choix »[1018]. « La transmission [des motifs] en elle-même est en effet fréquemment précédée d'une phase intellectuelle de collecte de connaissances ou de construction d'un savoir particulier, qui impose en pratique au [décisionnaire] de se livrer à une étude attentive de certains éléments »[1019]. Elle évite également que la décision soit instinctive ou trop hâtive[1020]. Obliger le décisionnaire à énoncer ses motivations l'incite donc, par un effet miroir, à réfléchir à sa décision. Sous cet angle, la motivation est alors conçue comme un « facteur très important de rationalisation et d'amélioration du travail, comme de cohérence et de continuité de l'action administrative »[1021]. La motivation est ainsi perçue comme « un procédé d'autolimitation qui bénéficie à l'administration elle-même, comme elle facilite […] le contrôle de l'administré (…) »[1022]. On souligne encore que la motivation « est utile non seulement pour son destinataire mais [aussi] pour son auteur : celui-ci est conduit à s'interroger avec précision sur les motifs de son acte pour pouvoir les exprimer »[1023]. La motivation aurait également des vertus pédagogiques, permettant au destinataire de mieux comprendre et donc de mieux accepter la décision[1024]. Elle serait donc l'un des facteurs de (bonne) application de la mesure, concourant ainsi à l'efficacité de l'action administrative[1025]. La perspective est donc tournée davantage vers

---

[1017] G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 546 ; V. également : C. WIENER, « La motivation des décisions administratives en droit comparé », *op. cit.*, pp. 781-782.

[1018] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, pp. 86-87. V. également : H. DE GAUDEMAR, « L'obligation de motivation des actes administratifs unilatéraux en droit français », *op. cit.*, pp. 84-85.

[1019] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, *op. cit.*, p. 86.

[1020] G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 547.

[1021] C. WIENER, « La motivation des décisions administratives en droit comparé », *op. cit.*, p. 783.

[1022] G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 546.

[1023] P. DELVOLVÉ, « La transparence administrative », *RJ Com*, 11/1993, n° spécial, p. 33 ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1180 : « l'obligation de motivation correspond également à un souci de bonne administration : en forçant les autorités administratives à justifier leurs décisions, elle les oblige, non pas seulement à être plus transparentes, mais, en amont, à réfléchir plus méticuleusement sur le contenu de ce qu'elles décident ».

[1024] Pour la vertu pédagogique envers l'administration, Cf. : C. WIENER, « La motivation des décisions administratives en droit comparé », *op. cit.*, p. 794.

[1025] J. RIVERO, « Rapport de synthèse », *in La Transparence administrative en Europe : actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989*, Paris, Éd. du Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 311 : L'auteur évoque l'extension des domaines d'intervention de l'administration. « Lorsque les règlementations descendent dans la vie

l'émetteur de la motivation (l'administration) que vers son destinataire (l'administré). Or, cette perspective paraît décisive dans l'utilisation du terme de transparence.

303. **Conclusion du paragraphe**. La transparence administrative ne se résume donc pas à la consécration de nouveaux droits à l'information pour l'administré. Que ce soit dans le cadre de la loi « informatique et libertés », de la loi sur l'accès aux documents administratifs ou de celle sur la motivation des actes administratifs, une même idée émerge : exercée au grand jour, l'action administrative n'en serait que meilleure. Bien qu'elle ne soit pas nommée, la fonction régulatrice de la transparence administrative est donc perceptible dans le discours juridique.

304. **Conclusion de la section**. En résumé, la transparence renvoie à un ensemble de dispositifs permettant l'accès au processus de décision qu'elle soit politique ou administrative. Elle « ouvre [aux citoyens] la boîte noire du processus de décision dont ils ne connaissaient rien autrefois, sinon les entrées (*inputs*) et les sorties (*outputs*) »[1026]. Plus encore, un aspect nous apparaît fondamental dans la notion de transparence : l'accès au processus de décision vise à orienter positivement le comportement du locuteur. Il s'agit de « moraliser » le politique, de rendre l'administration plus efficace, d'inciter l'un comme l'autre à prendre de meilleures décisions, dans l'intérêt de tous. Il nous semble en effet que, comme dans la sphère personnelle, l'accent est mis sur celui qui s'expose davantage que sur celui qui reçoit l'information. En d'autres termes, les différentes manifestations de la transparence ont en commun une fonction régulatrice qu'il nous a fallu souligner.

Cette fonction régulatrice, bien qu'innomée, paraît flagrante dans la pensée de Jeremy Bentham. La transparence se caractérise par l'effet qu'est censée produire l'exposition des agissements des responsables politiques au regard des citoyens. L'auteur semble moins s'intéresser aux effets de cette exposition sur les citoyens et aux actions qu'ils pourraient mettre en œuvre avec ce qu'ils apprennent, qu'aux effets sur la personne exposée. En droit administratif, la perspective des destinataires de l'information, c'est-à-dire les administrés, est davantage présente. Il n'en reste pas moins que l'idée essentielle réside dans le contrôle de l'administration par l'exposition de ses agissements aux yeux des administrés. C'est cette perspective qui nous

---

de chaque jour, il devient impossible de contrôler le respect de la règle par l'ensemble des citoyens. [...] Dès lors, l'administration [...] commen[ce] à sentir qu'il faut, pour que la règle soit obéie, autre chose que la crainte de la sanction ou le respect de l'autorité suprême dont elle émane, qu'il faut essayer d'obtenir l'adhésion du citoyen à la règle ». La motivation fait partie de ces tentatives de persuasion.

[1026] E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », *op. cit.*, p. 21.

paraît déterminante dans l'utilisation du terme de transparence. En résumé, la transparence est un mécanisme d'orientation des comportements par l'exposition au regard d'autrui, par l'accès à l'information. Elle se caractérise ainsi par sa fonction régulatrice. En est-il de même dans la sphère économique ?

SECTION 3. LA FONCTION RÉGULATRICE DE LA TRANSPARENCE DANS LA SPHÈRE ÉCONOMIQUE

305. **La transparence comme instrument de régulation du marché**. Dans la sphère économique, l'exigence de transparence n'est pas seulement perçue comme un droit de savoir constituant un résultat à part entière[1027]. Elle est aussi conçue comme un instrument de régulation du marché. Il s'agit d'orienter le comportement des agents économiques par la transparence. Cette orientation s'opère dans deux directions différentes : la transparence vise d'une part à assurer le bon fonctionnement du marché (§1) et d'autre part à moraliser les affaires (§2).

§1. La transparence comme instrument au service de l'efficacité économique

306. **De la pensée au droit positif**. Les théories économiques, qui trouvent une traduction sur le terrain juridique (B), confèrent à la transparence un rôle de régulation du marché (A).

A. La transparence dans la pensée économique

307. **La transparence, moteur de la concurrence**. La transparence est un objet de pensée dans de nombreuses disciplines. L'économie en fait partie. Dans ce champ, la transparence est d'abord perçue comme un moteur de la concurrence.
Il est possible de considérer que l'information sert les intérêts particuliers de son destinataire. En effet, l'information sur les offres permet à son destinataire – l'acheteur – de choisir l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix. L'information sur la demande permet, quant à elle, à son destinataire – le vendeur, en sa qualité de concurrent – de tenter de proposer la meilleure offre. Cette vision semble partagée par une partie de la doctrine[1028]. Il est cependant permis de

[1027] Sur cette perspective, cf. *supra* §§ 91 et s.

[1028] V. par ex. : L. VOGEL, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Rev. conc. conso.*, 06/2000, n° 115, p. 7 ; M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 582.

penser que cette vision, sans être erronée, est restrictive. Certes, l'information sert l'intérêt de son destinataire. Mais il est aussi possible de considérer que la connaissance complète par le vendeur de l'offre et de la demande incite celui-ci à baisser ses prix ou à innover pour acquérir des parts de marché. En d'autres termes, c'est l'effet positif sur le marché qu'est censée produire l'information qui justifie la transparence, davantage que la protection de l'intérêt personnel et particulier du destinataire de l'information. Plus exactement, c'est parce que – et dans la mesure où – l'intérêt particulier est réputé servir le marché que la transparence se justifie.

308. **La transparence dans la théorie de la « main invisible »**. C'est d'ailleurs ainsi que semble apparaître la transparence dans la pensée économique. Dans les théories classiques, l'Homme est considéré comme un être rationnel qui cherche à satisfaire ses intérêts de la meilleure façon possible. Pour Adam Smith, si les hommes sont mus par la recherche de leur intérêt personnel, « dans le cadre de la concurrence, le mécanisme des prix conduit chacun à concourir à la satisfaction de l'intérêt général. Le marché est donc autorégulateur »[1029]. En recherchant la satisfaction de son intérêt personnel, l'individu « est amené par une *main invisible* à promouvoir une fin qui ne fait pas partie de ses intentions »[1030]. Par exemple, si un boulanger vend du bon pain à un juste prix, c'est qu'il espère s'attirer plus de clients que ses concurrents ; et réciproquement, si des clients lui achètent son pain, c'est parce qu'ils sont satisfaits du rapport qualité-prix du pain proposé par le boulanger. Finalement, clients comme boulanger y trouvent leur compte, tout comme le secteur d'activité de la boulangerie puisque les autres boulangers seront incités à innover ou à s'améliorer pour acquérir des parts de marché. En résumé, la poursuite des intérêts individuels entraine une compétition entre les acteurs économiques bénéfique pour la société[1031].

Cette « situation idyllique »[1032] est toutefois subordonnée à la réalisation d'un équilibre appelé « concurrence pure et parfaite ». Or, cet équilibre est lui-même soumis à plusieurs conditions[1033], parmi lesquelles figure la transparence du marché[1034]. Cette condition est

---

[1029] C. DOLLO *et al.*, *Économie*, Collection aide-mémoire, Paris, Sirey, 2021, p. 19.

[1030] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 296, citant A. SMITH dans *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, livre IV, chap. 2. Nous soulignons.

[1031] J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 4.

[1032] M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Université, Paris, Dalloz, 2014, p. 30.

[1033] Outre la transparence du marché, les conditions de la « concurrence pure et parfaite » sont l'atomicité, la libre entrée et sortie du marché d'un nouvel opérateur économique qu'il soit producteur ou consommateur et l'homogénéité des produits. E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Précis, Paris, Dalloz, 2005, p. 31.

[1034] G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 81.

satisfaite lorsque « l'information qui existe sur le marché circule librement »[1035], c'est-à-dire lorsque « les agents disposent tous de la même information, laquelle est disponible immédiatement et sans coût »[1036]. Pour que la concurrence puisse pleinement jouer son rôle, il faut qu'il y ait une transparence totale de l'offre : chaque consommateur connaît les prix et les caractéristiques de tous les produits ou services, ce qui lui permet de choisir le fournisseur lui offrant le meilleur rapport qualité/prix et de maximiser ainsi son profit. Mais il faut également une transparence totale de la demande : chaque fournisseur connaît les prix et caractéristiques de tous les produits et services de chacun de ses concurrents. De cette façon, il lui est possible de faire des offres plus compétitives et de s'attirer ainsi des parts de marché.

309. **Les limites et dangers de la transparence**. Dans ce cadre, l'information est donc analysée comme un moteur de la concurrence. Elle doit être encouragée pour favoriser l'autorégulation du marché. Cette situation de transparence absolue est impossible. Économistes comme juristes en ont conscience : le modèle de « concurrence pure et parfaite » est purement théorique, ses conditions ne se réalisant jamais[1037]. Non seulement ni les consommateurs ni les fournisseurs n'ont une connaissance totale de l'offre et de la demande, mais l'information représente aussi un coût[1038]. En tant que modèle, la théorie de la « concurrence pure et parfaite » structure toutefois la pensée et oriente les normes juridiques du droit de la concurrence : c'est vers sa réalisation qu'elles tendent. En ce sens, la transparence constitue un démembrement du modèle théorique, lui empruntant son irréalisme[1039].

En outre, l'information est dans le même temps considérée comme un frein à la concurrence[1040]. Une transparence totale de l'offre et de la demande découragerait l'innovation puisque les concurrents pourraient rapidement imiter le fournisseur ayant entrepris des efforts. « Information et transparence sont ainsi au cœur des grands débats qui agitent l'analyse économique du droit »[1041].

[1035] L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Dyna'sup Droit, Paris, Vuibert, 2011, p. 36.

[1036] E. COMBE, *loc. cit.*

[1037] G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 24.

[1038] Sur l'analyse économique de l'information et la théorie du coût de l'information, Cf. not. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*, *op. cit.*, pp. 54 et s.

[1039] N. RENAUDIN, « Transparence et Concurrence », *RJ Com*, 11/1993, p. 90.

[1040] Not. M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Vice et vertus de la transparence », *RLC*, 10/2007, n° 13, pp. 164-169.

[1041] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 146.

Instrumentalisé à des fins économiques, le droit traduit ces hésitations permanentes entre information-moteur et information-frein à la concurrence.

B. La traduction de la transparence dans le droit positif

310. **La transparence en droit de la concurrence**. Transparence et concurrence forment un couple aux relations complexes. Cette complexité se traduit, en droit positif, par une certaine hésitation du législateur sur la posture à tenir vis-à-vis de la transparence. Se laissant porter par des courants tantôt libéraux, tantôt interventionnistes, le législateur paraît en effet hésiter entre laisser le marché s'autoréguler ou intervenir pour imposer une transparence. Pour s'en tenir à l'essentiel, le législateur a instauré un droit de la « transparence tarifaire ». Le dispositif consiste à faire une « photographie » de différentes étapes du processus contractuel entre fournisseurs et distributeurs[1042]. On l'a dit, la doctrine considère majoritairement que cette exigence de transparence vise essentiellement la protection des intérêts particuliers des concurrents[1043].
Or, il nous semble que l'exigence de transparence tend principalement à réguler le marché. Autrement dit, en imposant une exposition au regard des étapes du processus, le législateur espère avant tout orienter le comportement des agents économiques dans un sens favorable au marché. Cela ne signifie pas pour autant que l'exigence de transparence ne permet pas la protection des intérêts particuliers des concurrents, mais que cette protection n'est pas un résultat en lui-même, c'est un moyen au service du bon fonctionnement du marché. Nous postulons ainsi que la transparence tarifaire s'explique mieux sous le prisme de sa fonction régulatrice que sous le prisme de sa fonction informative. C'est ce que nous allons maintenant tenter de démontrer.

311. **Une protection des concurrents au service de la concurrence**. Rappelons d'abord que, pour considérer que la transparence vise à protéger les concurrents, la doctrine s'appuie sur le lien entre l'exigence de transparence et l'interdiction des discriminations. L'exigence de transparence, concrétisée notamment par l'obligation pour un vendeur de communiquer ses CGV, devait en effet permettre de détecter des différences de traitement consenties à certains acheteurs.

[1042] M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 608.

[1043] Cf. *supra* §§ 94 et s.

L'argumentation de la doctrine pour montrer que le droit de la transparence tarifaire vise la protection des concurrents soulève pourtant, en plus de celle déjà identifiée plus haut[1044], une seconde ambiguïté. Ce n'est pas tant l'égalité entre les contractants qui semble recherchée que l'égalité entre les concurrents. À bien y regarder en effet, l'échange d'informations entre les futurs contractants, qui s'opérait au niveau vertical (c'est-à-dire entre deux opérateurs n'intervenant pas au même niveau de l'appareil économique[1045], par exemple entre un fournisseur et un distributeur) ne visait pas tant à assurer l'égalité entre contractants (au niveau vertical) qu'entre concurrents (au niveau horizontal, c'est-à-dire entre distributeurs). Autrement dit, l'ordonnance de 1986 instaurait une « "procédure" de formation des contrats destinée à assurer la transparence, non pas des obligations nées du contrat vis-à-vis du cocontractant, mais des contrats eux-mêmes vis-à-vis des concurrents »[1046]. C'est d'ailleurs en cela que la transparence tarifaire se distinguait de l'obligation précontractuelle de droit commun : cette dernière vise avant tout à rétablir une inégalité entre les cocontractants[1047].

Or, l'égalité entre les concurrents encouragée par la transparence tarifaire n'est pas présentée comme un objectif à part entière, mais comme un moyen d'agir sur le marché. Quand Édouard Balladur, alors ministre de l'économie et des finances, affirmait qu'en contrepartie de la libéralisation des prix, « un accent particulier [devait être] mis sur les dispositions permettant d'assurer la transparence des prix et des conditions de vente » et que « Les entreprises doivent être libres, elles doivent pouvoir baisser certains prix, en réajuster d'autres, mais cela doit se faire dans la clarté, de façon que le client puisse juger, comparer et jouer son rôle de régulateur du marché »[1048], n'est-ce pas de protection de la concurrence dont il question plus que de protection des concurrents ? De la même manière, la doctrine explique que la transparence des CGV avait pour objectif de mettre en concurrence les opérateurs par la seule comparaison des offres : en demandant aux fournisseurs de communiquer ses CGV (et à les appliquer telles quelles grâce à l'interdiction des discriminations), chaque distributeur pouvait comparer les offres et contracter avec le fournisseur le mieux offrant[1049]. Ne cherchait-on donc pas à tendre vers une baisse des prix plutôt qu'à protéger le fournisseur ? Il faut donc convenir avec Fabrice

---

[1044] Cf. *supra* § 96.

[1045] F. RIEM, *La notion de transparence en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 35.

[1046] *Ibid.*, p. 57.

[1047] *Ibid.*, pp. 50 et s.

[1048] JORF débats AN, 15 octobre 1986, p. 4702 cité par G. CLAMOUR (*in Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 82).

[1049] D. FERRIER et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, p. 173.

Riem qu'« il serait faux de tenir les dispositions relatives à la communication des conditions de vente pour des règles essentiellement protectrices des intérêts particuliers des concurrents tant elles sont liées à une transparence tarifaire choisie comme politique d'organisation de notre économie »[1050]. En somme, plutôt que de fixer lui-même les prix sur les marchés, le législateur se sert de l'exigence de transparence pour orienter le comportement des acteurs économiques, et ainsi, l'espère-t-il, réduire les prix ou éviter un monopole, bref pour réguler le marché.

Cette même dimension objective se dévoile dans les écrits doctrinaux relatifs à l'obligation d'établir une facture. Entre autres finalités[1051], « la facture doit [en effet] permettre – et c'est en cela qu'elle constitue l'un des fondements de la transparence du marché – un rapprochement, par les autorités chargés (*sic*) du contrôle, entre les transactions réelles et les barèmes communiqués »[1052] peut-on lire ici. Là, on affirme que la facture vise à « assurer une concurrence saine » en soulignant alors que « l'on retrouve l'idée d'une transparence au service du marché »[1053].

312. **La légalisation des pratiques discriminatoires**. C'est encore un objectif de réduction de l'inflation (donc de régulation du marché) qui a incité le législateur à revenir sur la très critiquée[1054] interdiction des discriminations *per se* (c'est-à-dire indépendamment de tout effet néfaste sur le marché). Pour certains, l'absence de négociabilité des CGV résultant de l'interdiction des discriminations se révélait en effet contre-productive. Non seulement elle pouvait favoriser les ententes, parfois implicites, puisqu'un fournisseur ne pouvait cacher qu'il s'éloignait du prix entendu, mais elle aurait aussi réduit la concurrence entre distributeurs : puisque les diminutions de prix consenties à l'un devaient être accordées à tous, le distributeur ne retirait aucun avantage concurrentiel à tenter d'en obtenir[1055]. On a d'ailleurs fait remarquer

---

[1050] F. RIEM, *La notion de transparence en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 431.

[1051] Celles de faciliter les contrôles administratifs ou fiscaux. Relevées notamment par A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence (Droit interne et droit de l'Union européenne)*, Manuel, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, p. 371, note n° 286.

[1052] N. RENAUDIN, « Transparence et Concurrence », *RJ Com*, 11/1993, n° spécial, p. 95.

[1053] J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 200. Plus largement, c'est toute la distinction entre la protection des concurrents et la protection de la concurrence qui semble devoir être relativisée, au moins en ce qui concerne la transparence tarifaire. Sur cette question, Cf. F. RIEM, *La notion de transparence en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 102 ; sur la relativisation de la distinction au-delà de la seule question de la transparence, Cf. not. G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 32 ; M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 29.

[1054] M. MALAURIE-VIGNAL, « Liberté contractuelle, transparence tarifaire et égalité entre concurrents », *op. cit.*

[1055] M.-D. HAGELSTEEN, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, Bercy, 12 février 2008, p. 15 (Consulté le 7 décembre 2022).

que la solution inverse, c'est-à-dire la libre négociation des CGV, permettait, elle-aussi, la mise en concurrence[1056]. Dans cette configuration, le « distributeur cherche à obtenir du fournisseur des conditions de vente plus favorables que celles consenties aux distributeurs concurrents et le fournisseur tente de vendre à un prix plus élevé à certains distributeurs »[1057]. En outre, puisqu'il était interdit de négocier les CGV (notamment les prix des produits du fournisseur) mais qu'il était admis de négocier les services de coopération commerciale (c'est-à-dire les services que rend le distributeur au fournisseur par exemple pour mettre en valeur ses produits dans ses magasins), les puissants distributeurs ont imposé aux fournisseurs une rémunération de services, souvent fictifs[1058]. L'opacité des négociations s'est donc déplacée des « marges avant » aux « marges arrière »[1059]. Après diverses tentatives d'amélioration du dispositif (notamment en 1992[1060], 1993[1061], 1996[1062], 2001[1063], 2005[1064]), la loi du 4 août 2008 dite « loi de modernisation de l'économie (LME) »[1065] supprima la prohibition des discriminations[1066].

[1056] D. FERRIER et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, p. 174.

[1057] *Ibid.*

[1058] *Ibid.*, p. 173.

[1059] M.-D. HAGELSTEEN, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, *op. cit.*, p. 15 ; Sur cette question des « marges arrière », V. par ex. : D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 180 ; M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 593-594.

[1060] Loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre les entreprises.

[1061] Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

[1062] Loi n° 96-588 du 1 juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales dite loi « Galland ».

[1063] Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE).

[1064] Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises dite loi « Dutreil ».

[1065] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME).

[1066] Bien qu'il « trouve principalement sa cause dans le droit de la discrimination » (L. VOGEL, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 286), le droit de la transparence a cependant été maintenu après la suppression de la prohibition des discriminations. Certains se sont alors demandé s'il n'était pas devenu « sans réel intérêt, sinon purement formel, sauf à des fins de contrôle administratif ou judiciaire » (D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 181). Pourtant, les réformes ne se sont pas taries après la réforme de 2008, se succédant alors que l'encre des précédentes était à peine sèche, sans jamais supprimer le droit de la transparence tarifaire (M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 599 ; N. DISSAUX et R. LOIR, « La réforme de la négociation commerciale : une névrose française », *JCP E-A*, 07/2019, n° 29, pp. 23-25 (étude 1362)).

Le droit de la transparence reste aujourd'hui un droit contesté : s'agit-il d'un droit par nature inefficace (le droit étant incapable de réguler les rapports de force économiques ; M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 605), s'agit-il d'un problème de méthode (ce droit étant complexe et instable, ses objectifs mal définis ; *Ibid.*, p. 585) ou s'agit-il d'un droit inopportun (la transparence générant plus d'inconvénients que d'avantages) ou au contraire d'un droit nécessaire (M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Vice et vertus de la transparence », *RLC*, 10/2007, n° 13, pp. 164-169) ? Ces questions font l'objet de disputes doctrinales. Les facteurs de complexité sont en effet nombreux : la juste mesure de la transparence dépend bien sûr de considérations économiques et politiques, le rapport de force varie selon les situations (tantôt le fournisseur est en position de force, tantôt en position de faiblesse ; M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 588 et s.), etc.

Plus exactement, les pratiques discriminatoires ne sont désormais prohibées que lorsqu'elles constituent un abus dans la négociation commerciale. Deux grands types d'abus sont ainsi sanctionnés : d'une part, les pratiques considérées comme déloyales (par exemple par l'obtention ou la tentative d'obtention de l'autre partie d'un avantage sans aucune contrepartie ou en échange d'une contrepartie manifestement disproportionnée[1067] ou le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »[1068]) et, d'autre part, les pratiques considérées comme anticoncurrentielles (par exemple un abus de position dominante)[1069]. Les premières sont toujours interdites *per se*, c'est-à-dire indépendamment de leur incidence sur le marché ; les secondes ne sont caractérisées que lorsque la pratique affecte ou vise à affecter un marché (c'est-à-dire à évincer un concurrent en l'empêchant d'entrer ou de se maintenir sur un marché). La transparence sert donc ici la protection de la concurrence (puisqu'elle sert à détecter des pratiques anticoncurrentielles) et la protection des concurrents (puisque les pratiques déloyales sont sanctionnées sans qu'il soit besoin de constater leur incidence négative sur le marché). Pourtant, la protection des concurrents n'est pas présentée comme un objectif à part entière, mais comme un moyen de protéger, *in fine*, le marché. Autrement dit, la fonction régulatrice de la transparence (qui correspond à la protection du marché, à sa régulation) prime sur sa fonction informative (qui correspond à l'information et à la protection des concurrents). Il en va de même pour la protection des consommateurs.

313. **La transparence en droit de la consommation**. Le terme de transparence semble moins courant en droit de la consommation. En ce domaine, la transparence peut apparaître comme une manière de protéger le consommateur, en l'informant. Mais selon certains auteurs, le droit de la consommation participe également à la protection d'une saine concurrence, via la protection du consommateur. Mieux informé, le consommateur choisirait l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix. Les vendeurs non retenus par les consommateurs seraient alors contraints de réagir en proposant de meilleures offres. La transparence, se manifestant ici par l'information des consommateurs, servirait donc l'intérêt des consommateurs, qui servirait lui-même, *in fine*, l'intérêt du marché.

[1067] C. com., art. L. 442-1 I 1°.

[1068] C. com., art. L. 442-1 I 2°.

[1069] C. com., art. L. 420-1 et s.

Parmi ces différentes visions, la première – correspondant à la fonction informative – ne paraît pas propice à l'emploi du terme de transparence. Il nous semble en effet que lorsqu'il est plutôt question de la protection du consommateur en tant que finalité, les auteurs parlent d'information du consommateur. Les manuels de droit de la consommation mettant l'accent sur la finalité protectrice de l'intérêt personnel du consommateur laissent ainsi peu de place à la transparence[1070]. En revanche, lorsque la protection du consommateur est envisagée comme un moyen au service de la protection de la concurrence – et donc à la fonction de régulation du marché – les auteurs ont tendance à utiliser le terme de transparence. On peut ici lire que « L'information des consommateurs est, de surcroît, un facteur de *transparence* du marché, donc de développement de la concurrence »[1071]. À propos de l'obligation d'information imposée au professionnel permettant au consommateur de contracter en toute connaissance de cause, on explique là que « L'objectif de protection du consommateur apparaît immédiatement, même s'il n'est pas le seul. Cette obligation participe plus largement de l'objectif de *transparence* et de loyauté des relations professionnelles, et fait office de régulation autant que de protection »[1072]. Le traité de droit civil consacré aux contrats de consommation souligne quant à lui la convergence du droit de la concurrence et du droit de la consommation, « lorsqu'il s'agit d'assurer la transparence et la loyauté des échanges » justifiant de les rassembler au sein d'un « droit du marché »[1073]. Ainsi, les manuels ou articles qui accordent une place prépondérante à la finalité protectrice envers la saine concurrence et le marché utilisent plus fréquemment le terme de transparence[1074].

À notre sens, il est encore possible de considérer que la production même de l'information par les vendeurs au profit des consommateurs va inciter les premiers à modifier leurs offres, par anticipation de la modification du comportement des consommateurs. Dans cette perspective, les vendeurs sont ainsi proactifs, ne se contentant pas de réagir, mais anticipant les attentes des consommateurs. Ici, l'exposition au regard (qui se manifeste toujours par l'information des consommateurs) vise, en elle-même, à inciter le locuteur, c'est-à-dire le vendeur, à modifier son

---

[1070] S. PIÉDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, Corpus Droit privé, Paris, Economica, 2014 ; Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Université, Paris, Sirey, 2018. Dans ces manuels, le terme de transparence n'est pas référencé dans l'index.

[1071] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Précis, Paris, Dalloz, 2015, p. 55. Nous soulignons.

[1072] J. JULIEN, *Droit de la consommation*, Précis, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 109. Nous soulignons.

[1073] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD *et al.*, *Les contrats de consommation - Règles communes*, Traité de droit civil, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, pp. 28-29.

[1074] *Ibid.* Le terme de transparence est par exemple référencé dans l'index de l'ouvrage.

comportement pour satisfaire le marché. La transparence est donc saisie ici sous le prisme de sa fonction de régulation du marché.

314. **Conclusion du paragraphe**. Dans la pensée économique comme au sein du droit positif, la transparence est donc perçue comme un moyen d'orienter les comportements des agents économiques par le biais d'échanges d'informations. Plutôt que d'intervenir directement en règlementant le marché (par exemple en fixant les prix), le législateur préfère ainsi user d'une autre méthode. Il s'agit en quelque sorte d'un pari sur fond de rationalité économique : en imposant une certaine transparence sur les contrats, on parie que les agents économiques vont adopter un certain comportement ; comportement qui est censé bénéficier au marché tout entier, et pas seulement à un agent économique (concurrent ou consommateur) en particulier. Cette idée traduit la fonction régulatrice de la transparence : l'exposition au regard d'un paramètre économique (comme le prix) vise à orienter ce paramètre (par exemple à la baisse).
La transparence ne poursuit toutefois pas qu'une finalité économique. Elle vise également la moralisation des affaires.

§2. La transparence comme instrument de moralisation des affaires

315. **La moralisation des comportements par la transparence**. Dans la sphère économique, l'exigence de transparence est largement perçue comme un instrument de moralisation des affaires. Elle vise ainsi à orienter le comportement des acteurs économiques dans un sens plus éthique. Cette conception de la transparence apparaît aussi bien en droit privé (A) qu'en droit public (B).

A. La moralisation par la transparence en droit privé des affaires

316. **La moralisation des comportements par la transparence**. Cette perception de la transparence comme un instrument de moralisation traverse le droit des affaires (1). Elle se matérialise plus particulièrement lorsqu'il est question de responsabilité sociale des entreprises (2).

1. L'exigence de transparence en droit des affaires

317. **La transparence en droit des affaires et des sociétés**. En droit des affaires, la fonction de la transparence ne se limite pas à l'information des acteurs économiques. Selon Arnaud

Reygrobellet, « L'objectif du législateur, lorsqu'il prescrit une obligation de transparence, est aussi d'agir en amont sur l'acte ou la situation soumise à publicité. L'entreprise assujettie, se sachant observée (ou croyant l'être), sera incitée à adopter une attitude conforme aux attentes légitimes des tiers, ou en tout cas respectueuse de la légalité (…). Il est vrai que, au-delà de l'exigence d'une certaine transparence, ce sont les comportements des agents économiques qui sont implicitement visés »[1075]. La transparence a donc pour fonction la moralisation, la recherche d'une éthique commerciale : « Il s'agirait de faire rougir de honte les commerçants par la publication de leurs activités déloyales, pour mieux les obliger à adopter des attitudes morales droite »[1076]. Introduisant un ouvrage sur la transparence en droit des sociétés, Émilie Blary-Clément et Jean-Christophe Duhamel faisaient un constat similaire : il ne s'agit plus seulement de porter à la connaissance des actionnaires et des investisseurs la situation économique de l'entreprise, mais de servir une transparence à visée morale et citoyenne[1077]. De la même manière encore, France Drummond présentait quant à elle l'information comme un instrument de la transparence[1078], articulant son propos autour de l'effet normatif de l'information. Elle précisait ainsi que l'information repose sur un double pari : d'une part, celui de penser que l'information va permettre aux informés d'influer sur les comportements des sociétés et d'autre part, celui d'espérer que, obligées d'informer, les sociétés vont changer leurs comportements. En d'autres termes, la fonction régulatrice de l'information est soulignée : l'exposition « du comportement » de la société au regard d'autrui est censée l'inciter à agir conformément à l'éthique des affaires.

2. L'exigence de transparence au sein du dispositif de responsabilité sociale des entreprises (RSE)

318. **La moralisation par la transparence**. On l'a dit[1079], le terme de transparence apparaît en matière de RSE et renvoie notamment à la publication d'un rapport de durabilité. Dans ce contexte, la fonction informative de la transparence a pu être soulignée par la doctrine.

[1075] A. REYGROBELLET, *Les vertus de la transparence*, *op. cit.* (introduction, §9).

[1076] E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*, pp. 175 et s.

[1077] E. BLARY-CLÉMENT et J.-C. DUHAMEL (dirs.), *2001-2010 : Dix ans de transparence en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 8.

[1078] F. DRUMMOND, « L'information des actionnaires et des investisseurs », *RJ Com*, 2005, pp. 15-24.

[1079] Cf. *supra* §§ 99 et s.

Toutefois, la fonction régulatrice de la transparence est également relevée, parfois même expressément[1080]. En effet, le devoir de transparence mis à la charge des entreprises est surtout perçu comme un instrument de moralisation des affaires. « Derrière l'obligation de "dire", c'est une incitation à "faire" qui est déployée par les pouvoirs publics »[1081] : « Le devoir de transparence a ainsi vocation à guider les entreprises vers la prise en compte effective des enjeux environnementaux et sociaux rattachés à leur activité et qui font l'objet des informations qu'elles publient »[1082]. L'obligation d'information – notamment via la publication du rapport de durabilité – vise en effet à orienter le comportement des entreprises dans le sens d'une meilleure prise en compte des intérêts des parties prenantes, de l'environnement dans lequel l'entreprise se loge. « Ainsi [explique une autrice], plutôt que d'imprimer un sens particulier à la RSE en imposant aux entreprises des obligations de faire, les autorités publiques misent sur des obligations de dire particulièrement flexibles pour conduire les acteurs à expérimenter de nouvelles manières de conjuguer préoccupations environnementales et économiques »[1083]. Et de poursuivre : « Derrière la prolifération désordonnée de l'information (…), se dessine ainsi l'expérimentation (…) d'une régulation informationnelle de l'environnement »[1084].

Cette fonction régulatrice serait permise par le jeu du marché[1085]. L'entreprise qui ne respecterait pas ses engagements en matière de RSE pourrait pâtir d'une mauvaise réputation, lui faisant perdre des parts de marché. Inversement, l'entreprise respectueuse de ses engagements et proactive en matière de RSE bénéficierait d'un avantage concurrentiel lui permettant de maintenir ou gagner des parts de marché. La « performance extra-financière » de l'entreprise peut en effet être un élément, plus ou moins déterminant, dans la décision des investisseurs ou des consommateurs.

[1080] A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, *op. cit.* ; J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*

[1081] J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*, p. 303.

[1082] *Ibid.*

[1083] A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, *op. cit.*, 4ème de couverture.

[1084] *Ibid.*

[1085] J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*, pp. 307 et s.

B. La moralisation par la transparence en droit public

319. **L'intégrité et l'efficacité de la commande publique**. En droit de la commande publique, la transparence peut être perçue comme un droit visant à mettre les candidats sur un pied d'égalité[1086]. Cependant, cette transparence exerce également une fonction régulatrice.

Elle est en effet avant tout perçue comme un moyen d'améliorer la décision publique. En obligeant la personne publique à formuler son besoin, à l'exprimer et à s'y tenir, l'objectif est de lui permettre de choisir le meilleur candidat. Les deniers publics sont alors protégés, en ce sens qu'ils sont employés au meilleur escient. La procédure de la commande publique vise également à moraliser la décision publique[1087]. Émanant pour l'essentiel des acheteurs, l'information leur permet d'émettre un consentement intègre[1088]. Coulée au sein d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, elle vise non seulement à éviter les conflits d'intérêts et la corruption, mais doit aussi, plus largement, conduire au choix du meilleur partenaire contractuel. La protection du consentement de l'acheteur public est ainsi finalisée : les procédures ne sont pas instituées « pour elles-mêmes », auquel cas elles n'apparaîtraient d'ailleurs « que comme de lourdes contraintes encadrant la liberté contractuelle mais pour les garanties qu'elles représentent et pour l'influence qu'elles exercent (ou du moins sont supposées exercer) sur le contrat futur. Elles apparaissent alors comme des instruments au service de l'efficacité économique »[1089]. Les objectifs de cette procédure de passation des marchés publics ont progressivement évolué. Il s'agissait en premier lieu de protéger les deniers publics : la procédure de mise en concurrence devait permettre de choisir le candidat proposant le meilleur rapport qualité/prix. Il s'agissait, en un second lieu, de favoriser la réalisation du marché commun au niveau européen : la procédure de passation devait ainsi garantir la libre et égale concurrence entre les opérateurs. Désormais, la procédure de passation des marchés publics s'est transformée en outil au service de politiques publiques dépassant le seul critère économique. Elle tendrait ainsi « à favoriser le bien commun, dans ses dimensions économiques, technologiques, sociales ou environnementales »[1090].

[1086] Cf. *supra* § 98.

[1087] F. RIEM, *La notion de transparence en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 144.

[1088] H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 345.

[1089] *Ibid.*, p. 346.

[1090] *Ibid.*, p. 347.

La transparence se présente finalement moins comme un droit pour son destinataire que comme une manière d'agir sur la décision publique, dans le sens d'une amélioration de son efficacité et de sa probité, c'est-à-dire sous le prisme de sa fonction régulatrice.

320. **L'utilisation du terme de transparence**. À notre sens, c'est justement parce que la protection du consentement est finalisée que le terme de transparence est employé. Lorsqu'il est uniquement question de la protection du consentement des personnes publiques proposant le marché, la locution « droit à l'information » paraît être préférée[1091]. Le point de vue est alors essentiellement celui du destinataire de l'information – la personne publique qui propose le marché. En revanche, lorsque la protection du consentement des personnes publiques par l'information (cette fois-ci émanant des personnes publiques plus que des candidats) est un instrument au service de l'intégrité des décideurs, de la réalisation du marché européen ou plus généralement du bien commun, c'est alors le terme de transparence qui est employé.

321. **Conclusion de la section**. Comme ailleurs, la transparence dans la sphère économique ne se présente pas seulement comme un droit subjectif au profit de son destinataire, mais également comme un instrument visant à orienter le comportement du locuteur. Mais, sans doute plus qu'ailleurs, l'étude de la transparence dans cette sphère nous apprend que l'information constitue plus largement un instrument qui vise à orienter les comportements au-delà de la satisfaction d'un intérêt particulier.

322. **Conclusion du chapitre**. À bien y regarder, on s'aperçoit finalement qu'une idée directrice se dégage de l'ensemble des manifestations de la transparence : l'idée que l'exposition d'un comportement au regard des autres va influencer ce comportement. Cet effet de l'exposition au regard est quelques fois craint, notamment dans la sphère privée. La vie privée (entendue largement) est une sphère d'autonomie pour la personne concernée. Elle doit donc être protégée contre les formes d'orientation des comportements, donc contre la transparence. Le plus souvent, cet effet est cependant recherché. La transparence est alors utilisée inciter les sujets de droit à améliorer leur comportement.

Autrement dit, la fonction régulatrice de l'exposition au regard apparaît comme une ligne directrice au sein des diverses manifestations de l'exigence de transparence. De ce point de vue,

---

[1091] *Ibid.*, p. 345.

la transparence est parée d'une certaine unité, certes relative puisque que le sens de cette orientation est très variable (il peut par exemple s'agir d'assurer l'efficacité économique d'une décision ou de moraliser un comportement), mais unité tout de même en tant qu'instrument. L'orientation des comportements par l'exposition au regard apparaît comme une fonction centrale de la transparence qui, jusqu'à présent, était passée plutôt inaperçue.

CHAPITRE 2. UNE FONCTION RÉGULATRICE MAJEURE

323. **La fonction régulatrice comme dénominateur commun**. Dans le discours juridique, la transparence apparaît au premier abord sous le prisme de sa fonction informative, comme un droit de savoir. Nous avons cependant montré qu'une autre fonction, plus cachée, est commune aux diverses manifestations de l'exigence de transparence. Celles-ci partagent en effet une même idée d'orientation des comportements par l'exposition au regard d'autrui. Cette fonction, que nous appelons fonction régulatrice[1092], constitue donc un dénominateur commun à l'ensemble des exigences de transparence.

324. **La nécessité d'un effort de systématisation**. Néanmoins, la mise à jour de cette fonction ne suffit pas à bien saisir la transparence. Afin de la conceptualiser, un travail de systématisation de la fonction régulatrice est donc nécessaire. Il nous faut en effet en comprendre les ressorts, en déterminer les caractéristiques ou encore la confronter à d'autres notions.
À notre sens, l'exposition au regard d'autrui vise à orienter l'action de la personne exposée et constitue donc une forme de régulation (Section 1). Cette exposition au regard d'autrui, qui traduit le concept de transparence dans le droit positif, peut en outre s'analyser comme une règle de procédure (Section 2). Si cette qualification d'instrument de régulation procédurale ne permet pas à la transparence d'accéder au rang de véritable catégorie juridique, elle explique cependant pourquoi ses sanctions sont ambiguës (Section 3).

SECTION 1. LA QUALIFICATION DE L'EXPOSITION AU REGARD COMME INSTRUMENT DE RÉGULATION

325. **La transparence, un instrument de régulation**. L'exposition au regard d'autrui a, au moins en partie, pour fonction d'orienter le comportement de la personne exposée. Il convient donc de s'intéresser maintenant à ce mécanisme d'orientation des comportements. À notre sens, ce mécanisme s'assimile à la technique de la régulation. Il nous faut d'abord expliciter la

[1092] Sur l'expression « fonction régulatrice », V. égal. A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, *op. cit.* ; J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*

signification de cette notion controversée (§1). Nous pourrons ensuite appréhender le « résultat attendu », c'est-à-dire l'objet de la régulation, ce vers quoi elle tend (§2).

§1. La clarification de la notion de régulation

326. **La notion générique de régulation**. À l'instar de la transparence, la régulation est un terme polysémique. Liée au terme de « régulateur », la régulation renvoie tout d'abord à ce qui règle, au sens mécanique du terme, c'est-à-dire rendre régulier quelque chose, souvent en relation avec des appareils assurant un contrôle ou une commande. En mécanique, la régulation désigne « l'ajustement spontané d'une machine aux objectifs qui lui sont assignés »[1093]. Le terme s'est ensuite enrichi d'autres sens par renvoi au verbe « régulariser »[1094]. Il signifie alors à la fois « mettre en ordre » et « donner des ordres »[1095].

Par la suite, le terme de régulation a acquis une certaine autonomie. Il s'entend généralement comme le fait d'« assurer le fonctionnement correct, le rythme régulier d'un mécanisme, le développement d'un processus »[1096]. Ainsi, « La régulation, dans son acception la plus répandue, est "l'action de maintenir en équilibre". Cette nuance spéciale, introduite par le biais des idées de régularité, de constance, d'équilibre, fonde la signification autonome de la régulation »[1097]. Elle se définit par son but : l'homéostasie[1098], c'est-à-dire le maintien ou le rétablissement d'un équilibre en dépit des perturbations que le système peut subir. « À une automobile conçue selon ce principe, il suffirait d'indiquer une destination, et elle se chargerait de régler elle-même son itinéraire et sa vitesse pour y acheminer les passagers dans les meilleurs délais », illustre Alain Supiot[1099]. La régulation est, de plus, appréhendée dans de nombreuses

---

[1093] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Quadrige, Paris, PUF, 2015, p. XVIII.

[1094] L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, n° 259, Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2009, p. 5.

[1095] *Ibid.*

[1096] Larousse, En ligne, https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/r%c3%a9guler/67713 [consulté le 22/11/2023].

[1097] L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 6.

[1098] L. MALFETTES, *Le renouveau des sources du droit du travail*, Collection des thèses, n° 183, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2019, p. 658. Selon le *TLFi*, l'homéostasie se définit, dans le domaine de la biologie, comme la « tendance de l'organisme à maintenir ou à ramener les différentes constantes physiologiques (température, débit sanguin, tension artérielle, etc.) à des degrés qui ne s'écartent pas de la normale » [En ligne : https://www.cnrtl.fr/definition/homéostasie, consulté le 12/06/2023].

[1099] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. XVIII.

disciplines, selon une multitude d'approches[1100]. Il s'en dégage un dénominateur commun – l'idée d'équilibre – bien que celui-ci soit largement protéiforme[1101].

327. **La « fonction régulatrice du Droit »**[1102]. D'abord considérée comme un « véritable non-concept »[1103], la notion de régulation a aussi été appréhendée par les juristes[1104], mais ne fait pas l'objet d'un consensus.

Elle est tantôt comprise comme « un genre dont le droit serait une espèce »[1105]. En ce sens, la régulation peut être juridique comme extra-juridique[1106]. Le Droit se présente ici comme l'un des modes, parmi d'autres, de régulation des comportements[1107]. Dit autrement, « la régulation est conçue comme une des fonctions essentielles du droit »[1108]. Dans ce cadre, le Droit peut aussi représenter un système – le système juridique. La régulation est « alors conçue comme destinée à annuler l'effet des perturbations extérieures, en maintenant l'équilibre homéostatique du système juridique »[1109]. Ainsi comprise, la régulation s'avère trop générale et ne présente pas d'intérêt pour l'étude de la notion de transparence. Nous préférons donc écarter cette approche de la régulation et privilégier la notion de « normativité » pour la signifier.

[1100] Pour une présentation de ces approches, cf. not. L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 7 et s. ; J. CHEVALLIER, « De quelques usages du concept de régulation », *in* M. MIAILLE (éd.), *La régulation entre droit et politique*, Collection Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 74 et s.

[1101] L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 7 et s.

[1102] J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, n° 3, p. 830.

[1103] G. TIMSIT, « Les deux corps du droit (Essai sur la notion de régulation) », *RFAP*, 06/1996, n° 78, p. 376.

[1104] J. COMMAILLE, « Normes juridiques et régulation sociale - retour à la sociologie générale », *in Normes juridiques et régulation sociale*, Droit et société, Paris, L.G.D.J, 1991, pp. 13-22 ; M. CROZIER, « Le problème de la régulation dans les sociétés complexes modernes », *in Normes juridiques et régulation sociale*, Droit et société, Paris, L.G.D.J, 1991, pp. 131-135 ; J. CHEVALLIER, « De quelques usages du concept de régulation », *op. cit.* ; G. TIMSIT, « Les deux corps du droit », *op. cit.* ; J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, n° 3, pp. 659-714 ; A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *in Les transformations de la régulation juridique*, Droit et société, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 47-72 ; J. DE MUNCK, « Les trois crises du droit du travail », *Dr. soc.*, 1999, p. 443 ; L. BOY, « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *Rec. D.*, 2001, p. 3031 ; J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *op. cit.* ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *Rec. D.*, 2001, p. 610 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », *Rec. D.*, 2004, p. 126 ; J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; A. SUPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, La couleur des idées, Paris, Seuil, 2005 ; G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347 ; L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*

[1105] A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *op. cit.*, p. 53.

[1106] J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *op. cit.*, pp. 830 et s.

[1107] *Ibid.*, p. 831.

[1108] *Ibid.*, p. 830.

[1109] *Ibid.*, p. 831.

328. **L'assimilation de la régulation à la réglementation**. D'autres fois, la régulation est assimilée à la réglementation. Dans un sens formel, la réglementation renvoie à « la part du droit légiféré émanant d'organes détenteurs d'un pouvoir réglementaire distingué du pouvoir législatif »[1110]. Plus largement, la réglementation peut se comprendre comme « la manifestation d'un "pouvoir unilatéral et normatif", tantôt concédé par la puissance publique, tantôt reconnu par elle en tant qu'expression d'une autonomie institutionnelle (tel le pouvoir de l'employeur) »[1111]. Le terme revêt toutefois un sens plus matériel. Il désigne des « dispositions légiférées – législatives ou réglementaires au sens formel – qui tendent essentiellement à imposer des conditions, des restrictions ou exigences de conformité à des actes juridiques ou matériels, activités ou opérations, relations, voire à des choses. Elles restreignent directement une liberté ou un pouvoir (…) »[1112]. Ainsi entendue, la réglementation caractérise un type de règles[1113].
Résultant d'une traduction maladroite du terme anglais « *regulation* »[1114], l'assimilation entre réglementation et régulation est toutefois critiquée par la doctrine : le terme de régulation n'est alors d'aucune utilité[1115].

329. **La régulation comme un droit spécifique**. La régulation peut encore être conçue comme appartenant au Droit. Pour certains, le « droit de *la* régulation » renvoie au droit des autorités administratives indépendantes, aussi appelées autorités de régulation[1116]. Dans son rapport avec l'économie, mais souvent en lien avec les autorités de régulation, la régulation désigne une

---

[1110] A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *op. cit.*, p. 56.

[1111] *Ibid.*

[1112] *Ibid.*, p. 57.

[1113] *Ibid.*

[1114] *Ibid.*, pp. 52-53 (et note de bas de page n° 25) ; G. TIMSIT, « Les deux corps du droit », *op. cit.*, p. 376.

[1115] A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *op. cit.*, p. 53 (qui évoque une « irritante dérive ») ; G. TIMSIT, « Les deux corps du droit », *op. cit.*, p. 376 (« Le franglais aurait encore frappé ») ; J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *op. cit.*, p. 830 (« usage purement rhétorique du vocable »). Notons que l'auteur identifie également une autre acception du terme de régulation qui ne s'inscrit pas dans un « autre Droit », mais au contraire dans le Droit tel qu'il est plus classiquement entendu. La régulation désignerait, dans cette perspective, le « droit *régulateur* », celui qui dicte positivement les conduites à tenir par voie de prescription et d'injonctions. Ce droit s'oppose à la « règle de droit conçue sur le mode de l'interdit [qui se borne] à délimiter le champ des activités licites et [laisse] les individus [libres d'agir à leur guise] » (p. 832). Ce droit est considéré comme régulateur dans la mesure où il a vocation à agir directement sur le réel. Il nous semble cependant que cette acception du terme est peu fréquente et en contradiction avec l'acception la plus courante, ce qui justifie notamment que l'on ne s'y attarde pas davantage.

[1116] L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 18.

fonction de la puissance publique[1117], voire une branche du droit[1118]. « [T]ranscendant la distinction classique du droit privé et du droit public [en] s'appliquant aux secteurs économiques ouverts à la concurrence, il aurait pour fonction de maintenir dans ces secteurs un équilibre entre la protection de la libre concurrence et la réalisation d'autres objectifs ; et il prendrait appui sur l'existence d'autorités nouvelles, cumulant plusieurs types de pouvoirs mais dont la mise en œuvre est subordonnée au respect de certaines exigences fondamentales (principe d'impartialité, principe de transparence, principe de proportionnalité) »[1119]. Ces « autorités nouvelles » auxquelles il est fait référence sont les autorités administratives indépendantes.

Il est vrai que la transparence entretient des liens étroits avec ces autorités, telles que la CADA ou la CNIL. Cependant, au regard de notre étude, cette définition apparaît trop restrictive puisque la transparence ne se limite pas au domaine concurrentiel.

330. **La régulation comme alternative au Droit ou à un type de Droit**. D'autres auteurs conçoivent la régulation de manière plus extensive, en ne la limitant pas à un domaine particulier tel que le droit des autorités de régulation. La régulation peut en effet se présenter comme « un type de droit (donc une variété de procédé juridique d'action sur la société) [ou être] au contraire opposée au droit »[1120], selon la conception du Droit que l'on retient[1121]. « Règlementer, c'est dicter des règles de l'extérieur, tandis que réguler, c'est faire observer les règles nécessaires au fonctionnement homéostatique d'une organisation » résume Alain Supiot[1122]. En d'autres termes, la régulation tente d'orienter les conduites, quand la réglementation les dicte. La régulation est en effet perçue comme une technique de droit souple

---

[1117] G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », *op. cit.*

[1118] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *op. cit.* ; Comp. L. BOY, « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *op. cit.* ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », *op. cit.*

[1119] J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », *op. cit.* La notion de transparence n'est certes pas absente de ce droit de la régulation, comme le souligne Jacques CHEVALLIER. Cependant, cette conception de la notion de régulation nous paraît trop restrictive, à tout le moins pour notre objet d'étude, d'autant que celui-ci ne se limite pas à la notion de transparence, mais également au droit du travail.

[1120] A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *op. cit.*, p. 53.

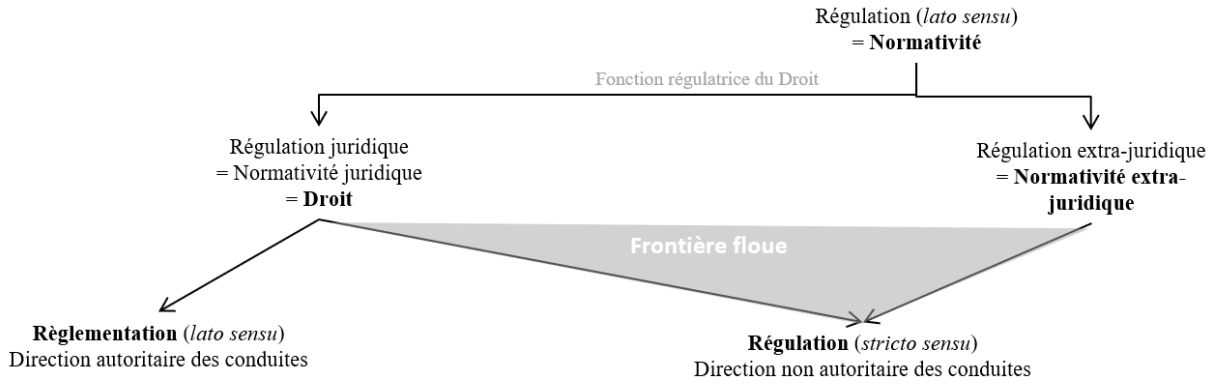
[1121] Sur ce point, cf. not. G. TIMSIT, « Les deux corps du droit », *op. cit.*

[1122] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. XVIII. Du même auteur, Cf. : *Homo juridicus*, *op. cit.*, pp. 195 et s. (De la réglementation à la régulation).

ou d'un droit post-moderne[1123]. Bref, comme un « autre Droit »[1124] : le « droit *de* régulation »[1125]. Ce faisant, lorsque le Droit est assimilé à la réglementation, la régulation est opposée au Droit[1126]. En revanche, une conception du Droit plus ouverte à une direction plus « souple » des conduites permet de concevoir la régulation comme une technique juridique à côté de la réglementation.

Quoi qu'il en soit, les caractéristiques de ce « nouveau Droit » ou de cette régulation opposée au Droit – selon la conception que l'on s'en fait – sont encore controversées. À notre sens (cf. schéma n° 1 ci-dessous), la régulation doit être comprise comme une technique, à mi-chemin entre la normativité juridique (c'est-à-dire le Droit) et la normativité extra-juridique. Tandis que le Droit renvoie traditionnellement à la réglementation, c'est-à-dire à une « direction autoritaire des conduites »[1127], la régulation s'apparente à une forme moins autoritaire, à une orientation plus qu'à une direction des conduites. Ainsi comprise, il est possible d'affirmer que la transparence est une technique de régulation juridique des comportements.

Schéma 1. Les rapports entre normativité, droit et régulation



[1123] J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *op. cit.*, p. 834 ; L. BOY, « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *op. cit.*: La notion de régulation « permet de révéler l'existence d'un droit post-moderne. La régulation serait une réponse à la complexité de la société contemporaine, complexité qui appelle une adaptation des modes d'élaboration et d'application de la règle de droit. Cette adaptation se fait alors sur le mode de la flexibilité. Par la régulation, les normes se font souples, négociées, évolutives ».

[1124] G. TIMSIT, « Les deux corps du droit », *op. cit.*, p. 377 ; L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 186.

[1125] J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *op. cit.*, p. 833.

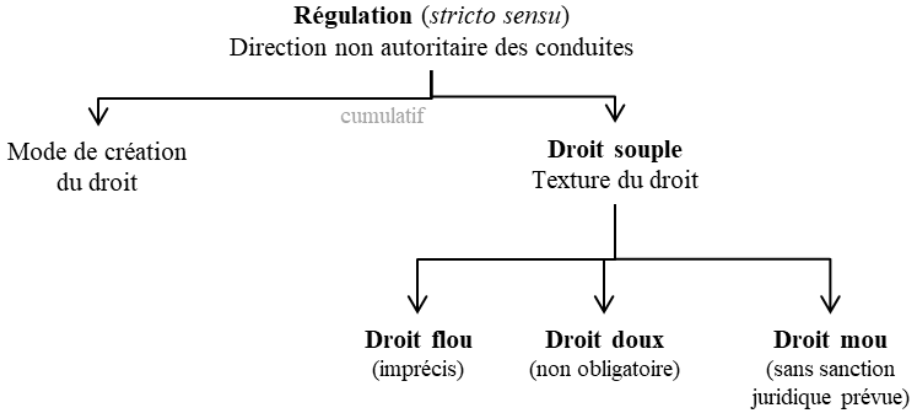
[1126] G. TIMSIT, « Les deux corps du droit », *op. cit.*, pp. 377 et s.

[1127] L'expression de « direction non autoritaire des conduites » est empruntée à Paul AMSELEK. Cf. « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 04/1982, pp. 275-294.

331. **Les modes de régulation**. La régulation paraît moins autoritaire que la règlementation sur au moins deux aspects (cf. schéma n° 2 ci-dessous). Elle renvoie, selon un premier aspect, à la « texture » de la norme[1128], c'est-à-dire au droit souple. Celui-ci peut être rapidement évoqué. Selon Catherine Thibierge[1129], le droit souple est en effet un droit flou (sans précision : par exemple un standard juridique tel que la proportionnalité), un droit doux (non obligatoire : une recommandation par exemple) et/ou un droit mou (sans sanction juridique prévue). Or, la norme de transparence relève à la fois du droit dur et du droit souple. Plus exactement, l'exposition au regard constitue le plus souvent une règle de droit dur (c'est-à-dire une obligation juridique de s'exposer en communiquant une information, en la publiant, etc.), tandis que, nous le verrons, le comportement attendu correspond généralement à une norme extra-juridique ou à une norme de droit souple (agir avec probité, respecter une certaine éthique, etc.)[1130]. Dès lors, la transparence semble opérer une combinaison de textures du droit.

Selon un second aspect, la régulation revoie au mode de création de la norme, c'est-à-dire essentiellement au droit négocié et à la procédure[1131]. Cet aspect mérite plus d'attention ; nous nous y reviendrons plus en détail[1132].

Schéma 2. Les modes de régulation[1133]



[1128] C. THIBIERGE, « Le droit souple », *op. cit.*

[1129] *Ibid.*

[1130] Cf. *infra* §§ 332 et s.

[1131] J. DE MUNCK et J. LENOBLE, « Droit négocié et procéduralisation », *in* P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dirs.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint- Louis, 1996, § 3.

[1132] Cf. *infra* §§ 340 et s.

[1133] La partie de ce schéma correspondant à la texture du droit est reprise de l'article de C. THIBIERGE (« Le droit souple », *op. cit.*).

332. **Le comportement réellement attendu**. En effet, la transparence traduit l'idée selon laquelle l'exposition au regard exerce une forme de pression sur la personne exposée, qui est alors incitée à « bien agir ». Bien sûr, toute exposition au regard est susceptible d'avoir un effet régulateur, même minime. À l'instar d'une personne qui se recoiffe avant d'être prise en photo, l'exposition au regard peut modifier le comportement. Dans le discours juridique, il nous semble que le terme de transparence est employé lorsque cet effet régulateur est mis en avant, lorsqu'il est souligné. Mieux, on parlera de transparence lorsque cet effet régulateur devient une véritable fonction, c'est-à-dire quand il est recherché plus que subi. Par exemple, si l'on parle de transparence administrative, c'est parce qu'est soulignée voire recherchée l'orientation de l'action administrative par l'exposition de cette action au regard des administrés (par le biais de l'accès aux documents administratifs et la motivation notamment).
À ce stade, il est possible d'affirmer que le concept de transparence s'inscrit dans une forme de régulation par l'exposition au regard, bien que cette qualification soit encore trop imprécise.

§2. L'action régulée, une norme au contenu indéterminé

333. **Le comportement réellement attendu**. On l'a dit, la transparence ne vise pas tant à régir l'exposition d'une personne au regard d'autrui qu'à orienter, indirectement, le comportement de cette personne. En quoi consiste ce comportement indirectement attendu de la personne exposée ? (A). La norme qui l'impose correspond-elle à une règle de droit, et plus spécifiquement à une règle de droit « dur » ? (B).

A. La diversité des comportements attendus, marqueur du pluralisme de l'intérêt général

334. **La diversité des comportements attendus**. Que signifie exactement « améliorer les comportements » en les exposant au regard ? Peut-on déceler une certaine unité ? Il semble qu'à ce niveau, la transparence soit empreinte de diversité. En d'autres termes, si la transparence comporte une unité en ce qu'elle constitue un instrument d'orientation des comportements, le sens de cette orientation est quant à lui marqué par la diversité.
Il peut s'agir d'adopter le comportement le plus efficace d'un point de vue économique[1134], d'exercer ses fonctions politiques avec probité, de choisir le partenaire économique qui sera le

[1134] C'est le sens de la transparence dans la pensée économique notamment.

mieux à même de répondre aux besoins de la collectivité[1135], de prendre en compte les intérêts des parties prenantes et de réduire l'impact négatif de l'activité d'une entreprise sur son environnement[1136], etc.

335. **Le pluralisme de l'intérêt général**. Selon nous, il est possible de considérer que la transparence sert alors l'intérêt général, ou si l'on préfère le « bien commun » pour reprendre l'expression de Pascal Lokiec[1137], à condition d'en retenir une conception pluraliste. Ce concept, « axiologiquement le plus neutre possible »[1138], semble le mieux à même de « rendre compte de la pluralité des valeurs » qui le composent[1139]. L'auteur identifie ainsi quatre formes de bien commun[1140]. La première traduit d'abord la prise en compte de « valeurs relationnelles » qui reposent sur la loyauté, la coopération, la confiance. Le bien commun intègre deuxièmement des « valeurs marchandes » qui renvoient à la concurrence et qui mettent les intérêts particuliers au service de la communauté par la production de richesses. La troisième forme de bien commun renvoie aux « valeurs organisationnelles » : sont ainsi prises en compte le bon fonctionnement d'organisations telles que l'entreprise ou la société. Il ne s'agit ici plus seulement de promouvoir des valeurs marchandes en recherchant uniquement le profit, mais de prendre en compte les intérêts nécessaires à la survie ou au bon fonctionnement de l'organisation. Enfin, le bien commun intègre des « valeurs civiques » qui comprennent deux volets. D'une part, cette forme de bien commun impose à un individu de dépasser « son intérêt particulier au profit d'un intérêt plus général, notamment pour des raisons de solidarité »[1141]. D'autre part, cette forme de bien commun prend en compte les droits fondamentaux : en tant que telle, une personne dispose de droits universels[1142] que chacun doit respecter.
La transparence semble s'inscrire dans ce pluralisme de l'intérêt général en même temps qu'elle participe à une certaine forme de dilution de la frontière entre intérêts privés et intérêt

---

[1135] Dans le droit de la commande publique, cf. *supra* § 320.

[1136] Dans le cadre de la RSE, cf. *supra* § 318.

[1137] Ce concept est présenté par P. LOKIEC (*in Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Bibliothèque de droit privé, n° t. 408, Paris, L.G.D.J, 2004, pp. 7 et s.) auquel nous empruntons les développements.

[1138] *Ibid.*, p. 8.

[1139] *Ibid*., p. 46.

[1140] *Ibid.,* pp. 45 et s.

[1141] *Ibid*., p. 54.

[1142] *Ibid*.

général[1143]. Il en est ainsi toutes les fois où l'exposition au regard d'autrui poursuit une fonction de protection de l'intérêt de l'observateur (par exemple la protection des intérêts du consommateur) en même temps qu'elle vise à réguler le comportement de la personne observée dans un but d'intérêt général (par exemple par la prise en compte, par une entreprise, de son impact environnemental).

B. La nature normative de l'action régulée ou la « norme comportementale »

336. **Le comportement partiellement assimilable à une règle de droit dur**. Le comportement attendu correspond-il à une règle de droit dur ? Rappelons que celle-ci peut s'entendre comme une règle de conduite générale, abstraite et obligatoire, au contenu précis et assortie d'une sanction juridique prévue[1144].

Dans certains cas, le comportement attendu de la personne exposée peut s'analyser, au moins partiellement, comme une règle de droit dur. La déclaration de patrimoine et d'intérêts imposée à certains responsables politiques, par exemple, vise, selon l'exposé des motifs de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, à prévenir les conflits d'intérêts[1145]. L'objectif est ici expressément défini : la transparence vise à ce que les responsables politiques exercent leurs fonctions avec dignité, probité et impartialité[1146]. Plus précisément, le conflit d'intérêts y est défini[1147]. La violation des dispositions relatives au conflit d'intérêts est par ailleurs susceptible de constituer une infraction pénale, comme le suggère la loi du 11 octobre 2013[1148]. Dans ce cas de figure, le comportement attendu s'analyse donc plutôt comme une règle de droit dur tant dans son contenu que dans sa force normative. Pour autant, le comportement attendu des responsables politiques ne se limite pas à l'absence de conflit d'intérêts. Il est plus large et renvoie à des notions indéterminées telles que la dignité ou la probité. En d'autres termes, l'absence de conflit d'intérêts, dont la violation est juridiquement sanctionnée, ne constitue que l'un des aspects du comportement attendu des responsables

---

[1143] A rapprocher de : G. PIGNARRE, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC*, 01/2013, n° 1, p. 251.

[1144] Cf. *supra* § 121.

[1145] Cf. l'exposé des motifs de la loi, en ligne : https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000027354777/?detailType=EXPOSE_MOTIFS&detailId= [consulté le 21/11/2023].

[1146] *Ibid*.

[1147] Loi préc., art. 2.

[1148] La loi du 11 octobre 2013 renvoie de manière implicite aux sanctions prévues aux articles 432-10 et suivants du code pénal.

politiques. Les autres aspects sont plus indéterminés et leur violation ne fait pas nécessairement l'objet d'une sanction juridique spécifique.

Il nous semble en être de même pour la transparence imposée au responsable de traitement de données personnelles : le comportement attendu est l'utilisation des données conformément aux principes prévus par le RGPD et la loi « informatique et libertés » (licéité et loyauté notamment[1149]), sous peine d'encourir des sanctions pénales[1150]. Ce faisant, la transparence s'apparente à un instrument facilitant le contrôle du respect du Droit. On pourrait même penser qu'elle ne sert alors qu'à vérifier le respect de la légalité. À notre sens, la transparence dispose toutefois d'une dimension supplémentaire : l'exposition au regard ne se limite pas à permettre le contrôle de la légalité ; elle a vocation à inciter la personne exposée à respecter la légalité. De plus, le comportement attendu paraît plus généralement devoir contribuer à une utilisation raisonnable de l'outil informatique[1151].

337. **L'indétermination du contenu du comportement attendu**. Très souvent, cependant, il nous semble que le comportement attendu tend vers une norme, que nous désignerons par commodité « norme comportementale ». Cette norme se situe à la frontière du droit, lorsqu'elle n'est pas purement et simplement extra-juridique. La transparence s'inscrit en ce sens dans une « normativité rivale »[1152] du Droit.

Plus que flou, le comportement attendu de la personne exposée est fréquemment indéterminé. Par exemple, en obligeant l'administration à motiver ses décisions individuelles défavorables, le législateur a voulu l'inciter à rendre de « bonnes » décisions. Ce qu'il faut entendre par « bonne décision » n'est cependant pas précisé par le législateur. Il n'impose pas à l'administration certains motifs en particulier. L'administration est libre de définir ce qu'elle considère être une bonne décision ; il lui est simplement demandé d'exposer ses motifs. Certes, le juge administratif est susceptible d'exercer un contrôle sur le bien-fondé de la décision. Il pourra, le cas échéant, estimer que les motifs retenus par l'administration sont illicites et prononcer de ce fait une sanction, telle que la nullité de la décision[1153]. Néanmoins, ce contrôle,

---

[1149] RGPD, art. 5.

[1150] C. pén., art. 226-16 et suivants, auxquels renvoie la loi « informatique et libertés » (art. 40 et 41).

[1151] En ce sens, cf. *supra* §§ 271 et s.

[1152] M. BESSONE, « Transparence (introduction) », *op. cit.*

[1153] P.-L. FRIER, « Motifs : contrôle », *Répertoire de contentieux administratif*, En ligne, Dalloz, septembre 2005 actualisé oct. 2014.

ainsi que la sanction qui peut en résulter, ne sont pas liés à l'exigence de transparence. Autrement dit, ce n'est pas la norme de transparence qui impose un certain comportement, mais le droit administratif plus généralement. Ce faisant, le comportement attendu par la norme de transparence est indéterminé, laissé à l'appréciation de l'administration.

La motivation des actes administratifs ne nous paraît pas être un exemple isolé. Le comportement attendu est généralement indéterminé. Il s'agit par exemple d'inciter les acteurs économiques à adopter un comportement économiquement efficace et/ou socialement responsable (c'est-à-dire respectueux des intérêts des parties prenantes, de l'environnement, etc.). Il s'agit de moraliser la politique ou les affaires. Il s'agit d'améliorer l'efficacité de l'action administrative. Le comportement attendu paraît ainsi s'assimiler à une norme morale ou économique assez floue plus qu'à une véritable norme juridique.

338. **Une indétermination critiquée**. Cette absence de détermination ou de précision du but poursuivi par la transparence a été remarquée, et critiquée, par la doctrine. Pour Guy Carcassone, par exemple : « à ne pas la ramener à ce qu'elle doit être – un moyen, dont l'utilité comme la légitimité se mesurent à l'aune des objectifs qu'elle sert –, la transparence est une menace »[1154]. Nombreux et souvent peu formalisés, les motifs qui fondent la transparence sont difficiles à trouver[1155]. « Or, l'observation du droit positif révèle une grande opacité en la matière laissant penser que la transparence est un discours rhétorique qui dissimule des objectifs inavouables »[1156] ou qu'elle encourage des mesures inutiles[1157].

À notre sens, cette indétermination n'est pas nécessairement critiquable, en tout cas à un certain degré. S'il est en effet préférable que le fondement (économique, éthique, etc.) sur lequel repose la transparence soit précisé, la teneur du comportement attendu de la personne exposée n'a pas besoin d'être précisément déterminée. C'est d'ailleurs *a priori* parce que le comportement attendu est indéterminable que l'approche régulatrice paraît plus appropriée qu'une direction plus autoritaire des conduites. Parce que la réglementation peut parfois apparaître comme un

---

[1154] G. CARCASSONNE, « Le trouble de la transparence », *op. cit.*, p. 22 ; V. égal. M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 182 : « Alors qu'elle ne devait être qu'un moyen, la transparence a tendance à devenir une fin. Elle devait être un outil au service d'un plus grand pragmatisme, elle s'avère être le fer de lance d'une politique dogmatique ».

[1155] M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 168.

[1156] *Ibid.*

[1157] *Ibid.*

outil illégitime ou impuissant à imposer la teneur des conduites à tenir, notamment lorsqu'il s'agit de comportement de nature économique ou éthique, on peut lui préférer la voie de la régulation[1158].

339. **Conclusion**. L'exposition au regard d'autrui exerce donc une sorte de pression qui incite la personne exposée à adopter un certain comportement. Ce comportement attendu est généralement assez flou, voire indéterminé mais paraît correspondre à une certaine idée de l'intérêt général. Intéressons-nous maintenant au moyen employé pour orienter les comportements vers ce résultat.

SECTION 2. LA QUALIFICATION DE L'EXPOSITION AU REGARD D'AUTRUI COMME PROCÉDURE

340. **La nature procédurale de l'exposition au regard**. Nous avons dit que l'exposition au regard d'autrui, qui concrétise l'exigence de transparence sur la scène juridique, exerce une fonction informative. Cette fonction constitue une caractéristique indispensable, inévitable même, et pourtant insuffisante à la qualification de la transparence[1159]. Cependant, cette exposition au regard peut également s'analyser, à notre sens, comme une règle procédurale (§2). En d'autres termes, l'exposition au regard d'autrui ne peut être qualifiée de transparence que si elle a vocation à informer l'observateur, mais aussi et surtout, si elle constitue une procédure. Controversée, la notion de procédure mérite toutefois d'être clarifiée avant que l'on puisse y confronter la transparence (§1).

§1. La clarification de la notion de procédure

341. **Procédure et notions voisines : une source de confusions**. La notion de procédure est encore aujourd'hui mal cernée. À défaut de pouvoir s'appuyer sur un régime juridique unitaire et cohérent, la doctrine s'affronte sur les contours de la notion, débat sur son objet, controverse sur ses fonctions. Il semble cependant, qu'aux grés de ses évolutions, se dessinent quelques éléments d'identification de la procédure. Elle peut ainsi être distinguée de la forme et de la formalité (A) comme du fond (B).

[1158] En ce sens, cf. A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, *op. cit.*

[1159] *Idem*.

A. La distinction entre la procédure, la forme et la formalité

342. **La confusion entre procédure, forme et formalité**. Longtemps mésestimées, les notions de forme, de formalité et de procédure ont souffert d'un manque de conceptualisation. Résultat : toutes ont été fondues dans une même catégorie, par opposition au fond. L'instabilité du vocabulaire, encore aujourd'hui patente, traduit d'ailleurs cette confusion. Le *Vocabulaire juridique Cornu* définit ainsi la forme comme « toute façon d'agir, toute manière de procéder qui préside à l'accomplissement d'un acte juridique (…) ou au déroulement d'une série d'actes (…) »[1160]. La forme y est aussi définie comme « le mode d'expression de la volonté », comme une formalité ou encore comme l'aspect extérieur, l'apparence d'un acte. Le même ouvrage évoque les « formalités de procédure »[1161]. Le *Lexique des termes juridiques*, quant à lui, définit la procédure notamment comme un « ensemble de formalités qui doivent être suivies pour parvenir à une solution juridictionnelle de nature civile, pénale ou administrative selon le cas »[1162]. La forme, la formalité et la procédure se distinguent donc difficilement. Il est vrai qu'elles se rejoignent en ce qu'elles paraissent, *a priori*, peu signifiantes et pâtissent d'une mauvaise image, ce qui a sans doute constitué un obstacle à leur différenciation.

343. **L'origine de la confusion**. La procédure souffre en effet de la mauvaise image associée au formalisme et à ses excès[1163]. Or, ce terme même de « formalisme » semble recouvrir à la fois les questions de forme, de formalité et de procédure[1164].

En raison notamment de cette mauvaise image, la procédure n'était que peu considérée, y compris dans son domaine de prédilection : le procès. Elle n'a d'ailleurs longtemps fait référence qu'aux formalités que les juges et justiciables doivent respecter dans le cadre d'un procès[1165]. Dans ce contexte, elle a longtemps été réduite à un droit secondaire et accessoire au

---

[1160] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, Paris, PUF, 2024, p. 480.

[1161] *Ibid*., p. 479.

[1162] S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2024, p. 861.

[1163] Pour Loïc CADIET, « D'emblée la procédure évoque le procès [et] le procès évoque à son tour, péjorativement, la chicane et les vilaines pratiques que les plus habiles sauront bien enliser, s'ils n'ent ont pas pris l'initiative, ou qu'ils sauront bien tourner à leur avantage dans le cas contraire » (« Procédure », *in Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, Paris, PUF, 2003, p. 1216). L'idée sous-jacente est que la procédure n'est qu'une série de formalités constitutives d'une « prime à la mauvaise foi » (A propos du formalisme : X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G*, 10/1999, n° 40, p. I 170).

[1164] Larousse, « Formalisme », sens 1. : « Respect scrupuleux des formes, des formalités » [En ligne, consulté le 21/09/2023].

[1165] C. CHAINAIS *et al.*, *Procédure civile : droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Précis, Paris, Dalloz, 2022, p. 4.

droit substantiel[1166]. Ainsi, tandis que « les matières de droit substantiel – droit de la famille, droit des contrats, droit du travail – trouvent leur justification juridique dans leur contenu même et ont pour objet d'offrir aux sujets de droit une réglementation adaptée aux besoins de la société dans chacun de ses domaines », explique-t-on, « la procédure civile serait seulement instituée pour permettre aux droits substantiels de bien fonctionner »[1167]. Opposées au fond, procédure et forme étaient donc assimilées[1168]. À partir du XX^{ème} siècle, la conception de la procédure s'est renouvelée[1169]. La procédure est alors perçue comme une suite de formalités, d'étapes à suivre, mais elle ne saurait s'y réduire. Au-delà des contraintes formelles, elle est mue par des principes directeurs qui assurent la réalisation concrète des droits substantiels[1170]. Sans véritablement s'autonomiser par rapport aux droits substantiels, l'importance de la procédure est ainsi soulignée.

Peu à peu, la procédure s'est aussi émancipée du procès. Plus exactement, le modèle du procès s'est répandu au-delà du cadre processuel. Nommées « procédures sans procès »[1171], « procédures extrajudiciaires »[1172], « procédures non juridictionnelles »[1173], « procédures internes » à l'entreprise[1174] ou encore « procédures non contentieuses »[1175], ces procédures se sont développées dans plusieurs branches du droit, et notamment en droit administratif[1176]. Dans

---

[1166] *Ibid.*, pp. 4-5.

[1167] *Ibid.*, p. 6.

[1168] E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *op. cit.*, p. 27.

[1169] C. CHAINAIS *et al.*, *Procédure civile*, *op. cit.*, pp. 15 et s.

[1170] *Ibid.*, p. 22. De moins en moins perçue comme une expression d'un formalisme froid et sans âme, la procédure s'est vu reconnaître comme une « technique au service de principes supérieurs » (*Ibid.*, p. 16.). C'est par le procès, et par les règles qui l'encadrent, donc par la procédure, qu'un droit substantiel peut véritablement se réaliser (Sur cette question, V. égal. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*). Les contraintes formelles remplissent désormais une « fonction précise : assurer aux justiciables, dans un procès, la sécurité juridique et les protéger contre des manœuvres dilatoires de l'adversaire ou contre l'arbitraire du juge » (C. CHAINAIS *et al.*, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 16).

[1171] C. CHAINAIS *et al.*, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 29.

[1172] T. GRUMBACH, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail », *in Etudes offertes à J. Pélissier, Analyses juridiques et valeurs en droit social*, Paris, Dalloz, 2004, p. 256.

[1173] S. SAUNIER, « La notion de procédure administrative non contentieuse », *in Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, 2015, p. 53.

[1174] E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *op. cit.*, p. 10.

[1175] G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*

[1176] L'expression de « procédure administrative non contentieuse » serait née sous la plume de Maurice HAURIOU au début du XX^{ème} siècle, puis se serait progressivement répandue à partir des années 1950 (S. SAUNIER, « La notion de procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, pp. 43-44). À la fin des années 1960, une thèse a ainsi été consacrée à la procédure administrative non contentieuse (abrégée « PANC » ; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*).

ce cadre, la procédure correspond à l'ensemble des formalités qui concourent à l'édiction d'un acte juridique unilatéral[1177]. Cependant, la doctrine peinait à s'affranchir totalement du prisme contentieux, laissant « dans l'ombre la genèse de l'acte. L'acte juridique n'était en effet saisi que sous un prisme contentieux, par les moyens de recours contre cet acte. De fait, cette vision tendait à concevoir l'acte de manière statique, figée, comme un "produit fini". Le processus d'édiction de l'acte était ainsi éclipsé »[1178]. La persistance du prisme contentieux conduisait à assimiler la procédure à la forme[1179]. La distinction entre forme et procédure n'a donc pu s'esquisser qu'avec une théorisation de l'acte juridique.

344. **La distinction doctrinale entre procédure et forme**. À partir de la théorie de l'acte juridique, une tentative de distinction entre forme et procédure a été formulée. La forme concernerait l'*instrumentum* de l'acte[1180]. Comme le suggère le langage courant[1181], elle désignerait la manière dont un acte se présente matériellement, son apparence[1182]. Selon cette conception, la règle de forme est analysée d'un point de vue statique, comme un résultat. La forme ne ferait que matérialiser des éléments de fond déjà existants. Elle ne serait donc que « l'écho du fond »[1183], que l'« enveloppe d'une volonté préexistante, déjà formée, figée »[1184]. Seraient ainsi des questions de forme : le caractère écrit ou oral de l'acte, la présence d'une signature, la police de caractère utilisée, le caractère manuscrit ou dactylographié, etc. En tant que « produit fini », la forme ne concourrait pas à l'édiction du contenu de l'acte, elle ne ferait que matérialiser l'acte édicté. Par exemple, la mention apposée par la caution personne physique détaillant son engagement et le montant en toutes lettres et en chiffres[1185] peut être perçue comme la preuve que la caution personne physique a bien conscience de son engagement et de son montant. Dans le langage courant comme dans le langage juridique, le terme de « forme » semble par ailleurs

---

[1177] G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 151.

[1178] E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *op. cit.*, p. 28.

[1179] *Ibid.*

[1180] *Ibid.*, p. 31.

[1181] Larousse, « Forme », [En ligne, consulté le 21/09/2023].

[1182] G. DUPUIS, *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Recherches Panthéon-Sorbonne, Paris, Économica, 1979, p. 9.

[1183] *Ibid.*, p. 10.

[1184] E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *op. cit.*, p. 45.

[1185] C. civ., art. 2297.

suggérer le caractère insignifiant de ces questions. Pour Georges Dupuis, par exemple, « Le contentieux peut donc mépriser les formes : le contrôle doit porter sur le fond dont elles ne sont que le reflet en quelque sorte »[1186].

La procédure serait quant à elle la marche à suivre, les opérations à réaliser pour aboutir à l'acte juridique, telles que le dépôt d'une demande, l'appréciation des pièces d'un dossier, la consultation d'un organe spécifique, etc. Elle tiendrait donc à l'élaboration de l'acte[1187]. « En d'autres termes », explique Georges Dupuis, « distinguer la forme de la procédure consiste à accepter une analyse qui paraît bien évidente et qui oppose le "facere" c'est-à-dire les modalités de "fabrication" de l'acte juridique et la "factum" c'est-à-dire le produit de ces opérations »[1188]. Contrairement à la forme, la procédure est donc ici perçue de manière dynamique, comme un processus.

345. **La distinction proposée entre procédure et formalité**. Si la doctrine opère désormais une distinction entre procédure et forme, elle assimile encore, à notre connaissance, procédure et formalité. Cette dernière, peut à l'instar de la procédure, être définie comme une opération, une démarche, un processus[1189]. De ce point de vue, procédure et formalité se rejoignent dans leur caractère dynamique et s'opposent à la forme, perçue de manière statique.

Nous proposons toutefois de les distinguer. La distinction entre formalité et procédure est d'une autre nature : elle repose, selon nous, sur leur fonction respective. À la différence de la formalité, la procédure a vocation à influer sur le résultat. Cela ne signifie pas que la formalité est inutile. Elle peut même remplir diverses fonctions : « protection du consentement, protection des tiers, objectifs de sécurité et de rapidité »[1190], etc. Cependant, la formalité n'a pas pour objectif premier de concourir à la détermination du contenu de l'acte ou de la décision finale. Par exemple, la publicité d'un acte juridique peut être assimilée à une formalité si l'on considère que cette publicité vise avant tout l'information des tiers. *A contrario*, la procédure participe quant à elle, au moins potentiellement, à la détermination du contenu de l'acte. La

---

[1186] G. DUPUIS, *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, *op. cit.*, p. 10.

[1187] *Ibid.*, p. 41.

[1188] *Ibid.*, pp. 9-10.

[1189] Larousse, « Formalité », [En ligne, consulté le 21/09/2023].

[1190] G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Défrénois*, Journée de l'association H. Capitant en hommage à J. Flour, 08/2000, n° 15-16, p. 880. L'article concerne le formalisme mais nous semble valoir, en tout cas sur ce point, aussi bien pour la forme que pour la formalité.

consultation préalable d'un organisme ou d'une personne par exemple permet de prendre en compte son point de vue et d'amender, voire de renoncer à la décision projetée.

Toutefois, si la formalité et la procédure se distinguent par leur fonction, elles peuvent se rejoindre par leur finalité. Plus exactement, si la procédure a pour fonction d'influencer le résultat, c'est-à-dire le contenu de l'acte, l'objectif de cette influence peut rejoindre les fonctions poursuivies par la formalité (la protection d'une partie faible, la protection des tiers, etc.).

Signalons que cette distinction terminologique n'est néanmoins pas consacrée dans le discours juridique. En droit administratif par exemple, les vices de procédure ne constituent pas une catégorie homogène. Selon le Conseil d'État, ne sont ainsi de nature à entacher d'illégalité la décision prise que les vices de procédure susceptibles d'exercer en l'espèce une influence sur le sens de la décision ou ceux ayant privé l'intéressé d'une garantie[1191]. La formulation suggère que toutes les opérations procédurales ne sont pas de nature à exercer une influence sur la décision. Quant à la chambre sociale de la Cour de cassation, elle juge, depuis un arrêt du 23 mai 1999[1192], que le respect de la procédure prévue par une convention collective constitue une *garantie de fond* pour le salarié. Cette formulation peut suggérer qu'il existe des procédures n'ayant aucune conséquence sur le fond, auquel cas la distinction avec la règle de forme est là aussi fragilisée. Dans la jurisprudence, la procédure se composerait donc d'étapes constituant des garanties substantielles et d'autres ne constituant que des règles purement « formelles ». Peut-être y aurait-il intérêt à distinguer alors d'une part, la procédure, susceptible d'influencer le sens de la décision, et d'autre part, les formalités, insusceptibles d'influencer le sens de la décision[1193].

[1191] Cons. État, 23 décembre 2011, n° 335033 et n° 335477 (2 arrêts), *Danthony*, *Rec. Lebon* n° 05/2011 p. 650. G. DUMORTIER, « La jurisprudence Danthony en caméra cachée - Danthony par son juge », *AJDA*, 04/2022, p. 787 ; F. MELLERAY, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Répertoire de contentieux administratif*, en ligne, Dalloz, janvier 2007.

[1192] Cass. soc., 23 mai 1999, n° 97-40.412, *Mme Jaureguy* ; *Dr. soc.* 06/1999 obs. J. Savatier. S. FROSSARD, « La sanction de la violation d'une procédure disciplinaire conventionnelle, signe de la procéduralisation du droit du travail », *Rec. D.*, 2001, p. 417 ; T. GRUMBACH et E. SERVERIN, « Réflexions sur la "substantialisation" des droits de la défense et du principe du contradictoire dans les procédures préalables aux décisions de l'employeur », *RDT*, 02/2011, n° 2, p. 126 ; C. VARIN, « Les critères de la notion de « garantie de fond » », *JCP S*, 09/2013, n° 38, p. 1356.

[1193] Encore faudrait-il s'attaquer à la catégorie des règles dont la violation priverait l'intéressé d'une garantie, mais là n'est pas l'objet de notre étude.

346. **Conclusion**. En résumé, il convient de s'écarter du vocabulaire tant jurisprudentiel que doctrinal, trop hésitant, pour formuler une distinction entre forme, formalité et procédure. La règle de forme régit l'apparence de l'acte, selon un point de vue statique. D'un point de vue dynamique, la formalité désigne une étape dans l'élaboration d'un acte, étape qui n'a pas vocation à influencer directement le contenu de l'acte. Enfin, et toujours *d'un point de vue dynamique, la procédure renvoie aux étapes d'élaboration d'un acte ayant vocation à exercer une influence directe sur son contenu*. Ce faisant, puisque la procédure rejaillit sur le contenu de l'acte, elle est associée non pas à son *instrumentum*, mais à son *negotium*. La procédure tend ainsi à se rapprocher du fond.

B. La distinction entre la procédure et le fond

347. **Définition du fond**. Le « fond » (ou le substantiel, le matériel) désigne « tout ce qui (…) tend à établir le bien-fondé ou le mal-fondé des prétentions (…) »[1194]. Autrement dit, « Le fond concerne les éléments qui représentent le contenu, la matière et la substance du droit ou de la situation juridique envisagés »[1195]. De ce point de vue, la procédure entretient des liens étroits avec le fond, jusqu'à parfois s'y confondre[1196]. La doctrine est cependant parvenue à distinguer fond et procédure grâce à la théorie de l'acte juridique.

348. **Procédure et acte juridique**. Pour Charles Eisenmann[1197], le *negotium* de l'acte juridique se composerait d'un *acte juridique-norme* et d'un *acte juridique-opération* (ou *acte juridique-élaboration*)[1198]. Le fond renvoie à l'acte juridique-norme, tandis que la procédure désigne l'opération normatrice, c'est-à-dire à l'acte juridique-opération. Les règles de fond dictent le contenu de l'acte, elles règlementent l'acte en tant que « produit fini ». Les règles de procédure régissent quant à elles les étapes à suivre pour aboutir à ce contenu.

[1194] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, Paris, PUF, 2024, p. 471.

[1195] S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2024, p. 508.

[1196] Il ne sera pas ici question de la « substantialisation » de la procédure (Cf. C. CHAINAIS *et al.*, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 25 ; T. GRUMBACH et E. SERVERIN, « Réflexions sur la "substantialisation" des droits de la défense et du principe du contradictoire dans les procédures préalables aux décisions de l'employeur », *op. cit.*). Cette question concerne en effet davantage le droit au procès et la procédure en tant que branche du droit, plus que la procédure en tant que catégorie juridique.

[1197] E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *op. cit.*, p. 35. C. EISENMANN, *cours de doctorat*, dactylographiés, 1958-1959.

[1198] *Ibid.*, pp. 35 et s.

La différence tient surtout à la méthode employée : tandis que la règle de fond commande le « quoi décider », la règle de procédure régit le « comment décider ». La règle de fond concerne directement le contenu de la décision, elle régit le résultat à atteindre. L'interdiction des discriminations est par exemple une règle de fond : elle régit ce qu'il ne faut pas décider. Avec la procédure, le contenu de la décision n'est qu'indirectement dicté. Plus exactement, le contenu de la décision est régulé. La règle de procédure ne régit pas directement le résultat à atteindre, mais la méthode pour l'atteindre. L'obligation de consulter une personne ou un organisme avant d'arrêter une décision est par exemple une règle de procédure, à tout le moins lorsque l'avis n'est pas conforme. Seule la façon de procéder, ici la consultation préalable, est réglementée. Le contenu de la décision est potentiellement influencé par la consultation[1199], mais il n'est pas dicté par la règle de procédure. En résumé, la procédure « apparaît ainsi distincte et de la règle de forme – dont l'objet réside dans l'acte *instrumentum* – et de la règle de fond, ou règle matérielle, qui, pour intéresser le *negotium*, n'est pas relative à l'opération normatrice mais fixe un contenu à l'acte »[1200].

349. **Conclusion sur la notion de procédure**. *Perçue de manière dynamique*, la procédure doit, à ce stade[1201], être comprise *comme une étape, ou une somme d'étapes, ayant vocation à influencer le contenu de l'acte juridique*. La procédure est donc en quelque sorte comme une recette de cuisine ou un protocole expérimental : modifier des étapes ou des prérequis, c'est prendre le risque ou espérer modifier le résultat final. Il ne saurait toutefois être question d'éluder les écueils de cette définition. Didactique plus que concrète, cette conception de la procédure ne prétend pas donner une cohérence à l'actuel régime des règles de forme, de procédure et de fond. Cette clarification faite, il est maintenant possible d'y confronter la transparence, et plus spécifiquement l'exposition au regard d'autrui.

§2. L'exposition au regard, une règle de procédure

350. **La qualification de règle procédurale**. Une fois certains obstacles franchis (A), la transparence – ou plus précisément l'exposition au regard – s'affirme comme une règle de

---

[1199] Lorsque le décisionnaire choisit de tenir compte, même partiellement, de l'avis rendu par la personne ou l'organe consulté(e).

[1200] E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *op. cit.*, p. 37.

[1201] La définition de la procédure sera élargie dans un second temps. Cf. *infra* §§ 359 et s.

nature procédurale. Les règles procédurales représentent toutefois un ensemble plus large que les règles imposant l'exposition au regard d'autrui. Autrement dit, la transparence n'est qu'une règle de procédure parmi d'autres, dont il faut alors s'attacher à décrire la spécificité (B).

A. Des obstacles à la qualification franchissables

351. **Trois obstacles à franchir**. La clarification de la notion de procédure a permis d'en dégager les contours. La procédure peut en effet être comprise comme une étape, ou une somme d'étapes, ayant vocation à influencer le contenu de l'acte juridique. Selon cette conception, l'objet de la procédure, c'est-à-dire ce vers quoi elle tend, est donc un acte juridique, ce qui n'est pas nécessairement le cas de la transparence. En outre, cette conception suggère que la procédure intervient en amont du résultat espéré, ce qui, là encore, ne semble pas toujours le cas de la transparence. Enfin, la doctrine classe parfois l'exigence de transparence parmi la catégorie des règles de forme ou de fond. La qualification de la transparence comme règle de procédure doit donc surmonter trois obstacles : la correspondance partielle de leur objet (1), leur appréhension temporelle (2) et la classification doctrinale de la transparence (3).

1. La correspondance partielle de l'objet de la procédure et de la transparence

352. **Un obstacle aisément franchissable**. *A priori*, la transparence ne peut être qualifiée de procédure, leur objet ne correspondant que partiellement. En effet, selon la doctrine, en particulier la doctrine travailliste, la procédure a pour objet la décision. Autrement dit, la procédure est instituée en vue de l'édiction d'une décision (a). Or, si la transparence tend parfois, comme la procédure, à l'édiction d'une décision déterminée, ce n'est pas toujours le cas. Il nous semble cependant que cet obstacle est aisément franchissable : la procédure peut facilement être entendue, plus largement, comme l'étape d'une action, et non pas seulement d'une décision. Ainsi comprise, l'objet de la procédure coïncide avec celui de la transparence (b).

a. L'objet identifié de la procédure : de la décision de justice, à la décision en passant par l'acte juridique

353. **Conception juridictionnelle de l'objet de la procédure**. Traditionnellement assimilée au procès, la procédure était naturellement tournée vers la décision de justice. Elle se présentait comme les étapes permettant de parvenir à une décision juridictionnelle[1202]. Avec l'émancipation de la procédure par rapport au procès s'est posée la question de l'objet de la procédure.

354. **Conception normative de l'objet de la procédure**. On l'a dit, c'est en droit administratif, et plus précisément dans le contexte de l'encadrement de l'action unilatérale de l'administration, que s'est développée la procédure non contentieuse. Ainsi, Guy Isaac affirmait-il qu'« il est clair que la notion de procédure est liée à celle d'acte juridique »[1203]. Mais l'auteur s'empressait d'ajouter : « c'est-à-dire, plus précisément, d'acte "normatif" : l'acte juridique est celui qui édicte une norme, c'est-à-dire, des obligations ou des droits à la charge ou au profit de sujets de droits »[1204]. L'objet de la procédure, c'est-à-dire le résultat vers lequel tend la procédure, était donc ici uniquement perçu comme un acte normatif.

355. **L'apport du droit du travail : la décision comme objet de la procédure**. Grâce à des travaux sur la « procédure sans procès » en droit du travail, la procédure s'est ensuite détachée de l'acte juridique. L'observation du droit du travail montre en effet que la procédure ne tend pas nécessairement vers l'édiction d'un acte juridique, mais parfois simplement vers l'édiction d'un acte matériel. La procédure d'information et de consultation du comité social et économique, par exemple, ne tend pas toujours vers un acte juridique (tel que l'acte de fusion dans le cadre d'une réorganisation juridique de l'entreprise), mais peut aussi tendre vers un changement des conditions de travail qui constitue une simple mesure[1205]. Pour désigner ainsi l'acte juridique ou matériel vers lequel tend la procédure, plusieurs auteurs ont ainsi fait le choix d'utiliser le terme de décision[1206]. La procédure peut donc se définir comme « le processus aboutissant à

[1202] S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2024, p. 861.

[1203] G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 151.

[1204] *Ibid.*

[1205] P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, p. 228.

[1206] V. par ex. : *Ibid.*, pp. 226 et s. ; E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de*

une décision »[1207], qu'elle soit juridictionnelle, juridique ou constitue un simple acte matériel[1208]. Ces actes de procédure dont il s'agit, ou si l'on préfère, ces « opérations procédurales »[1209], doivent eux-mêmes s'entendre largement : il peut s'agir de l'organisation d'un débat contradictoire ou d'une consultation, de la motivation d'une décision[1210], etc. Cette définition de la procédure vaut dans le cadre de la transparence. Celle-ci consiste effectivement, dans un certain nombre de cas, à imposer une procédure – l'exposition au regard – en vue de parvenir à une décision. À titre d'exemple, la motivation de l'acte administratif participe au processus d'édiction de cet acte : en ce qu'elle oblige l'administration à peser les éléments de faits et de droit qui fondent la décision, la motivation participe à l'amélioration de celle-ci.

b. L'apport de la transparence quant à l'objet de la procédure

356. **L'impossibilité d'identifier une décision en particulier**. Objet de la procédure, la décision ne correspond pas toujours à l'objet de la transparence. Il ne paraît en effet pas toujours possible, ou alors très artificiellement, de considérer que la transparence tende vers une décision particulière. Dans certains cas, elle fixe plutôt un cadre général à l'action, à l'activité d'une personne ou d'une institution, sans qu'il soit possible de rattacher cette action à une décision en particulier. La transparence imposée aux ministres sur leur patrimoine en début et fin de mandat[1211], par exemple, ne tend pas vers une décision particulière. Elle cadre une somme d'actes indistincts, une activité qui s'étale dans le temps, et non une décision prise à un instant donné. Faut-il dès lors en conclure que la transparence n'est pas une procédure, leur objet ne correspondant que partiellement ? S'agit-il d'une différence dirimante entre transparence et procédure ? Il ne nous semble pas. Plusieurs arguments plaident au contraire pour un

---

l'employeur en droit du travail, *op. cit.*, pp. 42 et s. ; F. KHODRI-BENAMROUCHE, « Les exigences procédurales », *SSL Suppl.*, 02/2008, n° 1340, p. 61. Le terme de décision ne s'entend pas par opposition à la règle, puisque des règles procédurales peuvent encadrer l'édiction de règles.

[1207] A. BÉNABENT et Y. GAUDEMET, *Dictionnaire juridique : tous les mots du droit*, Paris-La Défense, LGDJ, 2024, p. 359 ; T. GRUMBACH, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail », *op. cit.*, p. 256 : « La procédure, c'est l'ensemble des actes préparatoires à une décision ».

[1208] Nous employons ici cette expression de la même manière qu'Emmanuelle LAFUMA. L'acte matériel est ainsi entendu par opposition à l'acte juridique, mais toutefois susceptible de faire grief. En ce cens, E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *op. cit.*, pp. 172 et s.

[1209] Expression empruntée à E. LAFUMA, *ibid*., p. 39.

[1210] P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, p. 257.

[1211] Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, art. 4.

élargissement de la notion de procédure, élargissement qui la rendrait compatible avec la transparence.

357. **La procédure visant à éviter une décision**. Premièrement, il paraît étrange de considérer que la procédure a pour objet exclusif une décision alors qu'elle est parfois tout entière vouée à éviter l'édiction d'une décision. La « procédure de licenciement économique » par exemple a pour objectif d'atténuer les conséquences de la rupture du contrat ou, mieux encore, de l'éviter[1212]. Comment articuler la définition de la procédure qui prend en compte son résultat (l'édiction d'une décision) quand la procédure a justement pour objectif d'éviter ce résultat ? Pour contourner le problème, la doctrine explique que l'acte visé par la procédure n'est pas le licenciement, mais le projet de mise en cause des emplois ou de modification des contrats sans considération de la personne des salariés[1213]. Il est cependant difficile de concevoir le projet de mise en cause de l'emploi comme une décision, même entendue largement. En tant qu'acte préparatoire à une décision (le licenciement), le projet n'est ni un acte juridique, ni une « mesure » qui suppose qu'un choix soit arrêté.

358. **La promotion des opérations procédurales**. Deuxièmement, les opérations procédurales ont également une certaine autonomie vis-à-vis de l'acte final : elles peuvent constituer des actes juridiques à part entière (comme l'illustre le plan de sauvegarde de l'emploi) ou produire des effets juridiques indépendants de l'acte final (l'information-consultation du comité social et économique épuise la compétence de cette instance)[1214]. Au-delà de la question de la transparence, l'abandon de la référence à la décision comme objet de la procédure pourrait donc permettre de promouvoir la procédure en tant que telle, en tant qu'élément autonome de légitimité de la décision, et éviter qu'elle soit trop fréquemment cachée dans l'ombre de l'acte final[1215].

[1212] C'est bien là tout l'intérêt de l'obligation de reclassement du salarié.

[1213] C'est en tout cas le projet de mise en cause qui requiert l'engagement de la procédure propre aux licenciements économiques. En ce sens : A. LYON-CAEN, « La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique », *Dr. ouvr.*, 04/2002, n° 644, p. 162.

[1214] E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *op. cit.*, p. 40.

[1215] On a par exemple relevé que la décision, objet du recours contentieux, masque la procédure, qui n'est pas toujours identifiée en tant que telle, indépendamment de ses répercussions sur la décision. En ce sens, V. *Ibid.*, p. 35.

359. **Une conception renouvelée de la procédure**. Pour toutes ces raisons, il vaut donc mieux se départir de cette référence à la décision comme résultat de la procédure. Cette dernière, comme la transparence, ne tend pas nécessairement vers une décision prise à un moment donné, mais peut aussi encadrer une série d'actes indistincts. Nous préférons donc considérer que l'une et l'autre tendent vers une action, qui peut aussi bien se caractériser par une décision particulière, que par un ensemble de décisions indistinctes. En résumé, la *procédure doit être comprise comme une étape, ou une somme d'étapes, ayant vocation à influencer, sans dicter, le contenu d'une action.*

2. Le temps de la procédure et de la transparence

360. **Le temps des opérations procédurales**. Concevoir la procédure comme un ensemble d'étapes tendant à l'édiction d'une décision suggère en outre que ces étapes sont nécessairement accomplies antérieurement ou, *a minima*, concomitamment à celle-ci. Pourtant, la publicité de l'acte – considérée par certains comme la dernière étape de la procédure[1216] – est bien postérieure à l'édiction de l'acte. Cependant, bien que cette étape soit réalisée après l'action, *l'effet* de cette étape est antérieur ou concomitant à l'action. Autrement dit, même si la publicité est réalisée après l'édiction d'un acte, la publicité est censée, entre autres, agir de manière anticipée sur le décisionnaire. Parce qu'il sait que l'acte sera publié, le décisionnaire va, théoriquement, accorder une attention particulière au contenu de l'acte. Notons que la publicité peut avoir d'autres effets (tels que la modification du comportement des destinataires de la publicité) qui sont postérieurs à l'édiction de l'acte. Cependant, si la publicité peut être qualifiée d'étape procédurale, c'est en ce qu'elle est censée influencer le contenu de l'acte et donc uniquement par ses effets antérieurs ou concomitants à l'édiction de l'acte, ou plus largement, de l'action régulée.

La mécanique de la transparence est identique : si l'exposition au regard peut avoir des effets postérieurs à l'action régulée (a), c'est par ses effets antérieurs ou concomitants à cette action que la transparence peut être qualifiée de procédure (b).

[1216] G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, pp. 568 et s.

a. L'effet régulateur postérieur à l'action régulée

361. **Le rôle curatif : l'effet de la transparence sur l'observateur**. La transparence, et plus précisément l'exposition au regard, joue tout d'abord un rôle curatif. C'est alors par la réaction de l'observateur que se produit l'effet curatif. Autrement dit, l'effet de l'exposition au regard est postérieur à l'action régulée.

362. **L'exercice d'un contrôle**. L'exposition au regard permet par exemple à l'observateur d'exercer un contrôle et, le cas échéant, de mettre en œuvre une sanction, juridique ou non, ou de saisir le juge. Ainsi, la transparence tarifaire, et notamment la communication des CGV, a longtemps été perçue comme un moyen de détecter les discriminations (c'est-à-dire les différences de traitement) entre acheteurs[1217], et plus récemment, comme un moyen de déceler des abus[1218]. De la même manière, certains considèrent que l'exigence de transparence imposée aux responsables politiques constitue un moyen de détecter d'éventuels manquements à la probité et d'engager ainsi leur responsabilité juridique et/ou politique. Ce contrôle peut aboutir à la mise en œuvre d'une sanction qui, par son effet dissuasif et curatif, joue un rôle régulateur.

363. **La modification des comportements des destinataires**. Dans un contexte mercantile, l'exigence de transparence permet également aux destinataires de l'information de faire des choix mieux éclairés, participant ainsi à la régulation du marché. L'information des investisseurs ou des consommateurs sur l'impact environnemental des produits disponibles sur un marché leur permet ainsi de choisir les produits les plus respectueux de l'environnement. Ces choix sont donc censés permettre un « verdissement » du marché en faisant perdre des parts de marché aux vendeurs proposant les produits les moins respectueux de l'environnement. Dans un contexte démocratique, l'exigence de transparence permet aussi aux électeurs d'être mieux informés, et donc de voter pour des représentants respectant mieux leurs intérêts et/ou l'intérêt général.

364. **Un aspect secondaire de la transparence**. Cependant, ces effets curatifs nous paraissent secondaires. Ils sont certes rendus possibles par l'exposition au regard et on ne peut nier qu'ils

---

[1217] J. ZOUGHI, *Nouveau regard sur la transparence tarifaire : un instrument de protection du fournisseur contre la grande distribution*, Aix-Marseille, 23 mars 2007, p. 22.

[1218] Cf. *supra* § 312.

sont au moins partiellement souhaités voire recherchés. Mais ils ne constituent pas l'essence de la transparence. En tout état de cause, ces effets ne permettent pas de qualifier l'exposition au regard de règle procédurale.

b. L'effet régulateur antérieur ou concomitant à l'action

365. **Le rôle préventif : l'effet de la transparence sur l'observé**. À notre sens, la transparence joue surtout un rôle préventif. La régulation ne s'opère pas tant par la réaction de l'observateur, que par l'effet que la transparence produit sur la personne observée. L'effet régulateur est alors antérieur ou concomitant à l'action de la personne exposée.

366. **L'effet réflexif**. L'exigence de transparence invite ainsi la personne qui s'expose à prendre conscience de son comportement, comme par effet « miroir ». Par exemple, l'obligation pour certaines entreprises d'établir et de publier un rapport de durabilité les incite à s'interroger sur les impacts de leur activité sur leur environnement[1219].
Il s'agit également d'inciter la personne exposée à prendre le temps de réfléchir à ses actes, à évaluer les intérêts et enjeux en présence avant de décider. L'exigence de motivation des actes administratifs en est une illustration : l'objectif de la motivation est, entre autres, d'inviter l'administration à réfléchir aux éléments de fait et de droit qui fondent sa décision.

367. **L'intériorisation de l'effet normatif**. Cependant, la véritable force de la transparence provient du mécanisme d'intériorisation de l'effet normatif par la personne exposée. Le fait de se savoir observé, effectivement ou potentiellement, est susceptible d'influencer le comportement d'une personne. Se sachant observée, la personne peut en effet tenter d'ajuster son comportement à – ce qu'elle pense être – la norme (juridique, sociale, économique, etc.). L'observé intériorise ainsi l'effet normatif de l'exposition au regard. Or, cette intériorisation de l'effet normatif est selon nous au cœur de la transparence.

[1219] J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, Grenoble, 6 juillet 2023, p. 316.

368. **Le regard des philosophes sur l'intériorisation**. Ce phénomène est appréhendé par les philosophes sous l'angle de la surveillance et du pouvoir. Michel Foucault expliquait ainsi, à propos du système panoptique de Jeremy Bentham, que :

> « [L'efficacité] *du pouvoir, sa force contraignante sont, en quelque sorte, passées de l'autre côté – du côté de sa surface d'application. Celui qui est soumis à un champ de visibilité, et qui le sait, reprend à son compte les contraintes du pouvoir ; il les fait jouer spontanément sur lui-même ; il inscrit en soi le rapport de pouvoir dans lequel il joue simultanément les deux rôles ; il devient le principe de son propre assujettissement* »[1220].

En d'autres termes, la personne exposée s'autodiscipline justement parce qu'elle se sait exposée : « [la] docilité est […] le pendant de la surveillance », résume ainsi le philosophe Guillaume Le Blanc[1221]. Cherchant à éviter une sanction[1222] (ou au contraire pour profiter de l'effet positif qui pourrait résulter de son exposition), la personne exposée adopte un « bon comportement ». L'effet de l'exposition au regard est alors préventif : la personne exposée n'attend pas la réaction de l'observateur pour « bien » se comporter. Autrement dit, l'observé anticipe et prévient la réaction de l'observateur. En allant plus loin, on peut même considérer que « l'idéal de la surveillance [mais on pourrait aussi dire, l'idéal de la transparence], c'est d'arriver à se passer de la punition. […] C'est surveiller sans punir »[1223]. Cette mécanique représente à la fois la plus grande force de la transparence – il suffit qu'un comportement soit exposé pour que se produise l'effet régulateur – mais aussi sa plus grande faiblesse – il faut que la personne intériorise l'effet normatif.

369. **Le regard des juristes sur l'intériorisation**. Reprenant ces théories, les juristes les ont importées dans le discours juridique.

Dans certains cas, par exemple dans le cadre de la surveillance de la population, cet effet psychologique est craint. La transparence, aux accents totalitaires[1224], représente alors un danger que l'on cherche à éviter ou contre lequel on tente de protéger les personnes. Le principe

---

[1220] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Collection tel, n° 225, Paris, Gallimard, 1975, p. 236.

[1221] Podcast : « Foucault, l'oeil du pouvoir. "Voir sans être vu", serait-ce le rêve du pouvoir ? », *Les chemins de la philosophie*, France Culture, 30 janvier 2018, à 42 minutes et 40 secondes, disponible sur https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/les-chemins-de-la-philosophie/foucault-l-oeil-du-pouvoir-7977030 (Consulté le 8 mai 2024).

[1222] Entendue ici comme un évènement négatif.

[1223] Podcast : « Foucault, l'oeil du pouvoir. », *op. cit.*, à 42 minutes et 57 secondes.

[1224] Sur les connotations de la transparence, cf. *supra* §§ 28 et s.

est alors que, dans la sphère de sa vie privée et concernant ses données personnelles, la personne jouit d'un droit à l'autodétermination : c'est elle qui décide – ou qui est censée décider – de son éventuelle exposition au regard d'autrui. On espère ainsi limiter le risque d'autocensure de la personne.

Dans la plupart des cas, en revanche, cet effet psychologique est espéré. Cette conception s'appuie sur les connotations positives attachées à la transparence, vectrice de lumière, de pureté, de vérité. La transparence traduit l'idée selon laquelle la soumission au regard d'autrui va inciter les personnes exposées à adopter des comportements plus vertueux, plus rationnels. Comme si rien de mauvais ne pouvait se produire en pleine lumière, tandis que le mal s'épanouirait dans l'obscurité. En droit, c'est l'idée qu'en imposant une transparence, le système politique ou financier (ou plus généralement le comportement des personnes) s'autorégule[1225].

L'orientation des comportements constitue ainsi une technique juridique, au même titre que leur direction. Plusieurs moyens permettent en effet d'espérer imposer ou interdire un comportement[1226]. Il peut être expressément prescrit ou l'interdit (par exemple, la corruption est interdite). Il peut être créé les conditions pour que la situation se réalise ou ne se réalise pas (par exemple, en créant des incompatibilités de mandats pour éviter les conflits d'intérêts). « S'est ajouté un troisième moyen, plus moderne et plus subtil, celui de la transparence. Deux célèbres aphorismes résument la portée que l'on accorde en général à la transparence : celle du juge Louis Brandeis à la Cour suprême américaine, « *transparency is said to be the best of disinfectants* » [la transparence est réputée être le meilleur des désinfectants], et celle de Jeremy Bentham, « *the more strictly we are watched, the better we behave* » [plus nous sommes étroitement surveillés, mieux nous nous comportons] », souligne Xavier Magnon[1227]. D'autres font un parallèle avec l'éducation : « [c']est un peu comme si, consterné par le désordre de la

---

[1225] E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », *op. cit.*, p. 17.

[1226] Les propos qui suivent sont inspirés de ceux tenus par le professeur X. MAGNON dans « Morale et politique : quelles places pour le droit ? », *in Transparence et vie publique*, Les Cahiers constitutionnels de Paris 1, Paris, Dalloz, 2015, pp. 17-18. L'auteur évoque quant à lui les moyens dont dispose ou ne dispose pas le Droit pour imposer la Morale.

[1227] Nous traduisons. X. MAGNON, « Morale et politique : quelles places pour le droit ? », *in Transparence et vie publique*, Les Cahiers constitutionnels de Paris 1, Paris, Dalloz, 2015, p. 18. L'auteur cite : L. BRANDEIS, « What publicity can do », Harper's Weekly, 20 décembre 1913, 10. Sur cette citation, avec une autre référence (L. D. BRANDEIS, *Other People's Money and How the Bankers Use It,* 1914, p. 92), cf. également : E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », *in* G.J. GUGLIELMI et E. ZOLLER (dirs.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne (Colloque international des 23 et 24 mai 2014)*, Colloques, Paris, Panthéon-Assas, 2014, p. 17). X. MAGNON cite également : J. BENTHAM, « Farming defended », Writings on the poor law, vol. 1, éd. Michael Quinn, Oxford University Press, 2001, p. 277.

chambre de votre fille, et dans l'espoir de l'inciter à la ranger, vous exigiez qu'elle montre sa chambre à sa grand-mère… »[1228]. Ces images rendent bien compte du pari sur lequel la transparence est bâtie, consistant à présumer que la simple exposition au regard d'autrui suffira à réguler, le plus souvent positivement, les comportements.

370. **Le caractère préventif de l'intériorisation**. L'intériorisation de l'effet normatif repose donc sur l'anticipation de la réaction des observateurs. L'anticipation n'est toutefois pas toujours évidente à déceler car l'habitude conduit à mettre l'accent sur la réaction des observateurs. En économie, par exemple, on peut penser que c'est avant tout la connaissance, par les acheteurs, des prix et caractéristiques des produits disponibles sur un marché qui leur permet de choisir le produit présentant le meilleur rapport qualité-prix, et ainsi de réguler le marché. Mais il est également possible de considérer que les vendeurs vont tenter, avant même que les acheteurs ne se décident, de proposer le produit présentant le meilleur rapport qualité-prix. En exigeant une transparence sur les prix de vente, le législateur espère donc réguler le marché. Il en est de même en matière de RSE : selon toute vraisemblance, les entreprises vont tenter de diminuer leur impact négatif sur leur environnement avant même que celui-ci ne soit dévoilé au public[1229]. C'est donc moins – ou tout autant – la réaction des observateurs que l'anticipation de cette réaction par la personne observée qui permet la régulation des comportements.

371. **L'effet préventif caractéristique de la procédure**. La transparence, et plus précisément l'exposition au regard, peut donc s'analyser comme une étape procédurale par l'effet préventif de son effet régulateur. Nous considérons donc que la transparence, et plus spécifiquement l'exposition au regard d'autrui, constitue un type de procédure. Reste toutefois à confronter notre point de vue aux classifications doctrinales de la transparence.

[1228] F. DRUMMOND, « L'information des actionnaires et des investisseurs », *op. cit.*

[1229] En ce sens, cf. par ex. : J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*, p. 309 : « Tout l'enjeu pour les entreprises réside dans la gestion de cette sanction réputationnelle, assimilée par ces dernières comme un risque dont il faut anticiper la survenance et, le cas échéant, les conséquences. C'est la gestion de ce risque qui emporte un effet régulateur : les entreprises menacées de subir une telle sanction vont tenter de gérer ce risque en diminuant leurs impacts environnementaux et sociaux ».

3. Les classifications doctrinales de la transparence

372. **La classification doctrinale de la transparence dans la catégorie des règles de fond, de procédure ou de forme**. Très peu d'auteurs se sont interrogés sur la nature formelle, procédurale ou substantielle de la transparence[1230]. De plus, ces auteurs retiennent parfois des conceptions différentes de la forme, de la procédure et du fond.

Pour Jean-François Kerléo par exemple, la transparence est une notion plurielle. Elle renvoie aussi bien à des normes substantielles, procédurales et formelles[1231]. Plusieurs arguments permettent toutefois de relativiser cette triple qualification.

D'abord, l'auteur a choisi une position d'observateur, une posture descriptive plus que constructiviste[1232]. Il n'a pas cherché à déterminer ce qu'*est* la transparence, mais plutôt la manière dont elle *est perçue* par les juristes, ce que ceux-ci se représentent lorsqu'ils évoquent la transparence. Or, il est rarement précisé ce qu'il faut entendre exactement par « transparence ». C'est alors au lecteur d'interpréter le sens que l'auteur donne au terme. L'interprétation est cependant délicate. Prenons par exemple le titre de l'ouvrage écrit par Arnaud Reygrobellet : « Les vertus de la transparence. L'information légale dans les affaires ». Le terme de transparence renvoie-t-il aux données que les sociétés doivent publier ou à l'obligation pour ces sociétés de publier[1233] ? L'auteur ne définit pas la transparence, se contentant de renvoyer au *Vocabulaire juridique* Cornu (« Pour un marché, accessibilité des informations relatives notamment aux prix de revient et conditions de vente qui y ont cours »[1234]). Pourtant, dans le même paragraphe, l'auteur évoque les publicités légales qu'il définit plus haut comme « l'ensemble des règles juridiques (la loi au sens large du terme), qui imposent à une personne de rendre publiques un certain nombre d'informations, très précisément définies, la concernant ; selon des modalités elles-mêmes très minutieusement encadrées ». Le sens du terme de transparence est donc ambigu.

Ensuite, quand bien même un auteur aurait utilisé le terme de transparence pour désigner une règle de fond ou de forme, il ne s'agit là que d'un usage spécifique et ponctuel du terme. Autrement dit, il n'est pas question ici de nier la polysémie du terme de transparence dans les

---

[1230] V. not. J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*

[1231] *Ibid.*, p. 548.

[1232] *Ibid.*, pp. 56 et s.

[1233] A. REYGROBELLET, *Les vertus de la transparence*, *op. cit.*, § 4.

[1234] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, Paris, PUF, 2024, p. 1048.

discours juridiques, mais de chercher une cohérence d'ensemble à la notion de transparence. Or, comme nous allons le voir, il nous semble que, même lorsque ponctuellement le terme de transparence désigne une règle de fond ou de forme, l'esprit global du dispositif visé caractérise davantage une règle de nature procédurale.

373. **La transparence perçue comme une règle de fond**. Jean-François Kerléo affirme ainsi que « La transparence renvoie parfois à des normes substantielles, relatives au fond du droit (le *negotium*), par opposition à la procédure ou à la forme »[1235], tout en admettant que « Cette déclinaison de la transparence est assez rare, car ce sont plutôt les notions auxquelles elle est souvent associée qui renvoient à de telles obligations de fond »[1236]. « Néanmoins, [poursuit-il,] il arrive que la transparence soit utilisée pour renvoyer au contenu qu'une règle doit transmettre, et non à la transmission elle-même de cette information ou bien à la forme qu'elle doit prendre. Autrement dit, la transparence détermine l'objet de la règle de droit, son contenu »[1237]. Pour lui, l'information légale en droit des sociétés[1238] et celle sur le coût des espaces publicitaires[1239] seraient des exemples de transparence substantielle. Il est vrai que l'on peut trouver, ici ou là, des exemples d'utilisation du terme de transparence pour désigner le contenu informatif[1240]. Ce faisant, la transparence est analysée comme une règle de fond : elle dicte « quoi faire », en l'occurrence, les informations qu'il faut transmettre.

Pourtant, Jean-François Kerléo affirme un peu plus loin que « la transparence représente ici un moyen de faire plier les comportements et de les orienter vers l'idéal d'une concurrence loyale »[1241]. Ne peut-on dès lors pas concevoir ces informations comme des étapes concourant à une décision économique considérée comme légitime, c'est-à-dire comme une règle de nature procédurale ? Il nous semble que si. Autrement dit, il s'agit moins d'une règle déterminant le

---

[1235] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 548.

[1236] *Ibid.*

[1237] *Ibid.*

[1238] *Ibid.*, pp. 549 et s.

[1239] *Ibid.*, pp. 552 et s.

[1240] *Ibid.*, p. 549 (dans la note de bas de page n° 16). Jean-François KERLÉO citait par exemple l'ancien article R. 823-21 du code de commerce (dans sa rédaction résultant du décret n° 2009-557 du 19 mai 2009). Ce texte disposait alors que les commissaires aux comptes désignés auprès de personnes ou d'entités dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou auprès d'établissements de crédit publient un rapport de transparence et en précisait le contenu (description de la forme juridique, description du réseau auquel ils appartiennent, description du système interne de contrôle de qualité, etc.). La rédaction de l'article a aujourd'hui changé et renvoie aux dispositions de l'article 13 du règlement (UE) n° 537/2014 du 16 avril 2014, qui fixe le contenu de ce « rapport de transparence ».

[1241] *Ibid.*, p. 553.

« quoi faire » (transmettre des informations), qu'une règle régissant le « comment faire » (communiquer certaines informations en vue d'agir de manière loyale d'un point de vue économique).

374. **La transparence perçue comme une règle de procédure**. Pour Jean-François Kerléo, la transparence possède également, et sans doute majoritairement, une dimension procédurale. Il retient cependant une définition plus large de la procédure, comprise comme « une manière de procéder juridiquement »[1242]. Néanmoins, les deux exemples sur lesquels il s'appuie peuvent là encore s'analyser en une procédure, entendue cette fois comme une étape destinée à orienter le comportement. L'auteur s'appuie d'une part sur la transparence comme « composante du standard du procès équitable développé par la CEDH »[1243] et d'autre part sur la transparence dans le cadre de la passation des marchés publics. Nous nous concentrerons sur le premier exemple, le second ayant déjà été abordé plus haut[1244]. La CEDH énonce que « la publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1 de la Convention. Elle protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public et constitue ainsi l'un des moyens de contribuer à préserver la confiance dans les tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6 § 1, à savoir le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique »[1245]. Même si elle poursuit d'autres objectifs tels que la confiance dans les tribunaux, la publicité des débats, qualifiée de transparence, constitue ainsi bien une étape participant à la détermination du contenu de la décision finale, à son caractère équitable. Est ainsi suggérée l'idée que la publicité de la justice constitue un frein à l'arbitraire du juge. En d'autres termes, la CEDH affirme que la publicité des débats est une « façon de faire » qui participe à la détermination du fond (le caractère équitable de la décision). Elle peut donc être qualifiée de procédure.

375. **La transparence perçue comme une règle de forme**. Enfin, Jean-François Kerléo considère que la transparence renvoie « à des normes juridiques imposant le respect de certaines

---

[1242] *Ibid.*, p. 554.

[1243] *Ibid.*

[1244] Cf. *supra* § 319.

[1245] CEDH, 8 février 2000, req. n° 35396/97, *Aff. Stefanelli c. Saint-Marin*.

obligations formelles »[1246]. Cependant, ces règles ne sont, selon nous, que des modalités précisant les obligations procédurales. « Ainsi, [écrit d'ailleurs l'auteur,] dans le prolongement des obligations procédurales de transparence, le droit des contrats de la commande publique complète-t-il la transparence par des obligations formelles. La notion est exclusivement mue par la volonté d'économiser les derniers publics et d'organisation la concurrence afin de retenir le candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse »[1247]. Là encore, il s'agit donc d'orienter le comportement des acteurs économiques. Il s'agit bien de fixer des étapes à suivre, des façons de faire, ayant vocation à déterminer partiellement le sens du comportement des acteurs économiques. On peut donc y voir une procédure.

376. **L'interprétation des fonctions**. Il faut bien admettre que la classification d'une règle dans la catégorie des règles de forme, de formalité, de procédure ou de fond relève en majeure partie d'une interprétation des fonctions de la règle. Selon la manière dont elles sont perçues, elles sont tantôt qualifiées règles de forme, tantôt de procédure. La motivation des actes est sans doute l'exemple le plus parlant. L'obligation de motiver un acte peut par exemple être conçue comme l'obligation de faire apparaître, par écrit et sur l'acte, les motifs de l'acte. Il s'agit alors simplement de rendre visibles des motifs préexistants. De ce point de vue, l'obligation de motivation est une « simple » règle de forme. Dans une perspective plus dynamique, la motivation d'un acte peut aussi être perçue comme un processus, comme une étape à suivre. Si l'exposition des motifs est conçue un droit de savoir pour son destinataire, alors il s'agit d'une formalité. En revanche, si l'on estime que la motivation est l'opération consistant à identifier les motifs, à les apprécier et les soupeser, puis à les exprimer, il s'agit alors d'une procédure. La motivation concourt en effet à la justification de l'acte. Enfin, on pourrait considérer que la motivation est une règle de fond lorsque l'acte non motivé est de ce seul fait injustifié[1248] : l'expression des motifs est le marqueur de l'existence d'une justification de l'acte.

Dès lors, on pourrait être tenté de conclure qu'il n'existe aucun critère fiable pour distinguer la forme, la formalité, la procédure et le fond. Toutefois, les difficultés d'application d'un critère de distinction, assez communes au demeurant[1249], n'en retirent pas nécessairement tout intérêt,

---

[1246] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit*, *op. cit.*, p. 562.

[1247] *Ibid.*, p. 563.

[1248] La question nous semble cependant porter sur le régime plus que sur la qualification.

[1249] C'est d'ailleurs le propre de la méthode juridique : l'opération de qualification repose toujours sur une interprétation du fait ou du droit.

notamment un intérêt explicatif. Qualifier la transparence de règle procédurale nous paraît d'ailleurs être à même d'expliquer l'utilisation du terme de transparence dans le discours juridique.

377. **Conclusion**. Si la transparence est susceptible d'être perçue de différentes manières dans le droit positif, la clarification de la notion de procédure a permis de lui offrir un nouveau support, plus unitaire et cohérent. La qualification de transparence comme procédure donne ainsi un nouvel éclairage à la transparence, facilitant son appréhension par les juristes. Toutefois, il faut encore préciser sa spécificité parmi les diverses exigences procédurales.

B. La spécificité de la transparence : la régulation procédurale informationnelle

378. **Un panel d'exigences procédurales**. Définir la procédure comme une étape ou un ensemble d'étapes visant à orienter le comportement d'un acteur ne renseigne pas sur la substance de cette étape. Or, si la procédure s'assimile le plus souvent à la discussion[1250], le panel d'exigences procédurales[1251] qu'offre le Droit est bien plus riche, permettant ainsi une gradation des contraintes pesant sur l'acteur. Il peut s'agir d'engager une discussion, ou simplement de communiquer une information[1252]. Quelle est la place de la transparence parmi ces différents types de contraintes procédurales ? Il semble, qu'en général, la transparence soit phagocytée par les contraintes procédurales qui imposent à l'acteur d'échanger avec les personnes concernées par l'action (1). La place essentielle de la transparence se situe plutôt parmi les contraintes procédurales imposant une simple communication d'information (2).

1. La transparence absorbée par un type de procédure plus contraignant

379. **La transparence parmi les différents types d'exigences procédurales**. Il existe plusieurs types d'exigences procédurales, plus ou moins contraignantes (a). Or, lorsqu'elle s'accompagne d'un type de procédure plus contraignant, l'exposition au regard tend à changer de fonction (b).

[1250] E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *op. cit.*, p. 21.

[1251] Ces exigences procédurales ne sont pas exclusives les unes des autres et peuvent être combinées.

[1252] À cela s'ajoute l'écoulement d'un délai. Obliger le décisionnaire à attendre un certain temps avant de se décider peut en effet l'inciter à agir avec plus de retenue. Cette question, manifestement sans rapport avec la transparence, ne sera pas évoquée ici.

a. Les exigences procédurales plus contraignantes que la seule exposition au regard

380. **L'attraction de la procédure par la discussion**. D'emblée, les exigences procédurales évoquent avant tout l'organisation d'une discussion, d'un dialogue entre l'auteur d'une décision et son destinataire[1253]. Sans doute la place prépondérante de la discussion parmi les exigences procédurales tient-elle en partie à l'origine contentieuse de la procédure. Le principe du contradictoire, en vertu duquel chaque partie « doit être à même de *discuter* les prétentions, les allégations et les éléments de preuve que l'autre soumet au juge »[1254], est en effet l'un des principes directeurs du procès. Ce principe est notamment fondé sur la bonne administration de la justice puisque le « choc des idées contradictoires, la confrontation des thèses et des antithèses permet en effet de dépasser les points de vue particuliers et de s'élever à un point de vue universel, c'est-à-dire d'approcher la Vérité »[1255], rejoignant en cela la philosophie habermassienne centrée sur la discussion[1256]. Émancipée du procès, la procédure s'est encore beaucoup occupée d'organiser la parole du destinataire d'une décision, en instaurant une forme de principe du contradictoire et des droits de la défense en dehors du cadre processuel. En droit administratif par exemple, l'arrêt *Dame Veuve Trompier-Gravier* consacrait, dès 1944, le principe selon lequel les sanctions présentant une certaine gravité ne peuvent être prononcées par l'administration sans que l'intéressé n'ait été mis en mesure d'en discuter les motifs[1257]. Relèvent ainsi de cette catégorie, les exigences imposant l'audition d'une personne, l'organisation d'un entretien préalable à une sanction, etc.

Plus largement, il peut s'agir de permettre aux personnes concernées ou impactées par un comportement de donner leur avis, leur point de vue ou de défendre leurs intérêts. La consultation, la concertation voire la négociation[1258] font ainsi partie de ces exigences procédurales. La réaction de l'acteur est susceptible de degrés : tantôt aucune réaction

---

[1253] Par ex. : E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *op. cit.*, p. 10. L'auteure définit la « procédure interne » comme « l'ensemble des règles (...) en vertu desquelles l'employeur doit soumettre les décisions qu'il envisage de prendre à une discussion interne à l'entreprise ».

[1254] N. CAYROL, *Procédure civile*, Cours Dalloz, Paris, Dalloz, 2022, p. 308. Nous soulignons.

[1255] *Ibid.*, p. 309.

[1256] Pour une présentation succincte de cette philosophie, Cf. *supra* § 389.

[1257] Cons. État, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, concl. CHENOT, GAJA n° 50.

[1258] Sur la distinction entre ces termes, cf. par ex. : H. TOUZARD, « Consultation, concertation, négociation : Une courte note théorique », *Négociations*, 2006, vol. 5, n° 1, pp. 67-74.

spécifique n'est attendue de lui, tantôt il est tenu de répondre de manière motivée à ces avis ou propositions.

Ces obligations de prendre connaissance des intérêts de la ou des personnes concernées par l'action sont fréquemment accompagnées d'une obligation d'information préalable de ces personnes. L'acteur est ainsi tenu de présenter l'action ou la décision projetée et les éléments de fait et de droit sur lesquels il entend s'appuyer. Ainsi le principe du contradictoire comporte-t-il deux volets : d'une part, les parties au procès doivent être informées des éléments de droit et de fait susceptibles d'être retenus dans la décision et d'autre part, elles doivent être mises en mesure de s'expliquer[1259]. Notons cependant, qu'à notre sens, cette information n'est pas à proprement parler de nature procédurale. Son objectif premier est en effet de permettre à son destinataire de rendre un avis éclairé, de défendre au mieux ses intérêts. Il ne s'agit pas, en revanche, d'influencer directement la décision ou le comportement de l'acteur. L'information n'influe sur le comportement de l'acteur qu'indirectement, selon un système à double détente. Correctement informé, le destinataire de l'information est alors à même de rendre un avis éclairé. C'est ensuite cet avis rendu par le destinataire, et non l'information qui le précède, qui a vocation à influencer le comportement de l'acteur final. L'information préalable du destinataire n'est donc pas de nature procédurale, mais se présente comme l'accessoire d'une exigence procédurale.

Quoiqu'il en soit, ces exigences procédurales représentent une contrainte forte pesant sur l'acteur ou le décisionnaire, à tout le moins lorsque ces étapes procédurales sont obligatoires. Elles constituent une forme de participation, de degré variable, des personnes concernées à la décision ou à l'action unilatérale.

381. **Le recueil d'informations**. Les exigences procédurales ne se limitent toutefois pas à l'organisation d'un débat. Plus largement, le décisionnaire ou l'acteur peut être tenu de recueillir des éléments d'information[1260], sans que les personnes concernées n'aient nécessairement la

---

[1259] En procédure civile par exemple, le principe du contradictoire signifie d'une part que « les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense » (CPC, art. 15) et d'autre part, que le juge « ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement » (CPC, art. 16).

[1260] En ce sens, V. E. CHAPERON, « La participation à l'élaboration de l'acte administratif unilatéral (Essai de typologie) », *in Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Recherches Panthéon-Sorbonne, Paris, Économica, 1979, pp. 112-118. L'auteure regroupe sous le terme de « participations », les « actes » représentant tous les éléments d'information dont l'administration s'entoure avant de prendre une décision (p. 112).

possibilité de présenter leur point de vue. L'acteur est alors tenu de se renseigner avant d'agir, par exemple en réalisant une enquête.

b. L'exposition au regard insérée dans une forme de procédure plus contraignante

382. **L'absorption de la transparence par une autre forme de procédure**. Lorsqu'il est exigé de l'acteur non pas seulement qu'il informe, mais aussi qu'il écoute le destinataire, la transparence est en quelque sorte absorbée par une forme plus poussée de procédure. Dès lors, l'information transmise dans le cadre d'une procédure d'avis ou de vote n'est pas, à notre sens, une manifestation de la transparence, puisque c'est avant tout cet avis qui est censé agir sur le comportement de l'acteur. Il n'en va autrement que lorsque l'effet de cette information sur le comportement de l'acteur est mis en valeur, indépendant de la réaction du destinataire de cette information. Par exemple, l'information des actionnaires d'une société préalable à un vote peut ainsi constituer une manifestation de la transparence si l'on considère que cette information a vocation, en elle-même, et donc indépendamment du vote des actionnaires, à orienter le comportement des dirigeants sociaux.

2. La transparence, une procédure par la communication d'une information

383. **La communication d'informations**. L'exigence procédurale peut également consister en une « simple » communication d'information, c'est-à-dire indépendante de l'organisation d'un débat. Cette information ne constitue une exigence procédurale que lorsqu'elle a vocation à influencer le comportement de l'acteur, et non lorsqu'elle vise prioritairement à agir sur son destinataire. Affleure ici le débat sur la nature procédurale ou formelle de la motivation. Perçue comme la possibilité, pour la personne concernée ou pour le juge, de prendre connaissance des motifs d'une décision, la motivation doit être qualifiée de règle de forme. En revanche, lorsqu'elle est conçue comme un moyen de discussion dans le for interne, elle vise à obliger le décisionnaire à identifier les motifs de sa décision, à les soupeser, à les assumer. Ainsi comprise, la motivation devient une règle de procédure. Il en est notamment de même pour l'exigence de publication : selon qu'on la perçoive comme une manière d'influencer ou non le comportement d'un acteur, la publication peut se voir qualifier ou non de règle procédurale.

384. **L'appartenance de la transparence à la catégorie des exigences imposant une communication d'informations**. Si la transparence appartient à la catégorie des règles procédurales, elle ne désigne qu'un type d'exigences procédurales : celles qui obligent l'acteur à s'exposer au regard. On pourrait à cet égard parler, à l'instar d'Aude-Solveig Epstein, de « régulation informationnelle »[1261]. Nombre de manifestations de la transparence se résument à une simple information : la motivation des actes administratifs, la communication des CGV au sein du droit de la concurrence, l'information relative à un traitement de données personnelles, etc.

Ce faisant, la transparence caractérise une contrainte procédurale plutôt faible, en tout cas comparée à d'autres formes de procédure. Elle constitue, si l'on peut dire, l'un des « premiers échelons » des contraintes procédurales.

385. **La production d'une information ou d'une méthode**. La communication d'une information s'accompagne régulièrement d'une obligation de produire cette information. L'acteur se voit contraint d'établir un rapport, de rédiger un document, d'identifier des risques ou des perspectives, etc., et ce afin de communiquer ces éléments d'information. Dans le même esprit, l'acteur peut être tenu d'établir un plan d'action ou de se doter d'une méthode particulière qu'il sera ensuite amené à communiquer. Là encore, il s'agit bien d'influencer le comportement de l'acteur. En édictant un rapport sur l'impact environnemental de son activité par exemple, il est mis en mesure de prendre conscience de l'importance d'un problème, le cas échéant, et est ainsi mieux à même de trouver des solutions adéquates.

On l'a vu, cette obligation de produire une information est également, quoique non systématiquement, une obligation accessoire à l'exigence de transparence[1262].

386. **Des contraintes plus faibles**. Ces exigences procédurales ne sont pas aussi contraignantes que celles imposant une véritable discussion dans le for externe. Elles n'engendrent aucune participation directe des personnes concernées par l'action.

[1261] Sur cette notion, cf. A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, *op. cit.*, pp. 409 et s. L'auteure décrit le mécanisme de la régulation informationnelle en ces termes : « Les entités régulées se [voient de plus en plus chargées] d'une obligation de dire et non de faire, le présupposé étant que les destinataires des informations étant mieux informés, ils seraient à même de modifier leurs comportements. La modification du comportement des récepteurs de l'information devrait ensuite rétroagir sur les décisions de son émetteur » (p. 422).

[1262] Cf. *supra* § 135.

387. **Conclusion**. L'exposition au regard d'autrui, face visible de la transparence, peut donc s'analyser comme une règle de nature procédurale. Elle vise en effet à orienter, de manière préventive, le comportement de la personne observée. Grâce à cette qualification d'instrument de régulation procédurale, la transparence peut être mieux appréhendée par les juristes. La qualification fournit par exemple une clé de lecture des sanctions de la transparence.

SECTION 3. UNE QUALIFICATION PERMETTANT UNE MEILLEURE COMPRÉHENSION DES SANCTIONS DE L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE

388. **Une meilleure compréhension des sanctions de la transparence**. Si la régulation et la procédure ne sont pas des catégories juridiques ayant un régime bien déterminé, elles constituent des objets de réflexion doctrinale. Elles se présentent ainsi comme des concepts permettant d'éclairer les grandes transformations du Droit[1263]. Ces réflexions doctrinales s'appuient sur les théories de philosophie du Droit, dont nous dirons quelques mots (§1). Ces théories fournissent en effet une clé de lecture permettant de mieux comprendre la transparence, et notamment les sanctions qui lui sont assignées (§2).

§1. Une clé de lecture offerte par les théories philosophiques sur la procédure

389. **Procédure et philosophie**. La conception de la procédure, comprise comme l'ensemble des étapes qui conduisent à la détermination du fond, se retrouve dans les nombreuses théories philosophiques sur la procédure. Nous nous contenterons ici de présenter rapidement les plus

[1263] Nous pensons notamment à la théorie postmoderne dans laquelle la régulation tient une place importante. V. not. : J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, n° 3, pp. 659-714 ; *L'État post-moderne*, Droit et société, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017 ; B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, À la rencontre du droit, Diegem, Story-Scientia [u.a.], 1999.

connues[1264] : celles de Jürgen Habermas[1265] et de John Rawls[1266]. Toutes deux ont en commun de concevoir la procédure non pas comme une catégorie juridique (au niveau du droit positif) mais comme un mode de régulation juridique des rapports sociaux (au niveau de la théorie du droit). Ces philosophes partent du postulat selon lequel il serait impossible de déterminer *a priori* et de manière substantielle ce qui est juste et ce qui ne l'est pas, ou à tout le moins ce qui paraît suffisamment juste pour être légitime. Ils recherchent donc un moyen de construire le « juste » et la légitimité des normes.

390. **La procédure centrée sur la discussion chez Jürgen Habermas**. Pour Jürgen Habermas, il est impossible de se fier à un critère de vérité[1267] : ni la religion, ni la raison exercée seule (c'est-à-dire la métaphysique) ne permettent de déterminer ce qui est vrai. Il faut donc chercher un moyen d'approcher la vérité. Ce moyen n'est autre que la discussion. Pour le philosophe allemand, une « proposition normative sera tenue pour vraie lorsqu'elle pourra réunir idéalement l'accord de tous les participants à une discussion pratique au terme d'un débat libre et transparent conduit selon la loi du meilleur argument »[1268]. L'auteur théorise ainsi une situation idéale de parole, ce qu'il appelle le « principe de discussion (principe D) ». Pour que tous les participants à la discussion puissent aboutir à un véritable accord, il faut que chacun ait un droit égal à la prise de parole, qu'il ne soit pas fait usage d'une quelconque pression ou de la force – de sorte que la discussion fasse prévaloir la solution résultant du meilleur argument – et enfin, que la discussion soit transparente, c'est-à-dire que chaque participant soit en mesure de préciser sa position en toute sincérité ou d'expliquer les raisons qui justifient son refus de

---

[1264] V. égal., pour une présentation de la théorie de Niklas LUHMANN : G. DUMONT, « Théorie de la procédure », *in Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 5 et s. ; D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, Ethique et philosophie morale, Paris, Presses universitaires de France, 2007, pp. 238 et s.

[1265] J. HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Essais, Paris, Gallimard, 1997 ; *L'espace public*, *op. cit.* ; A. DUPEYRIX, *Comprendre Habermas*, Lire et comprendre, Paris, Colin, 2009 ; D. GAIRE-SIMONNEAU, *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail. Pour une lecture habermassienne du droit du travail*, Bibliothèque de droit social, n° 66, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016 ; B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, À la rencontre du droit, Diegem, Story-Scientia [u.a.], 1999 ; D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, *op. cit.*, pp. 250 et s. ; G. DUMONT, « Théorie de la procédure », *op. cit.*, pp. 7-8 ; G. TIMSIT, « L'invention de la légitimité procédurale », *in La conscience des droits : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 641 et s. ; L. MALFETTES, *Le renouveau des sources du droit du travail*, *op. cit.*, pp. 672 et s.

[1266] J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Points. Essais, n° 354, Paris, Seuil, 2009 ; G. TIMSIT, « L'invention de la légitimité procédurale », *op. cit.*, pp. 637 et s. ; B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, *op. cit.*, pp. 32-34 ; D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, *op. cit.*, pp. 243 et s.

[1267] En ce sens, cf. B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, *op. cit.*, p. 72.

[1268] *Ibid.*

les donner[1269]. Ce principe de discussion est complété par un « principe d'universalisation (principe U) » en vertu duquel « une proposition est convaincante, et donc acceptable, si chacun peut en accepter les effets prévisibles, directs et indirects, comme conformes à la satisfaction des besoins de tous et de chacun »[1270]. Ce principe repose en conséquence sur la capacité des participants à la discussion à se mettre à la place des autres pour comprendre leur point de vue. Jürgen Habermas a cependant conscience qu'il s'agit là d'une situation idéale. Il n'a pas vocation à décrire la réalité, mais à proposer un modèle. La discussion a donc une place cardinale dans la théorie procédurale habermassienne : c'est la délibération, la discussion qui fait que le résultat est légitime[1271].

391. **La justice procédurale de John Rawls**. De la même manière, John Rawls cherche à donner une réponse procédurale à la question du juste[1272]. Pour le philosophe anglais, il existerait plusieurs types de justice procédurale : la justice procédurale parfaite, la justice procédurale imparfaite et la justice procédurale pure.

Dans les situations de justice procédurale parfaite existent à la fois un critère de justice indépendant et une procédure considérée comme juste parce qu'elle permet à coup sûr de parvenir au résultat juste souhaité. L'auteur illustre son concept à travers l'exemple du partage d'un gâteau. « Un certain nombre de personnes doivent partager un gâteau : en supposant que c'est le partage égal qui est équitable, quelle procédure, s'il y en a une, donnera ce résultat ? En laissant de côté l'aspect technique, la solution évidente consiste à faire partager ce gâteau par celui qui se sert en dernier, les autres étant autorisés à se servir avant lui. Il coupera le gâteau en parts égales, car ainsi il s'assure pour lui-même la plus grosse part possible »[1273]. L'auteur ajoute : « Il est assez clair que la justice procédurale parfaite est rare, pour ne pas dire impossible »[1274].

[1269] *Ibid.*, p. 73.

[1270] *Ibid.*

[1271] En ce sens, cf. G. TIMSIT, « L'invention de la légitimité procédurale », *op. cit.*, p. 641 ; G. DUMONT, « Théorie de la procédure », *op. cit.*, p. 8.

[1272] G. TIMSIT, « L'invention de la légitimité procédurale », *op. cit.*, pp. 637-638.

[1273] J. RAWLS, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 117. L'auteur admet que l'exemple repose sur plusieurs présupposés, tels que la capacité de la personne désignée à bien découper le gâteau, sa volonté de se réserver la plus grosse part possible, etc.

[1274] *Ibid.*

Dans les situations de justice procédurale imparfaite, il n'existe aucune procédure permettant de parvenir à coup sûr au résultat juste. Par exemple, la procédure pénale ne permet pas de s'assurer que le coupable est systématiquement condamné et qu'aucun innocent ne le sera[1275]. Enfin, la justice procédurale pure désigne les cas dans lesquels il n'existe aucun critère pour déterminer *a priori* ce qui est juste. C'est « une procédure correcte ou équitable qui détermine si un résultat est également correct ou équitable, quel que soit le contenu, pourvu que la procédure ait été correctement appliquée »[1276]. Le philosophe illustre ce type de procédure par les jeux de hasard : « Si des personnes s'engagent dans une série de paris équitables, la répartition de l'argent après le dernier pari est elle-même équitable ou du moins pas injuste, quelle qu'elle soit »[1277]. « C'est ce dernier type de procédure qui doit, selon Rawls, fonctionner dans les sociétés libérales pluralistes », précise Gérard Timsit[1278]. Et de poursuivre : « Dans de telles sociétés en effet, il est impossible de faire appel à des critères indépendants pour l'action publique du type bien-être, progrès, cohésion sociale ou respect de la tradition culturelle ou religieuse »[1279]. Dès lors, la pertinence d'une norme n'est plus fondée sur la validité rationnelle du contenu mais sur la possibilité de définir ce contenu à travers une procédure. La théorie et ses prolongements « permet de poser de manière […] abrupte, l'équation simple, trop simple (même si en beaucoup de circonstances, la corrélation qu'elle établit est heureusement parfaitement exacte) : légalité de la procédure = légalité de la décision »[1280].

392. **L'apport de ces théories : le lien entre procédure et légitimité**[1281]. Si ces théories contemporaines divergent sur de nombreux points, elles se rejoignent en ce qu'elles considèrent que « la légitimation n'est pas une qualité, mais un processus, qui lui-même découle de la mise

---

[1275] *Ibid.*

[1276] *Ibid.*, p. 118.

[1277] *Ibid.*

[1278] G. TIMSIT, « L'invention de la légitimité procédurale », *op. cit.*, p. 638.

[1279] *Ibid.*

[1280] *Ibid.*

[1281] Selon, le *Vocabulaire juridique Cornu*, la légitimité désigne la « conformité d'une institution à une norme supérieure, juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et politiquement l'autorité de cette institution » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, Paris, PUF, 2024, p. 611). Sur cette notion, cf. égal. A. SUPIOT, « Le progrès des lumières dans l'entreprise (à propos d'une floraison d'experts) », *in Les transformations du droit du travail - Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, pp. 478 et s.

en ordre de procédures juridiques »[1282]. « La procédure est donc l'instrument privilégié, voire exclusif, de la légitimation — quel que soit l'objet de cette dernière »[1283]. Les réflexions de ces auteurs ont également en commun d'être toutes situées au niveau du droit d'un point de vue général. Elles ont surtout vocation à ériger des modèles de création de la norme étatique ou de la décision de justice, mais n'ont pas été pensées, en tout cas à notre connaissance, dans le cadre plus général de création des normes, telles que la création de normes d'origine privée comme celles édictées par l'employeur. Néanmoins, elles offrent une clé de lecture permettant de mieux saisir la transparence, et notamment ses sanctions.

§2. L'ambiguïté des sanctions de la transparence

393. **L'absence de sanction juridique de l'exposition au regard**. L'exigence de transparence peut tout d'abord ne pas faire l'objet d'une sanction juridique et, le cas échant, être sanctionnée sur un terrain extra-juridique. Il en est surtout ainsi lorsque l'exigence est posée par un instrument de droit souple[1284] ou lorsque l'exigence de transparence est extra-juridique[1285]. Ces manifestations de la transparence échappent cependant largement à notre champ de recherche. La transparence nous intéresse en ce qu'elle apparaît dans le discours juridique.

394. **Manque de maturité de l'exigence de transparence**. Ce défaut de sanction juridique prévue peut parfois s'analyser comme un défaut de maturité de l'exigence de transparence[1286]. Les sanctions évoluent ainsi à mesure que l'exigence de transparence se diffuse dans la société et dans la culture juridique[1287]. Uniquement sanctionnée sur un terrain « extra-juridique », l'exigence de transparence peut ensuite se voir consacrée par le droit et juridiquement

---

[1282] G. DUMONT, « Théorie de la procédure », *op. cit.*, p. 5 (à propos des théories de J. HABERMAS et de N. LUHMANN, mais le propos paraît généralisable).

[1283] *Ibid.*

[1284] Par exemple lorsque la transparence est exigée par un référentiel issu de la pratique professionnelle (tel que la norme ISO 26000).

[1285] Par exemple lorsque la transparence est une exigence sociale.

[1286] En ce sens, cf. A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, *op. cit.*, pp. 407-408.

[1287] En ce sens, cf. par ex. : A.-M. HO DINH, « Deux modèles de garantie normative. L'exemple de la déontologie des députés », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La garantie normative*, Paris, Mare et Martin, 2021, p. 611 (à propos de la déclaration de patrimoine et d'intérêts).

sanctionnée. D'ailleurs, la législation a évolué au gré des scandales, notamment dans le domaine politique, conduisant à un durcissement de certaines pratiques[1288].

395. **L'importance variable de la transparence pour la légitimité de l'action**. D'autres fois, une sanction juridique est prévue – sanction que les théories philosophiques permettent d'éclairer. Ces théories soulignent en effet qu'en tant qu'instrument de régulation procédurale, la transparence – et plus spécifiquement, l'exposition au regard – constitue l'un des facteurs de légitimité du résultat attendu, de l'action finale. Ces théories nous apprennent également que l'on peut accorder à ce facteur de légitimité une importance variable : il peut être un facteur de légitimité déterminant voire unique (par exemple dans le cadre de la justice procédurale pure[1289]) comme il peut être un facteur secondaire par rapport au bien-fondé de l'action.

396. **Un panel de sanctions juridiques**[1290]. On l'a dit, l'exposition au regard est la traduction juridique du concept de transparence. Il s'agit donc, en général, d'une norme juridiquement sanctionnée. La nature de la sanction varie toutefois en fonction de l'importance reconnue à la procédure de transparence dans le processus global de l'action. Plus la transparence est envisagée comme un facteur important de légitimité, plus la sanction sera forte, pouvant aller jusqu'à remettre l'action en cause. Sous cet angle, la question de la sanction de la transparence rencontre ainsi les mêmes difficultés que la sanction des règles de procédure. *A priori*, la légitimité d'une action dépend de deux facteurs principaux : son processus (c'est-à-dire la procédure suivie) et son résultat (c'est-à-dire son bien-fondé, sa justification). Quel degré d'importance est accordé à chacun de ces deux facteurs de légitimité ? L'exposition au regard ne tend-t-elle que vers le bien-fondé d'une action ou constitue-t-elle un facteur de légitimité à part entière ? Plus concrètement, l'action doit-elle être remise en cause du simple fait qu'elle soit opaque, quand bien même elle serait justifiée ? Inversement, l'action peut-elle être remise en cause y compris lorsque l'exigence de transparence a été respectée ? La réponse varie selon les cas : tantôt le manquement à l'exposition au regard est sanctionné en tant que tel (A), tantôt la sanction porte sur le comportement attendu (B).

[1288] V. par ex. *Ibid.*

[1289] Cf. *supra* § 391.

[1290] Précisons toutefois que la pluralité des sanctions ne signifie pas nécessairement que celles-ci sont exclusives les unes des autres.

A. La sanction du manquement à l'exposition au regard d'autrui

397. **La sanction d'une étape procédurale**. Selon l'importance accordée à la procédure (ici à l'exposition au regard) dans la légitimité du comportement attendu de la personne exposée, l'exposition au regard peut être sanctionnée sans (1) ou avec (2) remise en cause du résultat. En toute hypothèse, la sanction ne devrait pas dépendre de l'incidence concrète de l'exposition au regard sur l'observateur ou sur l'observé (3).

1. Les sanctions sans remise en cause du résultat

398. **La sanction indépendamment du résultat**. La transparence constituant avant tout, à notre sens, une exigence de nature procédurale, il paraît logique que l'exposition au regard – qui concrétise cette exigence procédurale – soit sanctionnée en cas de manquement. La sanction peut cependant être plus ou moins forte selon l'importance qu'on accorde à la procédure (ici l'exposition au regard) dans la légitimité du résultat attendu.

Dans certains cas, il n'est pas jugé opportun de remettre l'action en cause, soit que la transparence ne soit pas considérée comme une étape essentielle de l'action, soit que la remise en cause de l'action présenterait plus d'inconvénients que d'avantages ou serait matériellement impossible, soit que l'action paraît constituer un « bon comportement ». Sont alors prévues des sanctions qui n'ont pas d'incidence directe sur l'action, telles qu'une sanction pénale ou encore une amende administrative. Le manquement à l'exigence de transparence, c'est-à-dire à l'obligation de s'exposer au regard, est bien sanctionné en lui-même mais il ne remet pas en cause la validité de l'action. Dans le domaine de la concurrence par exemple, et plus précisément en droit de la transparence tarifaire, le législateur a choisi de sanctionner le manquement à la transparence (c'est-à-dire le défaut de communication des CGV, d'établissement d'une convention unique ou l'absence de facture) par des amendes administratives[1291]. En instaurant cette sanction, l'objectif recherché par le législateur était « d'accroître le caractère dissuasif en renforçant l'effectivité d'application des

[1291] C. com., art. L. 441-1 IV (relatif aux CGV ; amende dont le montant ne peut excéder 15 000 € pour une personne physique et 75 000 € pour une personne morale. La sanction est cependant maniée avec prudence. En ce sens : M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 621) ; art. L. 441-6 (relatif à la convention unique ; amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale, voire davantage en cas de réitération) et art. L. 441-9 II (relatif à la facture ; amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale, voire davantage en cas de réitération).

sanctions (…) »[1292]. Dans ce cadre, le législateur a en effet jugé que les sanctions civiles, impliquant la « saisine des juridictions judiciaires et l'initiation d'une procédure civile qui peut s'avérer longue et complexe[,] ne sont pas justifiées pour des pratiques telles que le défaut de communication des CGV »[1293]. La violation de ces règles n'emporte d'ailleurs pas de conséquences sur le plan civil[1294] : la convention unique, qui récapitule l'ensemble des obligations auxquelles se sont engagées les parties, ne constitue pas le contrat. L'obligation d'établir le document par écrit, comprenant un certain nombre de mentions obligatoires, n'est pas exigée *ad vadilitatem*. De la même manière, la créance reste exigible en l'absence de facture[1295]. Autrement dit, le manquement à l'exigence d'exposition au regard (ici la communication des CGV, l'établissement par écrit d'une convention unique et la remise d'une facture) est donc sanctionné par une sanction qui se veut dissuasive, tandis que l'action (ici la conclusion et l'exécution du contrat) n'est pas remise en cause.

399. **Des sanctions recherchant l'efficacité de l'exigence d'exposition au regard**. La transparence peut également faire l'objet d'une exécution forcée. La CNIL, par exemple, peut enjoindre sous astreinte à un acteur de transmettre une information au bénéficiaire[1296].

La publicité – qui confine parfois à la transparence – peut aussi constituer une sanction. Ainsi, la violation d'une prescription légale peut être portée à la connaissance du public pour inciter l'acteur à rectifier sa conduite et à le dissuader, lui comme les autres acteurs, d'adopter ce comportement. En quelque sorte, la transparence, notamment sous la forme du « *Name and Shame* »[1297], devient ainsi la sanction des manquements à la transparence. La CNIL peut par

---

[1292] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

[1293] *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées*, avril 2019, disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038409923.

[1294] Les conséquences du défaut de communication des informations précontractuelles ne sont toutefois pas précisées par le code de commerce. Des auteurs estiment dès lors que les sanctions de droit commun, telles que la nullité pour vice du consentement, s'appliquent. En ce sens, Cf. : M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 621.

[1295] *Ibid.*, p. 634.

[1296] Art. 20 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (pour la CNIL).

[1297] N. CUZACQ, « Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 08/2017, n° 02, p. 473.

exemple rendre publiques les mesures qu'elle prend et ordonner leur insertion dans des publications, journaux et supports qu'elle désigne[1298].

2. Les sanctions avec une remise en cause systématique du résultat

400. **La transparence considérée comme un facteur de légitimité important**. Dans d'autres cas, la transparence est considérée comme un facteur de légitimité au moins aussi important – si ce n'est plus – que celui tenant au bien-fondé de l'action. Le manquement à l'exigence de transparence emporte alors nécessairement la remise en cause de l'action. Cette remise en cause peut être rétroactive, par exemple lorsqu'est annulée la décision dont la procédure est viciée. L'absence de motivation de la décision administrative défavorable peut ainsi être sanctionnée par sa nullité[1299].

La remise en cause de l'action peut également valoir pour l'avenir, par exemple lorsque le manquement à la transparence est sanctionné par une déchéance de prérogatives. L'absence de transparence financière d'un syndicat l'empêche ainsi d'exercer toute prérogative dans l'entreprise[1300]. Dans ce cadre, le bien-fondé de l'action est même négligé par le législateur et la jurisprudence. La transparence financière a en effet pour objectifs de s'assurer de l'indépendance du syndicat, notamment vis-à-vis de l'employeur ou des partis politiques, ainsi que de dissuader les responsables syndicaux de détourner des fonds. Pourtant, le manquement à l'exigence de transparence financière conduit à la déchéance des prérogatives syndicales sans qu'il soit possible pour le syndicat d'invoquer une indépendance et une gestion financière irréprochable. Réciproquement, si l'indépendance emporte la déchéance des prérogatives syndicales en vertu de dispositions expresses, ce n'est pas le cas de la gestion financière. L'hypothèse est sans doute un cas d'école, mais il en résulte qu'un syndicat qui présenterait, en toute transparence, des comptes faisant état d'un détournement de fonds ou plus largement d'une mauvaise gestion financière, n'encourt théoriquement pas la sanction de la déchéance des prérogatives syndicales. En tout état de cause, la sanction de ces manquements reposera sur d'autres fondements tels que l'abus de confiance.

[1298] Art. 22 de la loi « informatique et libertés » précitée.

[1299] Cons. État, 7 mai 1993, n° 107221, *Min. Agriculture c. SARL Cevlot*. V. également : Cons. État, 19 décembre 1990, *Kromwell*, préc.

[1300] Cass. soc., 22 février 2017, n° 16-60.123.

401. **Les risques de ce type de sanction**. Ce type de sanction montre incontestablement que la transparence est prise au sérieux. Elle constitue un facteur de légitimité de l'action à part entière et sa sanction présente un fort degré de dissuasion. En revanche, deux principaux risques peuvent selon nous être identifiés.

Premièrement, la remise en cause systématique de l'action en cas de manquement à la transparence peut être instrumentalisée. Dans la majorité des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation, l'absence de transparence financière est ainsi invoquée par un chef d'entreprise, et non par un autre syndicat ou par des salariés, pour empêcher un syndicat d'exercer ses prérogatives dans l'entreprise[1301]. Or, si le chef d'entreprise a un intérêt direct à contester le respect de la transparence financière en ce qu'elle conditionne un grand nombre de prérogatives syndicales, il n'a aucun intérêt direct à ce qu'un syndicat soit financièrement transparent, ni à ce qu'il soit indépendant ou gère correctement les fonds syndicaux. Sans doute faut-il admettre que la large ouverture du recours en contestation de la transparence financière est un moyen d'obliger les syndicats à satisfaire cette exigence et de contrer l'inertie des syndicats et des salariés moins enclins à saisir le juge pour faire constater l'absence de transparence financière d'une organisation[1302].

Deuxièmement, la remise en cause systématique de l'action en cas de manquement à la transparence risque d'engendrer une confusion entre la procédure et le fond, en particulier lorsque le bien-fondé de l'action n'est pas expressément sanctionné. En lien avec une certaine conception de la justice procédurale[1303], il est en effet possible de considérer que le respect

---

[1301] Pour des exemples dans lesquels l'employeur conteste l'exercice d'une prérogative syndicale sur le fondement de la transparence : Cass. soc. 22 février 2017, n° 16-60.123, *Sté Luxe et traditions c. Syndicat CFTC des employés de propreté et gardiens d'immeubles et concierges d'Ile de France* ; Cass. soc., 8 mars 2017, n° 16-13.033 et 16-13.034, *syndicat des salariés de la plaine de Nay* ; Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-18.420, *Eiffage* ; Cass. soc. 17 octobre 2018, n° 17-19.732, *Aquanet services, Cofrem et Afranett* ; Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 18-60.030, *Val d'Europe Airports* ; Cass. soc., 30 janvier 2019, n° 17-19.238, *Sodipar* ; Cass. soc., 13 juin 2019, n° 18-24.817, 18-24.814 et 18-24.815 (identiques) et n° 18-24.819, *RS-RATP* ; Cass. soc. 29 janvier 2020, n° 19-40.034, *Transdev, USAP & H. Ferhat* ; Cass. soc., 2 décembre 2020, n° 19-14.470, *STAAAP c. Sté Turk Yallori Turkish Airlines* ; Cass. soc., 2 décembre 2020, n° 19-16.574, *Sté Groupe M Service c. UNSA Transports* ; Cass. soc., 10 février 2021, n° 19-18.040, *RS-RATP* ; Cass. soc., 23 juin 2021, n° 20-10.544, *Syndicat UNSA Transport ; Cass. soc. 19 janvier 2022, n° 20-21.451 et n° 20-20.456 à 20-20.462, GIE Klesia ADP c. syndicat solidaires CRCPM et M. B.* ; Cass. soc., 2 février 2022, n° 21-60.046, *Sté Maîtrise dissuasion sécurité privée c. USAP* ; Cass. soc., 6 avril 2022, n° 20-20.423, *GIE Klesia ADP c. syndicat solidaires CRCPM*.

Pour des exemples dans lesquels l'exercice d'une prérogative syndicale est contesté par un syndicat ou des salariés sur le fondement de la transparence : Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-29.984 ; Cass. soc., 27 septembre 2017, n° 16-60.264, *syndicat national des employés de la prévention et de la sécurité-CFTC c. syndicat UNSA Lancry Protection Sécurité* ; Cass. soc., 16 décembre 2020, n° 19-20.069, *FNCR*.

[1302] Ce risque d'instrumentalisation ne semble cependant pas propre à la transparence. Il en est ainsi de tous les cas dans lesquels les recours sont largement ouverts, par exemple en cas de nullité absolue.

[1303] Cf. *supra* §§ 389 et s.

d'une certaine procédure détermine le bien-fondé d'une action. En d'autres termes, l'action serait bien fondée ou juste dès lors que la procédure est respectée ; inversement, elle serait injustifiée dès lors que la procédure est irrégulière. Dans cette conception, le bien-fondé n'est pas déterminé indépendamment de la procédure mais déterminé grâce à la procédure. Or, si cette conception peut éventuellement se concevoir, non sans danger, lorsque la procédure consiste à organiser une discussion, elle constitue une dérive lorsque la procédure se limite à la transparence. Tout ce qui est caché n'est pas nécessairement mauvais – le secret et le silence ont aussi une vertu morale – et tout ce qui est transparent n'est pas forcément irréprochable. La transparence doit rester un facteur de légitimité parmi d'autres, un instrument au service du bien-commun et ne doit pas devenir une fin en soi[1304], l'unique facteur de légitimité de l'action.

3. Les sanctions avec une remise en cause en fonction de l'incidence concrète de l'exposition au regard

402. **La subordination de la sanction à l'incidence concrète sur l'observateur**. Par la transparence, on cherche à encadrer le comportement de l'acteur en vue de satisfaire le bien commun, même lorsque celui-ci consiste à protéger les personnes[1305]. Le point de vue du bénéficiaire est donc délaissé avec la transparence. Il paraîtrait donc étrange de ne sanctionner la transparence que lorsque celle-ci a eu une incidence sur le bénéficiaire de l'information. La sanction indemnitaire, par exemple, qui dépend de l'existence d'un préjudice subi par le bénéficiaire de l'information, est certes une sanction susceptible de recevoir application dans le cadre d'un manquement à la transparence. Cependant, s'il s'agit de la seule sanction, cela sous-entend que la fonction principale de l'exposition au regard est la fonction informative, et donc qu'il s'agit d'information plus que de transparence. Cette caractéristique de la sanction du manquement à la transparence constitue en effet une différence notable avec la sanction de la « simple » information. Celle-ci peut n'être sanctionnée que lorsque son absence ou inexactitude a eu une incidence sur la situation du bénéficiaire. Par exemple, la rétention d'information ne constitue une réticence dolosive que lorsqu'elle a été déterminante pour le consentement du co-contractant[1306]. L'annulation du contrat pour dol nécessite ainsi de

---

[1304] En ce sens, V. par ex. M. MEKKI, « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *op. cit.*, p. 152 ; V. égal. E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, *op. cit.*, pp. 188 et s.

[1305] Cf. *supra* § 337.

[1306] C. civ., art. 1137 al. 2.

rapporter la preuve qu'en étant correctement informée, l'autre partie n'aurait pas contracté, ou du moins pas en ces termes[1307].

403. **La subordination de la sanction à l'incidence concrète sur la personne observée**. Sous couvert de pragmatisme, il pourrait en revanche être envisagé de ne sanctionner le manquement à la transparence que lorsque celle-ci aurait pu avoir une incidence sur l'acteur, c'est-à-dire seulement lorsqu'il est établi que celui-ci aurait agi différemment s'il s'était exposé aux yeux d'autrui. Ainsi, le droit administratif ne sanctionne l'irrégularité de procédure par la nullité de l'acte que lorsque cette irrégularité est susceptible d'exercer en l'espèce une influence sur le sens de la décision (ou d'avoir privé l'intéressé d'une garantie)[1308].

Pourtant, la sanction ne devrait pas dépendre de l'incidence concrète de la transparence. Celle-ci étant instituée dans l'objectif d'influencer la décision ou l'activité de l'acteur sans pour autant en dicter la substance, cette sanction paraît *a priori* illogique. Ce serait sous-entendre que, dans les autres cas, la transparence exigée est inutile : c'est avouer que dans un certain nombre de cas, elle ne joue pas son rôle régulateur. On pourrait objecter que, parfois, le comportement exposé n'a pas besoin d'être modifié : si l'acteur s'apprêtait à « bien agir », il importe peu qu'il ait agi sous le regard d'autrui ou qu'il ait agi dans l'ombre. L'objectif du « bon comportement » paraît atteint. Cependant, ce « bon comportement » ne se réduit pas toujours à un comportement légal. Le manquement à l'exigence d'exposition au regard d'autrui prive l'action finale d'un facteur de légitimité. Selon l'importance que l'on accorde à ce facteur, on peut estimer que le simple respect de la légalité ne suffit pas. Par exemple, une gouvernance d'entreprise respectant le droit en vigueur mais opaque peut, de ce seul fait, être considérée comme une « mauvaise gouvernance » ou en tout cas comme une « moins bonne gouvernance » qu'une gouvernance transparente.

B. La remise en cause de l'action, du comportement attendu

404. **Une absence naturelle de sanction juridique**. On l'a dit, la transparence constitue un instrument de régulation procédurale. L'exigence de transparence vise ainsi à réguler le comportement de la personne exposée au regard vers un comportement idéal, plutôt indéterminé

[1307] Cass. civ. 1ère, 13 février 1967, Bull. civ. I, n° 58.

[1308] Cons. État, 23 décembre 2011, n° 335033 et n° 335477 (2 arrêts), *Danthony*, arrêt préc.

(qui est le résultat attendu), par son exposition au regard (qui est le moyen d'atteindre ce résultat). La transparence est donc un pari : en imposant une exposition au regard, on suppose que la personne exposée adoptera un « bon comportement ». Cette notion de régulation procédurale implique deux conséquences.

405. **Une absence naturelle de sanction juridique**. D'une part, la notion de régulation n'est que peu compatible avec l'édiction d'une sanction juridique[1309]. Il nous semble dès lors que prévoir une sanction juridique spécifique traduit une certaine dénaturation de la transparence. Puisque le comportement attendu de la personne soumise à l'exigence de transparence correspond généralement à une norme extra-juridique ou, à tout le moins, au contenu indéterminé, il n'existe en effet *a priori* pas de sanction juridique prévue. Prévoir une sanction juridique spécifique contribue ainsi à juridiciser le comportement attendu, ou en tout cas à le rapprocher d'une norme juridique. Autrement dit, le comportement attendu peut alors résulter davantage de cette norme juridique (qui prévoit une sanction spécifique) que de la seule exposition au regard. L'exposition au regard – et son effet régulateur – constitue alors des compléments à la norme juridiquement sanctionnée : l'effet régulateur de l'exposition au regard se présente alors non plus une norme autonome, mais comme un renforcement de la norme juridique.

Toutefois, l'absence de sanction juridique prévue ne signifie pas nécessairement que la transparence est inefficace. Elle possède une force symbolique importante, qui contribue à son efficacité. L'absence de sanction juridique est en outre parfois compensée par des sanctions non juridiques, telles que le « risque réputationnel »[1310].

406. **L'absence de sanction du comportement, témoin de la foi en l'efficacité de la transparence**. D'autre part, la notion de régulation implique également une certaine incertitude sur l'atteinte ou non du résultat attendu. En tant qu'étape procédurale, l'exposition au regard *incite* à bien agir mais ne l'*impose* pas.

Le discours juridique sur la transparence traduit parfois une certaine foi, presque aveugle, en la capacité de l'exposition au regard à orienter favorablement les comportements[1311]. En filigrane

---

[1309] Cf. *supra* § 331.

[1310] J. SARAGAGLIA, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, *op. cit.*, pp. 311 et s.

[1311] Certains auteurs soulignent que la transparence est parfois perçue comme un remède miracle, une solution idoine, presque magique, d'où sa qualification de mythe. Cf. *supra* § 28.

se profile l'idée que tout ce qui se passe sous le regard d'autrui ne peut être mauvais, que la lumière assainit les comportements, les rend meilleurs. Or, l'exposition d'un comportement au regard ne conduit pas toujours à la modification de ce comportement. La motivation d'une décision administrative (c'est-à-dire l'expression écrite des motifs de l'acte), par exemple, ne conduit pas toujours l'administration à renoncer à l'édiction d'une décision administrative mal-fondée. Et *a fortiori*, l'exposition au regard n'empêche pas les « mauvais » comportements de prospérer. Ainsi, en droit de la concurrence, l'interdiction des discriminations au stade des « marges avant » (et notamment du prix d'achat des produits d'un fournisseur), a déplacé l'opacité des négociations commerciales vers les « marges arrière », c'est-à-dire vers la facturation de services lors de la revente de produits par le distributeur[1312].

À dire vrai, il n'est pas aisé de mesurer avec précision la part d'illusion et la part de réalité dans le mécanisme de transparence. Il est difficile d'évaluer dans quelle mesure le comportement d'une personne se modifie en raison de son exposition au regard. D'un point de vue purement juridique, il est possible de respecter la norme d'exposition au regard (pour laquelle une sanction prévue par le Droit est régulièrement prévue), sans pour autant se conformer au comportement attendu (qui, rappelons-le, n'est pas toujours, ou pas uniquement, de nature juridique). Par exemple, un ministre pourra se soumettre à l'exigence de transparence en déclarant son patrimoine et ses intérêts auprès de la HATVP, mais ne pas se comporter avec probité. Selon le manquement en question, ce ministre pourra, le cas échéant, encourir des sanctions juridiques (par exemple une sanction pénale en cas de corruption passive[1313]). Ces sanctions ne sont toutefois pas spécifiquement prévues ; elles découlent plutôt d'une mobilisation de normes juridiques plus générales.

407. **La sanction du comportement**. Le comportement attendu peut aussi être sanctionné indépendamment du respect ou non de l'exposition au regard. Le résultat de l'action compte alors davantage que son processus. Ce faisant, la transparence tend à glisser d'une véritable procédure vers un simple mode de contrôle du bien-fondé de l'action.

408. **Le risque de confusion avec la formalité**. Sanctionner le comportement indépendamment de l'exigence de transparence peut en outre parfois suggérer que la procédure n'est pas prise au

[1312] Sur cette question, cf. *supra* § 312.

[1313] C. pén., art. 432-11.

sérieux, voire que l'exposition est moins conçue comme une étape procédurale que comme une simple formalité. Il en est ainsi en matière de motivation du licenciement[1314]. Certes, une absence de motivation ou une motivation imprécise malgré les précisions de l'employeur sera sanctionnée par une remise en cause du bien-fondé du licenciement[1315], ce qui laisse penser que la motivation est l'un des facteurs essentiels de la légitimité du licenciement. Cependant, l'imprécision de la motivation dans la lettre de licenciement est, lorsque le salarié ne prend pas l'initiative de demander des précisions, uniquement sanctionnée par une indemnité de « procédure »[1316] correspondant à un mois de salaire. L'absence ou l'insuffisance de motivation du licenciement est par ailleurs sanctionnée par une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dont le montant est encadré par le « barème Macron »[1317], dont le caractère peu dissuasif a été critiqué par la doctrine[1318].

409. **Conclusion de la section**. Un détour par la philosophie a permis d'offrir une certaine clé de lecture de l'ambiguïté des sanctions de la transparence. Puisque l'exposition au regard est censée *réguler* les comportements – et non les réglementer – il apparaît logique qu'aucune sanction juridique ne soit prévue lorsque le comportement s'écarte de ce qui était attendu. Cependant, lorsque la procédure (c'est-à-dire l'exposition au regard d'autrui) ne constitue qu'un facteur de légitimité parmi d'autres – et notamment parmi le bien-fondé, la justification intrinsèque du comportement –, la sanction du comportement déviant indépendamment du manquement à l'exposition au regard d'autrui apparaît cette fois logique.

Quant au manquement à l'exposition au regard, il peut être plus ou moins fortement sanctionné selon qu'elle est perçue comme un facteur de légitimité plus ou moins important. En tout état de cause, ce manquement ne devrait toutefois pas dépendre de l'incidence qu'il a pu avoir ni sur celui qui reçoit l'information, ni sur celui qui s'expose.

[1314] Cf. *supra* §§ 220 et s.

[1315] Plus exactement, celui-ci sera considéré comme étant sans cause réelle et sérieuse.

[1316] Dans ce cas de figure, il s'agit moins de procédure que d'une formalité.

[1317] C. trav., art. L. 1235-3.

[1318] V. par ex. : J. MOULY, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux », *Dr. soc.*, 09/2017, p. 745 : « La sécurité juridique [que la réforme des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse] devrait introduire est, en effet, une sécurité à sens unique, en l'occurrence au bénéfice exclusif de l'employeur. En revanche, la réforme précarisera un peu plus l'emploi des salariés en réduisant l'effet dissuasif de ces indemnités sur l'exercice du droit de licenciement par l'employeur ».

410. **Conclusion du chapitre**. La transparence se caractérise ainsi par sa fonction régulatrice. Son concept représente l'idée selon laquelle l'exposition au regard d'autrui permet d'orienter les comportements. Il s'analyse comme un pont entre deux formes de normativité[1319] : une norme, plutôt juridique, imposant l'exposition d'une personne au regard d'autrui, censée inciter la personne exposée à tendre vers le respect d'une norme, plutôt extra-juridique, au contenu largement indéterminé. Ce faisant, l'exposition au regard d'autrui peut utilement être rapprochée des notions de procédure et de régulation. Cependant, pour permettre à la transparence d'être qualifiée d'instrument de régulation procédurale, il a fallu au préalable clarifier ces notions controversées. Appartenant avant tout à la théorie du Droit, la régulation désigne un mode de direction des conduites qui se distingue de la réglementation (voire du Droit) par son caractère « non autoritaire ». La procédure s'entend quant à elle d'une étape, ou une somme d'étapes, ayant vocation à influencer, sans le dicter, le contenu d'une action. Elle constitue ce faisant un facteur de légitimité de celle-ci.

Ces notions précisées, la transparence pouvait être qualifiée d'instrument de régulation procédurale. En effet, en s'exposant au regard d'autrui, l'acteur anticipe, théoriquement, la réaction de l'observateur et modifie en conséquence son comportement. Dès lors, l'exposition au regard d'autrui s'analyse comme une règle de procédure en ce qu'elle vise à orienter le comportement de la personne exposée. Elle représente une « façon de faire » (agir aux yeux d'autrui) censée conduire à un « bon » comportement, voire à la détermination du contenu de ce « bon » comportement. Cette qualification, qui repose sur une interprétation des fonctions de l'exposition au regard davantage que sur un véritable régime spécifique, suggère toutefois que la transparence se présente comme un concept juridique – relevant de la théorie du Droit – plus que comme une véritable catégorie juridique. Cette qualification permet toutefois de mieux comprendre les sanctions de la transparence.

411. **Conclusion du titre**. Nous cherchions ici à identifier l'élément essentiel caractérisant la transparence en droit. Au sein des diverses manifestations de l'exigence de transparence, nous avons décerné une même idée selon laquelle *l'exposition au regard d'autrui orienterait, le plus souvent positivement, le comportement de la personne exposée.* La transparence est ainsi conçue comme un moyen d'orienter le comportement, principalement celui du locuteur, en l'exposant à la vue d'autrui. L'information, qui matérialise toujours l'exigence de transparence sur le plan

[1319] De manière similaire, cf. A.-M. HO DINH, « Deux modèles de garantie normative. L'exemple de la déontologie des députés », *op. cit.*, p. 617.

juridique, n'est alors plus un objectif en elle-même, mais un moyen de réguler les comportements.

La quasi-totalité des manifestations de la transparence peut être perçue sous la fonction régulatrice. Celles qui ne le peuvent pas et qui ont uniquement une fonction informative (ce que l'on a appelé la « connaissance introspective de soi »[1320] par exemple) n'ont que peu de réelles traductions en droit positif (par exemple le droit à la connaissance de ses origines). Il conviendrait alors de ne plus utiliser le terme de transparence pour les désigner, en préférant les termes d'information ou de droit à l'information.

Nous avons alors entrepris de systématiser cette idée directrice au sein d'une théorie générale de la transparence. Son mécanisme repose sur une régulation, c'est-à-dire une direction non autoritaire des conduites, par l'exposition au regard. Dès lors, cette exposition au regard peut s'analyser comme une procédure, c'est-à-dire non plus comme un résultat, mais comme une étape menant à un résultat au contenu plutôt indéterminé (un « bon comportement »).

Si la qualification de la transparence d'instrument de régulation procédurale ne présente pas une rigueur suffisante permettant d'accéder au rang de catégorie juridique, permet-elle cependant d'éclairer l'utilisation du terme de transparence dans le discours juridique ? Nous allons le vérifier en confrontant notre concept au droit du travail.

[1320] Cf. *supra* § 62.

TITRE 2. LA FONCTION RÉGULATRICE AU SEIN DU DROIT DU TRAVAIL

412. **Nos nouvelles découvertes confrontées au droit du travail**. La fonction régulatrice s'est révélée essentielle dans la qualification de la transparence. Celle-ci se caractérise en effet, selon nous, par une exposition au regard d'autrui assurant deux fonctions dont l'une – la fonction régulatrice – prime sur l'autre – la fonction informative. Sous le prisme de sa fonction régulatrice, la transparence est perçue comme un instrument, comme un moyen d'orienter le comportement de celui qui s'expose au regard d'autrui. Sous le prisme de sa fonction informative, la transparence est en revanche perçue comme un résultat à part entière, comme un droit de savoir se manifestant sur la scène juridique par un droit subjectif à l'information ou par un devoir d'informer. Si ces deux fonctions font partie intégrante du concept, il nous semble que le terme de transparence n'apparaît dans le discours juridique que lorsque la fonction régulatrice supplante la fonction informative. Le concept de transparence se caractérise donc par la primauté de la fonction régulatrice sur la fonction informative. À l'instar du cheminement que nous avons suivi pour la fonction informative, il nous faut désormais vérifier ces découvertes en les confrontant au droit du travail.

413. **Les hypothèses découlant du faible ancrage de la transparence en droit du travail**. Dans ce domaine, nous avons constaté que, bien qu'il n'y soit pas totalement absent, le terme de transparence n'est pas véritablement consacré. Autrement dit, la transparence est utilisée dans un sens courant, le plus souvent par la doctrine, sans qu'il ne lui soit attaché un sens spécifique ; la seule exception notable étant la transparence financière imposée aux organisations syndicales et patronales. La transparence est loin de représenter un thème incontournable en droit du travail, à l'inverse du droit public ou du droit de la concurrence par exemple. Ce constat nous permet de formuler plusieurs hypothèses.

414. **L'hypothèse de la faible utilisation de la régulation**. Le faible ancrage de la transparence pourrait d'abord s'expliquer par une faible utilisation de la technique juridique de régulation, notamment par comparaison avec la technique de la règlementation. La thèse de Loïc Malfettes

permet cependant d'exclure cette piste : le droit du travail constitue un espace propice à la technique de régulation[1321]. Nos futurs développements permettront également de le corrober[1322].

415. **L'existence d'expositions au regard à la fonction régulatrice**. Il ne suffit toutefois pas que le droit du travail soit ouvert à la technique de régulation. Rappelons en effet que le concept de transparence se définit, selon nous, comme une régulation *par l'exposition au regard d'autrui*. Il faut donc se demander s'il existe, dans le discours travailliste interne, des exigences d'exposition au regard d'autrui visant principalement à réguler les comportements. Or, « faible ancrage de la transparence » ne signifie pas absence totale. Ces exigences paraissent donc *a priori* exister, mais en petite quantité, puisque le terme de transparence n'est pas totalement absent du discours travailliste. Il faut en conséquence s'attacher à le vérifier (Chapitre 1).

416. **Une fonction plutôt absente**. Inversement, si le droit du travail n'est pas hostile à la technique de la régulation, pourquoi la transparence n'y est-elle pas davantage implantée ? Là encore, il faut insister sur l'intégralité de la définition du concept de transparence : il s'agit d'une *régulation par l'exposition au regard d'autrui*. Si la transparence est donc peu implantée en droit du travail, c'est peut-être qu'il existe des espaces, assez conséquents, soustraits à la régulation par l'exposition au regard ; autrement dit, que la fonction régulatrice de cette exposition est souvent effacée (Chapitre 2).

[1321] L. MALFETTES, *Le renouveau des sources du droit du travail*, *op. cit.*, pp. 658 et s.

[1322] Cf. *infra* §§ 515 et s.

CHAPITRE 1. UNE FONCTION RÉGULATRICE PARFOIS PRÉSENTE

417. **Les présupposés du raisonnement**. Pour vérifier notre concept, nous raisonnons à partir de deux présupposés. Le premier est que la transparence est faiblement ancrée dans le discours travailliste national. Le second est la proposition que nous souhaitons vérifier : la fonction régulatrice est la fonction essentielle de la transparence. Ces deux présupposés nous ont amenée à formuler l'hypothèse selon laquelle il existe, au sein du droit du travail, des expositions au regard ayant pour objet d'orienter le comportement de la personne exposée.

Rappelons qu'à l'échelle du droit tout entier, la transparence est surtout utilisée d'une part pour dénoncer les risques d'une trop grande surveillance des individus par le pouvoir et d'autre part pour moraliser ou améliorer l'efficacité du pouvoir qu'il soit de nature démocratique (au sens large)[1323] ou économique. En est-il de même en droit du travail ? Cette technique de régulation des comportements par l'exposition au regard y est-elle également utilisée, et si oui, dans quelle mesure ?

418. **La quasi-absence de transparence dans une perspective économique**. On peut déjà souligner qu'en droit du travail, la transparence n'est pas très utilisée dans une perspective économique. Il faut rappeler, en premier lieu, que la fonction voire la finalité économique du droit du travail a longtemps été négligée[1324]. En second lieu, la phase précontractuelle tient, on l'a vu[1325], une place centrale dans la régulation du comportement des acteurs économiques. Or, en droit du travail, l'acte de volonté étant celui par lequel le salarié se soumet à l'autorité de l'employeur est appréhendé avec beaucoup de précaution. Georges Scelle voyait même dans le contrat de travail un « acte-condition »[1326] permettant l'entrée du salarié dans un statut, tandis

---

[1323] On peut y englober la démocratie politique bien sûr, mais aussi la démocratie administrative par exemple.

[1324] V. cependant, F. COLLIN *et al.*, *Le Droit capitaliste du travail*, Collection Critique du droit, n° 5, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1980 ; v. également T. SACHS, *La raison économique en droit du travail - Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Bibliothèque de droit social, n° 58, Paris, L.G.D.J., 2013.

[1325] Cf. *supra* §§ 310 et s.

[1326] Selon P. ADAM, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail (Brefs propos embarrassés) », *in La volonté du salarié [actes du colloque du 1er décembre 2011à la Faculté de droit de Nancy]*, Paris, Dalloz, 2012, p. 38.

que Georges Ripert s'interrogeait sur sa qualification de contrat d'adhésion[1327]. Cette suspicion à l'égard de la volonté du salarié a conduit à négliger, dans une certaine mesure, la phase précontractuelle de la conclusion du contrat de travail. Ces considérations n'ont pas créé un cadre propice à la transparence dans la phase précontractuelle. Il faudra ainsi attendre la transposition de la directive UE 2023/970 du 10 mai 2023 pour voir si le droit du travail français va ou non se résoudre à imposer au recruteur d'indiquer une fourchette de rémunération pour un poste donné, permettant ainsi au candidat de comparer les entreprises avant de s'engager dans un contrat de travail[1328].

Aujourd'hui plus assumée, la finalité économique, et en particulier le développement de l'emploi, est encouragée, non par l'émergence de la transparence, mais plutôt par un mouvement d'affaiblissement des droits des salariés. Cette technique s'inscrit dans une philosophie d'opposition entre droit *du* travail et droit *au* travail, suggérant qu'une trop forte protection des salariés dissuaderait les employeurs d'embaucher davantage. L'encadrement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse (le « barème Macron »)[1329] ou le projet d'abaissement des seuils d'effectifs à partir desquels certaines obligations sont mises à la charge de l'employeur[1330] en sont l'illustration. Ainsi, bien que la transparence en tant qu'instrument de régulation économique ne soit pas totalement absente en droit du travail (par exemple dans le cadre du droit du travail européen et du marché commun), sa place est, de ce point de vue, assez restreinte.

419. **La transparence dans une perspective démocratique et éthique**. Au-delà de sa dimension économique, la transparence est utilisée, bien qu'avec parcimonie, en droit du travail. L'utilisation du terme reste assez timide, du moins en ce qui concerne l'encadrement de l'activité patronale, entendue largement, comme la direction et la gestion du personnel et de l'entreprise (Section 1). L'usage du terme est en revanche plus assuré en ce qui concerne l'encadrement de l'activité syndicale (Section 2). On constate toutefois que, dans les deux cas,

---

[1327] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, pp. 271 et s.

[1328] Dir. UE 2023/970 du 10 mai 2023. La directive n'est pas encore transposée en droit français.

[1329] C. trav., art. L. 1235-3 al. 2.

[1330] L. MARGUERITTE *et al.*, *Rendre des heures aux français - 14 mesures pour simplifier la vie des entreprises*, En ligne, 15 février 2024, p. 17.

la fonction régulatrice de l'exposition au regard est bien soulignée dans le discours travailliste, même si bien sûr, elle n'apparaît pas en ces termes[1331].

SECTION 1. UNE FONCTION RÉGULATRICE SOULIGNÉE EN MATIÈRE D'ENCADREMENT DE L'ACTIVITÉ PATRONALE

420. **Une utilisation du terme de transparence relativement fréquente**. Le terme de transparence est plus fréquent qu'il n'y paraît dans le discours doctrinal travailliste. Il apparaît également régulièrement dans le discours européen en matière sociale. Le terme n'est cependant pas véritablement consacré en droit du travail. Il semblerait que, pour ces sujets, la fonction régulatrice de l'exposition au regard soit soulignée – expliquant ainsi l'utilisation du terme de transparence – sans que l'on puisse affirmer avec certitude sa primauté sur la fonction informative – expliquant alors le caractère variable de l'usage du terme et son absence de consécration. La fonction régulatrice de l'exposition au regard fait ainsi l'objet d'une certaine considération dans le discours travailliste, même si cette considération reste en demi-teinte. Il en est ainsi par exemple de l'information en matière de recrutement, d'évaluation et de surveillance (§1), tout comme en matière d'égalité professionnelle (§2). Bien que ces questions aient pu être traitées par ailleurs, il nous semble, qu'en ces matières, le terme de transparence apparaissait plus fréquemment que lorsqu'il est question de la motivation du licenciement par exemple.

§1. La transparence, instrument d'encadrement du recrutement, de l'évaluation et de la surveillance du salarié

421. **L'utilisation variable du terme de transparence en matière de recrutement, d'évaluation et de surveillance**. Dans le discours travailliste, le terme de transparence apparaît, sans y être véritablement consacré, en matière de recrutement, d'évaluation et de surveillance des salariés par l'employeur ou le recruteur. En effet, alors que le législateur et le juge évitent d'employer le terme, celui-ci est assez fréquent en doctrine[1332]. Dans ce cadre, la transparence se présente comme un remède contre les pratiques abusives en matière de recrutement et de surveillance.

[1331] Rappelons que la fonction régulatrice a nécessité une identification et une systématisation dans le droit général.

[1332] V. par ex. : Y. CHAUVY, « De l'utilisation, au regard du principe de bonne foi, des moyens modernes de captation d'image et de parole comme preuve du comportement professionnel », *Rec. D.*, 02/1992, n° 07, p. 73 ;

422. **Les risques soulevés par les techniques de recrutement et de surveillance**. Au début des années 1990, Gérard Lyon-Caen avait en effet édifié le constat accablant des pratiques de recrutement et de surveillance[1333]. Les techniques de recrutement des salariés utilisées en France (notamment la graphologie ou les tests de personnalité), présentaient une fiabilité et une efficacité scientifique douteuses. L'auteur reprochait également le caractère souvent discret voire clandestin des techniques utilisées. La surveillance avait quant à elle changé de visage avec l'utilisation grandissante des nouvelles technologies, pouvant devenir massive et permanente et rendant le salarié « entièrement transparent »[1334]. Aujourd'hui, si certaines pratiques telles que la graphologie semblent avoir reculées, la diffusion des algorithmes et de l'intelligence artificielle pose de nouveaux problèmes[1335]. Leur capacité d'apprentissage autonome fait craindre que le processus de recrutement ou d'évaluation ne devienne irrationnel car inexplicable[1336] et donc opaque. Techniques d'autant plus redoutables qu'elles ont l'apparence d'objectivité : la décision résultant de l'algorithme est prise par une machine, que l'on imagine parfois dénuée de préjugés, à partir de données[1337].

423. **La transparence comme remède**. Face à ces risques, plusieurs remèdes ont été employés. D'une part, des remèdes « de fond » tels que les principes de pertinence et de proportionnalité. Le code du travail dispose ainsi notamment que « Les méthodes et techniques d'aide au

---

G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, *op. cit.* ; A. MOLE, « Au-delà de la loi informatique et libertés », *op. cit.* ; J.-E. RAY, « Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992. "Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles" », *op. cit.* ; J.-E. RAY, « Comité d'entreprise, transparence et dissuasion », *op. cit.* ; G. ADAM, « Critique d'une étude critique de Jean-Emmanuel Ray », *op. cit.* ; A. ROBINET et E. WALLE, « L'encadrement des méthodes d'évaluation professionnelle des candidats ou salariés », *Gaz. Pal.*, 07/2011, n° 204, p. 17 ; J.-E. RAY, « De la géo-localisation à la télé-localisation », *Dr. soc.*, 01/2012, p. 61 ; Y. PAGNERRE, « Contrôle par un service interne de l'activité du salarié », *JCP E*, 12/2014, n° 51-52, p. 1663 ; P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, Précis Domat. Droit privé, Paris, LGDJ, 2021, p. 115 ; E. DOCKÈS, G. AUZERO et D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 216 (éd. 2024) ; Notons que l'administration emploie également le terme de transparence. Cf. Circulaire D.R.T. n° 93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles.

[1333] G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, *op. cit.*, pp. 91 et s. ; pp. 142 et s.

[1334] *Ibid.*, p. 148.

[1335] B. BOSSU, « Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence », *in Intelligence artificielle, gestion du personnel et droit du travail : les travaux de l'AFDT*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 115-129 ; B. GÉNIAUT, « Quel type de régulation pour l'intelligence artificielle, ou comment justifier l'irrationnel ? », *op. cit.*

[1336] B. GÉNIAUT, « Quel type de régulation pour l'intelligence artificielle, ou comment justifier l'irrationnel ? », *op. cit.*

[1337] Sur l'apparence d'objectivité, cf. not. P. ADAM, « Intelligence artificielle, dignité et droit du travail », *in Intelligence artificielle, gestion du personnel et droit du travail : les travaux de l'AFDT*, Paris, Dalloz, 2020, p. 100. L'algorithme résulte toutefois d'une programmation humaine et n'est pas dénué de tout biais.

recrutement ou d'évaluation des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie »[1338]. Un droit à l'intervention humaine dans les décisions individuelles automatisées a également été consacré[1339]. D'autre part, un remède « procédural » : le principe de transparence[1340]. Celui-ci est décliné en de nombreuses dispositions. Le candidat à un emploi doit ainsi être « expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard »[1341]. Le comité social et économique doit également être informé et consulté sur ces techniques de recrutement, d'évaluation et de surveillance[1342]. En outre, « Aucune information concernant personnellement un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance »[1343]. La jurisprudence condamne, elle aussi, les procédés de surveillance clandestins. La chambre sociale de la Cour de cassation considère par exemple que « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite »[1344], même si elle y apporte quelques tempéraments[1345].

[1338] C. trav., art. L. 1221-8 al. 3. On peut également rapprocher cette disposition de l'article L. 1121-1 du même code (« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ») et de l'article L. 1321-3 2° (« Le règlement intérieur ne peut contenir : (…) 2° Des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »).

[1339] RGPD, art. 22.

[1340] P. PRÉPIN, *Le lien de subordination à l'épreuve du numérique*, Guyancourt, Paris-Saclay, 14 novembre 2023, p. 210.

[1341] C. trav., art. L. 1221-8 al 1.

[1342] C. trav., art. L. 2312-38.

[1343] C. trav., art. L. 1221-9.

[1344] Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, *Néocel*. La jurisprudence de la Cour de cassation est assez conséquente sur cette question.

[1345] Seuls certains dispositifs de surveillance, qui – selon la Cour de cassation – semblent ne pouvoir être ignorés des salariés, constituent un mode de preuve licite même en l'absence d'information préalable du salarié. Il s'agit par exemple de la surveillance du salarié par un service interne de l'entreprise (Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-18.427), de la production d'un SMS (Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209), de la production du relevé téléphonique adressé à l'employeur pour le règlement des communications (Cass. soc., 11 mars 1998, n° 96-40.147), etc.

La Haute juridiction accepte par ailleurs qu'un dispositif de surveillance (telle que la vidéosurveillance) puisse être utilisée à l'encontre d'un salarié, même en l'absence d'information préalable de celui-ci ou du CSE, dès lors que ce dispositif n'avait pas pour objet de contrôler l'activité des salariés (Cass. soc., 31 janvier 2001, n° 98-44.290 : « l'employeur est libre de mettre en place des procédés de surveillance des entrepôts ou autres locaux de rangement dans lesquels les salariés ne travaillent pas ». Il peut alors produire cet enregistrement pour établir la preuve de la participation d'un salarié à des faits de vol).

424. **Les fonctions de la transparence**. Dans le sillage du droit des données personnelles, duquel les dispositions relatives au recrutement, à l'évaluation et à la surveillance sont largement inspirées, ce principe de transparence remplit plusieurs fonctions.

L'information portant sur les techniques mises en œuvre permet à la personne observée (le candidat à l'emploi ou le salarié) d'adapter son comportement afin de se montrer à l'employeur sous un jour favorable. On imagine ainsi aisément qu'un candidat à l'emploi averti de l'utilisation de la graphologie apportera une attention particulière à l'écriture de sa lettre de motivation ou qu'un candidat conscient d'un examen d'une page internet le concernant (par exemple son « profil LinkedIn ») s'attachera à le présenter avec soin. L'information sur les techniques permet également à la personne concernée mais aussi au comité social et économique de contrôler voire de discuter de la pertinence et la proportionnalité du dispositif vis-à-vis du but recherché (le recrutement, l'évaluation ou la surveillance). De ce point de vue, l'exposition des techniques de recrutement au regard du candidat exerce une fonction informative en ce qu'elle permet à ce dernier d'adapter son comportement.

L'exposition au regard vise également à réguler l'utilisation des techniques de recrutement, d'évaluation et de surveillance. L'idée est qu'en obligeant les recruteurs et les employeurs à exposer leurs techniques aux yeux des candidats, des salariés et des représentants du personnel, les premiers renonceront à user de techniques à l'efficacité scientifique douteuse ou manifestement attentatoire à la vie privée ou disproportionnée. N'est-ce pas cette idée qu'exprime, non sans humour, Jean-Emmanuel Ray lorsqu'il écrit : « quel chef d'entreprise osera avouer à ses délégués que les Scorpions et autres Gémeaux sont systématiquement écartés des procédures, ou que la numérologie lui interdit d'embaucher Mme Y ou M. X ? La peur du ridicule peut en effet se révéler plus dissuasive qu'une amende ou une astreinte, à l'époque médiatique où nous vivons »[1346] ? C'est ici la fonction régulatrice de l'exposition au regard qui est soulignée, expliquant ainsi l'utilisation fréquente du terme de transparence en ce domaine.

425. **Les évolutions du droit à la preuve en matière civile**. La Cour de cassation a cependant atténué la portée de l'irrecevabilité de la preuve déloyale. Désormais, une preuve illicite car obtenue clandestinement est recevable dès lors que sa production est indispensable à l'exercice du droit à la preuve et que l'atteinte aux droits du salarié est strictement proportionnée au but

[1346] J.-E. RAY, « Comité d'entreprise, transparence et dissuasion », *op. cit.*

poursuivi[1347]. Cette jurisprudence pourrait-elle inciter les employeurs à taire ses techniques de surveillance dans l'espoir de détecter davantage de comportements « déviants » de la part des salariés et surtout de se prévaloir de cette technique comme preuve du comportement ? Ce raisonnement devrait toutefois être freiné par la technique de mise en balance des intérêts opérée par la Cour européenne des Droits l'Homme[1348]. Les juges doivent ainsi prendre en compte les motifs ayant poussé l'employeur à recourir à un système de surveillance clandestin[1349]. En l'absence de motif réel, sérieux et légitime de recourir à un stratagème (tel que des soupçons de vol commis par des employés – soupçons résultants de pertes financières s'étalant sur plusieurs mois[1350]), la preuve obtenue grâce à ce stratagème sera écartée des débats.

426. **Conclusion sur la transparence dans le cadre du recrutement, de l'évaluation et de la surveillance**. Comme en matière de données personnelles, la *transparence de l'observateur* (le recruteur ou l'employeur) se présente ainsi comme une limite, certes toute relative, à la *transparence de l'observé* (le candidat ou le salarié). Le fait que la doctrine travailliste souligne la fonction régulatrice de l'exposition au regard du recruteur ou de l'employeur à des fins de régulation des méthodes de recrutements, d'évaluation et de surveillance explique ainsi l'utilisation du terme de transparence en ce domaine.

§2. La transparence, instrument d'une décision patronale plus égalitaire

427. **La transparence en faveur de l'égalité professionnelle**. Le terme de transparence apparaît également en matière d'égalité professionnelle. Les rapports entre transparence et égalité (et la non-discrimination) dépassent le champ des relations de travail. Dans un article proposant une réflexion sur l'émergence du droit de la non-discrimination en tant que « nouvelle discipline du

---

[1347] Cass. soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, *AFP* ; Cass. ass. plén., 22 décembre 2023, n° 20-20.648 : « il y a lieu de considérer désormais que, dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarter des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi ».

[1348] CEDH, 17 octobre 2019, n° 1874/13, *Lopez Ribalda et autres c. Espagne* ; B. DABOSVILLE, « Obs. sous CEDH, 17 octobre 2019, n° 1874/13, Lopez Ribalda et autres c. Espagne (Vidéosurveillance cachée sur les lieux de travail : l'aveuglement de la Cour européenne des droits de l'homme) », *RDT*, 02/2020, n° 02, p. 122.

[1349] *Ibid*.

[1350] Comme dans l'affaire *Lopez Ribalda* (aff. CEDH préc.).

droit privé »[1351], Marie Mercat-Bruns estimait d'ailleurs que « Le premier intérêt suscité par la reconnaissance d'une discipline, le droit de la non-discrimination, réside dans sa logique intrinsèque qui se fonde sur une incitation à la transparence des mécanismes de décision et de fondement des règles, pour vérifier la cohérence des justifications de certaines catégories élaborées par la loi, par des personnes en situation de pouvoir ou par les partenaires sociaux »[1352].

428. **Transparence et égalité en droit du travail**. Il n'est dès lors pas étonnant que, parmi les différentes occurrences du terme de transparence dans le discours travailliste, le thème de la non-discrimination et de l'égalité[1353] revienne fréquemment. Plus précisément encore, la question de l'égalité en matière de rémunération entre les femmes et les hommes apparaît centrale. La transparence est donc évoquée dans les discours relatifs à l'index « égalité professionnelle » (A), très axé sur les écarts de rémunération, tout comme dans ceux relatifs à la directive sur la « transparence salariale » (B).

A. L'index « égalité professionnelle »

429. **La philosophie de l'index « égalité professionnelle »**. Le terme de transparence apparaît ainsi régulièrement dans le discours relatif à l'index « égalité professionnelle »[1354], sans y être véritablement consacré[1355]. Cet index, institué par la loi du 5 septembre 2018 dite loi « pour la

---

[1351] M. MERCAT-BRUNS, « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *Rec. D.*, 02/2017, n° 5, p. 224.

[1352] *Ibid.* Relevons par ailleurs que selon l'auteure, « Le deuxième intérêt est de constater que le droit de la non-discrimination s'inscrit dans un mouvement international de procéduralisation du droit » (*ibid*.).

[1353] Par ex. : F. FAVENNEC-HÉRY, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *Dr. soc.*, 01/2007, n° 1, pp. 3-7 (« l'heure est à la transparence ») ; F. MAURY, « La transparence pour l'égalité des droits des salariés dans l'entreprise », *Droit et Patrimoine*, 12/2023, n° 341 ; A. GARDIN, « Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *Répertoire de droit du travail*, En ligne, Dalloz, janvier 2024 (un paragraphe est consacré à « La transparence et l'information »).

[1354] F. CHAMPEAUX et S. BINET, « Un premier pas vers l'égalité », *SSL*, 12/2018, n° 1839 ; G. SANTORO, « La loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel : de nouvelles exigences pour l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », *Revue de droit du travail*, 2019, n° 3, p. 190 ; C. TERRENOIRE, « L'index de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *JCP S*, 03/2020, n° 10, p. 1059 ; « Écarts de rémunération femmes-hommes : vers plus de transparence », *JCP S*, 03/2021, n° 11, p. 122 ; S. PIERRE-BROSSOLETTE *et al.*, *Salaires : 5 ans après l'Index, toujours pas d'égalité (Des propositions pour améliorer l'outil)*, En ligne, Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, 7 mars 2024, disponible sur https://haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce-egapro-salaires_5_ans_apres_l_index-v5-bdef.pdf (Consulté le 14 août 2024).

[1355] Le terme n'apparaît par exemple pas dans les dispositions légales et règlementaires relatives à l'index.

liberté de choisir son avenir professionnel »[1356], a pour objectif « de mettre fin aux écarts de salaires injustifiés entre les femmes et les hommes, c'est-à-dire qui ne peuvent être expliqués par des variables non discriminatoires, relatives par exemple à la quotité de travail, au niveau de diplôme ou à l'expérience professionnelle »[1357]. Selon l'étude d'impact, une nouvelle loi s'imposait en raison de la persistance d'écarts de rémunération entre les sexes, et ce en dépit d'un cadre normatif fourni et contraignant déjà existant[1358]. Le principe « à travail égal, salaire égal » (entre les femmes et les hommes) par exemple est énoncé à l'article L. 3221-2 du code du travail, étendu par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation (notamment dans l'arrêt « Ponsolle » du 29 octobre 1996[1359]) et consacré au niveau européen[1360] et international[1361]. L'objectif de la loi n'était donc pas tant d'ajouter une nouvelle règle de fond, que de renforcer l'effectivité des normes existantes. Pour ce faire, le législateur a choisi d'imposer aux entreprises d'au moins 50 salariés la publication d'un index, c'est-à-dire d'indicateurs chiffrés relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes[1362]. Ces indicateurs permettent d'attribuer à l'entreprise une note pouvant atteindre 100 points. Le niveau de résultat de chaque indicateur ainsi que le résultat global doivent être publiés sur le site internet de l'entreprise « de manière visible et lisible »[1363]. En fonction de la note obtenue, l'entreprise peut en outre être soumise à des obligations supplémentaires – telles que la publication des mesures de correction prévues[1364] – voire à des sanctions si elle ne se met pas en conformité dans un délai de trois ans[1365].

[1356] Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

[1357] Étude d'impact relative à la loi du 5 septembre 2018 préc., p. 438.

[1358] Étude d'impact préc., pp. 434-437. Pour un aperçu du cadre normatif relatif à l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes, cf. égal. G. SANTORO, « La loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel : de nouvelles exigences pour l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », *op. cit.* ; S. PIERRE-BROSSOLETTE *et al.*, *Salaires : 5 ans après l'Index, toujours pas d'égalité*, *op. cit.*

[1359] Cass. soc., 29 octobre 1996, n° 92-43.680.

[1360] Not. : TFUE, art. 157 ; CDFUE, art. 23 ; directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

[1361] Not. OIT, convention n° 100 du 29 juin 1951 sur l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale.

[1362] C. trav., art. L. 1142-8 et s. ; D. 1142-2 et s.

[1363] C. trav., art. D. 1142-4. À défaut de site internet, ces données sont portées à la connaissance des salariés par tout moyen (même article).

[1364] C. trav., art. L. 1142-9 et s. ; D. 1142-6 et s.

[1365] C. trav., art. L. 1142-10. L'entreprise risque une pénalité financière si sa note se maintient en dessous de 75 points (D. 1142-8).

430. **La double logique de l'index**. Cet index traduit donc une double logique. D'une part, la publication d'indicateurs vise à orienter le comportement des entreprises dans le sens d'une réduction des écarts de rémunération en exposant ces écarts aux yeux du public et des salariés. L'entreprise obtenant de mauvais résultats risque en effet de pâtir d'une dégradation de son image pouvant l'inciter à réduire ces écarts. Cette logique est donc celle d'une régulation par l'exposition au regard, c'est-à-dire d'une logique de transparence. Notons par ailleurs qu'il existait déjà des outils pour permettre à l'entreprise de prendre conscience des écarts de rémunération[1366]. Cependant, ces outils « n'étaient pas pensés comme des leviers pour inciter au passage à l'action »[1367]. Dès lors, le caractère public de l'exposition semble apparaître comme un élément déterminant pour l'incitation à agir.

D'autre part, la loi vise à sanctionner les entreprises dont les résultats en matière d'égalité de rémunération sont jugés insuffisants. Il ne s'agit alors plus de réguler, mais d'imposer. L'étude d'impact est d'ailleurs très éclairante sur ce point : il s'agit de passer d'une obligation de moyens à une obligation de résultat[1368]. De ce point de vue, l'obligation de publier le résultat s'apparente davantage à un système de contrôle relevant d'une logique d'information plus que de transparence.

En d'autres termes, la fonction régulatrice de la publication des résultats des indicateurs paraît, au mieux, mise sur le même plan que la fonction informative, ce qui pourrait expliquer l'utilisation mesurée du terme de transparence. Quoiqu'il en soit, il est fort à parier que le dispositif de l'index « égalité professionnelle » ne perdure très longtemps en l'état. Outre l'efficacité mitigée dont il semble faire preuve[1369], il s'avère difficile à articuler avec la récente directive dite « transparence salariale »[1370].

[1366] S. PIERRE-BROSSOLETTE *et al.*, *Salaires : 5 ans après l'Index, toujours pas d'égalité*, *op. cit.*, pp. 26-27.

[1367] *Ibid.*, p. 27.

[1368] Étude d'impact préc., p. 438.

[1369] S. PIERRE-BROSSOLETTE *et al.*, *Salaires : 5 ans après l'Index, toujours pas d'égalité*, *op. cit.*, pp. 39 et s.

[1370] Sur l'articulation entre l'index et la directive, cf. J.-P. LHERNOULD, « Une nouvelle directive européenne pour renforcer l'application des règles d'égalité de rémunération femmes/hommes », *JCP S*, 06/2023, n° 22, p. 1143 ; N. MOIZARD, « Les logiques de la directive (UE) n° 2023/970 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les sexes », *Dr. soc.*, 11/2023, p. 877 ; S. PIERRE-BROSSOLETTE *et al.*, *Salaires : 5 ans après l'Index, toujours pas d'égalité*, *op. cit.*, p. 80.

B. La directive européenne « transparence salariale »

431. **La transparence salariale dans le cadre de la directive UE n° 2023/970**. Le terme de transparence apparaît également dans le sillon de la directive UE n° 2023/970 du 10 mai 2023 « visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'application du droit »[1371]. Ainsi que l'énoncent le titre de la directive, son préambule et son article premier, la transparence est ici conçue comme un instrument destiné à améliorer l'application du principe d'égalité de rémunération pour un travail de même valeur[1372]. À l'instar de l'index « égalité professionnelle » français, la logique de cette transparence est cependant ambivalente.

La « transparence des rémunérations » fait ainsi l'objet d'un chapitre dans lequel s'insèrent neuf articles dont les intitulés emploient tantôt le terme de transparence[1373], l'expression « droit à l'information »[1374], « l'accessibilité des informations »[1375] ou encore la communication de données »[1376]. Ainsi, la « transparence des rémunérations » semble être perçue comme un objectif (lui-même au service de l'objectif d'égalité entre les femmes et les hommes). Cet objectif doit être atteint grâce à différents dispositifs.

Est ainsi prévue une forme de « transparence externe » à l'entreprise. Le candidat à un emploi doit en effet être informé – notamment dans l'offre d'emploi – de « la rémunération initiale ou la fourchette de rémunération initiale, sur la base de critères objectifs non sexistes, correspondant au poste concerné »[1377] et des « dispositions pertinentes de la convention

---

[1371] N. MOIZARD, « La proposition de directive sur la transparence salariale entre les femmes et les hommes : avancées et incertitudes », *RDT*, 07/2021, n° 7-8, pp. 431-440 ; C. PADYCH, « Vers l'adoption définitive de la directive « transparence salariale » », *Liaisons Sociales Europe*, 01/2023, n° 92, pp. 2-5 ; J.-P. LHERNOULD, « Une nouvelle directive européenne pour renforcer l'application des règles d'égalité de rémunération femmes/hommes », *op. cit.* ; N. MOIZARD, « Les logiques de la directive (UE) n° 2023/970 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les sexes », *op. cit.*

[1372] La directive est donc fondée sur l'article 157 du TFUE énonçant le principe d'égalité de rémunération entre les sexes pour un travail de même valeur. Un auteur remarque toutefois que la directive vise l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes au-delà du seul cadre du « travail de même valeur ». En ce sens, cf. N. MOIZARD, « Les logiques de la directive (UE) n° 2023/970 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les sexes », *op. cit.*

[1373] Dir. UE 2023/970, art. 5 et 6.

[1374] Dir. préc., art. 7.

[1375] Dir. préc., art. 8.

[1376] Dir. préc., art. 9.

[1377] Dir. préc., art. 5 al. 1. a). Cet article 5 est intitulé « Transparence des rémunérations avant l'embauche ».

collective appliquées par l'employeur en rapport avec le poste »[1378]. Les entreprises doivent aussi transmettre des données relatives aux écarts de rémunération à un organisme spécifique (ou l'État s'il décide de s'en charger)[1379]. Cet organisme procédera à la publication des écarts de rémunération, « d'une manière facilement accessible et conviviale, permettant une comparaison entre les employeurs, les secteurs et les régions »[1380]. À travers cette transparence externe se profile ainsi la sanction réputationnelle : l'image de l'entreprise et son attractivité peuvent se trouver affectées, positivement ou négativement, par cette transparence relative aux écarts de rémunération[1381].

La transparence des rémunérations est également interne puisque les employeurs doivent mettre à disposition de leurs salariés, « d'une manière facilement accessible, les critères [objectifs et non sexistes] qui sont utilisés pour déterminer la rémunération, les niveaux de rémunération et la progression de la rémunération des travailleurs »[1382].

Plus globalement, l'ensemble de ces dispositifs est censé faciliter la détection et la preuve des inégalités. Dans un versant plutôt individuel, il s'agit de permettre aux personnes victimes d'une discrimination de pouvoir obtenir réparation de leur préjudice[1383]. Un salarié peut ainsi demander, soit directement à l'employeur, soit par l'intermédiaire de ses représentants ou d'un organisme déterminé, « des informations sur leur niveau de rémunération individuel et sur les niveaux de rémunération moyens, ventilées par sexe, pour les catégories de travailleurs accomplissant le même travail qu'eux ou un travail de même valeur que le leur »[1384]. Dans un versant plutôt collectif, il s'agit de révéler les partis pris, les inégalités non justifiées et d'y remédier[1385]. Ils visent à « encourager un changement d'attitude à l'égard de la rémunération

---

[1378] Dir. préc., art. 5 al. 1. b).

[1379] Dir. préc., art. 9.

[1380] Dir. préc., art. 29 al. 3 c). Seul l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes par catégories de travailleurs, ventilé par salaire ou traitement ordinaire de base et par composantes variables ou complémentaires n'est pas publié.

[1381] En ce sens, cf. N. MOIZARD, « Les logiques de la directive (UE) n° 2023/970 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les sexes », *op. cit.* En science de gestion ou dans les médias, la transparence salariale semble là aussi surtout conçue comme un outil de performance de l'entreprise, comme un moyen pour celle-ci d'attirer des « talents » et d'améliorer la motivation ou l'implication des salariés dans l'entreprise (V. par ex. : B. JACQUOT et T. LESTAVEL, « Guillaume Robin : « La transparence des salaires, c'est possible » », *Le Figaro*, 17 juin 2019, p. 28 ; J. THOMAS, « La transparence des salaires est un atout-clé pour recruter, mais reste délicate à manier », *Le Monde*, 29 juin 2023, p. 17).

[1382] Dir. préc., art. 6 al. 1. Cet article 6 est intitulé « Transparence de la fixation des rémunérations et de la politique de progression de la rémunération ».

[1383] Dir. préc., art. 16.

[1384] Dir. préc., art. 7 (intitulé « Droit à l'information »).

[1385] Dir. préc., préambule cons. n° 11.

des femmes en sensibilisant aux causes des différences structurelles en la matière entre les hommes et les femmes »[1386], voire à « déclencher une révision des politiques d'égalité entre les femmes et les hommes […] au niveau de l'entreprise »[1387]. Dans certaines situations, ce changement d'attitude est cependant imposé[1388].

Comme le droit français avec l'index « égalité professionnelle », le droit européen semble, avec cette directive, articuler plusieurs logiques. Il s'agit d'imposer des expositions au regard ayant tout à la fois une fonction informative et une fonction régulatrice, sans que l'on puisse d'ailleurs bien identifier laquelle des deux prime sur l'autre. L'avenir nous dira si, lors de la transposition de la directive en droit français[1389], ces deux logiques se retrouveront également enchevêtrées et si le terme de transparence résistera à la transposition.

432. **Conclusion sur la transparence en matière d'égalité**. Fréquent sans être réellement consacré, le terme de transparence apparaît de manière relativement aléatoire dans le domaine de l'égalité professionnelle. Il nous semble que cette situation s'explique par la particularité de ce domaine. Parce que les méthodes incitatives et coercitives, jusqu'ici employées, visant à réduire les écarts de rémunération non justifiées ne se sont pas révélées suffisamment efficaces et eu égard à l'importance accordée en France et en Europe à l'objectif d'égalité professionnelle, plusieurs logiques ont été combinées pour renforcer l'application des principes déjà consacrés, tel que le principe « à travail égal, salaire égal ». En d'autres termes, peu importe le moyen pourvu que l'on progresse réellement sur la voie de l'égalité professionnelle. À cet égard, l'obligation d'exposition au regard apparaît, sous le prisme de sa fonction informative, comme un droit à l'information pour le salarié ou le candidat à l'emploi lui permettant de faire valoir son droit à l'égalité. Mais elle apparaît également comme un instrument de régulation des comportements visant à inciter les entreprises à réfléchir à leur processus de recrutement et à leur politique de rémunération et, si besoin, à expliquer écarts de rémunération ou à corriger ceux qui ne pourraient être objectivement justifiés. Cette ambivalence de l'exposition au regard, sans qu'aucune de ses fonctions informative ou régulatrice ne prenne le pas sur l'autre, paraît ainsi expliquer cette utilisation quelque peu aléatoire du terme de transparence.

[1386] J.-P. LHERNOULD, « Une nouvelle directive européenne pour renforcer l'application des règles d'égalité de rémunération femmes/hommes », *op. cit.*

[1387] *Ibid.*

[1388] V. not. Dir. préc., art. 17.

[1389] Les États membres ont jusqu'au 7 juin 2026 pour transposer la directive (Dir. préc., art. 34 al. 1).

433. **Conclusion sur la transparence comme instrument d'encadrement de l'activité patronale**. Utilisé de façon fréquente mais non systématique, le terme de transparence apparaît ainsi en matière de contrôle de l'activité patronale. La transparence s'y présente comme un moyen d'encadrer l'activité patronale en l'exposant au regard d'autrui, à savoir les salariés, leurs représentants ou plus généralement le public. L'utilisation du terme de transparence est plus assurée en matière d'encadrement de l'activité syndicale.

SECTION 2. UNE FONCTION RÉGULATRICE RECONNUE EN MATIÈRE D'ENCADREMENT DE L'ACTIVITÉ SYNDICALE

434. **La consécration de la notion au travers de la transparence financière**. Dans le discours travailliste interne, le terme de transparence renvoie en premier lieu à la transparence financière. Utilisée par le législateur[1390] et par les juges[1391], cette notion fait avant tout référence à l'obligation pour les organisations syndicales et patronales de publier leurs comptes. La doctrine emploie également la notion pour désigner certaines obligations[1392] imposées au comité social et économique[1393]. Des travaux parlementaires avaient d'ailleurs souligné que

---

[1390] Par ex. : C. trav., art. L. 2121-1 3°.

[1391] Par ex. : Cass. soc., 22 février 2017, n° 16-60.123, *Sté Luxe et traditions*.

[1392] S. PONCET, « La transparence comptable du comité d'entreprise : mythe ou réalité juridique ? », *JSL*, 10/2009, n° 264, pp. 4-9 ; F. PERROTIN, « A la découverte d'une mission méconnue de l'expert-comptable : accompagner les comités d'entreprise », *LPA*, 09/2013, n° 187, p. 3 ; « Toujours plus de transparence », *SSL*, 02/2014 ; « La démocratie sociale réformée », *SSL*, 03/2014, n° 1622 ; C. GUILLON et E. PIEKUT, « Les acteurs des relations de travail à l'épreuve de la transparence financière », *op. cit.* ; R. VATINET, « Les ressources financières du comité d'entreprise », *Dr. soc.*, 09/2014, pp. 711-720 ; F. MACORIG-VENIER, « L'alerte du commissaire aux comptes dans les comités d'entreprise : la loi a été complétée par des décrets », *RTD Com.*, 2015, p. 360 ; G. SAUVAGE, « Les obligations comptables des CE », *SSL*, 04/2015, n° 1673, pp. 5-6 ; C. DECHRISTÉ, « Comité d'entreprise et transparence financière : les décrets sont parus », *Dalloz Actualité*, 04/2015 ; B. BOSSU, « Le comité d'entreprise : accessibilité, efficacité, transparence... », *JCP S*, 05/2015, n° 19-20, p. 1175 ; A. MARTINON et L. MARQUET DE VASSELOT, « Les comptes du comité d'entreprise », *JCP S*, 05/2015, n° 19-20, p. 1168. M. COHEN et L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, §§ 751 et s. V. égal. : G. LOISEAU, Note sous Cass. soc., 27 mars 2012, n° 11-10.825, *SSL*, 05/2012, n° 1539, pp. 10-13 ; L. MILET, Note sous Cass. soc. 27 mars 2012, n° 11-10.825, *Sté La Fonte ardennaise*, *Dr. ouvr.*, 12/2012, n° 773, pp. 774-785 ; O. LEVANNIER-GOUËL, Note sous Cass. soc., 7 novembre 2018, n° 17-23.157, Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 18-60.030 et Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 17-19.732, *SSL*, 12/2018, n° 1841, pp. 12-14.

[1393] Outre un rapport de gestion (C. trav., art. L. 2315-69), le CSE est soumis à une obligation d'établir des comptes selon les normes comptables (C. trav., art. L. 2315-64 et s. ; D. 2315-33 et s). Il doit également fournir des informations sur les transactions significatives qu'il a effectuées (C. trav., art. L. 2315-66. Ces informations sont mentionnées dans l'annexe pour les grands et moyens CSE et dans le rapport annuel de gestion pour les petits CSE). Les comptes doivent ensuite être approuvés par les membres élus du CSE. Signe d'une véritable défiance envers les membres du CSE, la loi impose à son trésorier ou au commissaire aux comptes d'établir et de présenter chaque année un rapport sur les conventions passées, directement, indirectement ou par personne interposée, entre le comité social et économique et l'un de ses membres (C. trav., art. L. 2315-70).
Certains CSE doivent également faire certifier leurs comptes par un commissaire aux comptes. Celui-ci bénéficie

« La transparence des comptes des comités d'entreprise participe d'un ensemble cohérent de mesures (réformes de la représentativité syndicale et patronale, réforme du financement du dialogue social) tendant à consolider la légitimité des institutions clefs de notre démocratie sociale et de renforcer la transparence de leur fonctionnement »[1394]. Nous concentrerons toutefois nos propos sur la transparence financière imposée aux organisations syndicales, qui est la plus visible dans le discours travailliste interne.

Cette exigence de transparence financière correspond-elle au concept général de transparence tel que nous l'avons défini ? Se comprend-elle comme une exigence d'exposition au regard d'autrui ayant pour fonction principale de réguler le comportement ? Il semblerait que oui : la transparence financière se manifeste par une obligation d'exposition au regard (§1) visant à orienter l'action syndicale (§2).

§1. L'exigence d'exposition des comptes au regard du public

435. **Une exigence au contenu précisé par la jurisprudence**. La notion de transparence financière n'étant pas définie par le législateur, son contenu a pu prêter à discussion. La controverse, qui portait essentiellement sur le lien entre l'exigence de transparence et le respect des obligations comptables imposées par ailleurs par le code du travail, a été alimentée par une jurisprudence évolutive aujourd'hui en voie de stabilisation (A). Désormais, le contenu de la notion de transparence financière paraît correspondre à une exigence d'exposition au regard d'autrui (B) accompagnées d'obligations accessoires (C).

---

d'un droit d'alerte économique lui permettant d'informer le secrétaire et le président du CSE (c'est-à-dire l'employeur) des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation du comité social et économique. Si son alerte reste vaine, il peut en informer le président du tribunal judiciaire (C. trav., art. L. 2315-74). Enfin, pour encourager le comité à mettre en concurrence les fournisseurs et éviter les abus de confiance (V. par ex. Cass. crim., 10 mai 2005, n° 04-84.118), une commission des marchés doit être mise en place dans ces CSE. Cette commission, chargée de proposer au comité les critères de sélection des fournisseurs et des prestataires ainsi qu'une procédure d'achats, établit tous les ans un rapport joint au rapport de gestion financière (C. trav., art. L. 2315-44-1 et s.).

Imposées par la loi, ces obligations sont cependant précisées par le règlement intérieur du CSE qui constitue à cet égard un « outil de transparence » (V. MANIGOT, « Le règlement intérieur du comité social et économique », *JCP S*, 10/2019, n° 41, p. 1290). Celui-ci énonce notamment les modalités d'arrêt des comptes, les prérogatives du trésorier et du secrétaire, le fonctionnement de la commission des marchés.

Tous les membres du CSE, y compris l'employeur (Cass. soc., 19 décembre 1990, n° 88-17.677, Bull. 1990 V n° 692, p. 417), doivent avoir accès à ces archives selon les modalités fixées par le règlement intérieur du CSE (Cass. soc., 17 novembre 2018, *Sté Start People*, n° 17-23.157. Le juge ne peut pas se substituer au règlement intérieur du CSE pour fixer les modalités pratiques d'accès aux archives).

[1394] Étude d'impact du projet de loi du 5 mars 2014, p. 161.

A. Une notion floue due à une souplesse jurisprudentielle

436. **L'origine de l'indétermination**. La notion de transparence financière est apparue à l'occasion de la réforme de la représentativité syndicale. À la suite de la position commune des partenaires sociaux du 9 avril 2008[1395], la loi du 20 août 2008[1396] a en effet introduit la transparence financière dans le code du travail. En l'absence de définition légale, la question s'est rapidement posée de savoir si l'exigence de transparence financière se confondait avec le respect des obligations comptables énoncées par ailleurs aux articles L. 2135-1 et suivants du code du travail qui imposent l'établissement, la publication et parfois la certification des comptes du syndicat. À l'origine, transparence financière et respect des obligations comptables légales[1397] semblaient se confondre. Les partenaires sociaux, sans en donner une véritable définition, estimaient que : « La transparence financière est assurée [pour les organisations syndicales] par des comptes certifiés annuels, établis suivant des modalités [fixées par la loi] »[1398]. Suivant cette position, certains auteurs considéraient que la satisfaction de la condition de transparence financière impliquait nécessairement le respect des obligations comptables édictées par le code[1399]. Autrement dit, la violation de ces obligations comptables devait automatiquement conduire à la défaillance de la condition de transparence financière. *A priori*, le législateur paraissait donc utiliser l'expression de « transparence financière » comme un « raccourci » pour désigner les obligations comptables légales. Si la transparence financière et les obligations comptables légales sont liées dans l'esprit du législateur, ce lien n'apparait pourtant pas dans la lettre du texte. Le législateur n'a en effet pas pris la peine d'établir un « pont » légal entre ces dispositions[1400].

[1395] Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme [En ligne : https://www.vie-publique.fr/discours/170546-declaration-commune-du-medef-de-la-cfdt-la-cgpme-la-cfe-cgc-la-cftc]. P.-H. ANTONMATTÉI, « Les critères de représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *op. cit.* ; B. GAURIAU, « La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale - Libres propos », *op. cit.*

[1396] Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

[1397] L'adjectif légal est ici entendu *lato sensu*, c'est-à-dire tant les dispositions légales (C. trav., art. L. 2135-1 et s.) que règlementaires (C. trav., art. D. 2135-1 et s.).

[1398] Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

[1399] Par ex. : B. GAURIAU, « La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale - Libres propos », *JCP S*, 04/2008, p. 197.

[1400] Nous empruntons le mot « pont » à la rapportrice S.-J. LIEBER (*in* concl. p. 3 sous Cons. Etat, 18 juillet 2018, n° 406516, *Union des professionnels de la beauté*).

En l'absence de « pont » exprès entre ces obligations comptables et la transparence financière, la jurisprudence s'est montrée plus réservée et a exclu l'existence d'un lien automatique entre les deux. La Cour de cassation comme le Conseil d'État permettent en effet aux organisations syndicales et patronales de s'écarter légèrement des prescriptions légales sans risquer systématiquement la défaillance de la condition de transparence financière.

437. **Le point de départ d'une jurisprudence compréhensive**. C'est l'arrêt de la Cour de cassation dit « IGESA » du 29 février 2012 qui opère pour la première fois une certaine distanciation entre transparence financière et respect des obligations comptables légales[1401], marquant le point de départ d'une jurisprudence compréhensive envers les syndicats. Dans cette affaire, la désignation d'un délégué syndical par le syndicat CGT de l'IGESA avait été annulée au motif que le syndicat ne remplissait pas, entre autres, le critère de la transparence financière. Le syndicat avait bien produit un bilan, un compte de résultat, mais n'était pas en capacité de présenter une annexe simplifiée. Considérant qu'il avait violé la législation relative aux obligations comptables, le tribunal d'instance avait jugé que le syndicat ne remplissait pas le critère de transparence financière, pourtant indispensable à la représentativité, elle-même indispensable à la désignation d'un délégué syndical. Les juges du fond avaient donc fait droit à la demande d'annulation de la désignation du délégué syndical.
La Cour de cassation cassa le jugement au visa des articles L. 2121-1, L. 2122-1, L. 2135-1, D. 2135-3 et D. 2135-8 du code du travail, affirmant que « les documents comptables dont la loi impose la confection et la publication ne constituent que des éléments de preuve de la transparence financière d'un syndicat, leur défaut pouvant dès lors être suppléé par d'autres documents ». Elle ajouta que « le défaut de production de l'annexe simplifiée prévue par l'article D. 2135-3 du code du travail ne dispensait pas le juge d'examiner le critère de transparence financière » au vu des autres documents produits. La majorité de la doctrine a vu dans cet arrêt une autonomisation de la transparence financière vis-à-vis des obligations comptables[1402] : le non-respect des obligations comptables n'implique pas nécessairement la défaillance de la transparence financière[1403]. Cette position a été confirmée par la Cour de cassation dans un

---

[1401] Cass. soc., 29 février 2012, *préc.*

[1402] L. PÉCAUT-RIVOLIER, *Dr. soc.*, 05/2012, n° 5, p. 528 ; I. ODOUL-ASOREY, *RDT*, 05/2012, n° 5, p. 299.

[1403] Une autre interprétation de la solution s'entendait pourtant (B. GAURIAU, *JCP S*, 04/2012, n° 15, p. 1168. Dans le même sens : J. SIRO, *D. Actu.* 14 /03/2012). L'article D. 2135-1 du code du travail (applicable en l'espèce) énonce en effet que les comptes annuels des syndicats *peuvent* être établis sous la forme d'un bilan, d'un compte

rapport qui laisse peu de place au doute : « il n'y a pas de lien nécessaire entre l'obligation faite aux organisations syndicales de tenir et de publier certains documents comptables et l'exigence de transparence financière »[1404]. Les obligations comptables ne représentent donc que des éléments de preuve (parmi d'autres) de la transparence financière[1405].

438. **Une distinction entre principes et modalités favorables aux syndicats**. Il semblerait que cette solution jurisprudentielle ait été dictée par la volonté de laisser le temps aux organisations syndicales d'apprivoiser ce critère de représentativité à la fois nouveau et déterminant. Cette conception vise à atténuer la rigueur qu'aurait provoquée une trop grande proximité entre respect de la transparence financière et respect des obligations comptables légales[1406]. Selon la conseillère Laurence Pécaut-Rivolier, « il paraissait inacceptable de subordonner la vérification de la réalité d'un élément aussi important que celui de la transparence financière d'un syndicat, c'est-à-dire l'existence de comptes vérifiables et clairs, à la production de documents dont l'exigence est purement comptable » [1407]. L'échec de la preuve de la transparence financière

---

de résultat et d'une annexe simplifiés. La formulation de l'article introduit donc une souplesse, qui ne se retrouve d'ailleurs pas dans l'article D. 2135-2 du même code applicable aux organisations dont les ressources dépassent 230 000 euros. Sous cet angle, la question ne se posait plus tout à fait dans les mêmes termes. Il ne s'agissait plus de savoir si les obligations comptables devaient être rigoureusement respectées par les syndicats, mais si ces dispositions s'imposaient ou non. Pour Bernard Gauriau, la liste des documents à publier énoncée dans l'article D. 2135-3 du code du travail est simplement « indicative et non limitative » (*Ibid*.). Cependant, il faut selon nous comprendre que l'article laisse deux possibilités aux syndicats : soit présenter un bilan, un compte de résultat et une annexe simplifiés, soit présenter ces mêmes documents « non simplifiés ». L'article ne doit en revanche pas être compris comme laissant la faculté aux syndicats de ne pas présenter ces documents (En ce sens, Cf. Cass. soc., 19 janvier 2022, n° 20-20.456 à 20-20.462, *syndicat solidaires CRCPM et a. c. GIE Klesia ADP* ; Cass. soc., 6 avril 2022, n° 20-20.423, *GIE Klesia ADP.* Cette exigence ne s'applique pas lorsque les ressources du syndicat n'atteignent pas 2 000 euros, en application de l'article D. 2145-4 du code du travail).

[1404] Rapport annuel de la Cour de cassation 2012, La Documentation Française, pp. 423-424. Nous approuvons cependant Y. PAGNERRE (*JCP S*, 11/2018, p. 1372) qui considère qu'il s'agit là d'une lecture douteuse des travaux préparatoires de la loi ayant institué l'exigence de transparence financière. Un rapport parlementaire fait d'ailleurs référence aux obligations comptables lorsqu'il décrit le critère de transparence financière (A. GOURNAC, *Rapport sur le projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, Sénat, 15 juillet 2008, p. 37). Autre exemple, l'exposé des motifs de la loi du 20 août 2008 présente les obligations comptables comme des articles ayant « pour objectif de garantir une meilleure transparence et sécurité juridique du financement des organisations syndicales et des organisations professionnelles ».

[1405] Réduites à un élément de preuve de la transparence financière, les obligations sont reléguées à une question de faits, soumise à l'appréciation des juges du fond.

[1406] Voir par ex. : J.-M. BÉRAUD, note préc., p. 319 : « La défaillance comptable serait donc d'une certaine façon sanctionnée par la perte de la personnalité morale spécifique attribuée aux syndicats représentatifs, sanction particulièrement sévère et exorbitante au regard de celles habituellement encourues par des personnes morales en cas de manquement à leurs obligations comptables ».

[1407] L. PÉCAUT-RIVOLIER, *Dr. soc.* 05/2012 p. 528.

empêche en effet le syndicat non seulement de se prévaloir de la qualité de syndicat représentatif, mais également d'exercer toute prérogative syndicale dans l'entreprise[1408].

Comme le souligne Christophe Radé : « La Cour de cassation n'a pas souhaité associer trop étroitement le respect de la transparence financière, qui constitue la fin recherchée, et celui du respect des obligations comptables légales, qui n'en est qu'un moyen »[1409]. La transparence financière se composerait ainsi d'un noyau dur pour lequel les obligations comptables légales n'en constituent que de simples indices. Autrement dit, la transparence financière est formée des grands principes découlant des obligations comptables légales ; tandis que les modalités d'application concrètes sont quasiment supplétives au regard de l'exigence de transparence : le syndicat peut s'y conformer comme il peut invoquer des modalités équivalentes. Cependant, la ligne de partage entre ce qui relève du noyau dur et ce qui relève des simples modalités est loin d'être aisée à déterminer.

B. Une exposition des comptes au regard du public

439. **La distinction entre principe et modalités en matière de publicité**. Constitue un principe ferme la publicité des comptes syndicaux (1) tandis que le contenu exact de la publication ainsi que son support paraissent constituer de simples modalités (2).

1. Le noyau dur : la publicité des comptes syndicaux

440. **L'exigence implicite de publicité des comptes**. Le législateur n'ayant pas défini la condition de transparence financière, il est revenu à la jurisprudence le soin de la préciser. Elle a progressivement fait émerger les éléments constitutifs de la transparence financière. Pour la Cour de cassation comme pour le Conseil d'État, la publicité des comptes est ainsi essentielle à la transparence financière.

Le Conseil d'État a en effet été le premier à reconnaître, dans un arrêt du 18 juillet 2018, le caractère essentiel de la publicité des comptes pour admettre le respect de la condition de transparence financière[1410]. La Cour de cassation a rapidement suivi le Conseil d'État. D'abord

---

[1408] Cass. soc., 22 février 2017, n° 16-60.123.

[1409] C. RADÉ, « Le financement des syndicats à l'heure de la réforme de la démocratie sociale », *Dr. soc.*, 09/2014, p. 698.

[1410] Cons. État, 18 juillet 2018, n° 406516, *Union des professionnels de la beauté*, concl. S.-J. LIEBER, *JCP S*, 11/2018, p. 1372, comm. Y. PAGNERRE ; *BJT*, n° 1, 09/2018, p. 41, obs. G. AUZÉRO.

implicitement, en approuvant les juges du fond d'avoir dit qu'un syndicat ne remplissait pas la condition de transparence financière faute d'avoir publié ses comptes sur un site adapté[1411] ou faute d'avoir publié certains documents comptables[1412]. Puis plus directement, la Cour de cassation est venue affirmer que la condition de transparence financière impose la publicité des comptes[1413]. Autrement dit, l'absence de publication de certains documents comptables devrait automatiquement conduire à nier la satisfaction du critère de transparence financière, quand bien même le syndicat serait financièrement irréprochable[1414]. L'exigence de transparence financière consiste donc en une exposition au regard du public.

441. **Une solution facilement accueillie par la doctrine**. La solution n'a paru surprendre personne, à croire qu'elle relève de l'évidence. La jurisprudence « IGESA » laissait néanmoins la voie ouverte à une autre solution[1415]. L'arrêt énonce en effet que : « les documents comptables dont la loi impose la confection et la publication ne constituent que des éléments de preuve de la transparence financière d'un syndicat, leur défaut pouvant dès lors être suppléé par d'autres documents ». Ainsi en a-t-on déduit que « [c]e qui compte visiblement c'est de démontrer une transparence effective, par tout moyen et même tardivement à l'occasion d'un contentieux »[1416]. Dans le même sens, un syndicat soutenait, dans l'arrêt « Val d'Europe Airport »[1417], que la publication des comptes n'est pas expressément exigée par la loi. En conséquence, la simple production en justice des comptes syndicaux aurait dû suffire. En refusant de les examiner pour absence de publication, le juge aurait donc ajouté une condition que la loi n'imposait pas. La formulation de la solution était ainsi ambiguë. Elle pouvait laisser penser que la satisfaction du critère de transparence financière ne pouvait être écartée pour le seul défaut de publication des comptes dès lors que le syndicat était en mesure de les produire devant le juge.

[1411] Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 18-60.030, *Val d'Europe Airports*, *JCP S*, n° 46, 11/2018, p. 1372 ; comm. Y. PAGNERRE ; *D. Actu*., 16 novembre 2018, obs. J. CORTOT ; *JSL*, n° 465, 12/2018, obs. J.-B. COTTIN ; *Dr. soc.*, 2018, p. 1063, note G. FRANÇOIS ; *SSL*, n° 1841, 12/2018, note O. LEVANNIER-GOUËL.

[1412] Cass. soc., 13 juin 2019, *RS-RATP*, n° 18-24.819 (2ème espèce) ; *SSL*, n° 1872, 09/2019, obs. M. ZEIMET ; *RDT*, 2019, p. 647, obs. ILIEVA ; *Dr. ouvr*., n° 856, 11/2019, obs. T. CHEVALIER et M. FAIVRE-PICON ; *RJS*, 2019, n° 506. Il s'agissait en l'espèce d'un défaut de publication des pièces justificatives.

[1413] Cass. soc., 2 décembre 2020, n° 19-14.470*, STAAAP c. Sté Turk Yallori Turkish Airlines*.

[1414] C'est-à-dire même si le syndicat est indépendant financièrement, s'il emploie régulièrement ses ressources, si ses comptes sont sincères et réguliers, etc.

[1415] Cass. soc., 29 février 2012, *IGESA*, préc.

[1416] J. SIRO, *D. Actu.*, 14/03/2012.

[1417] Arrêt préc.

Une telle solution aurait toutefois malencontreusement réduit la transparence financière à un simple mode de preuve de l'indépendance financière du syndicat[1418] et n'a donc pas été retenue.

2. Les modalités plus souples de publication

442. **Le support de publication**. En matière de publication des comptes, la jurisprudence affiche une souplesse de façade quant aux modalités de publication et une souplesse relative quant aux documents devant être publiés.

Le code du travail prévoit que les syndicats dont les ressources atteignent ou dépassent un certain seuil doivent publier leurs comptes ainsi que le rapport du commissaire aux comptes sur le site internet de la direction de l'information légale et administrative (DILA)[1419]. Les syndicats dont les ressources n'atteignent pas ce seuil peuvent choisir ce même support ou opter pour une publication sur leur site internet ou, à défaut, les transmettre à la DIRECCTE qui se charge alors de les publier[1420]. Le Conseil d'État[1421] comme la Cour de cassation[1422] admettent cependant que le syndicat puisse procéder à des mesures de publicité équivalentes. En ajoutant une alternative que la loi n'avait pourtant pas prévue, les juges vont donc au-delà d'une simple interprétation du texte.

Aucun d'eux ne précise toutefois ce qu'il faut entendre par « mesure de publicité équivalentes » et l'on peut s'interroger sur la marge de liberté laissée aux syndicats pour s'écarter des prescriptions légales. En effet, si la Cour de cassation laisse en théorie aux syndicats la possibilité de procéder à la publication de leurs comptes par des mesures équivalentes à celles édictées par la loi ; en pratique, elle approuve les juges du fond d'avoir considéré que la publication sur une page du réseau social Facebook, même accessible à tous, ne constitue pas une mesure de publicité équivalente. La doctrine a dès lors estimé qu'en dépit de la formule employée par la jurisprudence, « il est plus que probable que seuls les documents publiés par

---

[1418] Gilles AUZERO relève ainsi que « [l']exigence de transparence serait réduite à bien peu de chose si le public ne pouvait pas avoir accès aux comptes de l'organisation » *in BJT*, 12/2018, p. 257.

[1419] C. trav., art. D. 2135-7 (pour les syndicats dont les ressources sont égales ou supérieures à 230 000 euros).

[1420] C. trav., art. D. 2135-8 (pour les syndicats dont les ressources sont inférieures à 230 000 euros). Depuis le 1er avril 2021, les « DIRECCTE » (Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi) sont devenues les « DREETS » (Directions régionales de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités). L'article D. 2135-8 du code du travail n'a cependant pas (encore ?) été actualisé.

[1421] Cons. État, 18 juillet 2018, n° 406516, *Union des professionnels de la beauté* (préc.).

[1422] Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 18-60.030, *Val d'Europe Airports*.

l'une des trois modalités [légales] soient considérés comme admissibles »[1423]. Un auteur appelle toutefois à la prudence, remarquant qu'en l'espèce, ce n'était peut-être pas tant le support de publication que l'absence de date certaine de publication ou de référence à des publications antérieures des comptes d'autres exercices qui avait entraîné la défaillance du critère de transparence financière[1424]. Toujours est-il que la marge de liberté permettant de s'écarter des dispositions légales s'en trouve amoindrie.

443. **Le contenu de la publication**. En ce qui concerne les documents devant être publiés, la Cour de cassation fait preuve d'une certaine tolérance qui tend à notre avis à s'amenuiser. Dans l'arrêt IGESA du 29 février 2012, elle avait en effet admis que le défaut de publication de l'annexe comptable ne devait pas nécessairement conduire à la défaillance de la condition de transparence financière[1425]. Quelques années plus tard, elle a cependant approuvé les juges du fond d'avoir décidé que l'absence de référence aux pièces justificatives lors de la publication des comptes ne pouvait pas être suppléée par les pièces produites devant le juge, entraînant l'impossibilité pour le syndicat de prétendre au respect de la condition de transparence financière[1426].

C. Des obligations accessoires rendant effective la fonction informative de l'exposition au regard

444. **Les obligations accessoires**. Pour être effective, l'exigence de publicité est accompagnée d'obligations inspirées des obligations comptables prévues par le code du travail[1427] : l'établissement des comptes (1), leur approbation (2) voire leur certification (3) ainsi que leur sincérité (4).

[1423] G. FRANÇOIS, *Dr. soc.* 2018 p. 1063. Dans le même sens : G. AUZERO, *BJT* 12/2018 p. 257.

[1424] J. CORTOT, *D. Actu.* 16/11/2018.

[1425] Cass. soc., 29 février 2012, *IGESA*, préc.

[1426] Cass. soc., 13 juin 2019*, RS-RATP*, n° 18-24.819.

[1427] C. trav., art. L. 2135-1 et s.

1. L'établissement des comptes

445. **Une exigence implicite**. La loi impose la confection des comptes mais n'a pas expressément sanctionné cette obligation par la défaillance de la condition de transparence financière. Il nous semble cependant que l'obligation de publier des comptes serait vidée de son sens si un syndicat pouvait s'en exonérer en prétextant que ceux-ci n'existent pas. L'obligation de publier des documents comptables implique donc nécessairement l'obligation de les établir.

2. L'approbation des comptes

446. **Noyau dur ou simple modalité ?** L'approbation des comptes appartient-elle au noyau dur de la transparence ou en constitue-t-elle une simple modalité ? La question de l'approbation des comptes dénote elle aussi une certaine distanciation avec la rigueur des obligations comptables légales. Ces dernières disposent en effet que les comptes sont approuvés par l'assemblée générale des adhérents ou par un organe collégial de contrôle désigné par les statuts[1428].

Dans un premier temps, le faible contrôle de la Cour de cassation avait conduit à une certaine incohérence[1429]. Sous couvert d'appréciation souveraine des juges du fond, la chambre sociale a ainsi rejeté le pourvoi formé contre une décision d'un tribunal d'instance jugeant qu'un syndicat remplissait la condition de transparence financière, quand bien même les comptes n'auraient pas été approuvés par l'organe statutairement compétent[1430]. Tout juste un an plus tard, la Cour de cassation approuva cette fois les juges du fond d'avoir dit qu'un syndicat ne respectait pas la condition de transparence financière parce que les comptes du syndicat n'avaient pas été approuvés par l'organe statutairement compétent[1431]. La grande marge d'appréciation laissée aux juges du fond conduisait donc à des différences casuistiques significatives et, à notre sens, critiquables.

Où se situait la frontière entre principes et simples modalités ? On aurait pu s'attendre à ce que la ligne de partage se confonde avec la distinction entre obligations légales (l'adjectif légal étant ici entendu *stricto sensu*) et obligations règlementaires. Il n'en est rien. L'approbation des comptes par l'assemblée générale des adhérents ou par un organe collégial de contrôle désigné

[1428] C. trav., art. L. 2135-4.

[1429] V. nos obs., *SSL*, 09/2019, n° 1872, pp. 10-12.

[1430] Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-18.420, *Eiffage.*

[1431] Cass. soc., 13 juin 2019, *RS-RATP*, n° 18-24.817, 18-24.814 et 18-24.815 (1ère espèce).

par les statuts du syndicat est par exemple une obligation légale[1432]. Elle était pourtant traitée par la Cour de cassation comme une simple modalité : tantôt requise[1433], tantôt superflue[1434] pour établir la transparence financière, en fonction des décisions des juges du fond. On ne pouvait donc pas affirmer que les obligations comptables légales *stricto sensu* constituaient des conditions indérogeables de transparence financière et les obligations comptables règlementaires des simples modalités de preuve.

447. **L'approbation des comptes appartenant au noyau dur**. Dans un second temps, la Cour de cassation a pris plus fermement position et semble désormais accorder une plus faible marge d'appréciation aux juges du fond. Dans un arrêt du 2 décembre 2020, elle affirma ainsi expressément que « la condition de transparence financière impos[e] non seulement la publicité des comptes mais également leur approbation »[1435]. Le doute est donc levé : plus qu'une simple modalité, l'approbation des comptes conformément aux statuts de l'organisation syndicale est un élément constitutif de la transparence financière. Comme l'établissement des comptes, l'approbation voire la certification des comptes permet de renforcer l'efficacité de leur publication en leur conférant une certaine crédibilité. En favorisant la présentation de comptes fiables donnant une image sincère de la situation financière du syndicat, ces exigences garantissent la sincérité et la régularité des comptes.

Est donc indispensable à la transparence financière, l'approbation des comptes par l'organe statutairement compétent[1436] et, plus généralement, conformément aux statuts[1437].

[1432] C. trav., art. L. 2135-4.

[1433] Cass. soc., 13 juin 2019, (préc.).

[1434] Cass. soc., 6 juin 2018, (préc.).

[1435] Cass. soc., 2 décembre 2020, n° 19-14.470, *STAAAP c. Sté Turk Yallori Turkish Airlines*. L'arrêt n'a toutefois pas fait l'objet d'une publication au bulletin.

[1436] C. trav., art. L. 2135-4.

[1437] Cass. soc. 19 janvier 2022, n° 20-21.451, *GIE Klesia ADP c. syndicat solidaires CRCPM et M. B*. En l'espèce, le syndicat ne parvenait pas à produire un certain nombre d'informations (nombre d'adhérents et nombre de présents lors de l'assemblée générale) permettant d'apprécier le respect du quorum lors de l'approbation des comptes. Le tribunal d'instance de Toulouse avait jugé que même si le syndicat ne remplissait qu'imparfaitement les conditions de la transparence financière, ces lacunes ne justifiaient pas l'annulation de la désignation du délégué syndical. La Cour de cassation censura la décision.

3. La certification des comptes

448. **La certification des comptes appartenant au noyau dur**. De même, comme l'a affirmé « implicitement mais nécessairement » le Conseil d'État, « l'obligation de certification fait partie du critère de transparence financière »[1438]. Néanmoins, cette obligation est doublement limitée[1439]. D'abord, elle ne concerne que les organisations syndicales dont les ressources atteignent ou dépassent 230 000 euros. Ensuite, la loi limite sa portée aux organisations syndicales souhaitant établir leur représentativité[1440].

4. La sincérité des comptes

449. **La sincérité des comptes**. Quant à la précision, à la régularité et à la sincérité des comptes enfin, la Cour de cassation applique sa jurisprudence « IGESA » : peu importe les modalités concrètes, un syndicat doit montrer que ses comptes sont fiables et sincères. Cependant, on est encore frappé par la grande marge d'appréciation laissée aux juges du fond. La Cour de cassation a par exemple rejeté un pourvoi énonçant qu'un syndicat ne justifiait pas d'une totale transparence puisque la ligne « autres produits » figurant dans le compte de résultat simplifié n'était pas détaillée s'agissant de la nature de ces gains qui représentaient pourtant plus du quart du total des produits[1441]. Elle a également rejeté un pourvoi affirmant qu'un syndicat ne satisfaisait pas la condition de transparence financière parce que le livre comptable qu'il produisait ne contenait pas la référence aux pièces justificatives et ne distinguait pas, pour les ressources, les règlements en espèces des autres règlements[1442]. Ella a encore rejeté le pourvoi d'un syndicat souhaitant voir reconnaître sa transparence financière, qui bien que ne faisant aucune référence aux pièces justificatives, estimait produire devant le juge des éléments

---

[1438] Y. PAGNERRE *in* Note sous Cons. État, 14 novembre 2018, n° 406007, *OTRE*, *JCP S*, 01/2019, p. 698. Les conclusions de la rapportrice S.-J. LIEBER sous cet arrêt étaient bien plus explicites affirmant que la Cour d'appel administrative n'avait pas commis d'erreur de droit en considérant que le défaut de certification des comptes par un commissaire aux comptes suffisait à lui seul à méconnaître le critère de transparence financière.

[1439] C. trav., art. L. 2135-6 combiné à D. 2135-7 et D. 2135-9.

[1440] L'arrêt du Conseil d'État concernait également une organisation patronale souhaitant établir sa représentativité. On peine cependant à voir les raisons qui justifient de limiter cette obligation aux seules organisations souhaitant établir leur représentativité.

[1441] Cass. soc., 9 septembre 2016, n° 16-20.575, *CGT c. USAP*.

[1442] Ce qu'exige pourtant l'article D. 2135-4 du code du travail.

permettant d'attester de la sincérité des comptes[1443]. Seul un arrêt de cassation reproche entre autres aux juges du fond de n'avoir pas examiné des bilans comptables au prétexte que ceux-ci semblaient confus[1444].

Cette grande marge d'appréciation laissée aux juges du fond peut se comprendre en partie. La Haute juridiction traite, par une jurisprudence ambiguë, la transparence financière à la fois comme une question de fait et comme un élément juridique. En toute logique, la qualification de la transparence devrait être une question de droit et la preuve de son respect, une question de fait. *A priori*, la jurisprudence de la chambre sociale paraît suivre cette logique. Elle affirme ainsi d'un côté que la publication des comptes est un critère de qualification de la transparence financière[1445] ; et d'un autre côté, un arrêt du 9 septembre 2016[1446] évoque la souveraineté des juges du fond dans l'appréciation des éléments de preuve de la transparence financière. Mais en pratique, la jurisprudence n'a pas toujours été aussi claire s'agissant de l'épineuse question de l'autonomie de la transparence financière vis-à-vis des obligations comptables légales. Jusqu'à récemment, la Cour de cassation choisissait de considérer ce point comme une question de preuve soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, plutôt que comme une question de droit. Elle laissait en conséquence aux juges du fond le soin de préciser la valeur juridique des éléments probatoires ou des éléments constitutifs de la transparence[1447]. Autrement dit, le respect des obligations comptables légales n'était qu'une question de fait, le respect de la transparence financière une question de droit[1448]. Comme si la transparence

---

[1443] Cass. soc., 13 juin 2019, *RS-RATP*, n° 18-24.817, 18-24.814 et 18-24.815. Les exemples peuvent être multipliés. Cf. Cass. soc., 2 décembre 2020, n° 19-14.470, *STAAAP c. Sté Turk Yallori Turkish Airlines* : a légalement justifié sa décision le tribunal « ayant constaté que le syndicat produisait aux débats un compte d'exercice et un compte de résultat, dont l'ensemble des chiffres sont dissimulés, qu'il ne produisait pas la décision de l'assemblée générale se prononçant sur les comptes de l'exercice 2017 et qu'il n'est justifié d'aucun document régulier, de sorte que le syndicat ne pouvait se prévaloir de la condition de transparence financière imposant non seulement la publicité des comptes mais également leur approbation » ; Cass. soc., 10 février 2021, n° 19-18.040, *RS-RATP* : « le syndicat produisait un audit contractuel établi par un expert comptable attestant de la régularité et de la sincérité des comptes, lesquels devaient être soumis pour approbation à l'assemblée générale devant se tenir en juin 2019, de sorte que les formalités d'approbation et de publicité des comptes étaient en cours d'accomplissement ».

[1444] Cass. soc., 16 décembre 2020, n° 19-20.069, *FNCR*.

[1445] Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 18-60.030, *Val d'Europe Airports*, préc.

[1446] Cass. soc., 9 septembre 2016, n° 16-20.575, préc.

[1447] La chambre sociale ne se positionnait ni sur la période sur laquelle doivent être appréciés les comptes, ni sur la valeur de leur approbation par l'organe statutaire compétent. V. nos obs. sous Cass. soc., 13 juin 2019, *SSL*, 09/2019, n° 1872, pp. 10-12 ; V. aussi : Y. PAGNERRE, *JCP S*, 11/2018, p. 1372.

[1448] Et pourtant, les deux exigences sont si proches qu'il est parfois bien difficile de les distinguer. Elles semblent toutefois se chevaucher, sans se confondre. V. nos obs. sous Cass. soc., 13 juin 2019, obs. préc.

financière ne constituait finalement qu'une situation idéale et floue[1449], qui ne se caractérisait que par quelques traits déterminants (parmi lesquels la publication des comptes) et que les syndicats pouvaient atteindre et prouver par tous moyens (parmi lesquels le respect des obligations comptables légales). Le Conseil d'État n'adopte pas, quant à lui, la même position. Il se montre plus décisif sur la qualification de la transparence et les éléments qui la composent. Il n'a ainsi pas hésité à affirmer que les exigences de publicité[1450] et de certification[1451] des comptes, posées par les obligations comptables légales, constituent des critères de la transparence financière. La Cour de cassation est elle aussi désormais plus sévère.

450. **Conclusion**. Finalement, après une phase d'indulgence et d'hésitation, la notion de transparence est plus déterminée. Elle consiste en une exposition au regard d'autrui, la publication de documents comptables, assortie d'exigences garantissant un contenu fiable et sincère.

§2. Une exposition régulatrice de l'action syndicale à l'effet légitimant

451. **La fonction régulatrice de la transparence financière légitimatrice**. La notion de transparence financière correspond donc au concept général de transparence en ce qu'elle consiste en une exigence d'exposition au regard d'autrui. Cependant, cette exigence n'est pas suffisante pour caractériser le concept de transparence, tel que nous l'avons défini. Encore faut-il que l'exposition au regard ait une finalité régulatrice primant sur la finalité informative. Il convient donc de s'interroger sur la fonction de la transparence financière. L'examen du discours juridique relatif à la transparence financière semble montrer que celle-ci se conçoit surtout comme un moyen d'orienter l'action syndicale plus qu'elle ne vise à informer les salariés. La transparence financière a donc avant tout une fonction régulatrice (A). À l'instar de la transparence de la vie publique[1452], l'exposition des comptes au regard du public est ainsi censée agir sur la probité des responsables syndicaux. En filigrane se profile l'idée qu'effectuée au grand jour, la gestion financière ne peut être frauduleuse. L'exposition au regard représente

---

[1449] V. M. ZEIMET, « Transparence et discours en droit du travail », *SociologieS*, 10/2020, disponible sur http://journals.openedition.org/sociologies/15088.

[1450] Cons. État, 18 juillet 2018, n° 406516 ; Y. PAGNERRE, *JCP S*, 11/2018, p. 1372.

[1451] Cons. État, 14 novembre 2018, n° 406007, *OTRE* ; Y. PAGNERRE, *JCP S*, 01/2019, p. 42.

[1452] Cf. *supra* §§ 285 et s.

alors tant une incitation des responsables syndicaux à se comporter avec probité qu'une forme de présomption de cette probité. En d'autres termes, l'exposition des comptes au regard du public confère à l'action syndicale – uniquement appréhendée au travers des comptes syndicaux – une certaine légitimité (B).

A. La primauté de la fonction régulatrice de l'exposition des comptes au regard du public

452. **L'orientation de l'action syndicale**. Dans quel objectif le législateur a-t-il exigé une transparence financière des organisations syndicales et patronales ? Il semble que deux objectifs lui soient assignés : assurer l'indépendance de l'action syndicale (1) et contribuer à une « bonne » gestion financière (2). Il s'agit donc d'orienter l'action syndicale, perçue sous un angle financier, en l'exposant au regard du public. La fonction informative de la transparence financière, bien qu'implicitement présente, est totalement éludée dans le discours juridique. Si l'on peut considérer que cette exigence représente un droit de regard du public – notamment des salariés dont les intérêts sont défendus par le syndicat – sur les comptes syndicaux, la transparence financière syndicale n'est jamais présentée dans le discours juridique comme un « droit de savoir ».

1. Une régulation visant une action indépendante

453. **Un lien fort entre transparence et indépendance**. C'est à l'occasion de la réforme de la représentativité syndicale opérée par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail[1453] qu'est apparue la transparence financière dans le code du travail. Avant cette loi, les syndicats affiliés à une confédération représentative au niveau national et interprofessionnel bénéficiaient d'une présomption irréfragable de représentativité. Les autres syndicats devaient quant à eux prouver leur représentativité sur la base de plusieurs critères. Avec la réforme du 20 août 2008, le système de la représentativité présumée a ainsi fait place à un système de représentativité prouvée fondée sur sept critères : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique concerné, l'audience, une influence caractérisée

[1453] Loi n° 2008-789.

par l'expérience et l'activité et enfin les effectifs d'adhérents et les cotisations[1454]. Ces critères sont pour l'essentiel une reprise des critères imposés aux syndicats non affiliés à une confédération représentative au niveau national et interprofessionnel. Seul le critère de transparence financière est « entièrement nouveau […]. Il est à mettre en lien avec les exigences croissantes de notre société en termes de transparence des institutions, y compris syndicales, et avec le souhait de garantir l'expression sincère des revendications syndicales dans le cadre de la démocratie sociale »[1455].

Bien qu'ils soient plus ou moins autonomes les uns des autres, certains critères sont largement corrélés. Par exemple, un effectif important d'adhérents montre une certaine influence du syndicat en même temps qu'il permet de générer des cotisations. Elles-mêmes participent à l'indépendance financière du syndicat : plus la part des cotisations est élevée dans l'origine des ressources du syndicat et plus celui-ci dispose d'une autonomie financière. Quant à la preuve de ces cotisations, elle « pourra être facilitée par les exigences comptables de mise en œuvre du critère de transparence financière »[1456]. Un lien est ainsi opéré, par le biais de la preuve des cotisations perçues, entre transparence financière et indépendance.

Ce lien est d'ailleurs assez serré. Lorsque la transparence financière a été consacrée comme critère de représentativité des organisations syndicales, l'accent s'est porté sur cette fonction de contrôle de l'indépendance, à tel point que la première est régulièrement présentée comme un sous-critère de la seconde[1457]. L'indépendance du syndicat comporte en effet traditionnellement deux facettes[1458]. L'une se traduit par une indépendance par l'action[1459], une indépendance morale et structurelle[1460], tandis que l'autre facette se caractérise par une indépendance

---

[1454] C. trav., art. L. 2121-1. Les mêmes critères, à l'exception des effectifs et cotisations, sont repris pour la représentativité patronale (C. trav., art. L. 2151-1).

[1455] A. GOURNAC, *Rapport sur le projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, *op. cit.*, p. 37.

[1456] M.-L. MORIN et H. MASSE-DESSEN, « Les critères de la représentativité et la désignation des représentants syndicaux », *SSL*, 03/2011, n° 1485, p. 32.

[1457] Le conseiller B. BOUBLI par exemple estime que les critères du respect des valeurs républicaines, d'indépendance *stricto sensu*, de transparence financière, d'ancienneté, d'effectifs d'adhérents et cotisations renforcent le critère d'indépendance (*in* « Etude limitée à la représentativité et ses attributs (hors négociation collective) », *SSL*, 10/2008, n° 1370, p. 16).

[1458] S. MICHEL, « Le critère de l'indépendance au sein de l'article L. 133-2 du Code du travail », *Dr. ouvr.*, 04/2003, pp. 133-140.

[1459] Par exemple, l'activité d'un syndicat qui se borne « à critiquer les actions [d'un autre syndicat] et notamment l'utilisation du droit de grève sans faire de propositions propres pour défendre et promouvoir la situation des salariés de la société » constitue un indice de l'absence d'indépendance du syndicat à l'égard de l'employeur (Cass. soc., 26 mai 1977, n° 77-60.019).

[1460] Y. PAGNERRE, *JCP S*, 04/2020, p. 2000.

financière. La Cour de cassation l'a énoncé récemment : « Le critère d'indépendance posé par l'article [L. 2121-1] du code du travail comme condition de représentativité des syndicats s'entend d'une indépendance vis à vis de l'employeur et d'une indépendance financière »[1461]. Autrement dit, « [i]l va de soi que pour être indépendant, un syndicat doit disposer de fonds propres lui permettant de fonctionner, d'exercer ses activités »[1462]. Or, cette indépendance financière est vérifiée grâce au critère de transparence financière. Celui-ci « permet de vérifier l'utilisation faite des deniers ainsi que de l'origine de ceux-ci, en quoi elle contribue à vérifier l'indépendance et partant la représentativité syndicale »[1463].

Cette proximité entre indépendance et transparence financière a d'ailleurs généré une certaine confusion dans la jurisprudence, comme en témoigne un arrêt du 9 septembre 2016[1464]. En l'espèce, l'Union des syndicats anti-précarité (USAP) avait déposé sa candidature en vue du scrutin national visant à mesurer l'audience syndicale auprès des salariés des Très Petites Entreprises (TPE). Arguant que l'USAP ne produisait aucun élément ni document justifiant de son indépendance, la CGT a demandé l'annulation de sa candidature. Refusant d'accéder à cette demande, le tribunal d'instance a été approuvé par la Cour de cassation. Celle-ci a retenu que « l'USAP avait fourni, lors du dépôt de sa déclaration de candidature, un bilan simplifié, un compte de résultats simplifié et une annexe ». Ces éléments de nature comptables sont pourtant considérés davantage comme des preuves de la transparence financière du syndicat que de son indépendance[1465].

2. Une régulation visant une « bonne » utilisation des fonds syndicaux

454. **Un critère de représentativité autonome**. La transparence financière ne se confond toutefois pas avec l'indépendance de l'organisation syndicale. Elle constitue bien un critère de

---

[1461] Cass. soc., 26 février 2020, n° 19-19.397 et n° 19-19.492, *FNCR*, *BJT*, 04/2020, p. 26, obs. C. MARIANO ; *RJS*, n° 244, 05/2020 ; *JSL*, 2020, p. 495 ; *JCP S*, 2020, p. 2000, note Y. PAGNERRE. L'arrêt mentionne l'article L. 1121-1 code du travail : il s'agit manifestement d'une simple erreur matérielle. Sur l'indépendance financière, Cf. également : Cass. soc., 16 décembre 2020, n° 19-20.069, *FNCR*.

[1462] S. MICHEL, *art. préc.*

[1463] B. GAURIAU, « Syndicat professionnel - Moyens d'action », *JCl. Travail Traité*, Fasc. 12-20, 08/2018, pt. 93.

[1464] Cass. soc., 9 septembre 2016, n° 16-20.575, *CGT c/ USAP*, *JCP S*, 10/2016, p. 1365, note L. DAUXERRE, *Dr. soc.*, 12/2016, p. 1070, obs. F. PETIT.

[1465] L. DAUXERRE, note *préc*. V. aussi : Circulaire n°DGT/RT/2016/162 du 23 mai 2016 relative à l'organisation du scrutin 2016 pour la mesure d'audience des organisations syndicales concernant les entreprises de moins de onze salariés, BO Travail n° 2016/6 du 30 juin 2016, spéc. pp. 11-12. Sur la preuve de la transparence financière et son lien avec les obligations comptables, Cf. *infra* §§ 436 et s.

représentativité autonome, un critère à part entière[1466]. La jurisprudence ne s'y trompe pas : la seule défaillance du critère de transparence financière entraîne la perte de représentativité du syndicat. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que le critère de transparence financière est d'appréciation autonome, c'est-à-dire qu'il ne peut être compensé par un autre critère de représentativité[1467].

Et pour cause, la transparence financière ne se borne pas à établir l'indépendance du syndicat. Elle vise plus largement à contrôler l'origine et l'utilisation des ressources du syndicat aussi bien pour s'assurer que l'organisation ne soit pas sous la coupe d'un employeur ou d'un parti politique[1468] que pour vérifier que l'argent syndical n'est pas détourné ou mal utilisé. C'est d'ailleurs à la suite d'un scandale de détournement de fonds syndicaux patronaux, connu sous le nom des « caisses noires de l'UIMM », que s'est véritablement fait sentir le besoin d'une exigence de transparence financière[1469].

D'ailleurs, si la publicité des comptes n'est pas nécessaire pour établir l'indépendance financière du syndicat, elle est essentielle pour orienter son comportement. L'exposition aux yeux du public sert ainsi à inciter les responsables syndicaux à bien gérer les ressources financières de l'organisation. Cet objectif ne serait pas atteint – ou du moins pas aussi facilement – sans la publicité des comptes, c'est-à-dire avec un simple contrôle des comptes par le juge à l'occasion d'un éventuel contentieux. Cette publicité des comptes vise ainsi à orienter l'action syndical et participe à sa légitimité.

B. La légitimité de l'action syndicale

455. **Une légitimité procédurale forte**. À quel degré la publicité des comptes participe-t-elle à la légitimité de l'action syndicale ? Est-ce un facteur unique de légitimité ? Est-ce au contraire un facteur de légitimité parmi d'autres, voire négigeable ? Le régime de la transparence financière suggère qu'elle constitue un facteur de légitimité essentiel.

[1466] C. trav., art. L. 2121-1 3°.

[1467] Cass. soc., 29 février 2012, n° 11-13.748, *IGESA*, Bull. 2012 V n° 83 ; *JCP S*, *04/2012*, n° 15, p. 37, note B. GAURIAU ; *JSL*, n° 320, 04/2012, p. 16, note C. FERTÉ ; *RJS*, 05/2012, p. 392 ; *RDT*, 05/2012, p. 299, note I. ODOUL-ASOREY ; *Dr. soc.*, 05/2012, p. 529, note L. PÉCAUT-RIVOLIER ; Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-29.984, Bull. 2013 V n° 268.

[1468] L'indépendance financière s'entend en effet d'une indépendance vis-à-vis de l'employeur, d'un parti politique ou de l'État ; mais elle ne s'entend en revanche pas de l'indépendance vis-à-vis de sa confédération. En ce sens : Cass. soc., 26 février 2020, n° 19-19.397 et n° 19-19.492, *FNCR*.

[1469] A. GOURNAC, *Rapport sur le projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, *op. cit.*, p. 21.

Eu égard aux objectifs visés par l'exigence de transparence financière, on aurait pu concevoir que seules l'absence d'indépendance financière ou la gestion frauduleuse soient sanctionnées ; que l'organisation syndicale ou patronale ne soit sanctionnée que dans l'hypothèse d'une irrégularité de fond, substantielle. Tel n'est pas le cas. L'exposition au regard apparaît donc fondamentale dans l'exigence de transparence financière, conférant ainsi une forte légitimité procédurale à l'exigence de transparence financière. En d'autres termes, la façon de procéder (aux yeux de tous) est en elle-même sanctionnée, indépendamment du bien-fondé de l'action (2). Inversement, l'action syndicale – appréhendée sous le seul prisme financier[1470] – n'est pas sanctionnée sur le terrain de la transparence financière (1).

1. Une légitimité substantielle non sanctionnée sur le terrain de la transparence

456. **L'absence de sanction, sur le terrain de la transparence, du bien-fondé de l'action syndicale**. Puisque l'exigence de transparence financière vise en particulier à s'assurer de l'indépendance financière du syndicat et la gestion non frauduleuse des comptes syndicaux, doit-on considérer que l'exigence n'est pas satisfaite dès lors que le syndicat ait dépendant ou lorsqu'est constatée une mauvaise gestion financière ? Faut-il considérer que l'exigence est satisfaite lorsque les conditions relatives à l'établissement, la publication, l'approbation et la certification des comptes sont respectées, mais que les comptes font état d'une irrégularité ou d'une mauvaise gestion financière ? L'hypothèse devrait rarement se présenter : il est sans doute peu probable qu'un syndicat établisse et publie des comptes présentant une irrégularité, en tout cas substantielle. Il cherchera vraisemblablement à dissimuler l'irrégularité, contrevenant ainsi aux conditions de l'exigence de transparence financière. Cependant, si l'hypothèse venait à se réaliser, il nous semble que la lettre de l'exigence de transparence financière n'impose pas à proprement parler des comptes irréprochables. À notre avis, la découverte d'irrégularités sera préférablement sanctionnée sur d'autres terrains. Plusieurs hypothèses doivent être distinguées. Première hypothèse : le syndicat présente des comptes faisant état d'une dépendance financière à l'égard de l'employeur, d'un parti politique ou d'une autorité publique. Il sera alors sanctionné, non pas sur le fondement de la transparence financière, mais sur celui de

[1470] Ce prisme n'est guère surprenant si l'on compare la transparence financière à la transparence de la vie publique par exemple (Cf. *supra* § 289).

l'indépendance[1471]. Seconde hypothèse : les comptes indiquent une irrégularité dans l'utilisation des fonds. Là encore, d'autres fondements comme l'abus de confiance peuvent permettre de sanctionner les responsables syndicaux.

Cette absence de sanction du bien-fondé sur le terrain de la transparence n'est guère surprenante dans la mesure où la transparence est selon nous une exigence de nature procédurale, qui porte donc sur le processus davantage que sur le résultat. Poussée dans ces retranchements, cette logique pourrait cependant aboutir à une situation pour le moins cocasse : théoriquement, une gestion frauduleuse mais transparente pourrait conduire à la condamnation pénale des responsables syndicaux, sans pour autant priver le syndicat de sa représentativité…

Qu'en est-il de la réciproque ? Une action syndicale – appréhendée sous le prisme financier – bien fondée mais opaque est-elle sanctionnable sur le terrain de la transparence financière ?

2. Une légitimité procédurale à l'importance certaine

457. **Une double sanction**. Une action syndicale bien fondée mais opaque constitue un manquement à l'exigence de transparence financière faisant à ce titre l'objet de sanctions : la perte de représentativité d'une part (a) et la déchéance de certaines prérogatives d'autre part (b). À travers ces sanctions se profile une évolution dans la conception de l'exigence de transparence financière. Elle ne détermine ainsi plus seulement la légitimité du syndicat à défendre les intérêts des salariés au-delà de ses seuls adhérents mais également sa légitimité à exercer toutes prérogatives. Ce faisant, la transparence financière s'affirme comme une condition du respect de l'éthique syndicale[1472].

a. La perte de représentativité

458. **Une sanction légale**. En premier lieu, la transparence financière est considérée comme un critère permettant d'apprécier la représentativité d'une organisation syndicale[1473] ou patronale[1474]. La représentativité se définit classiquement comme « l'aptitude reconnue à un

---

[1471] Il perdra ainsi la faculté d'exercer un grand nombre de prérogatives comme la possibilité de présenter des candidats aux élections professionnelles ou les prérogatives réservées aux syndicats représentatifs.

[1472] Y. PAGNERRE, *JCP S*, 04/2017, p. 1108.

[1473] C. trav., art. L. 2121-1, L. 2122-10-6, R. 2122-36.

[1474] C. trav., art. L. 2151-1.

syndicat professionnel d'être le porte-parole des salariés dont il prétend défendre et promouvoir les intérêts (y compris de ceux qui ne sont pas ses adhérents, et qu'il ne *représente* donc pas au sens « civiliste » de la représentation) »[1475]. Elle constitue un enjeu important pour les syndicats puisqu'elle conditionne l'exercice de certaines prérogatives, au premier rang desquelles la négociation et la conclusion des accords collectifs. Le manquement à l'exigence de transparence financière empêche en conséquence le syndicat d'acquérir la représentativité s'il en était dépourvu et lui fait perdre cette qualité s'il la possédait. La transparence financière est en effet appréciée à tout instant, c'est-à-dire y compris en cours de cycle électoral[1476], ce qui n'est d'ailleurs pas sans poser des difficultés pratiques[1477].

La contestation de la condition de transparence financière peut en effet entraîner de nombreuses répercussions notamment sur la validité des conventions et accords collectifs, voire davantage. Ainsi, la contestation efficace de la transparence financière d'un syndicat signataire d'un accord collectif pourrait, si les conditions de validité de celui-ci ne sont de ce fait plus réunies, conduire à l'annulation de l'accord voire à l'annulation d'autres actes relevant de la même procédure. Le Conseil d'Etat a par exemple approuvé une cour administrative d'appel qui avait annulé l'homogation d'un plan de sauvegarde de l'emploi parce que l'un des syndicats signataires (dont la signature était indispensable à la validité de l'accord) ne remplissait pas la condition de transparence financière[1478]. Or, l'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi conduit à son tour, en vertu de la jurisprudence *La Samaritaine*[1479], à l'annulation des licenciements économiques subséquents. C'est ainsi l'employeur qui supporte les conséquences indemnitaires de l'annulation du licenciement originellement dû à la défaillance d'un syndicat[1480].

[1475] G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, coll. Précis, 34e éd. 2021, p. 1301.

[1476] Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-29.984, Bull. 2013, V, n° 268. La Cour de cassation prend soin de noter que les juges du fond ont examiné la condition de transparence financière au moment de l'exercice de la prérogative concernée. Cf. égal. : Cass. soc., 8 mars 2017, *Syndicat CGT des salariés de la plaine de Nay*, n° 16-13.033 et 16-13.034.

[1477] Sur quelques unes de ces difficultés, cf. M. ZEIMET, « Les incidences de la perte de représentativité syndicale en cours de cycle électoral sur la négociation et la conclusion de l'accord collectif d'entreprise », *JCP S*, 07/2022, n° 29, p. 1198.

[1478] CAA Marseille, 15 juillet 2020, n° 20MA01597, *BJT*, n° 01, 01/2021, p. 26, note Q. CHATELIER ; Cons. État, 6 avril 2022, n° 444460*, Société imprimerie du midi* ; concl. R. Chambon, *SSL*, n° 2011, 09/2022, note Olivier Dutheillet de Lamothe.

[1479] Cass. soc., 13 février 1997, n° 96-41.874, *Sté des Grands Magasins de la Samaritaine*, Bull. 1997 V n° 64 p. 45.

[1480] Q. CHATELIER, note préc. L'auteur envisage toutefois une éventuelle solution pour l'employeur : intenter une action en responsabilité pour faute contre l'administration ayant illégalement validé le plan de sauvegarde de l'emploi.

Plus encore, la perte de représentativité d'un syndicat en cours de cycle électoral en raison de la non-satisfaction de la condition de transparence financière pourrait-elle avoir un impact sur le poids électoral des autres syndicats[1481] ? Le poids électoral des syndicats est en effet calculé sur l'ensemble des suffrages valablement exprimés en faveur des organisations syndicales reconnues représentatives à ce niveau[1482]. Dès lors, un syndicat perdant sa représentativité en cours de cycle électoral – par exemple pour non-respect de l'exigence de transparence financière[1483] – peut-il toujours être considéré comme un syndicat reconnu représentatif aux dernières élections professionnelles ? Il nous semble qu'une réponse négative s'impose. La solution inverse pourrait en effet conduire à rendre impossible, dans certaines configurations, la conclusion d'un accord[1484].

Quoiqu'il en soit, en érigeant la transparence financière en critère de représentativité, le législateur considère donc qu'une organisation syndicale ou patronale n'est pas apte à parler au nom des personnes qu'elle a vocation à représenter si elle ne fait pas preuve de transparence financière. La jurisprudence a poussé plus loin la logique de légitimité procédurale en sanctionnant le syndicat au-delà de la représentativité.

b. La déchéance de prérogatives

459. **Au-delà de la représentativité**. À l'origine, la transparence financière était envisagée comme un critère de représentativité syndicale[1485]. Elle l'est toujours : si elle fait défaut, le syndicat ne peut plus se prétendre représentatif et exercer les prérogatives qui sont attachées à cette qualité.

[1481] Sur cette question, Cf. *Ibid.*

[1482] C. trav., art. L. 2232-2 (pour les accords interprofessionnels), L. 2232-6 (pour les accords de branche) et L. 2232-12 (pour les accords d'entreprise ou d'établissement).

[1483] Il en irait de même si le syndicat perdait sa représentativité pour une autre raison, par exemple pour perte de l'indépendance, de non-respect des valeurs républicaines ou de désaffiliation du syndicat de la confédération sous l'étiquette de laquelle il avait présenté une liste de candidats aux dernières élections professionnelles.

[1484] V. notre étude : M. ZEIMET, « Des incidences de la perte de représentativité syndicale en cours de cycle électoral sur la négociation et la conclusion de l'accord collectif d'entreprise », *JCP S*, n° 29, 07/2022, p. 1198.

[1485] Dans les manuels, la question de la transparence financière apparaît d'ailleurs principalement dans les développements relatifs à la représentativité (par ex. : P. LOKIEC, *Droit du travail*, coll. Thémis, PUF, 2019, pp. 507-508 ; E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail 2021*, coll. Hypercours, pp. 560 et s. ; G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, coll. Précis, 34e éd. 2021, pp. 1308 et s.). On trouve toutefois quelques références à la transparence financière en dehors des critères de représentativité lorsqu'il est question du financement syndical.

Depuis l'arrêt « Société Luxe et traditions » du 22 février 2017[1486] rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation, elle est toutefois devenue davantage qu'un simple critère de représentativité : c'est une condition de légitimité de l'action syndicale.

460. **Les prémisses de la jurisprudence « Société Luxe et traditions »**. Bien que l'extension de la transparence financière au-delà du seul cadre de la représentativité ait été consacrée assez récemment, plusieurs indices antérieurs montraient la nature particulière de cette condition.
D'abord, la position commune des partenaires sociaux signée le 9 avril 2008 préalablement à la réforme de la représentativité des syndicats semblait envisager la transparence financière comme une condition transcendant la seule question de la représentativité[1487]. Si la transparence financière est en effet proposée comme critère de représentativité au sein d'un Titre I de la position commune, elle apparaît également au sein d'un Titre III relatif au financement des organisations syndicales. Les partenaires sociaux avaient donc dans l'idée que la transparence financière dépassait le seul cadre de la représentativité. La doctrine l'a d'ailleurs tout de suite relevé, considérant que la transparence financière devrait être une « condition nécessaire à la constitution même de tout syndicat professionnel, représentatif comme non représentatif »[1488] ou encore qu'elle concerne plus volontiers l'existence du syndicat que sa représentativité[1489]. De même, les travaux parlementaires montrent que législateur avait lui aussi relevé cette distinction[1490]. Il s'est cependant contenté de placer les critères jugés primordiaux en tête de liste des critères de représentativité.
Sans étendre la condition de transparence financière au-delà de l'appréciation de la représentativité, la jurisprudence est dans un premier temps venue lui réserver, à côté de l'indépendance et du respect des valeurs républicaines, un régime particulier. Ainsi, dans l'arrêt

---

[1486] Cass. soc., 22 février 2017, n° 16-60.123, *Société Luxe et traditions*, *Dr. soc.*, 06/2017, p. 575, obs. F. PETIT ; *RDT*, 06/2017, p. 433, obs. I. ODOUL-ASOREY ; *JCP E*, 04/2017, p. 1208, obs. G. FRANÇOIS ; *JCP S*, 04/2017, p. 35, obs. Y. PAGNERRE.

[1487] Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

[1488] G. BORENFREUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT*, 2008, p. 712.

[1489] P.-H. ANTONMATTÉI, « Les critères de représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *op. cit.*

[1490] A. GOURNAC distingue ainsi les « conditions de principe – respect des valeurs républicaines, indépendance et transparence financière – […] des modalités pratiques de la représentativité - ancienneté, audience, influence et effectifs » (Rapport préc., p. 37).

« IGESA » du 29 février 2012[1491], la Cour de cassation a énoncé que les critères de transparence financière, de respect des valeurs républicaines et d'indépendance doivent être appréciés de manière autonome. Autrement dit, ces critères doivent être remplis indépendamment les uns des autres et ne peuvent faire l'objet d'une compensation entre eux. Les autres critères de représentativité, c'est-à-dire « ceux relatifs à l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience […], doivent [quant à eux] faire l'objet d'une appréciation globale ». Cela signifie que ces critères peuvent se compenser les uns les autres, la faiblesse de l'un pouvant être rattrapée par la force d'un autre.

Un an plus tard, la Cour de cassation a continué sur sa lancée. Un arrêt du 14 novembre 2013 a ainsi affirmé que l'appréciation des critères de transparence financière, de respect des valeurs républicaines et d'indépendance n'est pas seulement autonome mais également permanente[1492]. À la différence des critères d'appréciation globale qui sont en principe acquis pour toute la durée du cycle électoral[1493], les critères d'appréciation autonome doivent donc être remplis à tout moment.

461. **L'arrêt « Société Luxe et traditions »**. Ces solutions suggéraient déjà que les critères d'appréciation autonome, dont fait partie la transparence financière, ne sont pas tout à fait de même nature que les critères d'appréciation globale. Mais l'émancipation de la transparence financière vis-à-vis de la représentativité a véritablement été consacrée dans l'arrêt « Société Luxe et traditions » du 22 février 2017[1494]. En l'espèce, le Syndicat CFTC des employés de propreté et gardiens d'immeubles et concierges d'Ile de France avait désigné un représentant

---

[1491] Cass. soc., 29 février 2012, n° 11-13.748, *IGESA*, *Dr. ouvr.*, 05/2012, p. 315, obs. J.-M. BÉRAUD ; *JSL*, 04/2012, p. 16, obs. C. FERTÉ ; *JCP S*, 04/2012, p. 1168, obs. B. GAURIAU ; *RDT*, 05/2012, p. 299, obs. I. ODOUL-ASOREY ; *Dr. soc.*, 05/2012, p. 528, obs. L. PÉCAUT-RIVOLIER ; *Dr. ouvr.*, 05/2012, p. 321, obs. P. RENNES ; *RJS*, 05/2012, p. 392.

[1492] Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-29.984, Bull. 2013, V, n° 268 ; *BICC*, n° 797, p.37 ; *RDT*, 02/2014, p. 127, obs. I. ODOUL-ASOREY ; *RJS*, 02/2014, p. 116 ; *Dr. soc.*, 02/2014, p. 180, obs. F. PETIT ; *Dr. ouvr.*, 02/2014, n° 787, p. 135, obs. F. CANUT ; *Dr. soc.*, 01/2014, p. 81, obs. C. RADÉ ; V. égal. : Cass. soc., 27 septembre 2017, n° 16-60.264.

[1493] L'arrêt du 14 novembre 2013 (préc.) affirme que les critères relatifs à « l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience […] font l'objet, dans un périmètre donné, d'une appréciation globale pour toute la durée du cycle électoral ». En réalité, il existe des exceptions. Un syndicat peut par exemple perdre le bénéfice de l'audience électorale acquise lors des dernières élections professionnelles lorsqu'il se désaffilie de la confédération sous l'étiquette de laquelle il s'était porté candidat (Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-60.069, *Sté Aéropass*, Bull. 2011, V, n° 125).

[1494] Arrêt préc.

de la section syndicale au sein de la société Luxe et traditions. Celle-ci en demanda l'annulation au motif que le syndicat ne remplirait pas l'exigence de transparence financière. Le tribunal d'instance rejeta la demande de l'employeur. Pour les juges du fond, le syndicat devait uniquement respecter les dispositions des articles L. 2142-1-1 du code du travail énonçant les conditions de désignation du représentant de la section syndicale ainsi que l'article L. 2142-1 relatif à la création d'une section syndicale. Or, ni l'un ni l'autre ne mentionne la condition de transparence financière. Poursuivant leur raisonnement, les juges du fond précisèrent que la désignation d'un représentant de section syndicale n'implique pas que le syndicat à l'origine de cette désignation remplisse les conditions prévues aux articles L. 2121-1 et L. 2121-2 relatifs à la représentativité, donc qu'il remplisse le critère de transparence financière. À suivre la lettre du code du travail, la transparence financière ne constituerait donc qu'un critère de représentativité des syndicats. La solution des juges du fond semblait d'autant plus logique qu'un arrêt de la chambre sociale du 8 juillet 2009 avait adopté la même position[1495]. La Cour de cassation casse pourtant le jugement, au visa des articles L. 2121-1, L. 2142-1 et L. 2142-1-1 du code du travail, énonçant que « tout syndicat doit, pour pouvoir exercer des prérogatives dans l'entreprise, satisfaire au critère de transparence financière » [1496]. Par une interprétation *contra legem*, elle a donc étendu la condition de transparence financière aux organisations syndicales non représentatives. Certains voient ainsi dans cette solution la consécration de la transparence financière comme principe général du droit syndical[1497].

Contraire à la lettre du texte, la solution est en revanche conforme à son esprit. La transparence financière n'est pas qu'un simple critère de représentativité, c'est « une exigence légale de moralisation de l'action syndicale »[1498] qui légitime celle-ci[1499]. Dès lors, la transparence financière ne doit pas être exigée seulement à l'égard des syndicats représentatifs, mais à l'égard de tout syndicat souhaitant exercer une prérogative. Il faut rappeler que la doctrine a considéré

[1495] Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 08-60.599, *Veolia*, Bull. 2009, V, n° 181 : « la régularité de la désignation d'un représentant de section syndicale ne nécessite pas que le syndicat à l'origine de la désignation remplisse les critères fixés par les articles L. 2121-1 et L. 2122-1 du code du travail relatifs à la représentativité ; qu'il suffit qu'il réunisse, à la date de la désignation, les conditions fixées par les articles L. 2142-1 et L. 2142-1-1 dudit code ». Notons que l'arrêt fut rendu sous l'empire de la réforme de la représentativité du syndicat.

[1496] L'arrêt comporte une erreur matérielle corrigée par un arrêt rectificatif du 22 mars 2017 (n° 16-60.123). Il visait initialement les articles L. 2121-1, L. 214**1**-1 et L. 214**1**-1-1 du code du travail.

[1497] « La transparence financière, nouveau principe général du droit syndical », *op. cit.* ; *contra* : G. DUCHANGE et B. TEYSSIÉ (dir.), « Chronique de droit du travail », *JCP E*, 09/2017, p. 1514.

[1498] M.-L. MORIN et H. MASSE-DESSEN, « Les critères de la représentativité et la désignation des représentants syndicaux », *op. cit.*

[1499] F. PETIT, « La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif », *Dr. soc.*, 2018, p. 141.

dès 2008, qu'au même titre que l'indépendance et le respect des valeurs républicaines, la transparence financière n'est pas de même nature que les critères d'audience, d'influence, d'effectifs et de cotisations ou encore d'ancienneté[1500]. Ces derniers critères, en particulier celui de l'audience, concernent exclusivement la représentativité du syndicat. Ils servent à évaluer « l'aptitude d'une organisation syndicale à représenter l'intérêt de toute une collectivité de travailleurs, au-delà de son intérêt propre comme personne morale ou de celui de ses adhérents »[1501]. Ils permettent de juger si un syndicat reçoit la préférence des salariés par rapport à d'autres organisations. Les critères du respect des valeurs républicaines, de l'indépendance et de la transparence financière transcendent quant à eux la question de la représentativité du syndicat. Ils constituent plutôt des conditions essentielles à l'exercice de toute prérogative syndicale, qu'elle soit exercée par un syndicat représentatif ou non. Sans ces conditions, le syndicat n'est même pas digne de représenter ses adhérents. Il n'a donc *a fortiori* pas la légitimité suffisante pour représenter tous les salariés. Ces trois critères relèvent donc de « l'éthique syndicale »[1502] nécessaire à l'exercice de toute prérogative.

Or, si la loi impose aux organisations syndicales, même non représentatives, de respecter les conditions d'indépendance et de respect des valeurs républicaines notamment pour pouvoir désigner un représentant de section syndicale[1503], elle n'exige pas le respect de la transparence financière. Autrement dit, par cet arrêt du 22 février 2017, la Cour de cassation n'a fait que réparer un « oubli » du législateur[1504]. Celui-ci aurait simplement omis la transparence financière parmi les conditions que tout syndicat doit respecter pour exercer une quelconque prérogative syndicale.

[1500] Par ex. G. BORENFREUND, *RDT*, 2008, p. 712 ; P.-H. ANTONMATTÉI, *Dr. soc.*, 2008, p. 771 ; M.-L. MORIN, *Dr. soc.*, 2011, p. 62. On peut hésiter sur la nature du critère de l'ancienneté du syndicat. Certains auteurs estiment qu'il dépasse également le cadre de la représentativité (V. par ex. G. DUCHANGE, préc.). Il est d'ailleurs fréquemment imposé par la loi pour exercer une prérogative non réservée à un syndicat représentatif telle que la présentation d'une candidature au scrutin national permettant de mesurer de la représentativité dans les TPE (C. trav., art. L2122-10-6) ou encore pour désigner un représentant de section syndicale (C. trav., art. L. 2142-1 et L. 2142-1-1). La Cour de cassation ne lui réserve pourtant pas le même régime que la transparence financière, les valeurs républicaines et l'indépendance.

[1501] M.-L. MORIN, « Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2011, p. 62.

[1502] Y. PAGNERRE, à propos des valeurs républicaines (*JCP S*, n° 6, 02/2009, p. 1050), de la transparence financière (*JCP S*, 04/2017, p. 1108) et de l'indépendance (*JCP S*, n° 15-16, 04/2020, p. 2000).

[1503] C. trav., art. L. 2142-1-1 combiné à L. 2142-1. L'indépendance et le respect des valeurs républicaines sont également exigées pour exercer d'autres prérogatives accordées aux organisations non représentatives telles que la négociation du protocole d'accord préélectoral et l'établissement d'une liste de candidats (C. trav., art. L. 2314-5).

[1504] G. DUCHANGE, *JCP E-A*, 2017, p. 1514.

462. **Une solution non surprenante**. Outre la position des partenaires sociaux, les travaux préparatoires et le régime jurisprudentiel particulier réservé notamment à la transparence financière, plusieurs éléments accréditent cette interprétation doctrinale.

En effet, le législateur a ajouté la condition de transparence financière initialement oubliée à l'article L. 2122-10-6 du code du travail et à son décret d'application qui posent les conditions de candidature d'un syndicat au scrutin national permettant de mesurer la représentativité des syndicats dans les Très Petites Entreprises[1505]. L'argument mérite toutefois d'être relativisé. Certes, l'exigence de transparence financière s'impose même aux syndicats qui ne sont pas (encore) représentatifs. Mais cette prérogative est en lien avec la représentativité. Elle en constitue une étape préalable indispensable à l'acquisition d'une éventuelle représentativité. Certains auteurs estiment d'ailleurs que l'extension de l'exigence de transparence financière se justifie en raison de l'objectif assigné aux prérogatives accordées aux syndicats non représentatifs[1506]. « La finalité de ces prérogatives étant l'acquisition de la représentativité, les conditions de principe – que sont le respect des valeurs républicaines, l'indépendance et la transparence financière – doivent être satisfaites *ab initio* »[1507]. En réalité, c'est bien la nature spécifique de ces critères plus que la finalité des prérogatives qui justifie à notre sens l'extension de la condition de transparence financière.

Enfin et surtout, le législateur soumet tous les syndicats – même non représentatifs – au respect d'obligations comptables qui constituent le cœur de la transparence financière[1508]. Les syndicats non représentatifs étaient donc déjà soumis à l'exigence de transparence financière. En revanche, Franck Petit notait qu'aucune réponse n'était apportée dans la loi du 20 août 2008 à ce qu'il advient du syndicat qui ne respecterait pas l'exigence de transparence financière. Il craignait que ce silence ne vienne minimiser l'importance de ce critère, alors qu'« il s'agit bien d'une condition de légitimité dans l'action ». « Sans doute faudrait-il priver un syndicat de sa capacité à agir, dès lors qu'il n'est plus en mesure de prouver sa transparence financière » poursuivait-il [1509]. Indubitablement, l'arrêt *Société Luxe et traditions* fait un pas en ce sens.

[1505] C. trav., art. L. 2122-10-6 et R. 2122-36.

[1506] Cf. par ex. Y. PAGNERRE, « La transparence financière, nouveau principe général du droit syndical », *op. cit.*

[1507] *Ibid.*

[1508] C. trav., art. L. 2135-1 et s.

[1509] F. PETIT, « La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif », *op. cit.*

463. **La portée incertaine de l'arrêt**. La justification apportée à la solution a conduit la doctrine à s'interroger sur la portée exacte de l'arrêt. En énonçant que « tout syndicat doit, pour pouvoir exercer des prérogatives dans l'entreprise, satisfaire au critère de transparence financière », la Cour de cassation adopte une formulation plutôt large. Outre la création d'une section syndicale et de la désignation de son représentant, sont donc visées la possibilité de présenter des candidats aux élections professionnelles[1510] ou encore la faculté de participer aux négociations du protocole d'accord préélectoral[1511]. Mais *quid* du droit d'affichage et de diffusion des communications syndicales ? Est-il lui aussi subordonné à cette condition de transparence financière[1512] ? La Cour de cassation ne s'est pas encore exprimée sur cette question. Peut-être faudra-t-il distinguer entre la distribution de tracts et l'affichage sur les panneaux syndicaux d'une part, et les communications aux moyens d'outils numériques. En effet, le législateur n'impose aux syndicats de satisfaire les conditions d'indépendance et de respect des valeurs républicaines que pour l'utilisation des outils numériques en l'absence d'accord collectif les règlementant[1513]. Il serait donc logique que le respect de la transparence financière ne soit imposé que dans cette hypothèse.

La solution de la Cour de cassation conduit également à imposer l'exigence de transparence financière aux syndicats non représentatifs mais affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel. Ces syndicats n'ont pourtant pas à respecter, à suivre la lettre des articles L. 2142-1 et L. 2142-1-1 relatifs à la création d'une section syndicale et à la désignation de son représentant, les conditions d'indépendance et de respect des valeurs républicaines. « [Q]uelle cohérence y a-t-il à exiger des syndicats affiliés qu'ils respectent le critère de transparence financière, en ignorant ceux de respect des valeurs républicaines et d'indépendance ? » s'interroge alors une auteure, craignant que la Cour de cassation n'ait remplacé une incohérence par une autre[1514]. Et de poursuivre : « [f]aut-il se contenter d'admettre que l'affiliation à l'un des "cinq grands" couvre, en quelque sorte, le syndicat primaire en ce qui concerne l'indépendance et le respect des valeurs

---

[1510] Cass. soc., 13 juin 2019, *RS-RATP*, n° 18-24.817, 18-24.814 et 18-24.815 (1ère espèce) et n° 18-24.819 (2nde espèce), préc.

[1511] En ce sens : F. BERGERON-CANUT, *BJT*, n° 113, 07/2020, p. 21.

[1512] Ibid.

[1513] C. trav., art. L. 2142-6 al. 2 : « A défaut d'accord, les organisations syndicales présentes dans l'entreprise et satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans peuvent mettre à disposition des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de l'entreprise, lorsqu'il existe ».

[1514] F. BERGERON-CANUT, note préc.

républicaines ? »[1515]. L'on pourrait certes présumer qu'un syndicat affilié à une confédération représentative au niveau national et interprofessionnel s'inscrit dans les idéologies de celle-ci. Il n'est donc pas choquant d'admettre que la condition de respect des valeurs républicaines soit présumée grâce à l'affiliation confédérale. En revanche, il nous semble plus risqué de présumer qu'un syndicat affilié satisfait les conditions d'indépendance et de transparence financière. En réalité, c'est surtout l'existence d'un régime particulier accordé aux syndicats affiliés qui paraît désuet. S'il s'expliquait en 2008 pour assurer une transition plus douce vers le système réformé de la représentativité, il devrait à notre sens disparaître aujourd'hui. Cette suppression aurait d'ailleurs des conséquences limitées au regard du droit positif[1516].

Pour en revenir à la portée de la solution, la formulation retenue par la Cour de cassation paraît cependant limiter l'exigence de transparence financière aux prérogatives exercées dans l'entreprise. Nous partageons toutefois l'avis d'une partie de la doctrine selon laquelle l'action syndicale, même exercée au-delà des frontières de l'entreprise, devrait être réservée aux organisations respectant l'exigence de transparence financière[1517]. Seraient par exemple subordonnées à l'exigence de transparence financière, la faculté d'agir en justice en défense de l'intérêt de la profession ou l'action en substitution au profit d'un salarié.

De la même manière, la solution devrait être étendue aux organisations patronales d'employeurs. « À titre d'illustration, un accord de branche ne pourrait être signé que par une organisation d'employeurs satisfaisant au critère de transparence financière »[1518]. Il paraîtrait en effet incohérent qu'une organisation patronale ne respectant pas l'exigence de transparence financière puisse valablement engager ses adhérents.

Si l'exigence de transparence financière offre une plus grande légitimité à l'action syndicale, elle est également source d'insécurité juridique. Devant être prouvée à l'occasion de chaque prérogative[1519], la transparence financière impose aux syndicats une vigilance constante. Son

---

[1515] Ibid.

[1516] À ce jour, tout se passe comme si les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel étaient, du fait de leur affiliation, irréfragablement présumés respecter les conditions d'indépendance et des valeurs républicaines – la condition de transparence financière étant exigée par le biais de la jurisprudence « Luxe et traditions » du 22 février 2017 (préc.). Supprimer leur régime particulier reviendrait donc uniquement à permettre le renversement de la présomption. Les conditions d'indépendance et du respect des valeurs républicaines sont en effet présumées, si bien qu'il appartient à celui qui les conteste d'apporter la preuve de leur défaillance (pour l'indépendance : Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-17.574 ; pour le respect des valeurs républicaines : Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 08-60.599, *Sté Véolia*).

[1517] Par ex. Y. PAGNERRE, « La transparence financière, nouveau principe général du droit syndical », *op. cit.*

[1518] *Ibid*.

[1519] Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-29.984, Bull. 2013, V, n° 268, préc.

non-respect, même temporaire, prive l'organisation de quasiment toute action syndicale jusqu'à ce que l'exigence soit satisfaite. Chacune des prérogatives du syndicat, représentatif ou non, risque donc d'être contestée sur ce fondement. La désignation d'un représentant syndical peut par exemple être annulée pour manquement à l'exigence de transparence financière[1520].

464. **La validation par le Conseil constitutionnel**. L'importance de la solution et de ses conséquences a conduit certains requérants à s'interroger sur sa conformité à la Constitution. À l'occasion d'un litige relatif à la désignation d'un représentant de section syndicale, le syndicat UNSA a saisi l'opportunité en soulevant une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Dans un arrêt du 29 janvier 2020, la Cour de cassation a accepté de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel[1521]. Elle décida toutefois de reformuler la question retenue par le tribunal d'instance. Celui-ci avait choisi de formuler la QPC en ces termes : la condition de transparence financière prévue à l'article L. 2121-1 du code du travail dans le cadre de l'application des articles L. 2142-1 et L. 2142-1-1 du même code est-elle conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution ? La Cour de cassation préféra transmettre la question posée telle qu'elle était posée par les requérants : « L'article L. 2121-1 tel qu'interprété par la Cour de cassation est-il (conforme) à la Constitution ? ». Cette reformulation permet sans nul doute de ne pas limiter l'examen du Conseil constitutionnel à la seule question de la transparence financière dans le cadre de la désignation d'un représentant de section syndicale, mais de l'étendre à l'exercice de toute prérogative dans l'entreprise[1522].

La chambre sociale estima par ailleurs que si le Conseil constitutionnel a déjà déclaré l'article L. 2121-1 du code du travail conforme à la Constitution[1523], il était depuis lors intervenu un changement de circonstance de droit, résultant de la jurisprudence « Société Luxe et traditions »

[1520] Pour l'annulation de la désignation d'un représentant de section syndicale : Cf. Cass. soc., 22 février 2017, *Sté Luxe et traditions*, n° 16-60.123 (préc.) ; dans le cadre d'une instance en annulation de la désignation d'un délégué syndical et d'un représentant syndical au comité d'entreprise : Cf. par ex. Cass. soc., 8 mars 2017, *Syndicat CGT des salariés de la plaine de Nay*, n° 16-13.033 (RSCE) et n° 16-13.034 (DS).

[1521] Cass. soc., 29 janvier 2020, n° 19-40.034, *Transdev, USAP & H. Ferhat* (préc.).

[1522] En réalité, la Cour de cassation n'a repris que la question posée par les requérants en occultant son contexte. Le mémoire déposé par les parties précisait en effet que « L'interprétation de la Cour des articles L. 2121-1, L. 2141-1 et L. 2141-1-1 ajoute une condition qui n'est pas dans la loi. Ainsi, l'interprétation contra legem de la Cour méconnaît le principe de liberté syndicale, le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail, le principe d'égalité devant la loi et le principe de séparation des pouvoirs ; Il y a dès lors lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel. L'article L. 2121-1 tel qu'interprété par la Cour de cassation est-il (conforme) à la Constitution ? ». Sur la reformulation, Cf. égal. *BJT*, n° 113, 07/2020, p. 21, obs. F. BERGERON-CANUT ; *RDT*, 2020, p. 690, obs. L. JUBERT-TOMASSO.

[1523] Cons. constit., 12 novembre 2010, n° 2010-63/64/65 QPC.

du 22 février 2017, lui conférant une portée inédite justifiant un nouvel examen. Bien que relativement récente, la solution a par ailleurs été confirmée à plusieurs reprises devenant, aux yeux de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel, une « jurisprudence constante »[1524]. La question présentait en outre un caractère sérieux puisque l'extension jurisprudentielle de la condition de transparence financière aux organisations syndicales non représentatives pourrait porter atteinte à la liberté syndicale.

Dans une décision du 30 avril 2020, le Conseil constitutionnel examina cette jurisprudence *contra legem*[1525]. Se contentant d'une motivation sommaire dévoilant une certaine liberté laissée au législateur[1526], il la déclara conforme à la Constitution. Il semble que le Conseil constitutionnel ait ainsi repris son raisonnement lorsqu'il s'était prononcé sur la constitutionnalité des critères de représentativité, dont la transparence financière fait partie[1527] : les critères de représentativité « paraissent relever assez largement du pouvoir discrétionnaire du législateur, sauf à violer de façon flagrante un principe constitutionnel »[1528].

[1524] Sur la confirmation de l'arrêt : Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 17-19.732, *Aquanet, Cofrem et Afranett* et Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 18-60.030, *Val d'Europe Airports*, *JCP S*, n° 46, 11/2018, p. 1372, comm. Y. PAGNERRE ; *D. Actu*., 16 novembre 2018, obs. J. CORTOT ; *JSL*, n° 465, 12/2018, obs. J.-B. COTTIN ; *Dr. soc.*, 2018, p. 1063, note G. FRANÇOIS ; *SSL*, n° 1841, 12/2018, note O. LEVANNIER-GOUËL ; Cass. soc., 30 janvier 2019, n° 17-19.238, *Sodipar* ; sur la qualification de jurisprudence constante : Cass. soc. 29 janvier 2020, n° 19-40.034, *Transdev, USAP & H. Ferhat*, *Procédures*, n° 4, 04/2020, p. 22, note A. BUGADA ; *BJT*, n° 3, 2020, p. 23, obs. G. FRANÇOIS ; *LPA*, n° 78, 2020, p. 6, obs. M. RICHEVAUX ; *JSL*, n° 494, 03/2020 ; Cons. constit., 30 avril 2020, n° 2020-835 QPC, *BJT*, n° 113, 07/2020, p. 21, obs. F. BERGERON-CANUT ; *RDT*, 2020, p. 690, obs. L. JUBERT-TOMASSO.

[1525] Cons. constit., 30 avril 2020, n° 2020-835 QPC (préc.). Le Conseil constitutionnel se prononce donc indirectement sur la constitutionnalité d'une jurisprudence. Or, selon l'article 61-1 de la Constitution, « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Puisque seules les dispositions législatives sont visées, le Conseil constitutionnel refuse de vérifier la constitutionnalité d'une jurisprudence ; un arrêt de la Haute juridiction judiciaire (comme administrative d'ailleurs) ne constituant pas une disposition législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution (Cons. constit., 31 janvier 2014, n° 2013-363 QPC, *M. Michel P.*). Mais l'obstacle est assez facilement contourné : tant le Conseil constitutionnel (6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*) que la Cour de cassation (Cass. Civ. 1ère, 13 février 2013, n° 12-19.354) considèrent qu'« en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ». Ce n'est pas l'arrêt qui est contrôlé, mais la disposition législative telle qu'interprétée par l'arrêt.

[1526] Le commentaire officiel de la décision publié sur le site du Conseil constitutionnel note d'ailleurs que « (…) le Conseil constitutionnel reconnaît une marge d'appréciation importante au législateur aussi bien pour la détermination des critères de représentativité des organisations syndicales et patronales que pour la mise en œuvre ''matérielle'' de leur liberté syndicale. » (p. 15).

[1527] Cons. constit., 7 octobre 2010, n° 2010-42 QPC portant sur l'article L. 2122-1 du code du travail ; C. RADÉ, « Cour de cassation et Conseil constitutionnel : la convergence, après la méfiance », *Constitutions*, n° 2011-1, p. 89 ; Cons. constit., 12 novembre 2010, *préc*.

[1528] L. GAY, « Droit de grève et liberté syndicale dans la jurisprudence constitutionnelle : des libertés ''particulières'' ? », *NCCC*, n° 45, octobre 2014.

Les Sages énoncèrent ainsi qu'« en imposant à l'ensemble des syndicats, y compris non représentatifs, de satisfaire à l'exigence de transparence financière, les dispositions contestées ne méconnaissent ni la liberté syndicale ni le principe de participation des travailleurs »[1529]. L'argument le plus sérieux portait sur l'atteinte à la liberté syndicale[1530]. Sous son aspect collectif, celle-ci implique que tout syndicat puisse librement se constituer sans que les autorités nationales n'imposent le respect de formalités ou de conditions préalables à la création du syndicat. Or, selon les requérants, imposer une exigence de transparence financière aux organisations syndicales non représentatives ferait peser une contrainte sur la libre organisation des syndicats. Techniquement, la transparence financière ne constitue pas un obstacle à la constitution et à l'organisation du syndicat. Elle l'empêche en revanche d'exercer toute prérogative syndicale dans l'entreprise, comme la création d'une section syndicale et la désignation de son représentant, la participation à la négociation du protocole pré-électoral ou encore la présentation de candidats. Cependant, cette contrainte est, selon la défense, légitime et proportionnée. Légitime parce qu'elle garantit la liberté syndicale envisagée sous son aspect individuel. En donnant aux salariés la possibilité de connaître l'origine et l'utilisation des ressources financières des syndicats, la transparence financière, tout en restaurant la confiance des travailleurs dans les organisations syndicales, permet en effet aux salariés d'adhérer ou de contribuer à la représentativité des syndicats les plus indépendants et donc les plus aptes à défendre leurs intérêts. L'exigence de transparence est en outre proportionnée parce qu'elle s'adapte au montant des ressources du syndicat, tant au niveau de l'établissement des comptes que de leur publication. Loin de lui porter atteinte, l'exigence d'une transparence financière à la charge des syndicats non représentatifs renforce donc la liberté syndicale sous son aspect individuel, sans porter une atteinte illégitime et disproportionnée sous son aspect collectif.

L'interprétation jurisprudentielle de l'exigence de transparence financière n'a donc pas été censurée par le Conseil constitutionnel. La Cour de cassation en a rapidement pris bonne note. Dans un arrêt du 24 juin 2020, elle a en effet refusé de transmettre une nouvelle QPC portant sur la condition de transparence financière[1531].

[1529] Cons. n° 11.

[1530] Cass. soc., 29 janvier 2020, n° 19-40.034, *Transdev, USAP & H. Ferhat*.

[1531] Cass. soc., 24 juin 2020, n° 20-10.544, QPC, *RDT*, 2020, p. 690, obs. L. JUBERT-TOMASSO.

465. **Conclusion de la section**. La transparence financière imposée aux organisations syndicales apparaît ainsi bien conforme au concept que nous avons proposé. Il s'agit en effet d'une exposition au regard d'autrui (publication des comptes) visant à orienter l'action syndicale (vers une bonne utilisation des fonds syndicaux) bien plus qu'à informer les salariés, justifiant dès lors l'emploi du terme de transparence.

466. **Conclusion du chapitre**. L'analyse de certaines expositions au regard exigées par le droit du travail a permis de valider notre hypothèse. La fonction régulatrice est bien déterminante pour la qualification de la transparence. Ainsi, les quelques occurrences du terme de transparence dans le discours travailliste national désignent bien des expositions au regard d'autrui ayant pour fonction de réguler le comportement de la personne exposée. D'ailleurs, plus cette fonction est mise en avant, et plus le terme de transparence est ancré dans le discours travailliste.
On notera par ailleurs que, fréquemment, lorsqu'il est question de transparence en droit du travail, l'exposition au regard s'opère vers l'extérieur de l'entreprise. L'information est ainsi généralement diffusée au public : les comptes syndicaux sont publiés et accessibles à toute personne, tout comme l'index « égalité professionnelle ». Cette tendance suggère que les relations de travail, d'un point de vue interne à l'entreprise, ne sont pas spécialement propices à une régulation par l'exposition au regard. C'est qu'à l'intérieur de l'entreprise existent, comme nous allons le voir, des espaces soustraits à une telle régulation.

CHAPITRE 2. UNE FONCTION RÉGULATRICE RESTREINTE

467. **La dernière étape du cheminement**. À ce stade, notre cheminement est encore inachevé. Nous cherchons en effet à mesurer la place de la fonction régulatrice des exigences d'exposition au regard présentes au sein du droit du travail. Nous nous sommes intéressés aux quelques occurrences du terme dans le discours travailliste afin de valider notre première hypothèse : la qualification de la transparence implique la place centrale de la fonction régulatrice parmi les différentes fonctions de l'exposition au regard. Toutefois, les deux présupposés sur lesquels repose notre raisonnement – à savoir le faible ancrage de la transparence en droit du travail et le fait que la transparence se caractérise par la primauté de la fonction régulatrice de l'exposition au regard sur sa fonction informative – nous ont permis de formuler une seconde hypothèse. Celle-ci consiste à supposer que le faible ancrage de la transparence s'explique par le fait, qu'en droit du travail, les exigences d'exposition au regard n'ont pas, ou pas principalement, pour fonction d'orienter le comportement de la personne exposée. L'hypothèse se scinde en deux branches.

468. **La première branche de l'hypothèse : les expositions au regard sans régulation**. Selon la première branche de l'hypothèse, le faible ancrage de la transparence en droit du travail s'expliquerait par le fait que certaines exigences d'exposition au regard n'ont pas, dans ce domaine, pour fonction de réguler les comportements. Autrement dit, il existerait en droit du travail des expositions au regard dénuées de fonction régulatrice. Cette branche de l'hypothèse se vérifie. Certains mécanismes sont en effet institués pour éviter que l'exposition d'une personne au regard d'autrui n'exerce sur elle une pression l'incitant à changer son comportement. S'agissant d'espaces de liberté, la fonction régulatrice de l'exposition au regard est ainsi purement et simplement écartée (Section 1).

469. **Seconde branche de l'hypothèse : les expositions au regard insérées au sein d'autres modes de régulation**. Seconde hypothèse, la régulation des comportements pourrait s'opérer sans que soit exigée d'exposition au regard d'autrui, c'est-à-dire par le biais d'autres modes de

régulation. L'étude des modes de régulation sans aucun lien avec l'exposition au regard d'autrui nous emmènerait toutefois trop loin au regard de notre sujet qu'est la place de la transparence en droit du travail. Nous intéressent en revanche davantage les cas dans lesquels la régulation des comportements s'opère par une pluralité de mécanismes, parmi lesquels intervient l'exposition au regard d'autrui. Dans certains cas, en effet, est instaurée une procédure complexe de régulation des comportements comportant une phase d'exposition au regard d'autrui, puis une phase de consultation ou de négociation. Or, ces modes de régulation, plus contraignants que l'exposition au regard, en modifient la fonction : l'exposition au regard d'autrui n'a alors plus comme fonction principale la régulation. La fonction régulatrice *de l'exposition au regard* est alors concurrencée lorsqu'elle s'intègre dans un mode de régulation plus contraignant (Section 2).

SECTION 1. UNE FONCTION QUELQUES FOIS ÉCARTÉE

470. **Des expositions au regard dénuées de fonction régulatrice**. Puisque le droit du travail constitue un domaine propice à la régulation, y compris à la régulation par l'exposition au regard[1532], pourquoi la transparence n'y est-elle pas davantage présente ? Le faible ancrage de la transparence en droit du travail pourrait s'expliquer par l'existence voire l'importance d'expositions au regard d'autrui qui n'auraient pas de fonction régulatrice. Rappelons que celle-ci se caractérise par une orientation des comportements, et plus spécialement, du comportement de la personne exposée au regard. Existe-t-il de telles expositions dénuées de fonction régulatrice en droit du travail ? À notre sens, ces expositions sont nombreuses, particulièrement lorsqu'elles concernent le salarié ou le représentant du personnel dont il sera seule question ici. Il en est ainsi lorsqu'une personne jouit d'une liberté de s'exposer (par exemple dans le cadre de la vie privée du salarié) ou lorsque l'exposition est conçue non pas comme un droit ou un devoir, mais comme une exception, comme un « moindre mal ». L'exposition au regard, qu'elle soit volontaire ou non, n'a alors pas pour fonction, bien qu'elle puisse avoir en pratique pour effet, de réguler le comportement de la personne exposée. Cet effet régulateur est neutralisé, du moins l'espère-t-on, par le mécanisme de ce que nous pourrions appeler « l'opacité fictive ». Contrairement à l'opacité réelle[1533] qui se caractérise par l'impossibilité d'accéder à la connaissance d'une donnée, l'opacité fictive peut se comprendre comme l'impossibilité

[1532] Cf. *supra* § 414.

[1533] Cf. *supra* §§ 185 et s.

d'utiliser une donnée connue à l'encontre de la personne qu'elle concerne. Il s'agit en quelque sorte de feindre l'ignorance. Le salarié comme le représentant du personnel jouissent ainsi d'un droit à l'opacité fictive, qui répond en partie au manque d'effectivité du droit à l'opacité réelle (§1). Toutefois, ce droit à l'opacité fictive connaît lui aussi d'importantes limites (§2).

§1. La consécration d'un droit des salariés à l'opacité fictive

471. **Des espaces de liberté protégés**. Le droit du travail consacre des espaces dans lesquels une personne doit se sentir libre de se comporter comme elle le souhaite. Dès lors, son exposition au regard d'autrui, voulue ou subie, n'a pas pour fonction d'orienter son comportement. Comme toute personne, le salarié doit par exemple être libre d'exprimer ses convictions religieuses ou son orientation sexuelle sans craindre des représailles patronales. La crainte de ces représailles pourrait en effet l'empêcher d'exercer pleinement sa liberté. Ces espaces de liberté sont protégés par le biais du droit à l'opacité fictive : lorsqu'une personne apprend une information relevant de l'espace de liberté d'une autre personne, la première doit feindre de l'ignorer et ne pas utiliser l'information apprise à l'encontre de la seconde. Le salarié (A) et le représentant du personnel[1534] (B) bénéficient ainsi d'espaces d'opacité fictive.

A. Le droit du salarié à l'opacité fictive

472. **Deux fondements**. Fondé notamment sur le droit à la vie personnelle (1) et sur le droit des données personnelles (2), le droit du salarié à l'opacité fictive est un droit consacré en droit du travail.

1. Le droit à l'opacité fictive relatif à la vie personnelle

473. **La notion de vie personnelle au soutien du droit à l'opacité fictive**. On l'a vu[1535], en vertu de son droit à la vie personnelle, le salarié peut choisir de soustraire ses informations personnelles à la connaissance de l'employeur. Le passage du droit au secret de l'intimité de la vie privée à la notion de vie personnelle consacrant, y compris au temps et lieu de travail, une

[1534] La notion de représentant du personnel étant entendue comme le salarié investi d'un mandat représentatif (membre du CSE, représentant syndical, etc.).

[1535] Cf. *supra* §§ 188 et s.

« zone d'autonomie irréductible »[1536] échappant à l'autorité et au contrôle de l'employeur, a permis d'aller plus loin. La connaissance par autrui d'une information personnelle ne l'autorise pas à en réclamer la maîtrise. Même partagée, l'information reste donc sous le contrôle du salarié. Cette solution est le résultat d'une fiction instaurée par le droit : pour garantir l'autonomie du salarié sur ses informations personnelles, l'employeur doit feindre l'ignorance. La révélation de ces informations personnelles peut donc paradoxalement conduire à un droit à l'opacité fictive. Qu'importe la façon dont autrui a appris l'information : que la connaissance de l'information personnelle du salarié soit inopinée (a) ou qu'elle soit voulue par lui (b), ce dernier bénéficie d'un droit à l'opacité fictive sur ces informations.

a. La connaissance inopinée d'un fait relevant de la vie personnelle

474. **L'interdiction pour l'employeur de se prévaloir d'informations obtenues sans le consentement du salarié**. Il arrive que l'employeur apprenne, de manière plus ou moins intentionnelle, une information que le salarié aurait préféré garder hors de sa portée. L'employeur peut par exemple s'informer en accédant au contenu de l'ordinateur professionnel ou en consultant la page personnelle du salarié ou du candidat à l'emploi sur un réseau social. L'information peut également parvenir aux oreilles de l'employeur par un collègue, un supérieur du salarié ou plus généralement par un tiers. D'autres informations encore n'ont pas besoin d'être dites pour être connues[1537] car plus ou moins apparentes (le sexe, l'âge…). Néanmoins, l'autonomie dont bénéficie le salarié sur ses informations personnelles ne doit pas s'effacer lorsqu'il n'a pu empêcher leur révélation. Le droit organise donc, par une fiction juridique, un droit à l'opacité. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de la notion de vie personnelle et c'est grâce à son émergence qu'une telle solution fût rendue possible. La vie personnelle ne se limite pas à la « vie cachée »[1538] et constitue une sphère d'autonomie du salarié soustraite – par définition – à l'autorité de l'employeur. S'attelant à « faire passer [cette révolution] dans les faits »[1539], la Cour de cassation en a déduit un principe de non-immixtion de l'employeur dans la vie privée du salarié. Autrement dit, le fait que l'employeur ait eu connaissance de l'information personnelle du salarié ne lui en confère par la maîtrise. La Haute juridiction pose

---

[1536] P. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *op. cit.*, p. 291.

[1537] L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Donner l'information : les obligations du salarié », *op. cit.*

[1538] Cf. *supra* § 190.

[1539] P. WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.*, 2010, pp. 14-20.

alors le principe selon lequel « la vie privée du salarié en dehors de l'entreprise ne [peut] donner lieu à sanction »[1540], notamment dans les arrêts *Painsecq*[1541] et *Rossard*[1542], conférant ainsi au salarié une immunité pour des faits issus de sa vie personnelle[1543]. L'employeur ne peut donc en principe utiliser à l'encontre du salarié cette information « malencontreusement » apprise[1544] : il doit feindre l'ignorance.

Le principe vaut également lorsque l'employeur pouvait légitimement accéder à l'information. L'affaire de la « revue échangiste » permet d'illustrer le propos[1545]. En l'espèce, un salarié s'est fait adresser sur son lieu de travail une revue destinée aux couples échangistes. L'enveloppe ne comportant pour seules indications que le nom du salarié, sa fonction et l'adresse de l'entreprise, l'employeur a légitimement cru qu'il s'agissait d'un courrier de nature professionnelle et en a pris connaissance. La révélation de cette information au sein de l'entreprise a créé un certain trouble parmi les collègues du salarié, si bien que l'employeur a décidé de prononcer une rétrogradation disciplinaire à son encontre. Après avoir dans un premier temps accepté la modification de son contrat de travail relative à la rétrogradation, le salarié a saisi le juge pour demander l'annulation de la sanction. Déboutant le salarié, les juges du fond ont été partiellement censurés par la Cour de cassation. Il n'est pas reproché à l'employeur d'avoir librement ouvert le courrier. En revanche, celui-ci « ne pouvait, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire ».

La connaissance inopinée de l'information personnelle du salarié n'autorise donc pas, de ce seul fait, l'employeur à s'en prévaloir à l'encontre du salarié. Puisque celui-ci conserve une

---

[1540] *Ibid.*

[1541] Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42.636, *Painsecq*. Cet arrêt est aussi connu comme « l'affaire du sacristain de Saint-Nicolas-du-Chardonnet ». En l'espèce, un homme avait été embauché en qualité d'aide-sacristain par l'association Fraternité Saint-Pie X. A la suite d'une indiscrétion, l'association apprit l'homosexualité du salarié et le licencia pour « le seul motif tiré de ses mœurs ou de ses convictions religieuses ». La Cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir validé le licenciement sans avoir caractérisé de trouble objectif au sein de l'association.

[1542] Cass. soc., 22 janvier 1992, n° 90-42.517, *Rossard*. En l'espèce, le chef d'une entreprise de concession automobile avait licencié une salariée parce qu'elle avait remplacé son véhicule personnel par l'achat d'un modèle concurrent. La Cour de cassation reproche là encore à la cour d'appel d'avoir validé le licenciement sans constater de trouble objectif dans l'entreprise.

[1543] Comme l'illustrent les arrêts *Painsecq* (arrêt préc.) et *Rossard* (arrêt préc.) en se référant à la notion de trouble objectif, cette immunité n'est pas absolue.

[1544] D. CHENU, « Le contrôle de l'information dans l'entreprise par l'accès aux fichiers : l'exemple du droit du travail », *in* S. MAUCLAIR et F. EDDAZI (dirs.), *Le fichier : actes du colloque organisé les 26 et 27 novembre 2015*, Grands colloques, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, pp. 253-264.

[1545] Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803.

autonomie sur ses informations, l'employeur doit feindre leur ignorance. Cela a de quoi surprendre certains employeurs, mais la solution vaut également lorsque le salarié choisit de révéler ses informations personnelles.

b. La connaissance choisie par le salarié

475. **L'interdiction pour l'employeur de se prévaloir d'informations communiquées par le salarié**. La logique de l'autonomie peut être poussée plus loin : puisque le salarié est seul maître de ses informations personnelles, il peut choisir de communiquer, de rendre public, voire de partager avec l'employeur des éléments personnels[1546]. Le salarié peut par exemple taire sa situation familiale ou patrimoniale, mais il peut également décider ou se trouver contraint de partager ses éléments dans un contexte professionnel. Il en a la faculté : « le droit de se taire, c'est aussi le droit de dire si on a envie »[1547]. Mais en choisissant de parler, le salarié ne renonce pas à son autonomie. Il conserve un droit à ne pas être jugé sur ces éléments[1548]. Le droit à la parole aurait en effet un bien maigre intérêt s'il faisait perdre au salarié tout contrôle sur l'information communiquée. Ce droit s'accompagne donc d'un corollaire : le droit à l'opacité. Aussi, un salarié ayant révélé sa religion à son employeur ne peut bien évidemment se voir sanctionné sur ce seul fondement. L'absence d'opacité, résultant de la prise en compte indue de l'information personnelle du salarié, tombera d'ailleurs fréquemment, pour ne pas dire systématiquement, sous le coup de l'interdiction des discriminations.

Le fait que l'information soit volontairement transmise à l'employeur par le salarié est donc inopérant du point de vue du droit à l'opacité. Les juges prennent d'ailleurs rarement la peine d'indiquer la façon dont l'employeur a pris connaissance de l'information[1549].

[1546] La communication d'une information par le salarié à son employeur peut être plus ou moins volontaire. Il peut notamment y être incité afin de bénéficier de certains avantages. Informer l'employeur d'un évènement familial permet par exemple, dans certains cas, d'obtenir des jours de congés.

[1547] L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Donner l'information : les obligations du salarié », *op. cit.* La conseillère référendaire près la chambre sociale de la Cour de cassation illustre son propos avec une pointe d'humour : « (Le droit de se taire, c'est) ce qui me permet par exemple de ne pas dire au président de la chambre sociale que je fais du tennis - c'est ma passion - et que je rate une séance d'entraînement sur deux le mardi à 20 h parce que l'audience se prolonge... Pardonnez ce message personnel que j'avais ainsi l'occasion de faire passer et qui m'amène à l'idée suivante : le droit de se taire, c'est aussi le droit de dire si on a envie. Autrement formulé, on a le droit de se taire, mais on a aussi le droit de parler des choses qu'on a le droit de taire ».

[1548] A. BARÈGE et B. BOSSU, « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *op. cit.*, § 19 : « le droit à la vie privée n'est pas soluble dans le "vivre caché" ; il ne s'agit pas d'empêcher le simple regard d'autrui mais son jugement ».

[1549] Excepté lorsque le mode d'accès à l'information est en lui-même litigieux (filature, par ex.).

L'opacité est bien sûr fictive : l'employeur connaît l'information, mais il doit « faire comme si » la vie personnelle du salarié lui était inconnue. L'opacité est également intermittente. Tantôt l'employeur doit tenir compte de la vie personnelle du salarié, notamment lorsqu'il s'agit de lui octroyer un avantage ; tantôt il doit l'ignorer, par exemple pour éviter que son comportement soit considéré comme discriminatoire[1550].

476. **L'utilisation d'une information conformément à la volonté du salarié**. Une question subsiste. Sans même évoquer les exceptions à l'opacité, l'opacité fictive n'est pas totale. L'employeur connait l'information, et il va l'utiliser ou en tenir compte conformément au souhait du salarié. En dehors des circonstances qu'il a approuvées, le salarié bénéficie d'une opacité fictive relative à l'information connue. Mais dans le cadre des circonstances approuvées, le salarié est-il transparent ? Peut-on par exemple considérer que le salarié a fait preuve de transparence en révélant à l'employeur son mariage pour pouvoir bénéficier des congés correspondants ? À notre sens, une réponse négative s'impose. Cette communication d'information ne constitue pas une manifestation de la transparence telle que nous la concevons. Le but de cette exposition du salarié au regard de l'employeur n'est pas en effet d'influencer son comportement. Au contraire, l'autonomie reconnue au salarié dans la sphère de sa vie personnelle est – par définition – incompatible avec le mécanisme de transparence. Rappelons-le, celui-ci consiste à exposer un comportement en vue de le réguler. Bien plutôt, la communication par le salarié à l'employeur d'un élément relevant de sa vie privée vise une forme d'autonomie. L'expression du salarié peut ainsi être une fin en soi. Elle lui permet d'assumer et de revendiquer sa personnalité, son identité propre, par exemple lorsqu'il partage ses idées politiques, philosophiques, religieuses, son orientation sexuelle, etc. L'expression du salarié peut également avoir un autre objectif : lui permettre de bénéficier d'un avantage[1551]. Ainsi, le salarié qui exerce un mandat (de conseiller prud'homal, de maire, etc.) en dehors de l'entreprise doit en informer l'employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement pour pouvoir bénéficier de la protection associée à ce mandat[1552]. En tout état de cause, la communication d'informations ne peut avoir pour objet de réguler le comportement du salarié, et ne peut dès lors s'analyser en une manifestation de la transparence.

[1550] S. BOURGEOT et P.-Y. VERKINDT, « La maladie du salarié au prisme de la distinction de la vie personnelle et de la vie professionnelle », *op. cit.* Les auteurs parlent d'une « injonction paradoxale » faite à l'employeur.

[1551] L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Donner l'information : les obligations du salarié », *op. cit.*

[1552] Cass. soc., 14 septembre 2012, n° 11-21.307, *Sté Iton Seine*.

En somme que le salarié ait volontairement ou non partagé une information personnelle avec l'employeur, un droit à l'opacité lui permet d'empêcher ce dernier d'utiliser l'information apprise à son encontre[1553]. La vie personnelle n'est toutefois pas le seul fondement permettant au salarié de bénéficier d'un droit à l'opacité fictive : la protection des données personnelles lui en donne aussi l'avantage.

2. Le droit à l'opacité fictive issu de la protection des données personnelles

477. **Le droit à l'oubli et au « gel » des données**. Outre un droit plus ou moins relatif à l'opacité réelle[1554], le RGPD offre à la personne concernée par un traitement de données personnelles une forme de droit à l'opacité fictive. Celui-ci se manifeste à travers les droits d'effacement et de limitation du traitement.

Lorsque les exigences de licéité, légitimité ou proportionnalité du traitement ne sont pas, ou plus, respectées, la personne concernée peut en effet demander l'effacement des données collectées[1555]. Ce droit se situe à la frontière entre opacités fictive et réelle. Théoriquement, il constitue une forme de retour à l'opacité réelle. N'ayant plus de données, le responsable de traitement redevient ignorant. En pratique, même si l'effacement des données est réel, « l'oubli de l'information personnelle » peut l'être moins. Juridiquement en tout cas, même si le responsable de traitement se souvient de certaines données, il ne pourra les utiliser et devra feindre l'oubli.

Le droit de limitation du traitement (ou de « gel » des données) vient quant à lui compléter les autres droits de la personne concernée. Il consiste à « geler » l'utilisation des données le temps que la demande de la personne concernée (demande d'effacement, de rectification des données, etc.) soit examinée[1556]. Il constitue ainsi une forme d'opacité fictive et temporaire : les données ne pouvant plus être collectées ou utilisées, c'est comme si la personne concernée devenait opaque, le temps que sa demande soit examinée.

[1553] L'employeur n'est toutefois pas entièrement démuni car la protection de la vie personnelle du salarié n'est pas absolue.

[1554] Cf. *supra* §§ 193 et s.

[1555] RGPD, art. 17.

[1556] RGPD, art. 18 ; C. FÉRAL-SCHUHL, *La protection des données personnelles*, *op. cit.*, p. 162.

478. **Conclusion**. En résumé, le droit du travail dessine, en mobilisant divers fondements, ayant un lien plus ou moins direct avec la protection de la personne du salarié, un droit à l'opacité fictive relatif aux informations personnelles de ce dernier.

Finalement, entre les informations qui relèvent de la vie personnelle du salarié, ses données personnelles et les informations extraprofessionnelles, le maillage est si dense et étendu qu'aucune information concernant personnellement un salarié n'échappe au droit à l'opacité, qu'elle soit réelle ou fictive. On peut donc affirmer qu'en droit du travail, les dispositifs de protection de la personne du salarié lui confèrent une totale opacité à l'égard de l'employeur, par définition incompatible avec toute exigence de transparence. Encore faut-il bien s'entendre : l'opacité est totale parce qu'elle couvre toutes les informations personnelles du salarié, pas parce qu'elle est absolue[1557].

B. Le droit du représentant du personnel à l'opacité fictive

479. **L'exposition au regard dénuée de fonction régulatrice**. La vie personnelle n'est pas l'unique domaine dans lequel l'exposition du salarié au regard d'autrui est dénuée de fonction régulatrice. L'exposition du salarié investi d'un mandat représentatif, qu'elle soit volontaire (par exemple lorsque le salarié choisit de communiquer une information) ou fortuite (notamment lorsque le chef d'entreprise apprend un fait que le salarié aurait préféré cacher), est également dénuée de fonction régulatrice lorsqu'est neutralisé l'effet régulateur que pourrait avoir l'utilisation de l'information. Empêcher l'employeur de sanctionner un représentant du personnel pour un fait issu de l'exercice de son mandat par exemple vise à enrayer la fonction régulatrice de l'exposition au regard. En ayant l'assurance de ne pas être sanctionné pour l'exercice de son mandat, le représentant du personnel peut ainsi se sentir libre d'agir comme bon lui semble, il n'est pas incité à se comporter de telle ou telle façon ; bref, on ne cherche pas à orienter son comportement. L'opacité fictive concrétise donc l'exposition au regard dénuée de fonction régulatrice.

480. **Fondement et justification du droit à l'opacité dans le cadre du mandat**. La Cour de cassation affirme qu'un salarié agissant dans le cadre de son mandat représentatif « n'est pas

[1557] Cf. *infra* §§ **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** et s.

sous la subordination de l'employeur »[1558]. Le représentant du personnel semble ainsi échapper à l'autorité de l'employeur lorsqu'il exerce son mandat. En conséquence, l'employeur devrait feindre d'ignorer les faits issus de l'exercice du mandat et ne pourrait les retenir à l'encontre du représentant du personnel : celui-ci jouirait donc d'un fort droit à l'opacité fictive.

La reconnaissance d'un tel droit dans l'exercice du mandat se comprend aisément. L'exercice de la fonction représentative dépasse en effet le cadre contractuel et peut se concevoir comme l'exercice d'une liberté publique[1559]. La limitation du pouvoir de l'employeur « se justifie alors par la nécessité d'écarter toute atteinte excessive à l'exercice de cette liberté juridique. En effet, seul un être soustrait à une force contraignante peut être juridiquement libre. En d'autres termes, la reconnaissance juridique de cette liberté entraîne des conséquences à l'égard d'autrui : le mandat représentatif en cause ne pourra s'exercer qu'à la condition que les tiers, notamment l'employeur, soient soumis eux-mêmes à une interdiction de porter atteinte à l'exercice de cette liberté »[1560]. Dès lors, le salarié investi d'un mandat représentatif « ne doit pas avoir à craindre les mesures de sanction ou de rétorsion [de l'employeur], leur seule menace étant de nature à faire obstacle au libre exercice des fonctions représentatives »[1561]. Une distinction est ainsi opérée entre l'exercice du mandat – pendant lequel le salarié serait soustrait à l'autorité de l'employeur – et l'accomplissement de la prestation de travail – que l'employeur pourrait librement sanctionner[1562]. La chambre sociale de la Cour de cassation affirme en effet qu'un salarié agissant dans le cadre de son mandat représentatif « n'est pas sous la subordination de l'employeur » et considère « qu'un fait fautif ne peut s'entendre que d'un fait du salarié contraire à ses obligations à l'égard de l'employeur »[1563]. Le Conseil d'État retient lui aussi qu'en principe, « un agissement du salarié intervenu en-dehors de l'exécution de son contrat de travail ne peut motiver un licenciement pour faute »[1564]. Autrement dit, le représentant du personnel exécutant purement et simplement son contrat de travail n'aurait aucun droit à l'opacité fictive particulier (soit ni plus ni moins que le salarié « ordinaire ») ; tandis que le représentant du

---

[1558] Cass. soc., 4 juillet 2000, n° 97-44.846, Bull. 2000 V n° 263 p. 208.

[1559] F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Bibliothèque de droit privé, n° 291, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 290.

[1560] *Ibid.*

[1561] G. LOISEAU *et al.*, « Droit de la représentation du personnel », 2018, § 145.23.

[1562] Plus exactement dans la même mesure qu'à l'égard d'un salarié non protégé.

[1563] Cass. soc., 4 juillet 2000, n° 97-44.846, Bull. 2000 V n° 263 p. 208.

[1564] Cons. État, 15 décembre 2010, n° 316856 ; Cons. État, 27 mars 2015, n° 368855.

personnel exerçant son mandat bénéficierait d'un droit à l'opacité fictive total – l'employeur ne pouvant retenir aucune faute à son encontre.

481. **Conclusion du paragraphe**. Le droit du travail consacre donc des espaces soustraits à l'exigence de transparence. Plus précisément, il a mis en place un mécanisme – le droit à l'opacité fictive – visant à neutraliser l'effet régulateur de l'exposition (choisie ou non) au regard d'autrui. Cette neutralisation consiste à empêcher autrui, en l'occurrence l'employeur, d'utiliser une information à l'encontre de la personne exposée au regard. De cette manière, le droit à l'opacité fictive garantit la liberté de s'exposer sans en subir les conséquences négatives, en neutralisant l'incitation à se comporter différemment, notamment dans le cadre de la vie personnelle ou de l'exercice d'un mandat. Cependant, comme en matière de droit à l'opacité réelle[1565], le droit à l'opacité fictive comporte des limites susceptibles de porter atteinte à ces libertés.

§2. Les limites du droit à l'opacité fictive

482. **De l'effet régulateur à la fonction régulatrice**. Le droit à l'opacité fictive n'est bien sûr pas sans limites. Le droit autorise ainsi l'employeur à utiliser, dans certaines hypothèses, une information en principe couverte par le droit à l'opacité à l'encontre du salarié ou du représentant du personnel. Cette exposition au regard de l'employeur est-elle alors pourvue d'une fonction régulatrice ? Constitue-t-elle de la transparence ? Ou, pour poser la question sous un autre angle, l'autorisation donnée à l'employeur d'utiliser une information normalement couverte par le droit à l'opacité fictive vise-t-elle à inciter le salarié ou le représentant du personnel à se comporter différemment ? Notons que quelle que soit la technique utilisée, la possibilité pour l'employeur de retenir par exemple à l'encontre du représentant du personnel un fait issu de l'exercice de son mandat lui permet d'exercer une certaine pression, même minime, sur le représentant. S'agit-il pour autant nécessairement de transparence ? Rappelons que, même si la qualification de transparence paraît plus naturelle lorsqu'il est question d'exposition active (c'est-à-dire lorsque la personne exposée diffuse elle-même une information), l'exposition passive au regard d'autrui peut elle aussi être constitutive de transparence dès lors que l'objectif principalement recherché est l'exercice d'une pression

[1565] Cf. *supra* §§ 208 et s.

positive sur le sujet exposé[1566]. Il nous semble que la réponse varie selon la technique utilisée pour autoriser l'employeur à utiliser l'information normalement couverte par le droit à l'opacité fictive. Certaines techniques instaurent un effet régulateur, qui ne correspond ainsi pas à une fonction régulatrice puisque cet effet n'est pas réellement recherché (A). D'autres techniques posent en revanche la question d'une véritable fonction régulatrice, c'est-à-dire d'un effet régulateur recherché (B). Or, ce glissement d'un simple effet régulateur incident à un effet régulateur recherché est parfois critiquable.

A. Des limites au droit à l'opacité fictive ayant un effet régulateur

483. **Un effet régulateur incident**. Certaines techniques juridiques permettent à l'employeur d'utiliser une information relevant pourtant normalement du droit à l'opacité fictive pour prononcer le licenciement du salarié ou du représentant du personnel. Dès lors, puisque le salarié en subit les conséquences négatives, son exposition au regard de l'employeur[1567] est susceptible de comporter un *effet régulateur*. Le salarié ou le représentant du personnel n'est plus totalement libre d'agir comme bon lui semble s'il encourt le risque de se voir licencier. Si le salarié peut se sentir contraint, incité à se comporter différemment, il ne nous semble pas cependant que cet effet soit particulièrement recherché. Dès lors, il n'est pas surprenant que le terme de transparence ne soit pas consacré : l'exposition au regard a un effet régulateur incident plus qu'une véritable fonction régulatrice. Il nous semble que le « trouble objectif caractérisé » constitue une telle technique.

484. **Le trouble objectif caractérisé et la vie personnelle**. Notion prétorienne consacrée dans l'arrêt *Léger* du 20 novembre 1991[1568], le trouble objectif autorise en effet l'employeur à licencier un salarié pour un fait tiré de sa vie personnelle, autrement dit de supprimer l'opacité fictive dont jouit le salarié. Le licenciement n'est alors pas fondé sur une faute du salarié – le fait de la vie personnelle ne peut d'ailleurs en principe en constituer une puisque le salarié est souverain dans sa sphère personnelle – mais sur les conséquences que fait peser le fait du salarié

[1566] Cf. *supra* § 332.

[1567] Rappelons que cette exposition peut résulter de la communication d'une information par un tiers ou par le salarié lui-même, d'une surveillance exercée par l'employeur, du caractère public de l'information, etc.

[1568] Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 89-44.605, *Léger* ; A. BARÈGE et B. BOSSU, « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *op. cit.*, § 36.

sur l'entreprise[1569]. Dans l'affaire *Framatome* par exemple[1570], la Cour de cassation avait retenu que « l'employeur avait été contraint d'intervenir à de multiples reprises auprès des salariés pour prévenir la propagation de rumeurs sur [la condamnation pénale du salarié], que certains salariés du service, amenés à côtoyer la mère de la victime, elle-même salariée de l'entreprise et travaillant sur le site, avaient exprimé une forte émotion et qu'une cellule psychologique avait été mise en place pour assurer un soutien des salariés du service ». La Cour de cassation a donc approuvé la cour d'appel d'avoir considéré que « la condamnation pénale frappant [le salarié] avait créé un trouble caractérisé et certain dans l'entreprise de sorte que le licenciement était fondé sur une cause réelle sérieuse ». En quelque sorte, on peut considérer que les répercussions du fait personnel sont tellement importantes pour l'entreprise que l'opacité fictive du salarié en devient impossible : l'employeur ne peut plus feindre ignorer la vie personnelle du salarié. C'est tout l'intérêt de la notion : l'employeur ne cherche pas à sanctionner le comportement du salarié, encore moins à l'orienter ; il prend simplement acte des conséquences de ce comportement.

485. **Le trouble objectif caractérisé résultant de l'exercice du mandat**. Il arrive également que l'employeur apprenne un fait relatif au mandat. Le représentant du personnel est donc de fait passivement exposé au regard de l'employeur. Or, comme pour le trouble objectif causé par un fait issu de la vie personnelle du salarié, l'employeur est en quelque sorte autorisé à tenir compte, à l'encontre du salarié, de ces faits qu'il ne peut feindre d'ignorer eu égard à leur répercussion sur l'entreprise. Il peut ainsi porter atteinte au droit à l'opacité fictive accordée au représentant du personnel en retenant un fait issu de l'exercice du mandat pour justifier un licenciement non disciplinaire[1571].

[1569] Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *affaire de la « revue échangiste »*.

[1570] Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-11.247, *Framatome*.

[1571] Cons. État, 4 juillet 2005, n° 272193, *Madame Patarin c/Sté Rol Tech*, Lebon p. 306 : « dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un acte ou un comportement du salarié survenu en dehors de l'exécution de son contrat de travail, notamment dans le cadre de l'exercice de ses fonctions représentatives, il appartient à l'inspecteur du travail, et le cas échéant au ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits en cause sont établis et de nature, compte tenu de leur répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise, à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, eu égard à la nature de ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé ». En l'espèce, la salariée qui avait exercé pendant plusieurs années les fonctions de trésorière du comité d'entreprise avait refusé à plusieurs reprises de transmettre les documents comptables aux secrétaire et trésorier nouvellement élus. Le Conseil d'État a jugé que le comportement de la salariée – par ailleurs agent de fabrication – ne pouvait être regardé comme rendant impossible son maintien dans l'entreprise, dans la mesure où « il ne ressort pas des pièces du dossier que ce comportement, qui n'a eu pour effet de différer l'expertise comptable décidée par le comité d'entreprise que de quelques semaines, aurait eu pour but de dissimuler des détournements de fond qu'aurait opérés l'intéressée ».

Le Conseil d'État veille à ce que le trouble manifeste au fonctionnement de l'entreprise soit correctement invoqué, tant par l'employeur que par les juges[1572], et correctement appliqué. L'employeur demandant une autorisation de licenciement sur ce fondement doit ainsi apporter la preuve de la réalité matérielle de ce trouble à l'entreprise[1573] – preuve qui doit être rapportée à l'aide de moyens légaux et en particulier ne portant pas une atteinte excessive à la vie privée du salarié[1574].

Notamment grâce à ces garde-fous, la prise en compte de faits commis à l'occasion du mandat par le biais du trouble manifeste au fonctionnement de l'entreprise n'a donc pas pour objectif premier de permettre à l'employeur d'exercer une pression sur le salarié ou de l'inciter à agir différemment. En d'autres termes, il ne s'agit pas de permettre à l'employeur d'exercer un contrôle de l'activité des représentants du personnel dans le cadre de leur mandat (qui n'est qu'au mieux un effet incident), mais de pouvoir tirer les conséquences d'un état de fait : l'impossibilité de maintenir le salarié dans l'entreprise. Puisque l'objectif n'est donc pas d'exercer une pression sur les représentants du personnel, l'exposition passive du représentant du personnel au regard de l'employeur ne constitue pas une manifestation de la transparence. Nous allons le voir, d'autres limites au droit à l'opacité fictive rapprochent l'exposition au regard d'une véritable exigence de transparence.

B. Des limites à l'opacité fictive frisant la fonction régulatrice

486. **Le glissement vers une exigence de transparence du salarié.** Entre l'effet régulateur et la fonction régulatrice il n'y a parfois qu'un pas qu'il faut selon nous se garder de franchir. Pourtant, au regard de certaines limites au droit à l'opacité fictive, l'exposition au regard se rapproche dangereusement d'une exigence de transparence. On peut en effet se demander si certaines de ces limites n'ont pas pour fonction d'orienter le comportement du salarié dans sa vie personnelle ou du représentant du personnel dans l'exercice de son mandat. Le droit du travail n'est-il pas en voie d'autoriser une surveillance ou un droit de regard de l'employeur sur

---

[1572] Cons. État, 29 juin 2016, arrêt préc. et Cons. État, 13 juillet 2016, n° 381636, *Sté Seris Security*.

[1573] Cons. État, 29 juin 2016, nº387412, *Pigal c/ Accenture* ; *SSL*, n° 1789, obs. S.-J. LIEBER ; *RJS*, 11/2016, p. 776 ; *Cah. soc*., n° 288, 09/2016, p. 438, obs. F. CANUT. En l'espèce, le fonctionnement des instances représentatives du personnel n'était pas sérieusement affecté par le comportement du salarié et les principaux effets imputables à ce comportement sur le fonctionnement de l'entreprise consistaient en un arrêt de travail de la personne avec laquelle il avait été en conflit et en la nécessité de déplacer cette dernière sur un autre poste.

[1574] Cons. État, 2 mars 2020, n° 418640, *Fédération du Crédit mutuel centre est Europe*.

la vie du salarié, y compris en dehors de l'exécution de sa prestation de travail, visant à orienter son comportement ? La question se pose eu égard à l'évolution du droit à la preuve (1) et de la sanction disciplinaire (2).

1. L'évolution du droit à la preuve

487. **Des exceptions aux garanties offertes au salarié**. Le salarié jouit en principe d'une liberté dans sa vie personnelle et dans l'exercice de son mandat. À ce titre, il bénéficie de certaines garanties : d'une part, un droit à l'opacité réelle et fictive lui permettant d'échapper soit au regard de l'employeur, soit aux incidences négatives de ce regard[1575] et d'autre part, d'un droit à l'information, fondé sur la loyauté, portant sur l'existence d'une éventuelle surveillance[1576]. Or, les évolutions récentes du droit à la preuve autorisent l'employeur, sous certaines conditions, à déroger à ces deux garanties. Ce faisant, ces évolutions contribuent à instaurer une sorte de contrôle diffus sur la vie du salarié.

488. **La recevabilité des moyens de preuves illicites**. Jusqu'il y a peu, les moyens de preuve illicites car attentatoires à la vie privée du salarié étaient jugés irrecevables. Dans un arrêt du 9 novembre 2016[1577], la chambre sociale de la Cour de cassation avait commencé par admettre que des documents tels que des contrats de travail, avenants, bulletins de paie ou encore lettres de salariés pouvaient être produits en justice par un syndicat afin d'établir la violation par l'employeur de l'interdiction du travail dominical. Elle avait alors énoncé que « le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ». La voie de la recevabilité de la preuve illicite ainsi ouverte, la chambre sociale de la Cour de cassation avait réitéré sa position, dans l'arrêt « Petit Bateau » du 30 septembre 2020[1578], en affirmant qu'« il résulte des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte

---

[1575] Cf. *supra* §§ 185 et s. (opacité réelle) et §§ 470 et s. (opacité fictive).

[1576] Cf. *supra* § 422. L'employeur est par exemple tenu d'informer les salariés en cas de recours à la vidéosurveillance.

[1577] Cass. soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203.

[1578] Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058.

à la vie privée à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ». En l'espèce, une salariée avait publié la photographie du défilé de la collection à venir sur son compte « Facebook » privé. L'employeur a alors été autorisé à produire en justice une photographie, qu'il avait loyalement obtenue[1579], extraite de ce compte, bien que cette production constitue une atteinte à la vie privée de la salariée. La Cour de cassation a ainsi approuvé la cour d'appel d'avoir considéré que « cette production d'éléments portant atteinte à la vie privée de la salariée était indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, soit la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires ». Si l'on peut comprendre que l'irrecevabilité absolue de tout moyen de preuve attentatoire à la vie privée ait pu être perçue comme sévère à l'égard des employeurs, on ne peut s'empêcher de craindre, en dépit des conditions posées par la jurisprudence, que la production d'éléments de preuve illicites n'aboutisse à une forme de contrôle de la vie personnelle du salarié.

489. **La recevabilité des moyens de preuves déloyaux**. Le risque est d'autant plus grand que cette solution a été étendue aux moyens de preuve déloyaux. Considérant en effet que la distinction entre les moyens de preuve illicites et déloyaux n'était pas aisée, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé, dans l'arrêt *Société ABS* du 22 décembre 2023[1580], d'aligner le régime des moyens de preuve déloyaux sur celui des preuves illicites. La Haute juridiction affirme ainsi qu'« il y a lieu de considérer désormais que, dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarter des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi ». En l'espèce, les juges du fond auraient donc dû rechercher si la production des enregistrements audio réalisés à l'insu du salarié n'était pas indispensable et strictement proportionnée au respect du droit à la preuve de l'employeur. En dépit de ces conditions, la

[1579] La Cour de cassation relève que « la publication litigieuse avait été spontanément communiquée à l'employeur par un courriel d'une autre salariée de l'entreprise autorisée à accéder comme "amie" sur le compte privé Facebook de [la salariée] ».

[1580] Cass. ass. plén., 22 décembre 2023, n° 20-20.648, *Sté ABS* ; *Rec. D.*, 02/2024, n° 06, p. 291.

solution comporte le risque d'une surveillance diffuse et clandestine des salariés. Certes, l'orientation du comportement du salarié ne paraît pas être particulièrement recherché, il ne s'agirait donc pas de transparence, faute de fonction régulatrice. Néanmoins, les risques d'une surveillance permanente et diffuse que cette solution génère n'est pas sans rappeler les craintes qu'a pu susciter la surveillance par l'appareil étatique et qui ont justifié que l'on parle de transparence[1581].

2. La sanction disciplinaire

490. **La fonction régulatrice de la sanction disciplinaire**. La sanction disciplinaire[1582] prononcée par l'employeur remplit plusieurs fonctions. Elle vise évidemment à punir le salarié fautif mais elle comporte également une dimension dissuasive. La sanction ou la crainte de celle-ci incite en effet le salarié – et ses collègues – à ne pas ou ne plus adopter un comportement jugé non désirable. On pourrait discuter sans fin de la place respective de ces fonctions dissuasive et punitive de la sanction sans parvenir à savoir laquelle prédomine. Aucune à notre avis : ces deux fonctions nous semblent équivalentes. Ainsi, l'exposition de fait du salarié au regard de l'employeur vise, au moins partiellement, par le biais de la sanction, à exercer sur lui une certaine pression afin qu'il adopte un comportement jugé acceptable. Dès lors, la sanction des faits non issus de l'exécution de la prestation de travail comme une limite au droit à l'opacité fictive se rapproche fortement d'une exigence de transparence. Le salarié est en effet exposé au regard de l'employeur – ce regard ayant pour objet d'inciter le salarié à se conformer au comportement qu'il est attendu de lui.

En principe, la sanction reposant sur des faits issus de la vie personnelle ou de l'exercice du mandat est interdite. Toutefois, la Cour de cassation a admis que de tels faits puissent être sanctionnés, y compris par un licenciement. Il en va de même pour le Conseil d'État qui a autorisé, dans l'arrêt *SAFER d'Auvergne* du 5 mai 1976[1583], l'employeur à sanctionner le représentant du personnel pour des faits commis dans l'exercice du mandat représentatif.

[1581] Cf. *supra* § 264.

[1582] C. trav., art. L. 1331-1 : « Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ».

[1583] Cons. État, 5 mai 1976, *SAFER d'Auvergne*, n° 98647 ! 98820, *GADT* 4ème éd., n° 152.

La doctrine explique en effet que certaines obligations issues du contrat de travail trouvent à s'appliquer en dehors du temps et lieu de travail[1584]. Le lien de subordination « n'étant pas totalement distendu »[1585], l'employeur peut donc user de son pouvoir disciplinaire pour sanctionner le non-respect de ces obligations. Le rattachement d'un fait fautif à une obligation du contrat de travail est parfois aisé. Ainsi en est-il lorsque l'employeur sanctionne la violation d'une obligation expressément stipulée dans le contrat de travail telle qu'une obligation de confidentialité par exemple[1586]. En elle-même la sanction disciplinaire peut déjà paraître critiquable en ce qu'elle restreint la liberté de la vie personnelle et la liberté dans l'exercice du mandat alors que l'employeur n'a en principe aucune autorité dans ces sphères. Le risque est cependant accru lorsque le rattachement est plus incertain.

491. **Le manquement à une obligation contractuelle implicite : l'obligation de sécurité**. La jurisprudence est en effet allée plus loin en autorisant les licenciements disciplinaires fondés sur une violation d'une obligation implicite du contrat de travail, telle que l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur comme sur le salarié.

Dans l'affaire *Air Tahiti Nui*[1587] par exemple, un salarié appartenant au personnel naviguant « critique pour la sécurité » du vol avait consommé des drogues dures lors d'une escale, c'est-à-dire pendant son temps de repos. L'employeur le licencie pour faute grave, estimant que la reprise du travail par le salarié sous l'emprise des stupéfiants constitue un manquement à ses obligations professionnelles. Le raisonnement est approuvé tant par la cour d'appel que par la Cour de cassation. N'est ainsi pas tant sanctionnée la consommation de stupéfiants lors de l'escale que la reprise du travail sous l'emprise de stupéfiants faisant courir un risque pour la sécurité[1588].

De la même manière, le salarié doit respecter son obligation contractuelle et légale[1589] de sécurité lorsqu'il exerce son mandat. Est donc justifié le licenciement disciplinaire d'un salarié protégé qui assène délibérément un coup violent à la tête de son collègue lors d'une suspension

---

[1584] Par ex. P. ADAM, « Sanctions, rétrogradation et discrimination », *RDT*, 05/2020, n° 5, p. 337 ; Y. FERKANE, « Syndicats professionnels : droit syndical dans l'entreprise », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2020, § 694.

[1585] G. LOISEAU *et al.*, « Droit de la représentation du personnel », *op. cit.*, p. 228.

[1586] Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, *Sté Petit Bateau* (arrêt précité).

[1587] Cass. soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915, *Air Tahiti Nui*.

[1588] La Cour de cassation relève que le salarié « avait fait courir un risque aux passagers » en reprenant le travail sous l'emprise de drogues dures.

[1589] C. trav., art. L. 4122-1.

d'une séance du comité d'entreprise[1590] comme le licenciement de celui qui se rend coupable de harcèlement moral sur son lieu de travail envers un autre salarié protégé[1591]. Tous deux « méconnaî[ssent], y compris lorsque ces actes sont commis dans l'exercice des fonctions représentatives, [leur] obligation de ne pas porter atteinte, dans l'enceinte de l'entreprise, à la santé et à la sécurité des autres membres du personnel, laquelle découle de [leur] contrat de travail » énonce le Conseil d'État[1592]. La sanction du non-respect de cette obligation de sécurité ne pose, en tout cas à notre sens, aucun problème de légitimité : l'employeur et le salarié sont tous deux, en vertu de la loi, co-responsables de la santé et sécurité dans l'entreprise[1593], même si ce n'est pas dans les mêmes proportions. Dès lors, permettre à l'employeur de sanctionner le représentant du personnel ayant un comportement dangereux ou violent ne nous semble pas choquant. Autrement dit, l'exigence de transparence du représentant du personnel, consistant ici à permettre à l'employeur d'exercer une pression sur le représentant du personnel en le sanctionnant pour des faits constitutifs d'une violation de l'obligation de santé/sécurité et, par conséquent à inciter le représentant à adopter une attitude respectueuse de cette obligation paraît légitime, bien qu'elle se rattache plus difficilement au contrat de travail.

492. **Le manquement à une obligation contractuelle implicite : l'obligation de loyauté**. Le salarié peut également se voir sanctionner pour violation de son obligation de loyauté envers l'employeur. Or, la plasticité de cette obligation de loyauté la rend dangereuse. Elle constitue une technique permettant de réduire l'espace soustrait au regard de l'employeur, voire une technique permettant l'inflitration d'une exigence de transparence dans la vie personnelle du salarié ou dans l'exercice du mandat.

Selon une décision de la Cour de cassation, encourt ainsi une sanction, le salarié protégé qui manque à son obligation de discrétion (rattachée à la loyauté) en divulguant à la presse, de surcroît de manière déformée, des informations confidentielles et présentées comme telles par l'employeur[1594]. La décision a divisé ses commentateurs. L'un regrette que l'employeur puisse « user de son pouvoir disciplinaire à l'égard du représentant du personnel lorsque ce dernier est

---

[1590] Cons. État, 27 mars 2015, n° 368855, *Gonçalvez c/ Véolia Transports*.

[1591] Cons. État, 29 juin 2016, préc.

[1592] Dans les deux arrêts préc.

[1593] C. trav., art. L. 4121-1 (pour l'employeur) et art. L. 4122-1 (pour le salarié).

[1594] Cass. soc., 6 mars 2012, n° 10-24.367, *M. L. c/ SAS Zeneca* ; *Dr. soc.*, 05/2012, p. 469, obs. L. PÉCAUT-RIVOLIER ; *Dr. ouvr.*, n° 771, 10/2012, p. 649, obs. C. MÉNARD ; *JCP S*, n° 23, 05/2012, p. 1248, obs. E. JEANSEN.

dans l'exercice de ses fonctions représentatives, tout particulièrement lorsque la faute n'est pas détachable des fonctions », considérant qu'une telle solution permet « un contournement de la dimension collective conférée par le mandat pour replacer le représentant dans le rapport individuel de subordination »[1595]. Pour le commentateur, il aurait été préférable que « l'abus ou la faute dans l'exercice du mandat [soit] soumis au juge de droit commun dans le cadre d'un recours en responsabilité »[1596]. Un autre se contente d'affirmer qu'un « représentant du personnel qui divulgue une information confidentielle commet, par principe, une faute [et] peut dès lors faire l'objet d'une procédure disciplinaire »[1597]. Une autre encore concède que la solution n'allait pas de soi – la voie du licenciement pour trouble objectif aurait été moins surprenante – mais ne la condamne pas pour autant, jugeant que « la confidentialité, dès lors qu'elle s'applique à bon escient, et sans excès de secret, c'est la loyauté et le respect de l'autre, et, à l'heure où le développement des nouveaux moyens de communication remet en question la notion même de discrétion, c'est tout simplement la confiance au sein de l'entreprise »[1598]. De notre point de vue, la possibilité pour l'employeur de sanctionner un représentant du personnel pour la violation d'une obligation de discrétion paraît justifiée. D'abord, l'employeur voit ses intérêts légitimes (la protection des informations sensibles relatives à l'entreprise) directement lésés. Ensuite, il est vrai que le respect de la confidentialité et de la discrétion quant aux informations dont le représentant du personnel prend connaissance dans l'exercice de ses fonctions contribue au respect de l'obligation pour l'employeur de communiquer ces informations. En effet, l'employeur pourrait se montrer réticent – en dépit de ses obligations légales – à transmettre des informations relativement sensibles pour l'entreprise. Partant, permettre à l'employeur de sanctionner les manquements des représentants du personnel à l'obligation de discrétion participe indirectement à la protection des intérêts des représentants du personnel (à obtenir l'information émanant du chef d'entreprise). « Élastique »[1599], l'exigence de loyauté ne doit cependant pas s'entendre de manière trop extensive. Car, à « n'y prendre pas garde, la loyauté largement entendue pourrait être alors le cheval de Troie du pouvoir disciplinaire de l'employeur ! »[1600].

[1595] C. MÉNARD, obs. préc., p. 652.

[1596] *Ibid*.

[1597] E. JEANSEN, obs. préc.

[1598] L. PÉCAUT-RIVOLIER, obs. préc.

[1599] P. ADAM, « Sanctions, rétrogradation et discrimination », *op. cit.*

[1600] *Ibid.*

493. **Le rattachement à la vie professionnelle**. Une autre technique permettant à l'employeur de sanctionner un fait issu de la vie privée du salarié est de considérer que ce fait est rattachable à la vie professionnelle, voire de nier son appartenance à la vie personnelle. La Cour de cassation a ainsi cassé un arrêt de cour d'appel ayant estimé que « des faits de menaces, insultes et comportements agressifs, commis à l'occasion d'un séjour organisé par l'employeur dans le but de récompenser les salariés lauréats d'un "challenge" national interne à l'entreprise et à l'égard des collègues ou supérieurs hiérarchiques du salarié » relevaient de la vie privée du salarié alors que, selon la Cour de cassation, ils se rattachent à la vie de l'entreprise[1601]. De la même manière, la Cour de cassation a retenu que des faits de vol commis pendant le temps d'une escale se rattachaient à la vie professionnelle du salarié puisque ces vols se sont produits dans un hôtel partenaire commercial de l'employeur, la société Air France, qui y avait réservé à ses frais les chambres, à qui l'hôtel avait signalé le vol et grâce à l'intervention de laquelle la victime n'avait pas porté plainte[1602]. Cette notion de rattachement permet donc de « rapatrier » des éléments appartenant normalement à la vie personnelle du salarié dans le giron de sa vie professionnelle. Elle est donc critiquable[1603], notamment en ce qu'elle brouille les frontières entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié. Elle permet là encore, de réduire l'espace soustrait au regard de l'employeur, voire d'instaurer une exigence de transaprence du salarié : la possibilité pour l'employeur de prononcer une sanction peut en effet influencer le comportement du salarié.

494. **Le fondement de l'abus**. À côté du manquement aux obligations contractuelles, la jurisprudence a admis un autre fondement permettant à l'employeur de sanctionner le représentant du personnel : l'exercice anormal ou abusif des fonctions représentatives[1604]. Là aussi, le fondement de l'abus peut réduire l'espace soustrait à la fonction régulatrice de la surveillance patronale.

En énonçant que le licenciement du salarié investi d'un mandat représentatif ne doit pas être en rapport avec les fonctions *normalement* exercées, l'arrêt *SAFER d'Auvergne* du Conseil

---

[1601] Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-16.793.

[1602] Cass. soc., 8 juillet 2020, n° 18-18.317.

[1603] V. not. P. ADAM, « Vie personnelle et faute disciplinaire », *Dr. soc.*, 2024, p. 300 ; F. CHIREZ, « L'abus de droit à la vie personnelle : proposition à partir d'un constat critique », *op. cit.*

[1604] Nous tenons pour synonyme les expressions « exercice anormal » et « exercice abusif » du mandat.

d'État[1605] suggère en effet que l'exercice « anormal » des fonctions pourrait justifier un licenciement. La poursuite de la lecture de l'arrêt confirme cette hypothèse : l'autorité administrative doit en effet vérifier la gravité de la faute commise au regard notamment des « exigences propres à l'exécution normale du mandat ». La jurisprudence a donc, dans un premier temps, validé certains licenciements de représentants du personnel fondés, non pas sur la violation d'un manquement aux obligations contractuelles de ce dernier, mais sur l'exercice abusif du mandat. Défini comme le détournement de la fonction économique ou sociale du droit dans le but d'en tirer un avantage supérieur ou différent de celui qu'aurait procuré l'exercice normal du droit causant un préjudice à autrui[1606], l'abus de droit constitue soit un fondement autonome de la sanction, soit un fondement confondu avec le manquement aux obligations contractuelles.

Souvent, les fondements de l'abus et du manquement aux obligations contractuelles se distinguent difficilement[1607], voire ne forment qu'un. Ainsi en est-il, selon la jurisprudence, lorsque le salarié investi d'un mandat représentatif prétexte l'exercice de son mandat pour justifier une absence personnelle[1608] ou pour exercer une autre activité professionnelle[1609]. Dans les deux cas, les magistrats ont considéré qu'il s'agissait d'un manquement à l'obligation contractuelle de loyauté envers l'employeur. La solution se comprend assez aisément : par le mensonge, le salarié tente d'échapper à l'exécution du contrat de travail. Les intérêts de l'employeur sont donc bien lésés par l'inexécution injustifiée du contrat de travail. En prétextant l'utilisation de ses heures de délégation pour échapper à l'exécution de son contrat de travail, le représentant du personnel est donc sorti de l'exercice de son mandat (ou plus exactement, il

---

[1605] Cons. État, 5 mai 1976, préc.

[1606] P. BATHMANABANE, *L'abus du droit syndical*, Bibliothèque de droit social, n° t. 26, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 5. Le préjudice peut être causé à la société tout entière (p. 7).

[1607] Sur cette question, Cf. Y. FERKANE, « Syndicats professionnels : droit syndical dans l'entreprise », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2020, n° 698.

[1608] Cass. soc., 13 janvier 2021, n° 19-20.781 : en l'espèce, le salarié s'était absenté « en raison de la fuite de son perroquet hors de la cage ». Le lien avec le manquement aux obligations contractuelles est particulièrement flagrant puisque la Cour de cassation considère que la cour d'appel a bien caractérisé tant l'abus commis par le salarié dans l'exercice de son mandat que le manquement de celui-ci à ses obligations professionnelles.

[1609] Cons. État, 27 mars 2015, n° 371174.

n'y est pas « entré »[1610]) et a dans le même temps commis un manquement à ses obligations contractuelles[1611].

Dans certains cas, manquement aux obligations contractuelles et exercice abusif du mandat se distinguent nettement. Ainsi en est-il lorsqu'est reproché au trésorier-adjoint au comité d'entreprise un détournement des fonds de cette instance[1612]. En l'espèce, le Conseil d'État n'avait pas caractérisé le manquement aux obligations contractuelles du salarié, se contentant d'affirmer que « ces agissements, quoiqu'internes au comité d'entreprise, intéressent le fonctionnement de la société dans son ensemble [et] sont par eux-mêmes constitutifs d'une faute commise dans l'exercice du mandat représentatif détenu par l'intéressé, suffisamment grave pour justifier son licenciement »[1613]. Il paraît ici impossible – sauf de manière très artificielle – de pouvoir rattacher une mauvaise gestion, même malhonnête, du budget de l'instance représentative à une obligation contractuelle du salarié envers l'employeur[1614]. C'est donc l'exercice anormal des fonctions représentatives qui fonde la solution. L'employeur est ainsi autorisé à retenir à l'encontre du représentant du personnel un fait issu de l'exercice de son mandat. La solution introduit donc une exigence qui se rapproche fortement de la transparence : par la faculté de sanctionner, l'employeur exerce une pression sur le représentant du personnel incitant celui-ci à exercer correctement son mandat. Outre les difficultés à cerner les contours de cette notion d'« exercice anormal du mandat »[1615], la solution pose question au regard de la légitimité de l'employeur à se prévaloir de son pouvoir disciplinaire. En effet, si l'exigence de transparence imposée par ce biais aux représentants du personnel n'est pas en elle-même illégitime (l'exigence de probité des représentants du personnel dans l'exercice de leur fonction étant légitime), le fait qu'elle s'opère à l'égard de l'employeur est nettement plus discutable : ne sont-ce pas les salariés réprésentés les plus légitimes à exercer cette pression[1616] ?

[1610] À notre sens, le lien avec le mandat de représentant du personnel est négligeable. La question devrait se poser dans les mêmes termes quel que soit le motif fallacieux (exercice du mandat, raison médicale, etc.) invoqué pour échapper indûment à l'exécution de sa prestation de travail.

[1611] Il aurait cependant été à notre sens plus judicieux d'invoquer le manquement à l'obligation d'exécuter la prestation de travail plutôt que de se référer à l'obligation de loyauté.

[1612] Cons. État, 23 septembre 1992, n° 80334, *Affichage Giraudy*.

[1613] Même arrêt.

[1614] Ces faits pourraient en revanche relever du trouble objectif à l'entreprise. En ce sens, G. LOISEAU *et al.*, « Droit de la représentation du personnel », *op. cit.*, p. 228.

[1615] Selon Franck PETIT, l'expression n'est pas « d'une clarté limpide » (*in* F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, *op. cit.*, p. 288.

[1616] Sur cette question, cf. *supra* § 450.

495. **Conclusion**. Le droit du travail consacre donc des espaces dans lesquels le salarié peut librement s'exposer au regard de l'employeur sans craindre ses représailles. Par le biais de ce que nous avons appelé un droit à l'opacité fictive conféré au salarié, l'employeur doit en effet feindre d'ignorer le comportement du salarié dans sa vie personnelle ou dans l'exercice de son mandat représentatif. Assuré de ne pas subir les conséquences négatives de son comportement, le salarié est alors libre de se comporter comme il l'entend. En d'autres termes, la fonction régulatrice de l'exposition du comportement du salarié ou du représentant du personnel est ainsi écartée. Cependant, le droit à l'opacité fictive n'est pas sans limite. L'employeur est quelque fois autorisé à se prévaloir, à l'encontre du salarié, du comportement de ce dernier. La question est alors de savoir si cette situation constitue ou non une forme d'orientation du comportement du salarié ou du représentant du personnel, et donc d'une forme d'exigence de transparence. Dans certains cas, il nous a semblé que l'objectif principal de cette exposition n'était pas d'exercer une pression sur le salarié pour l'inciter à se comporter différemment. Il est pourtant des cas, par exemple en cas de sanction disciplinaire, où l'exposition au regard de l'employeur se rapproche d'une véritable exigence de transparence.

SECTION 2. UNE FONCTION RÉGULATRICE SOUVENT CONCURRENCÉE

496. **La fonction régulatrice de l'information effacée par d'autres modes de régulation**. Dans certains cas, en particulier dans les relations collectives de travail, la régulation ne s'opère pas par l'exposition au regard (qui, seule, caractérise la transparence) mais par une autre forme de régulation : le dialogue social (§2). Or, dans ce cadre, l'exposition au regard (qui prend généralement la forme d'une communication d'informations) a moins pour fonction d'orienter le comportement de la personne exposée que d'éclairer les représentants du personnel. En quelque sorte, la fonction régulatrice s'efface au profit d'autres modes de régulation (§1).

§1. L'effacement de la fonction régulatrice

497. **L'information accessoire de l'action ou de la réaction des représentants du personnel**. Dans le discours travailliste français, le terme de transparence est très peu présent lorsqu'il s'agit de l'information des représentants du personnel. Le droit à l'information des représentants du personnel est pourtant assez conséquent. Cependant, bien que la fonction

régulatrice de l'information puisse être soulignée[1617], le droit du travail met l'accent sur la fonction informative de l'information. L'information n'a en effet pas comme fonction principale d'orienter le comportement du chef d'entreprise, mais de permettre l'action des représentants du personnel (A) ou d'éclairer leur réaction (B). Il en résulte que, dans ce cadre, la fonction régulatrice s'efface au profit de la fonction informative. Le terme de transparence n'est donc pas employé.

A. L'information permettant l'action des représentants du personnel

498. **L'information permettant un contrôle de l'activité patronale**. En droit du travail, l'exposition du chef d'entreprise au regard des représentants du personnel semble permettre l'exercice par ceux-ci d'un contrôle de l'activité patronale.

En effet, le rôle des représentants élus du personnel est, en particulier dans les entreprises dont l'effectif est compris entre onze et de quarante-neuf salariés[1618], de s'assurer que l'employeur respecte les droits des salariés, qu'il s'agisse de leurs droits en tant que personne, de leur santé physique et mentale, de leurs libertés individuelles ou encore des droits sociaux qu'ils tiennent des dispositions légales ou conventionnelles[1619]. Pour mener à bien cette mission, la loi organise une sorte d'exposition passive de l'employeur : les représentants du personnel peuvent en effet rechercher l'information, sans avoir à se contenter de celles produites et transmises par l'employeur. Ils peuvent également « circuler librement dans [et au dehors de] l'entreprise et y prendre tous contacts nécessaires à l'accomplissement de leur mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail, sous réserve de ne pas apporter de gêne importante à l'accomplissement du travail des salariés »[1620].

En matière de santé et de sécurité par exemple, le comité social et économique bénéficie d'un accès aux documents non nominatifs relatifs à la santé et sécurité[1621] notamment le document unique d'évaluation des risques établi par l'employeur[1622] et peut procéder à des enquêtes, en

---

[1617] Et elle l'est d'ailleurs parfois, cf. *supra* §§ 420 et s.

[1618] Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, le CSE exerce ces mêmes attributions, auxquelles d'autres s'ajoutent.

[1619] C. trav., art. L. 2312-5.

[1620] C. trav., art. L. 2315-14.

[1621] C. trav., art. R. 2312-1 et R. 2312-3.

[1622] C. trav., art. R. 4121-4 2°.

cas d'accident de travail ou de maladie à caractère professionnel[1623] ou en cas d'atteinte aux droits des personnes[1624]. Plus largement, il dispose d'un accès à certains documents ou informations lui permettant de vérifier le respect par l'employeur de la réglementation légale ou conventionnelle tels que le registre unique du personnel[1625], les documents nécessaires au décompte du temps de travail[1626] ou la liste des modifications apportées chaque année aux conventions ou accords applicables dans l'entreprise[1627]. Enfin, lors de réunions ayant lieu au moins une fois par mois[1628], l'employeur doit répondre par écrit aux demandes formulées par les représentants du personnel[1629].

Comme dans les petites entreprises, le comité institué dans les entreprises d'au moins cinquante salariés est chargé de vérifier le respect par l'employeur des droits des salariés[1630]. Cette mission est étendue aux autres domaines de compétence de l'instance. Il bénéficie ainsi de nombreux droits d'alerte – en cas d'atteinte aux droits des personnes, en cas de danger grave et imminent, en matière économique ou encore en matière sociale[1631] – à l'occasion desquels il peut recueillir une information par voie d'enquête. Il peut également « faire appel à titre consultatif et occasionnel au concours de toute personne de l'entreprise qui lui paraîtrait qualifiée »[1632]. Les recherches du comité social et économique peuvent même parfois s'étendre à l'extérieur de l'entreprise. L'instance peut par exemple user du droit d'accès aux documents administratifs pour obtenir des informations très variées sur l'entreprise[1633].

L'activité patronale est ainsi exposée au regard des représentants du personnel, qui sont eux placés dans le rôle d'observateurs. Dans d'autres contextes, ce type d'observation est considéré

[1623] C. trav., art. L. 2312-5 al. 2.

[1624] C. trav., art. L. 2312-5 al. 3 renvoyant respectivement aux articles L. 2312-59 et L. 2312-60.

[1625] C. trav., art. L. 1221-15.

[1626] Plus exactement, les documents nécessaires au décompte de « la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective établis par l'employeur lorsque tous les salariés ne travaillent pas selon le même horaire collectif » (C. trav., art. L. 3171-2).

[1627] C. trav., art. L. 2262-6 al. 1.

[1628] C. trav., art. L. 2315-21.

[1629] C. trav., art. L. 2315-22.

[1630] C. trav., art. L. 2312-8 dern. al.

[1631] Respectivement : C. trav, art. L. 2312-59, L. 2312-60, L. 2312-63 et s. et L. 2312-70 et s.

[1632] C. trav., art. L. 2312-13 al 2.

[1633] Sur les recherches d'information par le CSE en dehors de l'entreprise, y compris par le biais de l'accès aux documents administratifs, Cf. M. COHEN et L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, *op. cit.*, pp. 954 et s. ; Cf. également, R. VATINET, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, Bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale, Paris, Editions Sirey, 1983, pp. 164 et s.

comme une manifestation de la transparence[1634]. Dans le discours travailliste, en revanche, cette observation de l'activité patronale par les représentants du personnel n'est pas associée à la transparence[1635]. Hormis dans le cadre d'une alerte, il ne semble pas que le regard des représentants du personnel exerce à lui seul une pression suffisante sur le chef d'entreprise pour l'inciter à modifier son comportement dans un sens plus respectueux des droits des salariés. L'amélioration des conditions de travail et le respect des droits des salariés paraissent ainsi davantage résulter – théoriquement en tout cas – de l'action des représentants du personnel, plus que d'une modification spontanée du comportement du chef d'entreprise par son exposition au regard des élus.

499. **L'information permettant au comité social et économique d'être acteur plus que spectateur**. Dans le même ordre d'idée, l'exposition passive du chef d'entreprise au regard des élus peut aussi être envisagée comme un moyen de rendre le comité social et économique plus acteur que spectateur. Particulièrement en matière de santé et de sécurité, la mission de contrôle du comité s'accompagne ainsi d'un rôle plus actif, qui se traduit notamment dans les modalités d'accès à l'information. L'instance ne se contente plus nécessairement de l'information fournie par l'employeur et dispose de moyens pour la rechercher elle-même. Le comité participe ainsi à la protection de la santé et de la sécurité des salariés en procédant à l'analyse des risques professionnels[1636] et en réalisant régulièrement des inspections[1637]. Plus largement, le comité social et économique peut proposer à l'employeur des améliorations en matière de santé et de sécurité, de conditions de travail ou d'emploi[1638]. À cette fin, les représentants du personnel peuvent, comme dans les petites entreprises, se déplacer librement dans l'entreprise et interroger les salariés[1639]. Ici, l'information du comité social et économique semble avoir avant tout pour fonction de permettre au comité social et économique d'être co-acteur, avec le chef d'entreprise, en matière de santé et de sécurité. C'est cette action du comité social et économique, par sa force de proposition notamment, qui est censée améliorer les conditions de

---

[1634] Cf. *supra* §§ 275 et s.

[1635] V. par ex. : E. LAFUMA, « Comité social et économique : compétences en matière de santé et sécurité », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, juin 2023, § 49. L'auteur utilise l'expression « Droit à l'information et à la communication ».

[1636] C. trav., art. L. 2312-9 al. 2.

[1637] C. trav., art. L. 2312-13 al. 1.

[1638] C. trav., art. L. 2312-9 et L. 2312-12.

[1639] C. trav., art. L. 2315-14.

travail. L'information n'est donc pas envisagée sous le prisme de sa fonction régulatrice, mais sous le prisme de sa fonction informative.

500. **La régulation par l'action plus que par l'exposition au regard**. En somme, tel qu'il est pensé, le droit du travail organise une régulation des conditions de travail par l'action des élus (par l'exercice d'un contrôle ou de propositions du comité social et économique en matière de santé et de sécurité notamment) plus que par la seule exposition au regard. Dans ce cadre, l'information du comité social et économique est perçue comme un moyen de faciliter voire de permettre l'action du comité social et économique, et non comme un moyen d'orienter en elle-même le comportement du chef d'entreprise. Cette perspective explique, selon nous, pourquoi le discours travailliste préfère parler « d'information du comité social et économique » davantage que de transparence de l'employeur à l'égard du comité social et économique.

B. L'information permettant la réaction des représentants du personnel

501. **La régulation par la réaction des représentants du personnel**. Le plus souvent, le droit du travail organise une exposition active du chef d'entreprise au regard des représentants du personnel. Celui-ci doit ainsi communiquer des informations ou les mettre à disposition des représentants du personnel. Là encore, cette exposition au regard n'est généralement[1640] pas associée à la transparence à laquelle le terme d'information est préféré. La fonction régulatrice de cette exposition du chef d'entreprise au regard des représentants du personnel pourrait pourtant être envisagée. Il est en effet possible que l'idée de présenter un projet de décision devant les représentants du personnel oriente ce projet ; que le chef d'entreprise renonce à certains aspects d'un projet, anticipe certaines remarques ou questions, peaufine l'argumentation du projet, ce qu'il n'aurait peut-être pas fait en l'absence de consultation du comité social et économique sur ce projet de décision. Toutefois, cet aspect n'est pas mis en avant dans le discours travailliste. En revanche, la fonction informative de l'exposition de l'employeur au regard des représentants du personnel est accentuée.

Il semble en effet que la régulation des relations de travail résulte avant tout de la réaction des représentants du personnel que de l'exposition du chef d'entreprise à leur regard. Cette exposition au regard semble ainsi moins perçue comme un instrument de régulation des

[1640] Sur les exceptions, cf. *infra* §§ 420 et s.

relations de travail à part entière, que comme l'accessoire d'un autre moyen de régulation, à savoir la consultation des représentants du personnel (1) ou la négociation collective (2). La fonction informative de l'exposition au regard prend donc le pas sur sa fonction régulatrice.

1. L'exposition au regard au service d'un avis éclairé dans le cadre de la consultation du comité social et économique

502. **L'information corrélée aux attributions consultatives du comité social et économique**. Quelle est la fonction de l'information donnée au comité social et économique ? A-t-elle pour fonction principale d'orienter les décisions patronales ? Ou vise-t-elle avant tout à informer le comité social et économique ? Bien qu'à certains égards l'information du comité social et économique dans le cadre de ses attributions consultatives pourrait être perçue sous l'angle de sa fonction régulatrice, elle semble surtout conçue comme un moyen d'éclairer l'avis du comité social et économique. L'exposition du chef d'entreprise au regard des représentants élus du personnel est en effet majoritairement tournée vers la consultation. Autrement dit, la consultation du comité social et économique donne la mesure des informations. Il en résulte que l'exposition de l'employeur au regard des représentants du personnel est surtout perçue au travers de son prisme informatif : elle vise à éclairer l'avis rendu dans le cadre de la consultation plus qu'elle ne vise à orienter, du seul fait de l'exposition, la décision de l'employeur. Ainsi, tant la teneur de l'information communiquée, c'est-à-dire son contenu (a), que ses modalités (b) sont corrélées à la compétence consultative du comité social et économique, même si cette corrélation mérite d'être nuancée. En concevant, l'information du comité social et économique comme un moyen d'éclairer son avis, le droit du travail privilégie ainsi la fonction informative de l'exposition du chef d'entreprise au regard du comité social et économique, davantage que sa fonction régulatrice.

a. La teneur de l'information du comité social et économique corrélée aux consultations

503. **Le contenu de l'information épousant les contours imprécis des consultations**. En droit du travail, l'accès à l'information par le comité social et économique est voué à éclairer l'avis plus qu'à orienter en lui-même la décision patronale. Autrement dit, la fonction informative de l'information du comité social et économique prime sur sa fonction régulatrice. Le contenu de l'information en témoigne : il est adapté aux consultations du comité social et économique.

Tandis qu'en droit administratif toute personne peut demander l'accès aux documents administratifs quel qu'en soit le contenu[1641], en droit du travail, l'accès à l'information est surtout lié à l'exercice des attributions, en particulier des attributions consultatives, des institutions représentatives du personnel. Ainsi, lorsque le comité social et économique ne bénéficie que « d'attributions réduites », le nombre d'informations dont il peut obtenir la communication est très limité. Cet accès à l'information réservé au comité social et économique doté d'attributions consultatives est sans doute le signe le plus marquant de la corrélation de l'information aux attributions consultatives. Autre signe de cette corrélation quoique plus nuancé : la teneur et la quantité d'informations s'adaptent aux contours imprécis des consultations, qu'elles soient récurrentes ou ponctuelles.

504. **La teneur de l'information dans le cadre des consultations récurrentes**. Suivant les contours imprécis des consultations récurrentes, la teneur exacte de l'information remise au comité social et économique en vue d'une consultation récurrente est relativement imprécise. Les dispositions légales d'ordre public se contentent majoritairement de formules générales, laissant une importante liberté aux partenaires sociaux. À défaut d'accord, le législateur reprend la main en prévoyant de manière assez détaillée la teneur des informations[1642].

505. **La teneur de l'information dans les dispositions d'ordre public relatives aux consultations récurrentes**. Avant la réforme opérée par l'ordonnance dite « Macron » du 22 septembre 2017[1643], le législateur imposait dans le détail la teneur de l'information due au comité d'entreprise[1644]. Se cumulaient ainsi des dispositions très générales et des dispositions très précises, ajoutant à l'impression de désordre[1645]. Désormais, les dispositions d'ordre public se bornent à fixer, à l'aide de standards, les grands principes censés dicter l'information du comité social et économique. Le chef d'entreprise doit ainsi mettre « à disposition [du comité les] informations *nécessaires* aux trois consultations récurrentes »[1646] ; la base de données (qui

---

[1641] Sauf exception. Cf. *supra* §§ 85 et s ; § 298.

[1642] La négociation collective n'est en cette matière pas une obligation préalable à l'application des dispositions supplétives. En ce sens : Cass. soc., 4 octobre 2023 n° 21-25.748.

[1643] Ord. n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

[1644] Le contenu de l'information ne pouvait qu'être *enrichi* par accord collectif (C. trav., anc. art. L.2323-8 al. 14).

[1645] B. HENRIET, « L'information du comité d'entreprise : une pratique encore imparfaite », *op. cit.*, p. 878.

[1646] C. trav., art. R. 2312-7. Nous soulignons.

rassemble les informations) doit être organisée de telle manière qu'elle permet au comité social et économique d'exercer *utilement* sa compétence[1647].

506. **La teneur de l'information dans « le champ ouvert à la négociation » relatif aux consultations récurrentes**. Quand bien même le législateur ne détaille pas lui-même la teneur des informations dues au comité au sein des dispositions d'ordre public, cela ne signifie pas pour autant qu'elle soit abandonnée aux seules formules générales. Le législateur a en effet délégué aux partenaires sociaux, sous le contrôle du juge, le soin de définir la teneur exacte des informations remises au comité[1648]. Cette délégation aux partenaires sociaux permet d'adapter le besoin d'information à la situation concrète dans laquelle se trouve l'entreprise.
Les partenaires sociaux bénéficient d'une double liberté. Ils peuvent non seulement définir le contenu de l'information remise à l'occasion d'une consultation récurrente, mais ils peuvent également s'entendre sur les contours mêmes de cette consultation. Le législateur n'impose plus que trois grands thèmes de consultation – sur les orientations stratégiques de l'entreprise, sa situation économique et financière ainsi que sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi[1649] – à charge pour les partenaires sociaux de s'accorder sur le contenu exact de ces consultations. Partant, la teneur de l'information nécessaire à la consultation variera en fonction des prévisions des partenaires sociaux.

507. **La teneur de l'information dans les dispositions supplétives relatives aux consultations récurrentes**. À défaut d'accord collectif, les dispositions supplétives fourmillent de précisions quant à la teneur de l'information due au comité social et économique[1650]. La quantité d'informations s'accroit encore lorsque l'entreprise compte au moins trois cents salariés même si les thèmes restent globalement identiques[1651].

[1647] C. trav., art. L. 2312-21 al. 6. Nous soulignons. L'article est inséré dans un paragraphe intitulé « champ de la négociation », pourtant la formulation ne semble pas souffrir de dérogations.

[1648] C. trav., art. L. 2312-19 et L. 2312-21.

[1649] C. trav., art. L. 2312-17.

[1650] C. trav., art. L. 2312-36 complété par C. trav., art. R. 2312-8 et R. 2312-9.

[1651] C. trav., art. R. 2312-9. Les représentants du personnel ont par exemple accès à des informations en matière environnementale. Sur le débat suscité par l'insertion d'informations relatives à la responsabilité sociale d'entreprise, cf. A. MARTINON, « Sécurisation de l'emploi - L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités ? », *JCP S*, 06/2013, n° 25, p. 1263.

Les informations peuvent être regroupées en trois grands volets[1652] : les « données permettant de "contextualiser la situation économique et sociale de l'entreprise" » comprenant les données tenant à la structure et à la composition des effectifs, au chiffre d'affaires, aux flux financiers, etc. ; « les informations qui permettent de mesurer "les investissements pour la croissance de l'entreprise" » telles que les mesures et dépenses en matière de formation professionnelle ou des « données relatives aux risques professionnels » et enfin un volet concernant la « distribution de la valeur créée » avec des données portant notamment sur la rémunération des dirigeants ou la participation des salariés. À cela s'ajoutent désormais des informations sur l'impact économique de l'activité de l'entreprise.

En résumé, la teneur de l'information suit les contours flous des consultations récurrentes.

508. **La teneur de l'information dans le cadre des consultations ponctuelles**. Comme dans les consultations récurrentes, la teneur de l'information due au comité social et économique à l'occasion d'une consultation ponctuelle épouse les contours imprécis de la consultation. Formulée en des termes généraux, la compétence du comité social et économique est très vaste. Il doit ainsi être consulté sur « les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise »[1653]. Dès lors, rien ou presque n'échappe à son information. En effet, « tout évènement important dans la vie de l'entreprise, même s'il n'est pas expressément mentionné dans un texte, doit donner lieu à une information […] du comité social et économique en raison des attributions générales de celui-ci »[1654]. La relative imprécision des termes utilisés par le législateur ne saurait lui être reprochée. « On ne peut [en effet attendre de lui] qu'il fixe systématiquement, avec une précision qui ne suscite pas la discussion, la liste des informations économiques et financières à fournir, tant les situations donnant lieu à consultation sont variées »[1655]. La jurisprudence, elle aussi, interprète largement cette compétence générale[1656].

[1652] Volets dégagés par S. GUEDES DA COSTA et C. MICHAUD, « La base de données économiques et sociales : des objectifs à la pratique », *JCP S*, 04/2014, n° 14, p. 1133.

[1653] C. trav., art. L. 2312-8 al. 2.

[1654] M. COHEN et L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, *op. cit.*, p. 687.

[1655] P.-H. ANTONMATTÉI, « Donner l'information en matière économique et financière : brefs propos sur des évolutions récentes », *op. cit.*, § 6.

[1656] Sur ce point, Cf. R. VATINET, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, Bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale, Paris, Editions Sirey, 1983, pp. 29 et s.

En sus de cette compétence générale, le législateur prévoit des cas plus précis d'information (et de consultation) du comité. L'instance doit par exemple être informée et consultée en cas de mise en œuvre des moyens de contrôle de l'activité des salariés, de restructuration et compression des effectifs, de licenciement collectif pour motif économique, etc[1657]. Ces dispositions plus précises n'épuisent pas la compétence générale de l'instance. La jurisprudence a d'ailleurs rappelé à plusieurs reprises que le comité social et économique (ou comité d'entreprise à l'époque) peut exiger la communication d'informations même lorsqu'elles ne sont pas expressément prévues par les textes[1658].

Certes, en vertu de l'article L. 2312-55 du code du travail, les partenaires sociaux peuvent définir par voie d'accord collectif le contenu des consultations et des informations. Cependant, la compétence du comité est formulée, au sein des dispositions d'ordre public, de manière si générale qu'elle laisse, à notre sens, peu de liberté aux partenaires sociaux.

509. **Conclusion sur la teneur de l'information**. En résumé, le contenu des informations dues au comité social et économique semble suivre les contours flous des consultations tant récurrentes que ponctuelles. La teneur des informations est ainsi dictée par un principe : toute l'information nécessaire à l'avis éclairé des représentants du personnel et rien que cette information. Cette forte corrélation entre la teneur des informations communiquées et la consultation du comité social et économique suggère que la fonction de cette information est moins de réguler l'activité patronale que de permettre aux représentants du personnel d'émettre un avis éclairé. La fonction informative tend ainsi à effacer la fonction régulatrice de l'information des membres du comité social et économique.

b. Les modalités de l'information du comité social et économique corrélée aux consultations

510. **La périodicité de l'information du comité social et économique**. De la même manière, les modalités de l'information transmise au comité social et économique témoignent de la prépondérance de sa fonction informative sur sa fonction régulatrice. Elles sont là encore

[1657] V. Not. C. trav., art. L. 2312-37. Pour un panorama des informations ponctuelles obligatoires, cf. M. COHEN et L. MILET, *op. cit.*M. COHEN et L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, *op. cit.*, pp. 678 et s.

[1658] *Ibid.*, pp. 684-685.

adaptées aux consultations du comité social et économique, suggérant que l'objectif principal de cette information est d'éclairer l'avis des représentants du personnel.

La périodicité de l'information transmise au comité social et économique témoigne en effet d'un lien fort entre celle-ci et la consultation du comité social et économique. À l'inverse du droit administratif par exemple, qui consacre un droit d'accès aux documents à tout moment[1659], en droit du travail, l'information du comité social et économique précède sa consultation. Il en est particulièrement ainsi dans le cadre des consultations ponctuelles : l'information est transmise au comité social et économique à l'occasion d'un projet de décision de l'employeur entrant dans le champ de compétence de l'instance.

Il faut néanmoins convenir que, dans le cadre des consultations récurrentes, la périodicité de l'information tend à s'écarter quelque peu de la consultation. La périodicité des consultations récurrentes est fixée par accord collectif dans la limite de trois ans[1660]. À défaut d'accord, les consultations récurrentes sont annuelles[1661]. L'information contenue dans la base de données est accessible « en permanence » aux représentants du personnel[1662]. « Essentiellement cyclique, la diffusion de l'information devrait donc, de plus en plus, se faire sur un mode continu, "au fil de l'eau" »[1663]. Alors, s'agit-il d'un nouveau rapport au temps, amorçant une vision différente de l'implication des représentants des salariés[1664] ? En réalité, cette nouvelle temporalité doit être relativisée. Si l'information est théoriquement accessible en permanence aux représentants élus ; en pratique, les élus peuvent ne pas pouvoir y accéder à tout moment. Lorsque la base de données est constituée sur un support papier par exemple ou dans un format numérique uniquement disponible depuis l'entreprise, l'accès est *de facto* limité aux horaires d'ouverture de celle-ci. Ensuite se pose la question de la « fraîcheur » des informations. Reprenant la technique du standard, la loi dispose que la base de données doit être *régulièrement* mise à jour[1665]. Or, l'accès permanent à la base de données perd de son intérêt si les informations

---

[1659] Cf. *supra* §§ 26 et s. ; § 298.

[1660] C. trav., art. L. 2312-19. Là encore, des dispositions d'ordre public se sont immiscées dans un article consacré au champ ouvert à la négociation collective.

[1661] C. trav., art. L. 2312-22.

[1662] C. trav., art. L. 2312-36 al. 2.

[1663] F. GÉA, « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise - Bâtir une "culture de la confiance" ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 717. Dans le même sens : B. BOSSU, « Le comité d'entreprise : accessibilité, efficacité, transparence... », *op. cit.*

[1664] *Ibid.*

[1665] C. trav., art. L. 2312-36 al. 1.

sont obsolètes. La périodicité de l'information suit donc, sensiblement, la périodicité des consultations.

511. **Conclusion sur l'information dans le cadre de la consultation**. L'information transmise au comité social et économique sert donc avant tout à éclairer l'avis rendu par l'instance dans le cadre de sa consultation par le chef d'entreprise plus qu'à orienter, en elle-même, l'action patronale. Il est vrai que le comité social et économique – en tout cas dans les entreprises d'au moins cinquante salariés – dispose d'une information étendue sur l'action patronale et que cette information peut déjà, en elle-même, orienter cette action patronale. La fonction régulatrice est d'ailleurs quelques fois soulignée : les informations relatives à l'égalité professionnelle par exemple vise au moins autant à éclairer l'avis du comité social et économique qu'à faire prendre conscience au chef d'entreprise des éventuelles disparités et à l'inciter à y remédier[1666]. Souvent toutefois, l'information du comité social et économique est avant tout conçue comme un moyen d'éclairer l'avis des représentants du personnel. C'est cet avis, davantage que l'information en elle-même, qui est censée orienter les décisions patronales. La fonction informative de l'exposition du chef d'entreprise au regard des représentants du personnel est mise en avant. Il n'est donc pas étonnant que le discours travailliste préfère parler d'information du comité social et économique plus que de transparence du chef d'entreprise à l'égard du comité social et économique.

2. L'exposition au regard au service d'un consentement éclairé dans le cadre de la négociation collective

512. **L'information des acteurs de la négociation collective : les dispositions légales**. Le délégué syndical reçoit des informations de la part de l'employeur ou des organisations patronales à l'occasion de la négociation d'une convention ou d'un accord collectif. Le droit à l'information et le droit à la négociation collective sont en effet intimement liés[1667]. Pourtant, la place de l'information n'est pas aussi importante à l'égard des négociateurs qu'elle ne l'est à l'égard des représentants élus du personnel. Le législateur se préoccupe peu de la période de négociation

[1666] Cf. *supra* §§ 427 et s.

[1667] S. NADAL, « Conventions et accords collectifs de travail : droit à la négociation collective », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, octobre 2019, § 311.

des conventions et accords collectifs[1668], et ce faisant, de la question de l'information des représentants syndicaux.

Pour les entreprises pourvues d'un négociateur salarié, les dispositions d'ordre public sont en effet fort laconiques sur les informations que lui doit transmettre l'employeur. Au niveau de l'entreprise, le législateur se contente d'imposer l'établissement d'un procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes comprenant les propositions respectives des parties[1669]. Au niveau de la branche, aucune information précise n'est expressément requise dans les dispositions d'ordre public. Pour le reste, l'information des négociateurs salariés repose entièrement sur la volonté des partenaires sociaux encadrée par le principe de loyauté.

Il revient alors aux partenaires sociaux le soin de déterminer la teneur des « informations nécessaires à remettre préalablement aux délégués syndicaux de l'entreprise ou de l'établissement »[1670]. L'accès par les délégués syndicaux à la BDESE, très riche en informations, n'est plus impératif mais supplétif[1671]. Le législateur invite ainsi les partenaires sociaux à conclure des accords de méthode précisant les informations que l'employeur ou les organisations patronales remettent aux organisations syndicales de salariés[1672]. Selon la doctrine, ces accords de méthode relèvent toutefois plus du symbole que de la véritable contrainte[1673]. Et pour cause, le législateur, non sans une certaine contradiction[1674], a écarté la sanction automatique de la nullité des accords conclus en violation des stipulations de l'accord de méthode, sauf convention contraire[1675]. En l'absence de cette clause contraire, la violation des stipulations de l'accord de méthode relatives à l'information pourra toutefois être sanctionnée, même lorsqu'elle ne caractérise pas un manquement au devoir de loyauté, par une

---

[1668] En ce sens, cf. G. AUZERO, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », *in Mélanges offerts à Geneviève Pignarre - Un droit en perpétuel mouvement*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, p. 33.

[1669] C. trav., art. L. 2242-6.

[1670] C. trav., art. L. 2232-20.

[1671] C. trav., art. L. 2312-36 al 2. L'article ne mentionne pas les salariés mandatés pour la négociation collective.

[1672] C. trav., art. L. 2241-5 4° (pour les négociations de branche) et art. L. 2242-11 4° (pour les négociations d'entreprise).

[1673] S. NADAL, « Conventions et accords collectifs de travail : droit à la négociation collective », *op. cit.*, § 316.

[1674] C. WOLMARK et E. PESKINE, *Droit du travail 2020*, *op. cit.*, p. 592 : « Autrement dit, le non-respect d'un accord portant sur la loyauté n'entraîne pas la nullité à moins que la loyauté n'ait pas été respectée. Le législateur n'est plus à une contradiction près ».

[1675] C. trav., art. L. 2222-3-1 al. 3 et L. 2222-3-2 al. 2.

action en réparation indemnitaire du préjudice subi fondée sur la responsabilité contractuelle[1676].

Les dispositions supplétives sont elles aussi assez discrètes sur les informations à remettre aux organisations syndicales de salariés, ce qui en dit long sur l'état d'esprit du législateur. Seuls certains thèmes relevant de la négociation obligatoire ont paru suffisamment importants au législateur pour prévoir une information. Au niveau de la branche, le législateur n'a accordé son attention qu'à l'information, sous forme de rapports, dans le cadre d'une négociation sur les salaires, sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ainsi que sur l'insertion des travailleurs handicapés[1677]. Ainsi, lors de la négociation sur les salaires au niveau de la branche, la partie patronale doit remettre aux organisations syndicales de salariés un rapport au moins quinze jours avant la date d'ouverture de la négociation[1678]. Ni la nature exacte, ni la teneur des informations contenues dans ce rapport ne sont toutefois précisées[1679]. La loi prévoit seulement « [qu'au] cours de l'examen de ce rapport, les organisations d'employeurs fournissent aux organisations syndicales de salariés, les informations nécessaires pour permettre de négocier en toute connaissance de cause »[1680]. À peine plus précise, la loi dispose, concernant l'égalité femmes-hommes, qu'un rapport doit présenter la situation comparée des femmes et des hommes en matière de conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle ainsi que conditions de travail et d'emploi et notamment celles des salariés à temps partiel[1681]. Et de poursuivre en précisant que la négociation s'appuie « sur des indicateurs sur des indicateurs pertinents, reposant sur des éléments chiffrés, pour chaque secteur d'activité ». Un diagnostic doit ensuite être effectué sur la base de ce rapport[1682]. Enfin, un rapport doit être « établi par l'employeur présentant, pour chaque secteur d'activité, la situation par rapport à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés »[1683]. Au niveau de l'entreprise, les dispositions légales supplétives renvoient aux partenaires sociaux le soin de déterminer les informations qui seront transmises en l'absence ou en cas de non-respect des

---

[1676] « Conventions et accords collectifs », *Documentation experte*, Série KA, Editions Francis Lefèbvre, § 1600.

[1677] C. trav., art. D. 2241-1 à D. 2241-3.

[1678] C. trav., art. D. 2241-1.

[1679] S. NADAL, « Conventions et accords collectifs de travail : droit à la négociation collective », *op. cit.*, § 321.

[1680] C. trav., art. D. 2241-1.

[1681] C. trav., art. D. 2241-2. Sophie NADAL note d'ailleurs que l'article ne précise pas qui doit élaborer ce rapport « Conventions et accords collectifs de travail : droit à la négociation collective », *op. cit.*, § 321.

[1682] *Ibid*.

[1683] C. trav., art. D. 2241-3.

dispositions de l'accord de méthode[1684]. On retrouve ensuite les thèmes chers au législateur : dans le cadre de la négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée, l'employeur informe les négociateurs sur les mises à disposition de salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs[1685] ; dans le cadre de l'insertion des travailleurs handicapés, il établit un rapport[1686].

Face à ce manque d'intérêt du législateur pour l'information des négociateurs, il est extrêmement difficile d'en dégager la fonction principale. Cependant, l'existence d'un lien fort entre le droit commun des contrats et l'information des négociateurs suggère que cette fonction est plus informative que régulatrice.

513. **L'information des acteurs de la négociation collective : le principe de loyauté et le droit commun des contrats**. Les partenaires sociaux bénéficient d'une grande liberté en matière d'information. Cela dit, la négociation des conventions et accords collectifs est encadrée par le principe de loyauté[1687], sans lequel « le droit des salariés à la négociation collective dérivant du droit constitutionnel à la participation (…) ne serait plus respecté »[1688].

D'origine civiliste[1689], ce devoir de loyauté est mobilisé dans le cadre de la négociation d'un accord collectif (qui, rappelons-le, reste un contrat) et a été repris dans le code du travail et la jurisprudence. Sans poser d'obligation générale de loyauté dans le code du travail, le législateur multiplie ainsi depuis quelques années les références éparses à cette exigence[1690]. Il a ainsi ajouté aux obligations spéciales de loyauté dans la négociation d'entreprise[1691], une obligation

---

[1684] C. trav., art. L. 2242-13 et L. 2242-14.

[1685] C. trav., art. L. 2242-16.

[1686] C. trav., art. L. 2242-18.

[1687] J. PÉLISSIER, « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouvr.*, 12/1997, pp. 496-502 ; M. MINÉ, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi*, 10/2000, n° 84, pp. 47-61 ; M.-L. MORIN, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », *Dr. soc.*, 2008, p. 24 ; G. AUZERO, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », *op. cit.* ; T. PASQUIER, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *Dr. soc.*, 01/2018, n° 1, p. 44 ; H. GEBEL, « Les clés d'une négociation loyale », *JCP S*, 09/2022, n° 36, p. 1225 ; G. DUMORTIER *et al.*, *Droit de la négociation collective 2024/25*, Paris, Dalloz, 2024.

[1688] C. WOLMARK et E. PESKINE, *Droit du travail 2020*, *op. cit.*, p. 591.

[1689] M. MINÉ, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *op. cit.*, p. 48.

[1690] L'obligation de mener des négociations loyales n'est pas mentionnée dans les dispositions relatives aux conditions de négociation des conventions et accords collectifs (C. trav., art. L. 2231-1 et s.). Elle apparaît en revanche au détour de certaines négociations, telles que les négociations portant sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes (C. trav., art. L. 2242-6) ou pour la négociation collective de branche (C. trav., art. L. 2241-3).

[1691] C. trav., art. L. 2242-6 (négociation obligatoire sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes) et art. L. 3122-21 al. 3 (négociation facultative sur le travail de nuit).

générale dans le cadre de la négociation obligatoire de branche[1692]. Ces obligations impliquent notamment[1693] la communication des informations nécessaires à la négociation en toute connaissance de cause ainsi que la réponse motivée aux propositions des organisations syndicales. Le législateur invite également les partenaires sociaux de branche ou d'entreprise à conclure des accords de méthode « permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties »[1694].

Au-delà de la seule application des dispositions légales, les juges ont également établi un lien entre loyauté et information, en affirmant que « l'employeur est tenu de mener loyalement les négociations d'un accord préélectoral notamment en mettant à disposition des organisations participant à la négociation les éléments d'information indispensables à celle-ci »[1695]. Encourt ainsi la nullité le protocole préélectoral conclu en violation de cette obligation[1696]. La Cour de cassation utilise certes un vocabulaire différent du législateur en visant « les informations indispensables » à la négociation, mais il nous semble que la formule peut être tenue pour équivalente à celle employée par le législateur.

Dans le prolongement, l'obligation d'information pré-contractuelle prévue en droit commun des contrats trouve en outre à s'appliquer à la négociation des accords collectifs[1697]. De nature contractuelle, la convention ou l'accord collectif est en effet soumise au droit commun des contrats. L'article 1112-1 du code civil, applicable dans le cadre de la négociation collective, dispose « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant », étant précisé qu'« ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ».

514. **L'information perçue sous un prisme informatif**. En résumé, la seule absence d'une information conventionnelle emporte la nullité de la convention ou l'accord collectif lorsqu'un

---

[1692] C. trav., art. L. 2241-3 al. 2.

[1693] Sur les autres implications du devoir de loyauté dans la négociation, cf. par ex. : J. PÉLISSIER, « La loyauté dans la négociation collective », *op. cit.*

[1694] C. trav., art. L. 2222-3-1.

[1695] Cass. soc., 9 octobre 2019, n° 19-10.780. Déjà en ce sens et également dans le cadre d'une négociation préélectorale : Cass. soc., 6 janvier 2016, n° 15-10.975.

[1696] Même arrêt.

[1697] M. MINÉ, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *op. cit.*, p. 55 ; G. AUZERO, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », *op. cit.*, pp. 38-39.

accord de méthode l'a expressément prévu. Dans le cas contraire, le juge doit apprécier la pertinence et l'utilité des informations manquantes : s'il estime qu'elles sont nécessaires à une négociation en toute connaissance de cause, il prononcera la nullité de l'accord. Sinon, seule une sanction indemnitaire pourra éventuellement être prononcée. L'information imposée à l'employeur à l'égard des négociateurs est donc largement subordonnée au consentement de ceux-ci.

Dans ce contexte, l'exposition de la partie patronale au regard des acteurs de la négociation collective – au premier rang desquels figurent les représentants syndicaux – semble exclusivement pensée comme un moyen d'éclairer le consentement des acteurs de la négociation[1698]. L'exposition au regard est donc exclusivement perçue sous le prisme de sa fonction informative. Il faut toutefois admettre que le terme de transparence est utilisé ici ou là, dans le sens d'une communication d'information ou de la clarté des informations[1699] sans que soit mentionnée la fonction régulatrice de ces informations. L'emploi du terme transparence reste toutefois rare et paraît fortuit. Le terme d'information est en revanche largement prédominant.

§2. La progression de la régulation par le dialogue social

515. **La place respective des techniques de régulation**. On l'a vu, lorsque l'exposition de l'action patronale au regard des représentants du personnels s'inscrit dans le cadre d'une consultation ou de la négociation collective, sa fonction informative prime sur sa fonction régulatrice. Dans les relations entre le chef d'entreprise et les représentants du personnel, la transparence n'est pas une technique privilégiée. Le dialogue social, technique de régulation plus contraignante pour l'employeur, lui est alors préféré. Dans les relations individuelles ou lorsque l'information est diffusée au-delà des frontières de l'entreprise (par exemple au public), la transparence a davantage sa place. Quel espace le droit du travail accorde-t-il aux décisions discrétionnaires de l'employeur, pour lesquelles il n'y a ni exposition au regard, ni dialogue ; aux décisions

---

[1698] T. PASQUIER, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *op. cit.* : « Centrée sur le contrôle de la qualité du consentement des parties, [l'obligation d'information] impose aux parties de considérer les informations importantes pour l'autre partie et de les dévoiler dans l'objectif de garantir une forme de confiance mutuelle ».

[1699] Par ex. : M. MINÉ, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *op. cit.*, p. 55 (« transparence des informations »).

régulées par une seule exposition au regard (donc par la transparence) et aux décisions régulées par le dialogue social ?

516. **La place des décisions discrétionnaires**. On a pu se demander récemment si les décisions discrétionnaires, que l'on croyait pourtant disparues, ne retrouvaient pas un certain espace en droit du travail[1700]. Ces décisions restent cependant très marginales.

517. **Le développement du dialogue social**[1701]. Au niveau de l'entreprise, la technique du dialogue social gagne quant à elle du terrain, en tout cas dans son volet négociation collective. La technique de régulation par le dialogue social connaît en effet une si forte progression que l'on a pu se demander si elle ne traduisait pas un changement de paradigme[1702], c'est-à-dire une transformation du modèle, de la « matrice théorique » du droit du travail[1703], de la représentation schématique du droit du travail[1704]. Or, à mesure que progresse cet outil de régulation concurrent qu'est le dialogue social, l'espace dans lequel la transparence pourrait s'épanouir s'amenuise.

Longtemps, le droit du travail s'articulait en effet autour du paradigme de l'État social, avec l'ordre public social au cœur de cette philosophie. Depuis une quarantaine d'années, mais avec une accélération notable depuis 2016[1705], un autre paradigme tend à s'imposer (sans pour autant exclure totalement le précédent paradigme[1706]). La « meilleure » norme, ou en tout cas celle à appliquer, ne serait plus la norme la plus favorable aux salariés, mais la norme négociée, la norme issue d'un dialogue. Se répand ainsi « l'idée selon laquelle [le contenu normatif] ne se

---

[1700] P.-E. BERTHIER, « Le pouvoir patronal sans juge », *Dr. ouvr.*, 09/2024, n° 913, pp. 368-375. L'auteur mentionnait deux arrêts de la Cour de cassation (cass. soc., 28 février 2018, *Wolters Kluwer France* et Cass. soc., 30 septembre 2020, *New Look France*) dans lesquels le juge soit n'exerçait aucun contrôle (fraude à la participation financière) soit n'avait aucun pouvoir de contrainte (droit des représentants du personnel dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi).

[1701] Sur l'évolution de la hiérarchie des normes, cf. égal. nos précédents développements *in* « L'ambivalence de la coopération et de la confrontation en droit du travail », *op. cit.*

[1702] Selon Thomas KUHN – à qui l'on devrait le concept – le paradigme se définit comme « l'ensemble des découvertes scientifiques universellement reconnues qui, pour un temps, fournissent à une communauté de chercheurs des problèmes-types et des solutions » (*in La structure des révolutions scientifiques*, Champs, Paris, Flammarion, 2018, p. 11).

[1703] F. GÉA, « Un changement de paradigme ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 997.

[1704] La réalité est donc bien plus nuancée. Un paradigme permet de comprendre les « grandes lignes » du droit positif et de ses évolutions, mais n'a pas vocation à exclure toute solution ou pensée contraire.

[1705] F. GÉA, « L'hypothèse dialogique (ou dialogale) en droit du travail », *op. cit.*, p. 64.

[1706] F. GÉA, « Un changement de paradigme ? », *op. cit*.

constitue que *par* et *dans* le dialogue »[1707], et plus particulièrement, le dialogue entre les acteurs au plus près du « terrain ». Suivant une logique habermassienne, la validité des normes et leur articulation ne serait plus à chercher dans la substance de la norme (et notamment leur caractère favorable aux salariés), mais dans la procédure de création des normes, et plus spécialement dans le dialogue[1708]. Un certain nombre de réformes importantes paraissent s'inscrire dans cette idée.

518. **La montée en puissance de l'accord collectif**. L'ordre public social et le principe de faveur perdent également du terrain privant la loi de son caractère cardinal, au profit de l'accord collectif – produit du dialogue social.

Depuis 1982 en effet, des possibilités de déroger, *in pejus*, se sont multipliées. La loi peut alors être écartée, souvent sous réserve de contreparties[1709], par les dispositions d'un accord collectif pas nécessairement plus favorables aux salariés. Franchissant un pas supplémentaire, le législateur s'est de plus en plus orienté vers la supplétivité des dispositions législatives. Inauguré en 2016 en matière de temps de travail[1710], le triptyque « ordre public/champ ouvert à la négociation/dispositions supplétives » tend à se généraliser au sein du code du travail. Ainsi, comme le souligne Frédéric Géa, « en dépit de la dialectique subtile qui préside [au rapport du légal et du négocié], il n'est pas exclu que cette orientation tende […] à défendre […] un idéal type visant à préférer des normes construites sur un mode (supposé) dialogal par rapport à un mode (réputé), malgré tout, plus monologal »[1711].

Plus encore, la promotion de l'accord collectif d'entreprise pourrait réduire l'espace dans lequel la transparence est susceptible de s'épanouir. La décision patronale unilatérale est en effet propice à une régulation procédurale par la transparence[1712]. Toutefois, en passant d'une décision patronale unilatérale, le cas échant assortie d'une exigence de transparence, à un

---

[1707] F. GÉA, « L'hypothèse dialogique (ou dialogale) en droit du travail », *op. cit.*, p. 58.

[1708] D. GAIRE-SIMONNEAU, *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail. Pour une lecture habermassienne du droit du travail*, *op. cit.*

[1709] Y. CHALARON, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.*, 04/1998, n° 04, p. 355.

[1710] La nouvelle architecture a été inaugurée au sein de la « Loi Travail » (Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels) suivant la proposition du « Rapport Combrexelle » (J.-D. COMBREXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, France stratégie, septembre 2015, p. 79).

[1711] F. GÉA, « L'hypothèse dialogique (ou dialogale) en droit du travail », *op. cit.*, p. 64.

[1712] Sur l'idée d'encadrement procédural de la décision patronale, cf. not. E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *op. cit.*

accord collectif, la légitimité de la norme ne reposerait plus sur l'autorité du chef d'entreprise, éventuellement accompagnée d'une exposition au regard, mais sur le dialogue. Or, les hypothèses dans lesquels la décision patronale devient subsidiaire à l'accord collectif se multiplient[1713]. Dans ces cas, le chef d'entreprise est tenu d'engager des négociations sérieuses et loyales avant d'opter pour une décision unilatérale. Un principe de « préalable de négociation » semble ainsi émerger[1714]. Dans ce cadre, il est peu probable que la décision soit soumise à une exigence de transparence.

519. **La place de la transparence**. Pour autant, la technique de la transparence se développe aussi en droit du travail. Parfois même en complément du dialogue social. Sur certains sujets, les techniques de régulation de l'action patronale se multiplient combinant ainsi dialogue social et transparence. La responsabilité sociale et environnementale en est un exemple. L'impact environnemental de l'activité de l'entreprise est à la fois un thème de consultation du comité social et économique, peut être un objet d'accord collectif et fait l'objet d'une transparence notamment vis-à-vis du public. La transparence a donc aussi sa place en droit du travail.

520. **Conclusion de la section**. Au sein des relations collectives de travail, le comportement de l'employeur paraît moins orienté par l'information des représentants du personnel en elle-même, que par l'action ou la réaction qui découle de cette information. Autrement dit, le rôle de l'information des représentants du personnel n'est pas tant d'orienter le comportement de l'employeur que de rendre possible, de faciliter ou d'éclairer l'action ou la réaction des représentants du personnel. C'est cette action ou réaction qui a vocation à réguler les relations collectives de travail.

521. **Conclusion du chapitre**. Ce chapitre nous a permis de valider notre proposition de concept en expliquant pourquoi la transparence n'est pas véritablement ancrée en droit du travail français.

[1713] V. par ex. : C. trav., art. L. 3122-21 : « A défaut de convention ou d'accord collectif et à condition que l'employeur ait engagé sérieusement et loyalement des négociations en vue de la conclusion d'un tel accord, les travailleurs peuvent être affectés à des postes de nuit sur autorisation de l'inspecteur du travail […] ». La Cour de cassation a également jugé que « ce n'est que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord collectif n'a pu être conclu que l'employeur peut fixer par décision unilatérale le nombre et le périmètre des établissements distincts » (Cass. soc., 17 avril 2019, *Sté Omnitrans*, n° 18-22.948). Elle a également considéré que « ce n'est que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord collectif n'a pu être conclu que l'employeur peut prévoir par décision unilatérale la possibilité et les modalités d'un vote électronique » (Cass. soc., 13 janvier 2021, *Sté Rapide Côte d'Azur*, n° 19-23.533).

[1714] G. LOISEAU, « Le préalable de négociation », *RJS*, 06/2021, n° 06, pp. 427-435.

Une première partie de l'explication tient au fait qu'il existe, dans cette matière, des dispositifs visant à écarter la fonction régulatrice de l'exposition au regard. Parce qu'il en va de leur liberté, le comportement du salarié dans le cadre de sa vie personnelle ou du représentant du personnel dans le cadre de l'exercice de son mandat ne doit pas être orienté par son exposition au regard de l'employeur. A donc été instauré pour les salariés un droit à l'opacité, que l'on peut qualifier de fictive dans la mesure où l'employeur doit feindre l'ignorance. En principe protégé contre les répercussions négatives de son exposition au regard de l'employeur, le salarié ou le représentant du personnel n'est, théoriquement, pas incité à orienter son comportement.
Une seconde partie de l'explication tient au fait que le droit du travail use fréquemment de techniques de régulation plus contraignante que la seule exposition au regard. Il impose ainsi de recourir à la consultation ou la négociation. Or, dans ce cadre, la fonction informative reprend le pas sur la fonction régulatrice de l'exposition au regard. L'information du comité social et économique, par exemple, vise avant tout à éclairer l'avis consultatif du comité plus qu'à orienter le comportement du chef d'entreprise.

522. **Conclusion du titre**. À notre sens, le concept juridique de transparence se définit comme une exposition au regard d'autrui ayant pour fonction majeure de réguler le comportement de la personne exposée. Nous cherchions à le vérifier en le confrontant au droit du travail, espérant qu'il permette d'expliquer le faible ancrage de la transparence dans ce domaine. Cet espoir n'était pas vain. Les quelques occurrences du terme de transparence dans le discours travailliste national renvoient bien à des expositions au regard d'autrui ayant pour fonction de réguler le comportement de la personne exposée, le plus généralement une organisation syndicale ou l'employeur. Et si elle n'est pas davantage implantée en ce domaine, c'est d'une part parce que les salariés jouissent, dans le cadre de leur vie personnelle ou dans l'exercice d'un mandat représentatif, d'un droit à l'opacité que l'on a qualifié de fictive. Ce droit à l'opacité fictive vise ainsi à écarter la fonction régulatrice de l'exposition au regard. Cette suppression, ou à tout le moins cette limitation, de la fonction régulatrice est alors garante de l'effectivité de la liberté de la vie personnelle ou de l'exercice du mandat. Si la transparence n'est pas plus ancrée en droit du travail, c'est d'autre part parce que certains modes de régulation, plus contraignants que la transparence, sont privilégiés par le législateur. Or, lorsque sont en jeu ces modes de régulation, tels que la consultation ou la négociation, la fonction régulatrice de l'exposition au regard est le plus souvent reléguée au second plan derrière sa fonction informative. L'exposition d'un projet de décision au regard des membres du comité social et économique est ainsi avant

tout perçue comme un moyen d'éclairer leur avis en vue de leur consultation, plus que comme un moyen d'améliorer cette décision par sa seule exposition au regard. Finalement, notre concept a donc un caractère suffisamment structurant pour expliquer la faible implantation du terme de transparence dans le discours travailliste.

523. **Conclusion de la partie**. Il apparait ainsi que de la diversité des exigences de transparence émerge une idée commune : le comportement d'une personne peut être orienté par sa seule exposition aux yeux d'autrui. La transparence se présente en effet, dans le discours juridique, comme un instrument de régulation des comportements. Elle se distingue de l'information par cette « direction non autoritaire » des comportements, en ne dictant pas le « quoi faire » mais le « comment faire ». En clarifiant les notions de régulation (direction souple des conduites) et de procédure (instrument de régulation par la méthode), nous avons ainsi qualifié la transparence d'instrument de régulation procédurale. Si cette qualification ne permet pas de lui assortir un régime juridique précis et uniforme – indispensable à la formation d'une véritable catégorie juridique – elle a permis de conceptualiser la transparence. Essentielle, cette fonction régulatrice de la transparence lui confère sa particularité.

Le propre d'un concept juridique est d'éclairer le droit positif et les représentations doctrinales de ce droit positif, d'offrir un cadre théorique permettant de mieux les saisir. C'est à notre sens l'intérêt du concept de transparence que nous proposons. Il permet de mieux comprendre l'utilisation du terme dans le discours juridique, en particulier dans le discours travailliste interne. Bien qu'il use quelques fois de cette technique de régulation des comportements par l'exposition au regard, le droit du travail a tendance à privilégier sa fonction informative au détriment de sa fonction régulatrice, ne facilitant pas de ce fait l'implantation de la transparence. Ce faible ancrage s'explique en outre par l'utilisation de la technique du dialogue social, technique de régulation plus contraignante que la transparence, qui relègue au second plan la place de la fonction régulatrice de l'exposition au regard.

CONCLUSION GÉNÉRALE

524. **Rappel du contexte et de l'objectif de la recherche**. La transparence est partout. Le mot inonde le discours juridique ; l'exigence traverse tous les pans de notre « société de transparence »[1715]. Dans la sphère privée, l'exigence est avant tout sociale et se traduit, sur le terrain juridique, par une liberté, la liberté d'exposer sa vie privée au regard d'autrui. Elle représente également une crainte, un danger, celui d'une surveillance massive et liberticide. Dans la sphère publique, la transparence est à la fois un instrument rhétorique et une exigence démocratique imposée aux détenteurs d'un pouvoir. Dans la sphère économique, l'exigence de transparence est tantôt promue au soutien d'une saine concurrence ou d'une moralisation de l'économie ; tantôt perçue comme frein à la concurrence et à l'innovation.

Depuis son apparition dans le discours juridique à la fin des années 1970, la transparence n'a cessé de s'y déployer. Sa large diffusion a contribué à diluer ses contours. Elle semble désormais vouloir dire tout et son contraire. Elle se caractériserait même par son insaisissabilité et serait par essence relative[1716]. Une large partie de la doctrine a choisi d'en prendre acte et a renoncé à lui conférer une véritable définition juridique. La transparence est ainsi appréhendée, dans un sens courant, comme l'accessibilité à l'information, comme le droit de savoir.

Pourtant, cette assimilation de la transparence à l'information ne permet pas d'expliquer l'utilisation du terme dans le discours juridique. ***En droit du travail*** par exemple, la transparence est un terme peu ancré, peu familier des travaillistes, à l'inverse de l'information. Faut-il s'en accommoder ? Nous avons choisi au contraire de chercher à ***comprendre l'utilisation du terme*** en se demandant : ***qu'est-ce que la transparence en droit ?*** À cette fin, nous avons exploré les usages les plus saillants du terme au sein du discours juridique afin de dégager l'essence de la transparence en droit.

525. **La conceptualisation de la transparence : une fonction informative mineure**. De cette recherche, il est apparu que la transparence se présente en premier lieu sous les traits de sa ***fonction informative***. L'exigence de transparence est ainsi présentée comme l'expression d'un

---

[1715] B.-C. HAN, *La société de transparence*, Paris, PUF, 2017.

[1716] J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit : Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Bibliothèque des thèses. Droit public, Paris, Mare et Martin, 2015. L'auteur parle de la « relativité ontologique » de la transparence.

droit à l'information pour ses destinataires ou comme un devoir d'informer du point de vue de la personne assujettie à l'exigence. On constate par exemple une incitation sociale à exposer sa vie privée aux yeux d'autrui, une exigence juridique et/ou politique des titulaires d'un pouvoir de l'exercer au grand jour, ou encore une exigence juridique voire morale pour les agents économiques d'informer leurs partenaires ou de rendre des comptes sur leurs activités et sur les impacts humains, sociétaux ou environnementaux de celles-ci. Sur le terrain juridique, ces droits de savoir et devoirs de montrer se traduisent par une ***exposition au regard d'autrui ayant pour fonction d'informer le ou les observateurs***. Le point de vue est avant tout celui du destinataire de l'information, c'est-à-dire de celui qui la reçoit. Sous cet angle, la doctrine cherche à analyser le contenu de l'information, ses modalités, son apport pour le destinataire et se prononce sur l'équilibre entre la transparence et l'opacité, prenant dans ce contexte essentiellement la forme d'un secret ou d'un silence.

Cette fonction informative est la plus évidente, elle constitue la face visible de la transparence dans le discours juridique. Nous avons montré que ***cette fonction informative fait incontestablement partie du concept juridique de transparence***. L'exposition au regard d'autrui, qui concrétise dans le droit positif et dans les faits l'exigence de transparence, a nécessairement pour effet d'informer le ou les observateurs. Cette fonction est si prégnante dans le discours juridique que la transparence y est souvent réduite. Or, la fonction informative est insuffisante à caractériser le concept de transparence. Elle ne permet pas assez de le structurer et de le distinguer d'autres notions telles que l'information ou la publicité. En d'autres termes, ***la fonction informative apparaît comme une fonction mineure au sein du concept de transparence***.

526. **La conceptualisation de la transparence : une fonction régulatrice majeure**. Une autre fonction, plus discrète, se dessine toutefois en filigrane dans le discours juridique. Nous avons en effet démontré que les diverses manifestations de la transparence ont en commun une ***fonction régulatrice***. Sous cet angle, ***l'exposition au regard d'autrui vise à orienter le comportement de la personne exposée, à le réguler***. Une fois cette fonction identifiée, il nous a d'abord fallu la théoriser. Après avoir clarifié les notions de régulation et de procédure, il est apparu que la ***transparence constitue un instrument de régulation procédurale***. En d'autres termes, la transparence traduit l'idée selon laquelle la procédure d'action, la manière d'agir (en l'occurrence sous les yeux d'autrui) oriente l'action, le plus souvent dans un sens positif. Agissant sous le regard d'autrui, l'acteur serait incité à réfléchir davantage à son action, à

l'améliorer ou à y renoncer pour ne pas risquer de mettre en péril son honneur ou de mettre en jeu sa responsabilité. Bien qu'essentiellement implicite, cette idée de régulation par l'exposition au regard semble s'être largement diffusée au sein du discours juridique (et au-delà). Elle est même régulièrement dévoyée : la transparence est parfois assimilée au « Bien » et l'opacité au « Mal ». D'instrument de régulation au service du bien commun, la transparence glisse quelquefois vers une valeur à part entière. Cet aspect de la transparence explique à notre sens qu'elle soit parfois qualifiée de mythe. La transparence est un pari, celui d'une orientation des comportements par leur affichage aux yeux d'autrui, et non un remède miracle.

Une fois identifiée, il nous a ensuite fallu situer la fonction régulatrice au sein du concept. Selon nous, ***la fonction régulatrice occupe une place majeure au sein du concept de transparence***. C'est cette fonction qui permet de lui conférer un caractère à la fois structurant et distinctif. À notre sens, ***l'utilisation du terme de transparence s'explique en effet par la primauté de la fonction régulatrice sur la fonction informative de l'exposition au regard d'autrui***. Le terme de transparence est employé lorsque le locuteur insiste sur la fonction régulatrice de l'exposition au regard ; lorsque cette exposition vise à orienter le comportement de la personne exposée plus qu'à informer l'observateur. Inversement, le terme de transparence est délaissé dans le discours juridique lorsque la fonction informative prime sur la fonction régulatrice.

527. **La confrontation de notre concept au droit du travail : l'hégémonie de la fonction informative**. Le caractère explicatif du concept de transparence que nous avons formulé nécessitait toutefois d'être éprouvé. Et puisque le ***droit du travail*** illustrait particulièrement les incohérences dans l'utilisation du terme en l'absence de véritable conceptualisation de la transparence, nous avons choisi de ***confronter notre concept à ce domaine***. Rappelons que la transparence est un terme peu ancré dans le discours travailliste, à l'inverse de l'information. Alors que la transparence était assimilée à l'information, il apparaissait pour le moins paradoxal que le terme de transparence ne soit pas davantage implanté dans ce domaine. Après avoir écarté l'hypothèse d'une acception particulière de la transparence en droit du travail, nous avons alors vérifié si le concept de transparence que nous proposons permettait bien d'expliquer cet étonnant paradoxe. Ce caractère explicatif nous paraît démontré.

Le faible ancrage de la transparence en droit du travail s'explique en effet par l'importance de la fonction informative dans ce domaine. Certes, cette importance s'exprime premièrement par une abondance d'obligations d'information et, inversement, par une faible quantité d'espaces de secret. Les espaces dans lesquels l'employeur, les salariés ou leurs représentants

peuvent ou doivent s'exposer au regard d'autrui sont donc étendus. Or, ***cette profusion d'expositions au regard n'explique pas pourquoi la transparence n'est pas établie en droit du travail***, puisque la fonction informative, indissociable de l'exposition au regard, est nécessaire à la transparence.

L'importance de la fonction informative se traduit deuxièmement par une prépondérance de cette fonction dans le discours travailliste. Autrement dit, la fonction informative de l'exposition au regard est si mise en avant qu'elle étouffe la fonction régulatrice. Cette prépondérance de la fonction informative explique le faible ancrage de la transparence en droit du travail : ***en faisant primer la fonction informative de l'exposition au regard sur sa fonction régulatrice, le discours travailliste ne permet pas au concept de transparence de s'y déployer***.

528. **La confrontation de notre concept au droit du travail : la place mesurée de la fonction régulatrice**. Réciproquement, ***le faible ancrage de la transparence en droit du travail s'explique par la place restreinte qu'occupe la fonction régulatrice de l'exposition au regard dans ce domaine***.

La place de la fonction régulatrice de l'exposition au regard n'est certes pas inexistante dans le discours travailliste. Et pour cause, ***il existe en effet des exigences d'exposition au regard d'autrui ayant principalement une fonction régulatrice*** – au premier rang desquelles se trouve la transparence financière imposée aux organisations syndicales et patronales. Ces exigences sont d'ailleurs identifiées en droit positif ou en doctrine comme des manifestations de la transparence. On constate en outre qu'elles ne sont guère éloignées des manifestations observées en dehors du droit du travail, ce qui renforce l'idée d'une absence d'autonomie du concept de transparence dans ce domaine. Autrement dit, les quelques occurrences du terme de transparence dans le discours travailliste renvoient aux cas dans lesquels la fonction régulatrice de l'exposition au regard est priviligiée ou en tout cas suffisamment soulignée.

La plupart du temps, la place de la fonction régulatrice de l'exposition au regard est toutefois restreinte : soit concurrencée, soit écartée. Si le droit du travail n'est pas hostile à la technique de régulation, il privilégie souvent des méthodes de régulation plus contraignantes que la simple exposition au regard. Dans ce contexte, l'exposition au regard devient secondaire par rapport à ces autres modes de régulation et se voit ramenée à sa fonction informative. La décision patronale peut par exemple être régulée par le biais de la consultation du comité social et économique. Or, dans ce cadre, l'exposition du projet de décision patronale (qui se traduit par la communication d'informations au comité social et économique) est moins perçue comme un

moyen de régulation de la décision patronale (fonction régulatrice) que comme un moyen d'éclairer l'avis du comité social et économique (fonction informative). ***En privilégiant des modes de régulation dans lesquels la fonction informative de l'exposition au regard est prépondérante, le droit du travail ne crée pas un contexte favorable au développement de la transparence***.

D'autres fois, on tente au contraire d'écarter cette fonction régulatrice pour garantir l'exercice de la liberté de s'exposer au regard. Par exemple, pour que le salarié se sente véritablement libre d'exposer sa vie privée, il bénéficie d'un droit à l'opacité réelle, empêchant l'employeur d'accéder à l'information, et un droit à l'opacité fictive, empêchant l'employeur d'utiliser à l'encontre du salarié les informations dont il aurait eu connaissance. On peut toutefois déplorer que ces droits à l'opacité soient peu à peu grignotés. Quoi qu'il en soit, ***la consécration d'espaces au sein desquels la fonction régulatrice de l'exposition au regard est écartée constitue un obstacle à l'émergence du concept de transparence en droit du travail***.

Il nous semble ainsi que notre concept de transparence, défini comme une exposition au regard d'autrui dont la fonction régulatrice prime sur la fonction informative, permet d'expliquer le faible ancrage de la transparence, à tout le moins en droit du travail. ***Sans y être totalement hostile, le droit du travail ne constitue pas un terrain propice à son développement***. Ceci ne s'expliquait pas lorsque la transparence était, à défaut d'une véritable définition, assimilée à un droit de savoir.

529. **Les perspectives ouvertes par la recherche**. Outre un intérêt explicatif immédiat, la conceptualisation de la transparence offre un cadre de réflexion renouvelé permettant de s'interroger, ou plutôt de réinterroger, tant l'opportunité que l'efficacité de l'exigence de transparence. Penser la transparence non plus comme un droit de savoir ou comme un synonyme d'information mais comme un instrument de régulation procédurale modifie en effet quelque peu les termes de la réflexion. S'agissant de l'opportunité de l'exigence, la question n'est plus tant celle de l'équilibre entre droit de savoir et secret, mais plutôt celle de savoir si, dans un contexte donné, l'exposition au regard doit ou non orienter le comportement de la personne exposée. S'agissant de l'efficacité de la transparence, la question est désormais celle des modalités de l'exigence les mieux à même d'orienter le comportement de la personne exposée. À cet égard, ce cadre de réflexion pourra sans doute utilement s'inscrire dans celui,

plus large, relatif à la régulation et au mouvement de procéduralisation du Droit[1717]. Ces thèmes, qui s'inscrivent eux-mêmes dans une réflexion sur la post-modernité[1718], pourraient en effet enrichir l'étude de la transparence en tant qu'instrument de régulation procédurale.

[1717] V. not. C. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation) Universités d'été 2001 et 2002 du Barreau de Rouen*, n° 344, Mont-Saint-Aignan, Publications de l'Université de Rouen, 2004.

[1718] J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, n° 3, pp. 659-714 ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Droit et société, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017 ; B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, À la rencontre du droit, Diegem, Story-Scientia [u.a.], 1999.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

1. Dictionnaires

ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, Paris, PUF, 2003.

BÉNABENT Alain et GAUDEMET Yves, *Dictionnaire juridique : tous les mots du droit*, Paris-La Défense, LGDJ, 2024.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, Paris, PUF, 2024.

GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2024.

LAROUSSE (ÉD.), *Le petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2017.

REY Alain (ÉD.), « Transparence », *Dictionnaire culturel en langue française*, T. 4 : Réal-Z, Paris, Le Robert, 2006, p. 1539.

REY Alain et MORVAN Danièle, *Dictionnaire culturel en langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2005.

REY-DEBOVE Josette et REY Alain, *Le Petit Robert de la langue française 2024 : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française [2024]*, Paris, Le Robert, 2023.

ROBERT Paul, REY-DEBOVE Josette ET REY Alain (ÉDS.), *Le Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2014, p. 2605.

Trésor de la langue française informatisé

2. Traités et manuels

ANTONMATTEI Paul-Henri, *Droit du travail*, Précis Domat. Droit privé, Paris, LGDJ, 2021.

AUZERO Gilles, BAUGARD Dirk et DOCKÈS Emmanuel, *Droit du travail*, Précis, Paris, Dalloz, 2019.

BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie juridique*, Thémis droit, Paris, PUF, 2018.

BROGLI Marine *et al.*, *Droit des données personnelles 2019*, Paris, Dalloz, 2019.

BRUN Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, LexisNexis, 2023.

CABRILLAC Rémy, *Introduction générale au droit*, Cours Dalloz, Paris, Dalloz, 2023.

CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis, Paris, Dalloz, 2015.

CAMERLYNCK Guillaume Henri, LYON-CAEN Gérard et PÉLISSIER Jean, *Droit du travail*, Précis, n° 3209, Paris, Dalloz, 1984.

CAYROL Nicolas, *Procédure civile*, Cours Dalloz, Paris, Dalloz, 2022.

CHAINAIS Cécile *et al.*, *Procédure civile : droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Précis, Paris, Dalloz, 2022.

CHAMPEIL-DESPLAT Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 2016.

DEBAT Olivier, *Droit fiscal des affaires*, Cours, LGDJ, 2017.

DECOCQ André et DECOCQ Georges, *Droit de la concurrence (Droit interne et droit de l'Union européenne)*, Manuel, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J, 2016.

DISSAUX Nicolas et LOIR Romain, *Droit de la distribution*, Précis Domat. Droit privé, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017.

DOLLO Christine *et al.*, *Économie*, Collection aide-mémoire, Paris, Sirey, 2021.

DUMONT Gilles et SIRINELLI Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2021.

DUVAL Jean-Christophe, *L'essentiel du droit des marchés publics : fiches de cours et cas pratiques corrigés*, Fiches, Paris, Ellipses, 2016.

FAVOREU Louis *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Précis, Paris, Dalloz, 2021.

FERRIER Didier et FERRIER Nicolas, *Droit de la distribution*, Manuel, Paris, LexisNexis, 2020.

FRISON-ROCHE Marie-Anne et RODA Jean-Christophe, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2022.

GAUDU François et VATINET Raymonde, *Les contrats du travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, Traité des contrats, Paris, L.G.D.J., 2001.

GHESTIN Jacques et BARBIER Hugo, *Introduction générale*, Traité de droit civil, n° Tome 1. Droit objectif et droits subjectifs, sources du droit, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2018.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2022.

HOEPFFNER Hélène, *Droit des contrats administratifs*, Cours, Paris, Dalloz, 2022.

JULIEN Jérôme, *Droit de la consommation*, Précis, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017.

LAHALLE Thibault, *Droit du travail*, Paris, Ellipses, 2022.

LE CANNU Paul et ROBINE David, *Droit des entreprises en difficulté*, Précis, Paris, Dalloz, 2020.

LEBRETON Gilles, *Droit administratif général*, Cours Dalloz, Paris, Dalloz, 2021.

LOKIEC Pascal, *Droit du travail*, Thémis droit, Paris, PUF, 2019.

MAILLARD-PINON Sandrine, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2022.

MAINGUY Daniel et DEPINCÉ Malo, *Droit de la concurrence*, Paris, LexisNexis, 2015.

MAINGUY Daniel, DEPINCÉ Malo et CAYOT Mathilde, *Droit de la concurrence*, Manuel, Paris, LexisNexis, 2019.

MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, Université, Paris, Dalloz, 2014.

MARTUCCI Francesco, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2021.

MAZEAUD Antoine, *Droit du travail*, Précis Domat, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J, 2016.

MBONGO Pascal, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Berger-Levrault, 2015.

NICOLAS-VULLIERME Laurence, *Droit de la concurrence*, Dyna'sup Droit, Paris, Vuibert, 2011.

PECES-BARBA MARTINEZ Gregorio, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Droit et société, n° 38, L.G.D.J, 2004.

PELLIER Jean-Denis, *Droit de la consommation*, Cours, Paris, Dalloz, 2018.

PETIT Nicolas, *Droit européen de la concurrence*, L.G.D.J, 2018.

PICOD Yves, *Droit de la consommation*, Université, Paris, Sirey, 2018.

PIÉDELIÈVRE Stéphane, *Droit de la consommation*, Corpus Droit privé, Paris, Economica, 2014.

PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, Manuel, Paris, LexisNexis, 2022.

RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Droit et professionnel, Paris, LexisNexis, 2019.

RIVERO Jean, *Libertés publiques t.2*, Paris, PUF, 2003.

RODA Jean-Christophe, *Droit de la concurrence*, Les mémentos, Paris, Dalloz, 2019.

SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha *et al.*, *Les contrats de consommation - Règles communes*, Traité de droit civil, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018.

SUPIOT Alain, *Le droit du travail*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 2019.

TERRÉ François *et al.*, *Droit civil - Les obligations*, Précis, Paris, Dalloz, 2018.

TERRÉ François et MOLFESSIS Nicolas, *Introduction générale au droit*, Précis, Paris, Lefebvre Dalloz-Dalloz, 2023.

TEYSSIÉ Bernard, *Droit du travail, relations collectives*, Manuel, Paris, LexisNexis, 2020.

TRUCHET Didier, *Droit administratif*, Thémis droit, Paris, PUF, août 2023.

VERKINDT Pierre-Yves, *Le droit du travail*, Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2005.

VILLEMONTEIX Marianne, *Droit de la concurrence 2019/20*, Mémentos - Apprendre utile, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2019.

VOGEL Louis, *Droit de la concurrence*, Traité de droit économique, n° tome 1, Paris/Bruxelles, LawLex Bruylant, 2020.

WOLMARK Cyril et PESKINE Elsa, *Droit du travail 2023*, Hypercours, Paris, Dalloz, 2022.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX (THÈSES ET MONOGRAPHIES)

ADAM Patrice, *L'individualisation du droit du travail : essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Bibliothèque de droit social, n° 39, Paris, L.G.D.J, 2005.

ALMEIDA KATO Mariana, *La transparence de la justice constitutionnelle*, Nouvelle bibliothèque de thèses, n° volume 221, Paris, Dalloz, 2023.

AMILCAR Randolph, *La transparence financière*, thèse CY Cergy Paris, 7 juillet 2023.

ANTONMATTÉI Paul-Henri, *Les clauses du contrat de travail*, Droit vivant, Paris, Éditions Liaisons : Wolters Kluwer, 2009.

BALLESTRACCI Ornella, *Fraude et transparence : la nouvelle dialectique fiscale*, thèse Aix-Marseille, 29 avril 2022.

BATHMANABANE Pascal, *L'abus du droit syndical*, Bibliothèque de droit social, n° t. 26, Paris, L.G.D.J., 1993.

BÈFRE Pierre, *La liberté d'expression des salariés*, Collection du Centre de Droit social, Aix-en-Provence, PUAM, 2013.

BLOCH Pascale et DEPADT-SEBAG Valérie (dirs.), *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, Thèmes & commentaires. Actes, Paris, Dalloz, 2007.

BONTRON Marie-Charlotte, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Droit public, thèse Montpellier, novembre 2015.

BORDES Candice, *La transparence comme nouvel ordre moral en droit constitutionnel*, thèse Perpignan, 23 novembre 2020.

BRUNETIÈRE Christian, *Le rôle du comité d'entreprise et le pouvoir de décision dans l'entreprise*, thèse en science de gestion, Grenoble, 1977.

CALANDRI Laurence, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, n° 259, Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2009.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Anthologie du droit, Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2014.

CATALA Nicole, *L'entreprise*, tome 4, Droit du travail, Paris, Dalloz, 1980.

CHALTIEL TERRAL Florence, *Les lanceurs d'alerte*, Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2018.

CHATEAURAYNAUD Francis, *Alertes et lanceurs d'alerte*, Que sais-je ?, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2020.

CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, Droit et société, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017.

CLAMOUR Guylain, *Intérêt général et concurrence - Essai sur la pérennité du droit public en économie*, Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 51, Paris, Dalloz, 2006.

COHEN Maurice, *Le statut des représentants du personnel après la loi du 18 juin 1966*, Paris, LGDJ, 1967.

COHEN Maurice et MILET Laurent, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019.

COMBARNOUS Michel, *Pour une meilleure transparence de l'administration : étude sur l'harmonisation des textes et l'amélioration des droits du citoyen en matière d'accès aux données publiques étude adoptée par le Conseil d'État en mai et juillet 1997*, Les études du Conseil d'État, Paris, la Documentation française, 1998.

COMBE Emmanuel, *Économie et politique de la concurrence*, Précis, Paris, Dalloz, 2005.

COLLIN Francis *et al.*, *Le Droit capitaliste du travail*, Collection Critique du droit, n° 5, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1980.

DABOSVILLE Benjamin, *L'information du salarié : contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Droit du travail, Paris X - Nanterre, 2013.

DENQUIN Jean-Marie, *Les concepts juridiques : comment le droit rencontre le monde*, Bibliothèque de la pensée juridique, n° 16, Paris, Classiques Garnier, 2021.

DUMORTIER Gaëlle *et al.*, *Droit de la négociation collective 2024/25*, Paris, Dalloz, 2024.

DUPEYRIX Alexandre, *Comprendre Habermas*, Lire et comprendre, Paris, Colin, 2009.

EPSTEIN Aude-Solveig, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Collection des thèses, n° 115, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2015.

FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*, Bibliothèque de droit privé, n° Tome 221, Paris, LGDJ, 1992.

FÉRAL-SCHUHL Christiane :

- *Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'internet*, Praxis, Paris, Dalloz, 2018.
- *La protection des données personnelles*, Paris, Dalloz, 2019.

FIN-LANGER Laurence, *L'équilibre contractuel*, Bibliothèque de droit privé, n° 366, Paris, LGDJ, 2002.

FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Collection tel, n° 225, Paris, Gallimard, 1975.

FOULQUIER Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Nouvelle bibliothèque de thèses, n° v. 25, Paris, Dalloz, 2003.

FRAISSE Wolfgang, *La responsabilité sociale des entreprises : Une forme de régulation des relations de travail ?*, thèse Lyon, 12 septembre 2016.

FRYDMAN Benoît, *Les transformations du droit moderne*, À la rencontre du droit, Diegem, Story-Scientia [u.a.], 1999.

GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Collection Droit civil, Paris, Economica, 1985.

GAIRE-SIMONNEAU Dorothée, *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail. Pour une lecture habermassienne du droit du travail*, Bibliothèque de droit social, n° 66, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016.

GARAUD Eric, *La transparence en matière commerciale*, Droit des affaires, thèse Limoges, 1995.

GARDES Delphine, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, Collection des thèses de l'IFR, [Paris] Toulouse, LGDJ-Lextenso éd. Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013.

GARIN Aurore, *Le droit d'accès aux documents : en quête d'un nouveau droit fondamental dans l'Union européenne*, Panthéon-Assas et Genève, 2017.

GÉNIAUT Benoît, *La proportionnalité dans les relations de travail*, Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 86, Paris, Dalloz, 2009.

GOGUEL-MAZET Emilien, *La transparence en droit des finances publiques*, thèse Aix-Marseille, 8 décembre 2021.

GUIOMARD Frédéric, *La justification des mesures de gestion du personnel*, thèse Paris X - Nanterre, 2 décembre 2000.

HABERMAS Jürgen :

- *L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, coll. Critique de la politique, Paris, Payot, 1988.
- *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Essais, Paris, Gallimard, 1997.

HAN Byung-Chul, *La société de transparence*, Paris, PUF, 2017.

HUTTNER Liane, *La décision de l'algorithme : étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, Paris, Dalloz, 2024.

ILIEVA Valéria, *L'exigence d'objectivité en droit du travail*, thèse Paris X - Nanterre, décembre 2018.

ISAAC Guy, *La procédure administrative non contentieuse*, Bibliothèque de droit public, n° LXXIX, Paris, LGDJ, 1968.

JEANSEN Emeric, *L'articulation des sources du droit : essai en droit du travail*, Recherches juridiques, n° 20, Paris, Économica, 2008.

KERLÉO Jean-François, *La transparence en droit : Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Bibliothèque des thèses. Droit public, Paris, Mare et Martin, 2015.

KUHN Thomas Samuel, *La structure des révolutions scientifiques*, Champs, Paris, Flammarion, 2018.

LAFUMA Emmanuelle, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, Bibliothèque de droit social, n° 46, Paris, L.G.D.J, 2008.

LALLEMANT-BIF Lydie, *Les marchés publics : transparence et atteintes*, Droit public, Université de Reims, 13 septembre 1999.

LASSERRE Bruno, LENOIR Noëlle et STIRN Bernard, *La transparence administrative*, Politique d'aujourd'hui, Paris, Presses universitaires de France, 1987.

LE GOFF Jacques, *Du silence à la parole : une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2019.

LEPAGE Agathe, *Recherche sur la connaissance du fait en droit*, thèse Paris, 1998.

LETTERON Roseline, *La transparence administrative*, Problèmes politiques et sociaux, Paris, La Documentation française, 1992.

LEVANNIER-GOUËL Odile, *Contentieux objectif et subjectif en droit du travail*, thèse Paris I - Panthéon-Sorbonne, décembre 2006.

LIBAERT Thierry, *La transparence en trompe-l'œil*, Collection Gouvernance & démocratie, Paris, Descartes & cie, 2003.

LOKIEC Pascal, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Bibliothèque de droit privé, n° 408, Paris, L.G.D.J, 2004.

LYON-CAEN Gérard, *Le droit du travail : une technique réversible*, Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 1995.

MAISL Herbert, *Droit à l'information administrative*, Cours, Paris, Fondation nationale des sciences politiques, 1983.

MALFETTES Loïc, *Le renouveau des sources du droit du travail*, Collection des thèses, n° 183, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2019.

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, *La Cour européenne des Droits de l'Homme*, Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2016.

MARTIN Dominique, *Démocratie industrielle, la participation directe dans les entreprises*, Sociologies, PUF, 1994.

MATTATIA Fabrice, *RGPD et droit des données personnelles*, Paris, Éditions Eyrolles, 2021.

MATTELART Armand, *Histoire de la société de l'information*, Paris, La Découverte, 2006.

MAUL-SARTORI Mathias, *Droits européens d'information relatifs à la relation de travail - La directive 91/533/CEE et sa transposition en droit allemand, français et britannique*, Bibliothèque de droit social, n° 50, Paris, L.G.D.J., 2008.

MEYNIER Adeline, *Réflexions sur les concepts en droit de l'environnement*, Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, n° Tome 16, Paris, LGDJ, 2020.

MIE Alain-Louis, *Administration et droit à l'information : le secret en question*, L'Administration nouvelle, Paris, Berger-Levrault, 1985.

MORVAN Patrick, *Restructurations en droit social*, Droit et professionnels, Paris, LexisNexis, 2017.

MOTULSKY Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, rééd. 2002 1948.

MOUSSERON Jean Marc, MOUSSERON Marianne et MAINGUY Daniel, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire : conditions générales, factures*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, n° 18, Paris, Litec, 1998.

NEISS Philippe, *Le silence en droit du travail*, thèse Strasbourg, 2009.

OCHOA Nicolas, *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, thèse Paris I - Panthéon-Sorbonne, 8 décembre 2014.

ORWELL George, *1984*, Folioplus classiques, n° 281, Paris, Gallimard, re éd. 1949 2015.

PÉLISSIER Jean, *La réforme du licenciement*, Paris, Sirey, 1974.

PESKINE Elsa, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Bibliothèque de droit social, n° 45, L.G.D.J, 2008.

PETIT Franck, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Bibliothèque de droit privé, n° 291, Paris, L.G.D.J., 2000.

PINGEOT Mazarine, *La dictature de la transparence*, Nouvelles mythologie, Paris, Robert Laffont, avril 2016.

PRÉPIN Pauline, *Le lien de subordination à l'épreuve du numérique*, thèse Paris-Saclay, 14 novembre 2023.

PUYDEBOIS Grégori, *La transparence de la vie publique en France*, thèse Bordeaux, novembre 2019, disponible sur https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02463837.

RAWLS John, *Théorie de la justice*, Points. Essais, n° 354, Paris, Seuil, 2009.

REBUFAT-RAISON Laurence, *Les fonctions de la transparence*, thèse Montpellier, 2000.

REYGROBELLET Arnaud, *Les vertus de la transparence : l'information légale dans les affaires*, Bibliothèque du décideur, Paris, Presses de Sciences Po : CREDA, 2001.

RIEM Fabrice, *La notion de transparence en droit de la concurrence*, Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2002.

RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.

SACHS Tatiana, *La raison économique en droit du travail - Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Bibliothèque de droit social, n° 58, Paris, L.G.D.J., 2013.

SARAGAGLIA Jessie, *La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale*, Grenoble, Grenoble, 6 juillet 2023, disponible sur https://hal.science/tel-04268447v1.

SAUMADE Bernard, *L'obligation de renseignements en droit du travail*, thèse, 1982.

SCARPELLI Uberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, La pensée juridique, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 1996.

STAROBINSKI Jean, *Jean-Jacques Rousseau : La transparence et l'obstacle*, Tel, n° 6, Paris, Gallimard, 1971.

SUPIOT Alain, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, La couleur des idées, Paris, Seuil, 2005.

SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, Quadrige, Paris, PUF, 2015.

TERRÉ Dominique, *Les questions morales du droit*, Ethique et philosophie morale, Paris, Presses universitaires de France, 2007.

TÉTARD Camille, *Le secret en droit social*, thèse Lille 2, 2004.

TEYSSIÉ Bernard, *Les experts des instances de représentation du personnel*, Droit et professionnel, Paris, LexisNexis, 2017.

VATINET Raymonde, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, Bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale, Paris, Editions Sirey, 1983.

VIGNAL Nancy, *La transparence en droit privé des contrats - Approche critique de l'exigence*, thèse Aix-Marseille, 1998.

WAQUET Philippe, STRUILLOU Yves et PÉCAUT-RIVOLIER Laurence, *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié*, Droit vivant, Paris, Liaisons, 2014.

ZOUGHI Julie, *Nouveau regard sur la transparence tarifaire : un instrument de protection du fournisseur contre la grande distribution*, thèse Aix-Marseille, 23 mars 2007.

III. ARTICLES, CHRONIQUES ET CHAPITRES D'OUVRAGES OU D'ENCYCLOPÉDIE

ABATE Claire, « En questions : le respect de la vie privée et la communication des informations au CSE », *La Semaine juridique - Social*, 09/2019, n° 38, act. 345.

ADAM Gérard, « Critique d'une étude critique de Jean-Emmanuel Ray », *Droit social*, 04/1993, p. 333.

ADAM Patrice :

- « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail (Brefs propos embarrassés) », *in* T. SACHS (dir.), *La volonté du salarié [actes du colloque du 1er décembre 2011à la Faculté de droit de Nancy]*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 30-46.
- « Vie personnelle/vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (petit exercice de jardinage juridique) », *Droit ouvrier*, 07/2013, n° 780, pp. 431-444.
- « Intelligence artificielle, dignité et droit du travail », *in* P. ADAM, M. LE FRIANT et Y. TARASEWICZ (dirs.), *Intelligence artificielle, gestion du personnel et droit du travail : les travaux de l'AFDT*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 91-103.
- « Sanctions, rétrogradation et discrimination », *Revue Droit du travail*, 05/2020, n° 5, p. 337.
- « Droit d'expression des salariés », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, juin 2021.
- « Vie personnelle et faute disciplinaire », *Droit social*, 2024, p. 300.
- « La collecte déloyale de données à caractère personnel », *Droit social*, 2024, p. 660.
- « Le DRH et la syndicaliste : l'amour, la loyauté et le juge », *Droit social*, 09/2024, p. 750.

ADOM Jules K. :

- « Le secret des affaires et la participation des salariés à la gestion de l'entreprise. », *Bulletin Joly des Sociétés*, 02/2003, n° 2, p. 113.
- « Réflexions sur les rapports entre le secret et les droits fondamentaux dans les relations de travail », *Petites affiches*, 02/2003, n° 28, p. 4.

ALIX Pascal, « L'accès par l'employeur aux fichiers personnels stockés sur l'ordinateur du salarié », *Jurisprudence sociale Lamy*, 05/2006, n° 189.

AMSELEK Paul, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue de droit public*, 04/1982, pp. 275-294.

ANTONMATTÉI Paul-Henri :

- « Cahier de droit social - L'information et la consultation du comité d'entreprise », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, 07/1992, n° 27, p. 159.

- « Les critères de représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Droit social*, 2008, p. 771.
- « Donner l'information en matière économique et financière : brefs propos sur des évolutions récentes », *Droit social*, 2013, p. 100.

ARHEL Pierre, « Les pratiques restrictives verticales », *Revue de la concurrence et de la consommation*, 06/1993, n° 73, pp. 26-33.

AUBERT Jean-Luc, « Le formalisme (rapport de synthèse) », *Défrénois*, Journée de l'association H. Capitant en hommage à J. Flour, 08/2000, n° 15-16, p. 931.

AUBY Jean-Bernard, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *Revue française d'administration publique*, 2011, pp. 13-19.

AUGENDRE Geneviève et DRAI Pierre, « Introduction au Colloque de Deauville », *Revue de jurisprudence commerciale*, 11/1993.

AUZERO Gilles :

- « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », *in Mélanges offerts à Geneviève Pignarre - Un droit en perpétuel mouvement*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, pp. 33-42.
- « Le coemploi bouge encore ! », *Semaine sociale Lamy*, 01/2021, n° 1936.

AVRIL Pierre, « La Transparence de la Vie Publique », *Revue de jurisprudence commerciale*, 11/1993, pp. 19-22.

BAILLY Pierre, « Le co-emploi n'est ni une "baguette magique" ni une aberration juridique », *Semaine sociale Lamy*, 10/2013, n° 1600, pp. 11-14.

BALDUCCI Alexandre et DROUARD Etienne, « Loi « Sapin II » et dispositifs d'alertes professionnelles autorisés par la Cnil quelle compatibilité ? », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 01/2017, n° 133.

BARBÉ Vanessa, « La transparence dans la Constitution française », *in* V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, Collection L'Unité du Droit, n° XXV, Orléans, Paris et Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2020, pp. 79-90.

BARBIERI Jean-François, « Morale et droit des sociétés », *Petites affiches*, 06/1995, p. 13.

BARÈGE Alexandre, « Fascicule 17-12 : Formation et clauses », *JCl. Traité Travail*, 6 avril 2010.

BARÈGE Alexandre et BOSSU Bernard :

- « L'ordinateur et la vie privée du salarié », *La Semaine juridique - Social*, 06/2007, n° 24, p. 1451.
- « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *La Semaine juridique - Social*, 10/2013, p. 1393.

BARROCHE Julien, « Transparence et notions voisines : quel apport ? », *in* N. DROIN et E. FOREY (dirs.), *La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 79-97.

BARTHÉLÉMY Jacques, « Clauses de désignation et droit de la concurrence », *Droit social*, 07/2011, n° 07-08, p. 853.

BASILIEN Jean-Pierre, « Les modes d'action du syndicalisme radical : vraies et fausses nouveautés », *Droit social*, 1999, p. 1057.

BAUGARD Dirk, « L'ordre public social », *Archives de philosophie du droit*, 2015, vol. 58, n° 1, pp. 129-152.

BAUME Sandrine :

- « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *Raison publique*, 07/2011, disponible sur http://www.raison-publique.fr/article459.html (Consulté le 31 mai 2017).
- « Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence », *in* M. PASQUIER (dir.), *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2013, pp. 3-18.

BÉHAR-TOUCHAIS Martine, « Vice et vertus de la transparence », *Revue Lamy de la Concurrence*, 10/2007, n° 13, pp. 164-169.

BEIGNIER Bernard, « Vie privée et vie publique », *Archives de philosophie du droit*, 1997, n° 41, pp. 163-180.

BENETTI Julie, « Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique - Du remède au trouble », *Actualité juridique - Droit administratif*, 01/2014, n° 3, p. 157.

BENETTI Julie et ROBLOT-TROIZIER, « De la commission "Jospin" à la loi "transparence" », *in* B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dirs.), *Transparence et vie publique*, Les Cahiers constitutionnels de Paris 1, Paris, Dalloz, 2015.

BÉRAUDO M.-J., « L'évolution de la jurisprudence en matière d'énonciation des motifs de licenciement », *Revue de jurisprudence sociale*, 04/1992, p. 231.

BERGOUGNOUS Georges, « Le Parlement et la transparence », *in* B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dirs.), *Transparence et vie publique*, Les Cahiers constitutionnels de Paris 1, Paris, Dalloz, 2015, pp. 53-70.

BERNS Thomas, « Transparence et inoffensivité du gouvernement statistique », *Raison publique*, 07/2011, disponible sur http://www.raison-publique.fr/article447.html (Consulté le 18 mai 2018).

BERTHIER Pierre-Emmanuel, « Le pouvoir patronal sans juge », *Droit ouvrier*, 09/2024, n° 913, pp. 368-375.

BESSONE Magali, « Transparence (introduction) », *Raison publique*, 07/2011, disponible sur https://www.raison-publique.fr/article446.html.

BIANCHI Andrea, « On power and illusion : the concept of transparency in international law », *in* A. BIANCHI et A. PETERS (dirs.), *Transparency in international law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2013, pp. 1-19.

BIDEGARAY Christian et REYNIE Dominique, « "A travers le miroir" - La perception de la construction européenne et de son évolution par les opinions publiques dans les Etats membres de l'UE », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 21-77.

BLANCO Florent, « Propos introductifs. Transparence en droit et droit à la transparence », *in* V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, Collection L'Unité du Droit, n° XXV, Orléans, Paris et Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2020, pp. 11-17.

BLANQUART Camille, « Les lanceurs d'alerte et la protection des informations confidentielles au sein de l'entreprise », *La Semaine juridique - Social*, 09/2019, n° 37, p. 1292.

BONNEAU Pierre et MOORE Dorian, « Le secret des affaires dans les relations de travail », *Droit et patrimoine*, 12/2018, n° 286.

BONNETÊTE Marie-Claire et LYON-CAEN Gérard, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Droit social*, 11/1973, n° 11, pp. 493-507.

BORENFREUND Georges :

- « Le droit du travail en mal de transparence ? », *Droit social*, 05/1996, n° 5, pp. 496 et s.
- « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *Revue de droit du travail*, 2008, p. 712.

BORGEL Delphine, « La communication des syndicats et des représentants du personnel à l'ère du numérique », *Droit ouvrier*, 03/2019, n° 848, pp. 141-1471.

BOSSU Bernard :

- « La loyauté », *in* B. TEYSSIÉ (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Colloques (Editions Panthéon-Assas), Paris, LGDJ, 2009, pp. 185-209.
- « Le comité d'entreprise : accessibilité, efficacité, transparence... », *La Semaine juridique - Social*, 05/2015, n° 19-20, p. 1175.
- « Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence », *in* P. ADAM, M. LE FRIANT et Y. TARASEWICZ (dirs.), *Intelligence artificielle, gestion du personnel et droit du travail : les travaux de l'AFDT*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 115-129.BOUBLI Bernard, « Étude limitée à la représentativité et ses attributs (hors négociation collective) », *Semaine sociale Lamy*, 10/2008, n° 1370, pp. 16-21.

BOURBOULOUX Hélène, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 05/2012, n° 3, p. 183.

BOURGEOT Sylvie et VERKINDT Pierre-Yves, « La maladie du salarié au prisme de la distinction de la vie personnelle et de la vie professionnelle », *Droit social*, 01/2010, p. 56.

BOURGUIGNON Rémi, « La transparence dans la négociation des restructurations, une analyse stratégique », *Revue française de gestion*, 2012, n° 220, pp. 75-86.

BOY Laurence, « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 3031.

BRAIBANT Guy, « Droit d'accès et droit à l'information », *in Service public et libertés*, Mélanges offerts au professeur R.-E. Charlier, Paris, Ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 703.

BRECHON-MOULÈNES Christine, « Transparence et Marché Public », *Revue de jurisprudence commerciale*, 11/1993, vol. 45-62.

BREDIN Jean-Denis :

- « Remarques sur la Transparence », *Revue de jurisprudence commerciale*, 11/1993, pp. 175-179.
- « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, 2001, pp. 5-15.

BRUNET Andrée et GERMAIN Michel, « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes », *Revue des sociétés*, 1985, pp. 1-54.

BRUSORIO Marjorie, « Quand la divulgation du salaire d'une personne ne porte-t-elle pas atteinte à sa vie privée ? », *Petites affiches*, 08/2007, n° 168, pp. 10 et s.

BUISSON Michèle, HAUTEFORT Marie et MARTINEZ-RANDÉ Jean, « Recrutement - Embauche », *Semaine sociale Lamy Supplément*, 07/1993, n° 655.

BURKERT Herbert, « Le droit d'accès en tant que droit de l'homme et l'éthique de la communication », *Éthique publique*, 01/2004, disponible sur http://journals.openedition.org/ethiquepublique/2019 (Consulté le 25 mai 2018).

BURSZTEIN Béatrice et GUILLOUET David, « Le renforcement de la protection du secret des affaires : quel impact sur l'exercice des missions des représentants du personnel ? », *Revue Droit du travail*, 2019, p. 13.

BUYDENS Mireille, « La transparence : obsession et métamorphose », *Intermédialités*, 2004, pp. 51-77.

CACIOPPO Christel, « Quel avenir pour le "whistleblowing" en France ? », *Semaine sociale Lamy*, 09/2009, n° 1229, pp. 7-11.

CADIET Loïc, « Procédure », *in* ALLAND, D. et RIALS, S. (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, Paris, PUF, 2003, pp. 1216-1222.

CARBONNIER Jean, « Propos introductifs », *Revue de jurisprudence commerciale*, 11/1993, pp. 9-18.

CARCASSONNE Guy, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, 2001, vol. 97, n° 2, pp. 17-23.

CARIUS Manuel, « Personnes publiques et co-emploi », *Droit social*, 01/2017, n° 1, pp. 57-64.

CASAUX-LABRUNÉE Lise, « Vie privée des salariés et vie de l'entreprise », *Droit social*, 2012, p. 331.

CATALA Pierre :

- « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *Recueil Dalloz*, 1984, vol. 1, pp. 97-104.
- « La "propriété" de l'information », *in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Paris, Dalloz et Sirey, 1985, pp. 97-112.
- « "Conclusions" au colloque sur l'information légale dans les affaires (CREDA) », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, 09/1994, n° 39.

CERCLE MAURICE COHEN, « La réalité de la BDES : résultats d'une enquête menée par le Cercle Maurice Cohen », *Revue Droit du travail*, 06/2019, n° 6, p. 428.

CHALARON Yves, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Droit social*, 04/1998, n° 04, p. 355.

CHAMPEAUX Françoise et BINET Sophie, « Un premier pas vers l'égalité », *Semaine sociale Lamy*, 12/2018, n° 1839.

CHAMPEAUX Françoise et MAZARS Marie-France, « Un dépouillement en toute transparence », *Semaine sociale Lamy*, 01/2013, n° 1566.

CHAMPEIL-DESPLAT Véronique, « Les droits et libertés fondamentaux en France - Genèse d'une qualification », *in* A. LYON-CAEN et P. LOKIEC (dirs.), *Droits fondamentaux et droit social*, Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2005, p. pp.11-37.

CHAPERON Elisabeth, « La participation à l'élaboration de l'acte administratif unilatéral (Essai de typologie) », *in* G. DUPUIS (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Recherches Panthéon-Sorbonne, Paris, Économica, 1979, pp. 112-118.

CHAPUT Yves, « La transparence : clair-obscur juridique d'un concept économique », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2005, pp. 7-13.

CHARLOT Patrick, « Transparence et totalitarisme dans l'œuvre d'Evgueni Zamiatine », *in* N. DROIN et E. FOREY (dirs.), *La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 49-61.

CHATARD Damien et PAOLI Louis, « Le règlement intérieur du CSE », *La Semaine juridique - Social*, 06/2018, n° 23, p. 1193.

CHAUVY Yves, « De l'utilisation, au regard du principe de bonne foi, des moyens modernes de captation d'image et de parole comme preuve du comportement professionnel », *Recueil Dalloz*, 02/1992, n° 07, p. 73.

CHENU Damien, « Le contrôle de l'information dans l'entreprise par l'accès aux fichiers : l'exemple du droit du travail », *in* S. MAUCLAIR et F. EDDAZI (dirs.), *Le fichier : actes du colloque organisé les 26 et 27 novembre 2015*, Grands colloques, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, pp. 253-264.

CHEVALLIER Jacques :

- « Le mythe de la transparence administrative », *in Information et transparence administratives [colloque, Amiens, 11 mars 1988, organisé par le CURAPP]*, Paris, PUF, 1988, pp. 239-274.
- « De quelques usages du concept de régulation », *in* M. MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Collection Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 71-93.
- « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue de droit public*, 1998, n° 3, pp. 659-714.
- « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, n° 3, pp. 827-846.
- « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, 2002, n° 50, pp. 103-120.
- « La gouvernance et le droit », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

CHIREZ Frédéric, « L'abus de droit à la vie personnelle : proposition à partir d'un constat critique », *Droit social*, 2024, p. 324.

CICERCHIA Timothée et GIGANTI Ugo, « Le procès-verbal du CSE », *La Semaine juridique - Social*, 01/2020, n° 4, p. 1020.

COHEN Maurice, « Les nouvelles fonctions économiques des comités d'entreprise », *Droit social*, 03/1983, n° 3, pp. 165-174.

COHEN-JONATHAN Gérard, « La transparence dans la Convention européenne des Droits de l'Homme », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 197-217.

COLLOMP Evelyne, « La vie personnelle au travail », *Droit social*, 2010, p. 40.

COMBREXELLE Jean-Denis :

- « Vie professionnelle et vie personnelle », *Droit social*, 2010, pp. 12-13.
- « La réforme de la représentativité syndicale : vue de la salle des machines », *Droit social*, 2013, p. 932.

COMMAILLE Jacques, « Normes juridiques et régulation sociale - retour à la sociologie générale », *in* F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dirs.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Droit et société, Paris, L.G.D.J, 1991, pp. 13-22.

CORNU Gérard, « Rapport de synthèse », *in La vérité et le droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, n° Tome XXXVIII, Paris, Economica, 1989.

COULÉE Frédérique, « Le droit international à l'épreuve de la transparence. La protection des lanceurs d'alerte », *in* V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, Collection L'Unité du Droit, n° XXV, Orléans, Paris et Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2020, pp. 33-43.

COUTURIER Gérard :

- « L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière », *Droit social*, 01/1983, n° 1, pp. 26-36.
- « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Défrénois*, Journée de l'association H. Capitant en hommage à J. Flour, 08/2000, n° 15-16, p. 880.

COZIAN Maurice, « Images fiscales : Transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés », *Les Petites Affiches*, Bibliothèque de droit privé, 01/1996, p. 5.

CRÉMIEUX Marcel, « Le secret des affaires », *in* Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE (dirs.), *L'information en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1978, pp. 457-481.

CROZIER Michel, « Le problème de la régulation dans les sociétés complexes modernes », *in* F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dirs.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Droit et société, Paris, L.G.D.J, 1991, pp. 131-135.

CURTIN Deirdre et MENDES Joana, « Transparence et participation : des principes démocratiques pour l'administration de l'union européenne », *Revue française d'administration publique*, 2011, vol. 137-138, n° 1, pp. 101-121.

CUZACQ Nicolas :

- « Proposition de directive relative à la publication par les entreprises d'informations extra-financières et d'informations relatives à la diversité », *Revue de droit du travail*, 2013, p. 563.
- « Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 08/2017, n° 02, p. 473.

DABOSVILLE Benjamin :

- « La protection de la vie privée des salariés face au pouvoir d'investigation de l'employeur », *Revue de droit du travail*, 07/2020, n° 7, p. 491.
- « Vie personnelle du salarié et droit disciplinaire : la forteresse menace ruine », *Revue de droit du travail*, 10/2020, p. 611.

DAMIENS Audrey, « Discours judiciaire sur la transparence des utilisateur·rice·s des réseaux sociaux », *SociologieS*, 10/2020, disponible sur http://journals.openedition.org/sociologies/15018 (Consulté le 12 mai 2023).

DANIEL Jérôme, « L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité », *La Semaine juridique - Social*, 05/2015, n° 19-20, p. 1165.

DARAGON Elise, « Étude sur le statut juridique de l'information », *Droit social*, 1998, p. 63.

DAUXERRE Lydie, « Le secrétaire du comité social et économique », *La Semaine juridique - Social*, 09/2019, n° 38, p. 1263.

DE LACGER Bertrand et LAFARGE Philippe, « Actualité du droit disciplinaire », *Les Petites Affiches*, 07/1998, n° 83, p. 5.

DE MUNCK Jean, « Les trois crises du droit du travail », *Droit social*, 1999, p. 443.

DE MUNCK Jean et LENOBLE Jacques, « Droit négocié et procéduralisation », *in* P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dirs.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint- Louis, 1996, pp. 171-196.

DE QUENAUDON René, « Responsabilité sociale des entreprises », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, octobre 2017.

DE TERWANGNE Cécile, « Accès à l'information et organisations internationales : le cas de l'Union européenne », *Éthique publique*, 01/2004, disponible sur http://journals.openedition.org/ethiquepublique/2014 (Consulté le 11 avril 2023).

DECHRISTÉ Caroline, « Comité d'entreprise et transparence financière : les décrets sont parus », *Dalloz Actualité*, 04/2015.

DE GAUDEMAR Hervé, « L'obligation de motivation des actes administratifs unilatéraux en droit français », *in* S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2013, pp. 69-89.

DEJEAN DE LA BÂTIE Aurélia, « La longue marche de la RSE », *Semaine sociale Lamy*, 09/2012, n° 1550.

DEL SOL Marion et LEFRANC-HAMONIAUX Carole, « La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants », *La Semaine juridique - Social*, 12/2008, n° 52, p. 1666.

DELAUNAY Bénédicte, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », *in* ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF (dir.), *Les droits publics subjectifs des administrés : actes du Colloque [annuel] organisé les 10 et 11 juin 2010, au Pôle universitaire de gestion de l'Université de Bordeaux*, Travaux de l'AFDA, n° 4, Paris, LexisNexis-Litec, 2011, pp. 211-229.

DELMAS-MARTY Mireille, « A propos du secret professionnel », *Recueil Dalloz*, I/1982, pp. 267-272.

DELVOLVÉ Pierre, « La transparence administrative », *Revue de jurisprudence commerciale*, 11/1993, pp. 23-35.

DESBARATS Isabelle, « La RSE en droit français : un champ d'évolutions normatives », *Droit social*, 2015, p. 572.

DESPAX Michel, « La vie extraprofessionnelle du salarié », *La Semaine juridique*, 1963, p. 1776.

DEUMIER Pascale, « Reconnaissance du lobbying en France », *Revue trimestrielle de droit civil*, 03/2010, n° 1, p. 62.

DISSAUX Nicolas et LOIR Romain :

- « La réforme de la négociation commerciale : une névrose française », *La semaine juridique - Entreprise et affaires*, 07/2019, n° 29, pp. 23-25 (étude 1362).
- « A quoi sert le droit de la distribution ? », *Recueil Dalloz*, 10/2021, n° 35, p. 1809.

DOCKÈS Emmanuel, « Pouvoir patronal et démocratie », *Semaine sociale Lamy Supplément*, 02/2008, n° 1340, pp. 85-90.

DOLE Philippe, « L'usager au cœur de la réforme de la formation professionnelle », *Droit social*, 2008, p. 1173.

DRAÏ Raphaël, « Transparence et démocratie sont-elles vraiment compatibles ? », *in* N. DROIN et E. FOREY (dirs.), *La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 19-32.

DRUMMOND France, « L'information des actionnaires et des investisseurs », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2005, pp. 15-24.

DUCHANGE Grégoire, « Le droit commun des alertes professionnelles », *La Semaine juridique Social*, 06/2016, n° 24.

DUCHANGE Grégoire et TEYSSIÉ Bernard (dirs.), « Chronique de droit du travail », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, 09/2017, p. 1514.

DUCOULOMBIER Peggy, « La transparence dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in* V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, Collection L'Unité du Droit, n° XXV, Orléans, Paris et Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2020, pp. 45-56.

DUMONT Gilles, « Théorie de la procédure », *in* A. ANTOINE *et al.* (dirs.), *Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 3-11.

DUPUY Joëlle, « L'information du personnel par le comité d'entreprise », *Recueil Dalloz*, 1983, pp. 57-64.

DURAND Paul, « Le particularisme du droit du travail », *Droit social*, 1945, pp. 298-303.

DUTHEIL-WAROLIN Lydie, « Le droit à l'information des salariés au sein de l'entreprise (CA Limoges, 12 sept. 2005) », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, 01/2006, n° 3, p. 1129.

ECKERT Gabriel, « La commande publique, un levier pour l'action publique ? Perspectives générales », *in* É. MULLER *et al.* (dirs.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 1-14.

EMSELLEM Jonathan et PERRIN-PILLOT David, « Les nouvelles règles de financement, un enjeu essentiel de la réforme de la formation professionnelle continue », *Droit social*, 2014, p. 1033.

ESCANDE-VARNIOL Marie-Cécile, « L'évaluation du salarié », *in* J.-M. BÉRAUD et A. JEAMMAUD (dirs.), *Le singulier en droit du travail*, Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2006, pp. 95-113.

ESCOLANO Ernest, « Le droit à l'information des travailleurs », *in* Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE (dirs.), *L'information en droit privé, travaux de la conférence d'agrégation*, Bibliothèque de droit privé, n° 32 et 33, Paris, LGDJ, 1978, pp. 163-219.

FABRE Alexandre, « La motivation du licenciement », *Droit social*, 01/2018, n° 1, pp. 4-9.

FABRE Dominique, « Des publicités obligatoires en droit du travail », *Revue Droit du travail et de la sécurité sociale*, 1994, pp. 27-34.

FABRE-MAGNAN Muriel, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, 2001.

FASTERLING Björn et DUHAMEL Jean-Christophe, « Le comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », *Revue internationale de droit économique*, 2009, n° 2, pp. 129-157.

FAVENNEC-HÉRY Françoise :

- « La hiérarchie des normes en droit du travail : rupture ou continuité ? », *Semaine sociale Lamy*, 10/2016, n° 1742.
- « Regards sur le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail : les apports de la loi du 13 juillet 1973 », *in* J.-P. LE CROM (dir.), *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Points d'appui, Paris, Les Editions de l'Atelier : Les Editions ouvrières, 1998, pp. 251-262.
- « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *Droit social*, 01/2007, n° 1, pp. 3-7.
- « L'information du comité d'entreprise », *La Semaine juridique - Social*, 05/2015, n° 19-20, p. 1164.

- « Données personnelles et responsabilité », *La Semaine juridique - Social*, 05/2020, n° 20-21, p. 2030.

FENOLL-TROUSSEAU Marie-Pierre, « Vie privée du salarié : les nouveaux enjeux de la cybersurveillance », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, 07/2007, n° 27-28, p. 1878.

FERKANE Ylias, « Syndicats professionnels : droit syndical dans l'entreprise », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2020.

FERRARI Julie, « Responsabilité sociétale des entreprises », *Jurisclasseur Travail Traité*, LexisNexis, 14 février 2022.

FLAMENT Lucien et SACHS Tatiana, « Simplifier le droit du travail ? », *Revue de droit du travail*, 09/2010, n° 09, p. 498.

FONDEUR Yannick :

- « Les offres d'emploi sur internet : vers la "transparence" du marché du travail ? », *Connaissance de l'emploi*, 11/2016, n° 132, pp. 1-4.
- « Centralisation des offres d'emploi et "transparence du marché du travail" - Un paradigme de l'action publique à l'épreuve du numérique », *Socio-Economie du travail*, 2017, n° 2, pp. 71-99.

FOREY Elsa, « Propos introductifs », *in* N. DROIN et E. FOREY (dirs.), *La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 7-14.

FOUVET Florence, « D'une distinction entre les libertés-instituantes et les libertés-prérogatives », *Revue de droit du travail*, 2017, p. 309.

FRAYSSINET Jean et KAYSER Pierre, « La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et le décret du 17 juillet 1978 », *Revue du droit public*, 06/1979, pp. 629-691.

FREYRIA Charles, « Le contenu de l'information économique et sociale du comité d'entreprise », *Droit social*, 04/1979, n° 4, pp. 35-48.

FRIER Pierre-Laurent, « Motifs : contrôle », *Répertoire de contentieux administratif*, En ligne, Dalloz, septembre 2005 actualisé oct. 2014.

FRISON-ROCHE Marie-Anne :

- « Secret et profession », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Secrets professionnels*, Paris, Autrement, 1999, pp. 13-102.
- « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 610.
- « Le droit d'accès à l'information ou le nouvel équilibre de la propriété », *in Études offerte à Pierre Catala, Le droit français à la fin du XXème siècle*, Litec, 2001, pp. 759-770.
- « Définition du droit de la régulation économique », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 126.

FRISON-ROCHE Marie-Anne et BARANÈS William, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Recueil Dalloz*, 06/2000, n° 23, p. 361.

FROSSARD Serge :

- « La sanction de la violation d'une procédure disciplinaire conventionnelle, signe de la procéduralisation du droit du travail », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 417.
- « La supplétivité des règles en droit du travail », *Revue de droit du travail*, 02/2009, n° 02, p. 83.

FROUIN Christophe, « Aspects stratégiques et opérationnels de la loi Rebsamen », *Les Petites Affiches*, 12/2015, n° 256, p. 4.

FROUIN Jean-Yves :

- « Le point sur la motivation de la lettre de licenciement », *Revue de jurisprudence sociale*, 07/1999, n° 7, pp. 543-548.
- « La loyauté de la preuve en droit du travail », *Procédures*, 12/2015.

FRYDMAN Benoît, « La transparence, un concept opaque ? », *Journal des tribunaux*, 2007, n° 2007/6265, p. 300.

GABARDA Olivier, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? », *revue française de droit administratif*, 03/2012, n° 1, pp. 61-71.

GALLOUX Jean-Christophe, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *Recueil Dalloz*, 1994, p. 229 s.

GARDIN Alexia, « Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *Répertoire de droit du travail*, En ligne, Dalloz, janvier 2024.

GAURIAU Bernard :

- « La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale - Libres propos », *La Semaine juridique - Social*, 04/2008, p. 197.
- « Syndicat professionnel - Moyens d'action », *Jurisclasseur Travail Traité*, Fascicule 12-20, 1 août 2018.

GAURIAU Bernard et TEISSIER Arnaud, « Données personnelles et économiques : l'interdiction de diffuser », *La Semaine juridique - Social*, 05/2020, n° 20-21, p. 2028.

GAURIAU Rosane, « La « gamification » au travail via les plateformes numériques : un outil ludique au service de l'intensification de la charge de travail », *La Semaine juridique - Social*, 04/2022, n° 13, p. 1096.

GAVALDA Christian :

- « Le secret des affaires », *in Mélanges offerts à R. Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 291-316.
- « Rapport introductif de Droit privé », *Revue de jurisprudence commerciale*, 11/1993, pp. 68-76.

GÉA Frédéric :

- « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise - Bâtir une "culture de la confiance" ? », *Droit social*, 2013, p. 717.
- « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », *Droit social*, 2013, p. 210.
- « Un changement de paradigme ? », *Droit social*, 2017, p. 997.
- « A quoi sert le droit du travail ? », *Recueil Dalloz*, 03/2020, n° 08, p. 444.
- « L'hypothèse dialogique (ou dialogale) en droit du travail », *in* F. GÉA et A. STÉVENOT (dirs.), *Le dialogue social : l'avènement d'un modèle ?*, Collection Paradigme, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 57-84.
- « Dialogue social ? Vous avez dit dialogue ? », *in* F. GÉA et A. STÉVENOT (dirs.), *Le dialogue social : l'avènement d'un modèle ?*, Collection Paradigme, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 201-203.

GEBEL Hortense, « Les clés d'une négociation loyale », *La Semaine juridique - Social*, 09/2022, n° 36, p. 1225.

GÉNIAUT Benoît, « Droit à la preuve, vie personnelle et principe de proportionnalité », *Revue de droit du travail*, 2017, pp. 134-136.

GÉNIAUT Benoît, « Quel type de régulation pour l'intelligence artificielle, ou comment justifier l'irrationnel ? », *in* P. ADAM, M. LE FRIANT et Y. TARASEWICZ (dirs.), *Intelligence artificielle, gestion du personnel et droit du travail : les travaux de l'AFDT*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 105-114.

GRATTON Laurène, « Liberté d'expression et devoir de loyauté du salarié, une cohabitation délicate », *Droit social*, 01/2016, n° 1, p. 4.

GRIGUER Merav, « Protection des données personnelles : conformité et bonnes pratiques des entreprises », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 01/2013, n° 1.

GRINSIR Jacques, « Les dispositions nouvelles relatives "au recrutement individuel et aux libertés individuelles" (Loi du 31 décembre 1992) », *Droit ouvrier*, 07/1993, pp. 237-241.

GRUMBACH Tiennot :

- « Doctrine et déontologie », *Droit social*, 1999, p. 323.
- « Procéduralisation et processualisation en droit du travail », *in Études offertes à J. Pélissier, Analyses juridiques et valeurs en droit social*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 253-282.

GRUMBACH Tiennot et SERVERIN Evelyne :

- « Le temps de l'action prud'homale révisé par le décret n° 2008-560 du 16 juin 2008 », *Revue de droit du travail*, 2008, p. 545.
- « Réflexions sur la "substantialisation" des droits de la défense et du principe du contradictoire dans les procédures préalables aux décisions de l'employeur », *Revue Droit du travail*, 02/2011, n° 2, p. 126.

GUEDES DA COSTA Stéphanie et MICHAUD Charlotte, « La base de données économiques et sociales : des objectifs à la pratique », *La Semaine juridique - Social*, 04/2014, n° 14, p. 1133.

GUGLIELMI Gilles J., « Transparence », *in* N. KADA et M. MARTIAL (dirs.), *Dictionnaire d'administration publique*, Droit et action publique, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2014, pp. 503-504.

GUILLON Cédric et PIEKUT Emmanuel, « Les acteurs des relations de travail à l'épreuve de la transparence financière », *La Semaine juridique - Social*, 07/2014, p. 1307.

GUILLOT Jean-Louis, « Transparence et Banque », *Revue de jurisprudence commerciale*, 11/1993, pp. 145-162.

GUIOMARD Frédéric, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *in* A. LYON-CAEN et P. LOKIEC (dirs.), *Droits fondamentaux et droit social*, Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2005, pp.61-90.

HENRIET Bruno, « L'information du comité d'entreprise : une pratique encore imparfaite », *Droit social*, 12/1990, n° 12, pp. 874-878.

HENRY Michel, « L'énonciation des motifs du licenciement : le grand bond en arrière (La lettre de licenciement peut-elle être considérée comme une simple formalité ?) », *Revue de droit du travail*, 2017, n° 12, pp. 767-770.

HO DINH Anne-Marie, « Deux modèles de garantie normative. L'exemple de la déontologie des députés », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La garantie normative*, Paris, Mare et Martin, 2021, pp. 605-618.

ICARD Julien, « L'alerte individuelle en droit du travail », *Droit social*, 06/2017, n° 6, pp. 545-551.

ISSEHNANE Sabina et DUBAR Claude, « La loi du 5 mars 2014, nouveau souffle pour la formation professionnelle ? », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 380.

JAVILLIER Jean-Claude, « L'obligation de loyauté des cadres », *Droit ouvrier*, 03/1977, pp. 133-141.

JEAMMAUD Antoine :

- « Les principes dans le droit français du travail », *Droit social*, 10/1989, pp. 618-629.
- « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz*, 1990, pp. 199-210.
- « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *in* J. CLAM et G. MARTIN (dirs.), *Les transformations de la régulation juridique*, Droit et société, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 47-72.
- « Le principe de faveur - Enquête sur une règle émergente », *Droit social*, 1999, p. 115.
- « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », *in* P. KURCZYN VILLALOBOS et C.A. PUIG HERNÁNDEZ (dir.), *Estudios jurídicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, Serie Doctrina jurídica, n° 48, México, D.F, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 415-433, disponible sur https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1090/24.pdf (Consulté le 21 octobre 2022).

JEAMMAUD Antoine, LE FRIANT Martine et LYON-CAEN Antoine, « L'ordonnancement des relations du travail », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 359.

JEANNIN Marie-Véronique et FOURGOUX Jean-Louis, « Transparence tarifaire et règles de facturation », *JurisClasseur Concurrence - Consommation*, LexisNexis, 30 mars 2024.

JEANSEN Emeric et THULEAU Guillaume, « La publicité des accords collectifs, entre transparence et secret », *Revue de jurisprudence sociale*, 2018, n° 11, pp. 783-787.

JEGOUZO Yves :

- « Le droit à la transparence administrative », *Études et documents du Conseil d'État*, 1991, n° 43, pp. 199-216.
- « La modernisation et la transparence de l'administration au défi de Wikileaks », *Actualité juridique - Droit administratif*, 12/2010, n° 44, p. 2449.

JEULAND Emmanuel, « Autour de la forme et du fond, problèmes de procédure », *in De code en code : mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 443-453.

JOURDAN Dominique, « Connaissance des conventions et accords collectifs », *La Semaine juridique - Social*, 07/2006, n° 27, p. 1535.

JULIEN-PATURLE Delphine, « La commission des marchés du comité : un objectif de transparence », *Les Cahiers Lamy du CSE*, 12/2018, n° 187, pp. 19-22.

KERLÉO Jean-François :

- « "Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?" - Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable », *in* M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS (dirs.), *Les lanceurs d'alerte*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, pp. 7-49.

- « La contribution du chercheur en droit à la réflexion sur la transparence », *Les Annales de droit*, 10/2018, n° 11/2017, pp. 107-129.

KESSLER Denis, « L'entreprise entre transparence et secret », *Pouvoirs*, 2001, pp. 33-46.

KHODRI-BENAMROUCHE Farida, « Les exigences procédurales », *Semaine sociale Lamy Supplément*, 02/2008, n° 1340, pp. 61-67.

KLING Didier, « Le monde des affaires et le secret », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Secrets professionnels*, Paris, Autrement, 1999, pp. 161-176.

LAFARGE Philippe, « Transparence et Relations sociales », *Revue de jurisprudence commerciale*, 11/1993, pp. 101-115.

LAFUMA Emmanuelle :

- « Comité social et économique : compétences en matière de santé et sécurité », *Répertoire de droit du travail*, En ligne, Dalloz, juin 2023.
- « Motivation du licenciement pour motif personnel et déprocéduralisation », *Droit ouvrier*, 09/2024, n° 913, pp. 362-367.

LAGARDE Xavier :

- « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Droit social*, 1998, n° 11, pp. 890-902.
- « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *La Semaine juridique Edition Générale*, 10/1999, n° 40, p. I 170.
- « La procéduralisation du droit (privé) », *in* C. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation) Universités d'été 2001 et 2002 du Barreau de Rouen*, n° 344, Mont-Saint-Aignan, Publications de l'Université de Rouen, 2004, pp. 141-166.

LAGESSE Pascale et ARMILLEI Valentino, « Les données économiques et personnelles : les acteurs du contrôle », *La Semaine juridique - Social*, 05/2020, n° 20-21, p. 2029.

LAINE Mathieu et SALIN Pascal, « Le mythe de la transparence imposée », *La semaine juridique - Entreprise et affaires*, 11/2003, n° 45, p. 1586.

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2010.

LARDY-PÉLISSIER Bernadette, « L'information du salarié », *Études offertes à J. Pélissier, Analyses juridiques et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, pp. 331-356.

LAULOM Sylvaine, « La RSE comme instrument de mise en œuvre du droit ? », *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Monde européen et international, Paris, Documentation française, 2010, pp. 189-202.

LAVEISSIÈRE Jean :

- « L'accès aux documents administratifs », *in Information et transparence administratives [colloque, Amiens, 11 mars 1988, organisé par le CURAPP]*, Paris, PUF, 1988, pp. 11-35.
- « En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 181-205.

LE BRAS-CHOPARD Armelle, « Quelle transparence de la vie privée des gouvernants en démocratie ? », *in* N. DROIN et E. FOREY (dirs.), *La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 215-229.

LE COHU Pierre, « Représentativité syndicale : nouveaux critères », *Les Cahiers du DRH*, 05/2008.

LE CROM Jean-Pierre, « Une révolution par la loi ? L'ordonnance du 22 février 1945 sur les comités d'entreprise », *in* J.-P. LE CROM (dir.), *Deux siècles de Droit du Travail - L'histoire par les lois*, Paris, de l'Atelier/Ed. ouvrières, 1998, p. pp.165-174.

LEBORGNE Anne, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 535.

LECOEUR Chrystelle, « Une tendance récente : l'instrumentalisation de la Cnil par les salariés », *Jurisprudence sociale Lamy*, 03/2017, n° 427.

LECOURT Arnaud, « Transposition de la directive CSRD », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 04/2024, n° 01, p. 99.

LENOIR Noëlle, « Le droit à la transparence, 30 ans après », *in Journée CERNA*, Paris, 4 mai 2018, disponible sur http://cerna-ethics-allistene.org/digitalAssets/55/55079_LA_TRANSPARENCE_EN_DROIT_No__lle_Lenoir.pdf (Consulté le 31 janvier 2020).

LEPAGE Agathe :

- « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Droit social*, 04/2006, n° 4, p. 364.
- « Droits de la personnalité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, septembre 2009.

LEQUESNE Christian, « La transparence : vice ou vertu des démocraties ? », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 11-18.

LEROY Yann, « Précision des motifs de licenciement : la grande illusion ? », *Droit social*, 2022, n° 10, pp. 805-810.

LESAULNIER Frédérique, « La définition des données à caractère personnel dans le règlement général relatif à la protection des données personnelles », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 573.

LHERNOULD Jean-Philippe :

- « Directive 91/533 du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail. Durée de travail journalière ou hebdomadaire normale. Règles applicables à la prestation d'heures supplémentaires », *Droit social*, 05/2001, n° 05, p. 548.
- « Une nouvelle directive européenne pour renforcer l'application des règles d'égalité de rémunération femmes/hommes », *La Semaine juridique - Social*, 06/2023, n° 22, p. 1143.

LIAULT Delphine et BORDIER Guillaume, « Loi sur le secret des affaires : quelles implications dans les relations avec les salariés ? », *Semaine sociale Lamy*, 11/2018, n° 1837.

LIEBER Sophie-Justine, « Le CHSCT dans la procédure des PSE », *Semaine sociale Lamy*, 09/2016, pp. 5-9.

LOISEAU Grégoire :

- « La liberté d'expression du salarié », *Revue Droit du travail*, 06/2014, n° 6, p. 396.
- « Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle », *La Semaine juridique - Social*, 07/2014, n° 29, p. 1311.
- « Le préalable de négociation », *Revue de jurisprudence sociale*, 06/2021, n° 06, pp. 427-435.

- « Juridicité et justiciabilité des normes de droit souple en droit du travail », *Justice et Cassation*, 2023, n° 01, p. 73.
- « Une transposition réglementaire de la directive sur les conditions de travail transparentes et prévisibles », *La Semaine juridique - Social*, 11/2023, n° 46, p. 426.

LOKIEC Pascal :

- « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », *in* C. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation) Universités d'été 2001 et 2002 du Barreau de Rouen*, n° 344, Mont-Saint-Aignan, Publications de l'Université de Rouen, 2004, pp. 177-197.
- « Vers un nouveau droit du travail ? », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 2109.

LUCAS DE LEYSSAC Claude, « Transparence et Publicité », *Revue de jurisprudence commerciale*, 11/1993, pp. 128-142.

LYON-CAEN Antoine :

- « La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique », *Droit ouvrier*, 04/2002, n° 644, pp. 161-164.
- « Transparence ou secret », *Revue de droit du travail*, 02/2017, n° 2, p. 69.
- « Le contentieux du droit souple en droit du travail », *Justice et Cassation*, 2023, n° 01, p. 61.

LYON-CAEN Gérard (dir.), « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise - Bilan, perspectives », *Droit social*, 08/1977, n° 7-8 (n° spécial), p. spé.1.

LYON-CAEN Gérard :

- « Le langage en droit du travail », *in* N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Etudes juridiques, n° 5, Paris, Economica, 1999, pp. 1-10.
- « Débat autour de l'arrêt Nikon », *Semaine sociale Lamy*, 10/2001, n° 1046.

MACKAAY Ejan, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, 1979, vol. 12, n° 53, pp. 33-50.

MACORIG-VENIER Francine, « L'alerte du commissaire aux comptes dans les comités d'entreprise : la loi a été complétée par des décrets », *Revue trimestrielle de droit commerciale*, 2015, p. 360.

MAGGI-GERMAIN Nicole, « Sur le dialogue social », *Droit social*, 07/2007, n° 07-08, p. 798.

MAGNON Xavier, « Morale et politique : quelles places pour le droit ? », *in* B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dirs.), *Transparence et vie publique*, Les Cahiers constitutionnels de Paris 1, Paris, Dalloz, 2015, pp. 15-31.

MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, « La réforme de la loi informatique et libertés et le droit au respect de la vie privée », *Actualité juridique - Droit administratif*, 2004, p. 2269.

MALARET Elisenda, « Des autorités de régulation indépendantes et responsables : les enjeux de la transparence », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Marcou*, Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, Paris, IRJS éditions, 2017, pp. 539-551.

MALAURIE Philippe, « Transparence - Secret : Droit à l'information », *Annonces de la Seine*, 01/1997, n° 1, pp. 6-8.

MALAURIE-VIGNAL Marie :

- « Liberté contractuelle, transparence tarifaire et égalité entre concurrents », *Contrats, concurrence, consommation*, 03/2003, n° 3, repère 3.

- « Un droit de la transparence tarifaire et des pratiques restrictives de concurrence à géométrie variable », *Contrats, concurrence, consommation*, 05/2015, n° 5, pp. 55-56, Comm. 117.

MALECKI Catherine, « La transparence environnementale à la charge des sociétés », *in* L. FONBAUSTIER et V. MAGNIER (dirs.), *Développement durable et entreprise*, Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2013, pp. 107-121.

MALFETTES Loïc :

- « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *Droit social*, 2019, p. 591.
- « Chronique - RGPD et droit du travail (relations individuelles) », *Revue de jurisprudence sociale*, 2019.
- « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *Droit social*, 07/2019, n° 07, p. 591.

MANIGOT Vincent, « Le règlement intérieur du comité social et économique », *La Semaine juridique - Social*, 10/2019, n° 41, p. 1290.

MANIGOT Vincent et PREMEL Xavier, « Le recours aux modèles-types de lettres de licenciement : quelle sécurisation ? », *La Semaine juridique - Social*, 04/2018, n° 14, p. 1123.

MARCHAND Jennifer, « Réflexion sur le principe de transparence », *Revue du droit public*, 05/2014, n° 3, p. 677.

MARCOU Gérard, « La notion juridique de régulation », *Actualité juridique - Droit administratif*, 2006, p. 347.

MARTINON Arnaud :

- « Sécurisation de l'emploi - L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités ? », *La Semaine juridique - Social*, 06/2013, n° 25, p. 1263.
- « Démocratie sociale : représentativité syndicale et transparence des comptes du comité d'entreprise », *Les Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 02/2014, n° 260, p. 82.

MARTINON Arnaud et MARQUET DE VASSELOT Laurent, « Les comptes du comité d'entreprise », *La Semaine juridique - Social*, 05/2015, n° 19-20, p. 1168.

MASCALA Corinne, « Droit pénal des affaires », *Recueil Dalloz*, 09/2016, p. 1836.

MAUCLAIR Stéphanie, « La transparence en droit civil, essai de définition », *in* V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, Collection L'Unité du Droit, n° XXV, Orléans, Paris et Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2020, pp. 131-136.

MAURY Florence, « La transparence pour l'égalité des droits des salariés dans l'entreprise », *Droit et Patrimoine*, 12/2023, n° 341.

MAZARS Marie-France, « De la souveraineté de l'individu sur ses données personnelles à l'heure du RGPD », *Droit ouvrier*, 03/2019, n° 848, pp. 123-127.

MAZARS Marie-France et EL BOUJEMAOUI Wafae, « Se préparer à la discipline du RGPD », *Revue de droit du travail*, 07/2018, n° 7, pp. 506-514.

MAZEAUD Antoine, « L'obligation de loyauté : premier aperçu », *Répertoire de droit du travail*, Contrat de travail (Exécution), Dalloz, janvier 1993.

MAZEAUD Vincent, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 06/2015, n° 48, pp. 7-20.

MAZUYER Emmanuelle, « La responsabilité sociale de l'entreprise : identification et régulation d'un phénomène complexe », *in* E. MAZUYER (éd.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Monde européen et international, Paris, Documentation française, 2010, pp. 15-39.

MEKKI Mustapha :

- « L'information en droit privé - Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », *in* B. FAUVARQUE-COSSON et Y. ITO (dirs.), *L'information - VIIIème journées juridiques franco-japonaises (26-27 sept. 2011)*, 11, Droits étrangers, Paris, Société de législation comparée, 2012, pp. 139-199.
- « La lutte contre les conflits d'intérêts : essor de la transparence ou règne de la méfiance ? », *Pouvoirs*, 2013, vol. 147, n° 4, pp. 17-32.

MELLERAY Fabrice, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, janvier 2007.

MELLET Kevin, « L'Internet et le marché du travail. Cadrage des interactions et pluralité des formats d'information », *Réseaux*, 2004, vol. 125, n° 3, pp. 113-142.

MERCAT-BRUNS Marie, « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *Recueil Dalloz*, 02/2017, n° 5, p. 224.

MESTRE Jacques :

- « Transparence et Droit des contrats », *Revue de jurisprudence commerciale*, 11/1993, pp. 77-88.
- « L'ordre public dans les relations économiques », *in* T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 1996, pp. 33-41.

MEYRAT Isabelle :

- « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Droit ouvrier*, 07/2002, pp. 343-349.
- « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations de travail - Pour une approche critique », *in* A. LYON-CAEN et P. LOKIEC (dirs.), *Droits fondamentaux et droit social*, Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2005, pp. 41-59.

MICHEL Hélène, « La transparence dans l'Union européenne : réalisation de la bonne gouvernance et redéfinition de la démocratie », *revue française d'administration publique*, 2018, vol. 1, n° 165, pp. 109-126.

MICHEL Stéphane, « Le critère de l'indépendance au sein de l'article L.133-2 du Code du travail », *Droit ouvrier*, 04/2003, pp. 133-140.

MINÉ Michel, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi*, 10/2000, n° 84, pp. 47-61.

MO Caroline, « Les juridictions administratives aux commandes des plans de sauvegarde de l'emploi », *Les Cahiers Lamy du CE*, 03/2017, n° 168.

MOIZARD Nicolas :

- « La proposition de directive sur la transparence salariale entre les femmes et les hommes : avancées et incertitudes », *Revue Droit du travail*, 07/2021, n° 7-8, pp. 431-440.
- « Les logiques de la directive (UE) n° 2023/970 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les sexes », *Droit social*, 11/2023, p. 877.

MOLE Ariane :

- « Ordinateurs recruteurs et logiciels d'évaluation - l'approche "informatique et libertés" », *Semaine sociale Lamy*, 01/1990, pp. 4-5.
- « Au-delà de la loi informatique et libertés », *Droit social*, 06/1992, p. 603.

MOLFESSIS Nicolas, « Le titre des lois », *in Études offertes à Pierre Catala (Le droit privé français à la fin du XXe siècle)*, Paris, Litec, 2001, pp. 47-72.

MORIN Marie-Laure :

- « Démocratie sociale ou démocratie politique ? La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives », *in* J.-P. LE CROM (dir.), *Deux siècles de Droit du Travail - L'histoire par les lois*, Paris, de l'Atelier/Ed. ouvrières, 1998, pp. 179-191.
- « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », *Droit social*, 2008, p. 24.
- « Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise », *Droit social*, 2011, p. 62.

MORIN Marie-Laure et MASSE-DESSEN Hélène, « Les critères de la représentativité et la désignation des représentants syndicaux », *Semaine sociale Lamy*, 03/2011, n° 1485, pp. 22-34.

MORVAN Patrick :

- « Les sources du vocabulaire », *in* B. TEYSSIÉ (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Colloques, Paris, Panthéon-Assas (L.G.D.J.), 2009.
- « Groupe d'entreprises et rémunérations du travail », *Droit social*, 2010, p. 748.
- « Aspects sociaux de la confidentialité dans les restructurations », *Droit social*, 05/2010, n° 5, p. 541.

MOULY Jean, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux », *Droit social*, 09/2017, p. 745.

MOUSSERON Jean-Marc, « Une science nouvelle : la facturologie », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1988, n° 4, p. 3.

MOUSSY Pascal, « La perception par le juge administratif de l'exercice normal des fonctions représentatives », *Droit ouvrier*, 02/1990, pp. 42-51.

MULLER-JACQUOT Jeanine, « La directive CEE 91/533 du 14 octobre 1991 et ses incidences sur le contrat de travail », *Droit ouvrier*, 03/2000, n° 619, pp. 114-116.

MÜNCH Philippe, « Révolution française, opinion publique et transparence », *Appareil*, 04/2011, n° 7/2011, disponible sur http://appareil.revues.org/1220.

NADAL Sophie, « Conventions et accords collectifs de travail : droit à la négociation collective », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, octobre 2019.

NASOM-TISSANDIER Hélène, « Le droit à l'information-consultation du CSE à l'épreuve des délais préfix », *Revue de jurisprudence sociale*, 04/2021.

NAURIN Daniel, « Transparency, Publicity, Accountability - The missing links », *Swiss Political Science Review*, 2006, vol. 12, pp. 90-98.

NEAU-LEDUC Christine, « Les sanctions de la soft-law », *in* B. TEYSSIÉ (dir.), *La sanction en droit du travail*, Colloques (Editions Panthéon-Assas), Paris, LGDJ, 2012, pp. 13-19.

NETTER Emmanuel, « À quoi sert le principe de transparence en droit des données personnelles ? », *Communication Commerce électronique*, 10/2020, n° 11, p. 611.

NIEL Sylvain et LE DAMANY Sylvie, « Un code anticorruption pour juin 2017 », *Semaine sociale Lamy*, 02/2017, n° 1756.

ODOUL-ASOREY Isabel :

- « De "l'information-consultation anticipée" des IRP... à la refondation du droit commun de l'information-consultation ? », *Revue Droit du travail*, 2013, p. 192.
- « Le principe de participation des travailleurs devant le Conseil constitutionnel », *Droit ouvrier*, 07/2016, pp. 426-432.

OLIVIER Geneviève, « Chronique : Constitution et fonctionnement d'un syndicat professionnel », *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 02/2011, n° 2, pp. 99-103.

PADYCH Claire, « Vers l'adoption définitive de la directive « transparence salariale » », *Liaisons Sociales Europe*, 01/2023, n° 92, pp. 2-5.

PAGNERRE Yannick :

- « Contrôle par un service interne de l'activité du salarié », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, 12/2014, n° 51-52, p. 1663.
- « Regard historique sur le co-emploi », *Droit social*, 06/2016, n° 6, pp. 550-553.
- « Contrôle de la consommation d'alcool et de stupéfiants par les salariés », *Revue de jurisprudence sociale*, 03/2017, n° 3, pp. 193-199.
- « La transparence financière, nouveau principe général du droit syndical », *La Semaine juridique - Social*, 04/2017, p. 1108.
- « "Précisions" sur la précision de la lettre de licenciement », *Revue de jurisprudence sociale*, 05/2018, n° 5, pp. 375-379.

PASQUIER Thomas, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *Droit social*, 01/2018, n° 1, p. 44.

PAULIAT Hélène, « Le formalisme des décisions administratives », *La Semaine juridique - Edition Administration et collectivités territoriales*, 06/2020, n° 23, étude 2162.

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence :

- « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel ? », *Droit social*, 05/2012, n° 5, pp. 469-476.
- « Donner l'information : les obligations du salarié », *Droit social*, 2013, p. 103.

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence et STRUILLOU Yves :

- « Le licenciement pour motif disciplinaire des salariés protégés (une partition à quatre mains) », *Semaine sociale Lamy*, 11/2007, n° 1329.
- « Protection des représentants du personnel, Cour de cassation et Conseil d'État : des marches parallèles à la démarche commune », *Droit social*, 09/2010, n° 09-10, p. 902.
- « Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel 1er trimestre 2012 (première partie) », *Semaine sociale Lamy*, 05/2012, n° 1540.

PÉLISSIER Jean, « La loyauté dans la négociation collective », *Droit ouvrier*, 12/1997, pp. 496-502.

PERRAY Romain, « La transparence en matière de données personnelles : plus qu'une explicitation, la consécration d'un principe désormais cardinal », *Communication Commerce électronique*, 10/2022, n° 10, étude 17.

PERROTIN Frédérique, « A la découverte d'une mission méconnue de l'expert-comptable : accompagner les comités d'entreprise », *Les Petites Affiches*, 09/2013, n° 187, p. 3.

PETERS Anne, « Towards transparency as a global norm », *in* A. BIANCHI et A. PETERS (éds.), *Transparency in international law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2013, pp. 534-607.

PETIT Franck :

- « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise », *Droit ouvrier*, 07/2014, n° 792, pp. 482-490.
- « Quels financements pour le dialogue social ? », *Droit social*, 09/2014, pp. 692-696.
- « La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif », *Droit social*, 2018, p. 141.
- « Les communications syndicales à l'ère du numérique », *Droit social*, 12/2018, n° 12, p. 1053.
- « La transparence financière sésame de l'activité syndicale », *Chroniques du Travail*, 2019, n° 9, pp. 84-93.

PICOD Fabrice, « La transparence dans les procédures juridictionnelles », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 147-173.

PIETRANCOSTA Alain et POULLE Jean-Baptiste, « Le principe "appliquer ou expliquer" », *in* E. LE DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Droit et économie, Paris, L.G.D.J., 2010, pp. 377-393.

PIGASSOU Paul, « La pénalisation de la transparence tarifaire à l'épreuve de la libre circulation des marchandises », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 12/1995, n° 4, pp. 693-714.

PIGNARRE Geneviève, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *Revue des contrats*, 01/2013, n° 1, p. 251.

PILLON Jean-Marie, « La transparence du marché du travail – un travail en soi », *La Revue de l'Ires*, 2015, vol. 84, n° 1, pp. 3-30.

PITRAS Antonin, « Le lanceur d'alerte (Étude comparée entre droit français et droit de l'Union européenne) », *Revue trimestrielle de droit européen*, 08/2020, n° 2, p. 181.

PIVETEAU Denis, « Réflexions sur l'approche "publiciste" du droit des relations de travail », *Droit social*, 2019, p. 515.

PIZZIO-DELAPORTE Corinne, « Libertés fondamentales et droits du salarié - le rôle du juge », *Droit social*, 2001, p. 404.

POIRIER Mireille :

- « Négociation collective : arrêter le massacre (Partie 1) », *Droit ouvrier*, 02/2013, n° 775, pp. 78-90.
- « Négociation collective : arrêter le massacre (Partie 2) », *Droit ouvrier*, 04/2013, n° 777, pp. 250-262.

POIRMEUR Yves :

- « Transparence et secret administratif dans le débat politique », *in Information et transparence administratives [colloque, Amiens, 11 mars 1988, organisé par le CURAPP]*, Paris, PUF, 1988, pp. 181-223.
- « La transparence dans le discours politique actuel », *in* N. DROIN et E. FOREY (dirs.), *La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 101-114.

PONCET Sébastien, « La transparence comptable du comité d'entreprise : mythe ou réalité juridique ? », *Jurisprudence sociale Lamy*, 10/2009, n° 264, pp. 4-9.

PORACCHIA Didier, « Secret et confidentialité dans les rapports de travail », *Semaine sociale Lamy Supplément*, 05/2008, n° 1352, p. 27.

PORTA Jérôme :

- « Représentativité », *Recueil Dalloz*, 09/2016, p. 2270.
- « Le droit du travail en changement (essai d'interprétations) », *Travail et emploi (DARES)*, 02/2019, n° 158, pp. 95-132.

PUIGELIER Catherine, « Le mensonge du salarié », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, 01/2003, p. 193.

PY Bruno, « Secret professionnel », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, février 2003.

QUIRINY Bernard, « Transparence et totalitarisme », *in* N. DROIN et E. FOREY (dirs.), *La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 63-77.

RADÉ Christophe :

- « Cour de cassation et Conseil constitutionnel : la convergence, après la méfiance », *Constitutions*, n° 2011-1, p. 89.
- « Le financement des syndicats à l'heure de la réforme de la démocratie sociale », *Droit social*, 09/2014, pp. 697-702.

RAINAUD Jean-Marie, « La transparence en droit comparé », in J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 237-253.

RANGEON François, « L'accès à l'information administrative », *in* F. RANGEON (dir.), *Information et transparence administratives [Colloque, Amiens, 11 mars 1988]*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, PUF, 1988, pp. 79-110.

RAY Jean-Emmanuel :

- « Le contrôle de l'utilisation des heures de délégation », *Droit social*, 11/1986, n° 11, pp. 757-761.
- « Le nouveau droit du licenciement (1985-1987) », *Droit social*, 10/1987, n° 9-10, pp. 664-673.
- « Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992. "Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles" », *Droit social*, 02/1993, n° 2, pp. 103-114.
- « Comité d'entreprise, transparence et dissuasion », *Droit social*, 03/1993, p. 215.
- « Droit du travail et TIC III (Droit syndical et TIC : sites, blogs, messagerie) », *Droit social*, 04/2007, p. 423.
- « Sur la liberté d'expression des syndicats sur Internet - A propos de l'arrêt TNS Secodip du 5 mars 2008 », *Semaine sociale Lamy*, 03/2008, n° 1345.
- « D'un droit des travailleurs à un droit de la personne au travail », *Droit social*, 2010, pp. 3-11.
- « Facebook, le salarié et l'employeur », *Droit social*, 02/2011, p. 128.

- « CGT, CFDT, CNT, CE et TIC (Rapports collectifs de travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication) », *Droit social*, 2012, p. 362.
- « De la géo-localisation à la télé-localisation », *Droit social*, 01/2012, p. 61.
- « Protéger l'information, aujourd'hui et demain - Secret, confidentialité, discrétion, loyauté », *Droit social*, 2013, p. 111.

RENAUDIN Noël, « Transparence et Concurrence », *Revue de jurisprudence commerciale*, 11/1993, pp. 89-100.

RÉDACTION SEMAINE SOCIALE LAMY :

- « Les conditions d'un vote sécurisé », *Semaine sociale Lamy*, 05/2007, n° 1306.
- « Nouvelles précisions sur l'obligation de transparence des entreprises », *Semaine sociale Lamy*, 05/2012, n° 1538.
- « La protection des lanceurs d'alerte s'étend aux conflits d'intérêts », *Semaine sociale Lamy*, 10/2013, n° 1603.
- « Toujours plus de transparence », *Semaine sociale Lamy*, 02/2014.
- « La démocratie sociale réformée », *Semaine sociale Lamy*, 03/2014, n° 1622.
- « En route vers l'égalité professionnelle ? », *Semaine sociale Lamy*, 03/2018, n° 1808.

RÉDACTION DE LA SEMAINE JURIDIQUE, « Écarts de rémunération femmes-hommes : vers plus de transparence », *La Semaine juridique - Social*, 03/2021, n° 11, p. 122.

RENUCCI Jean-François, « L'apport normatif du Conseil de l'Europe à la transparence », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 219-223.

REVET Thierry, « L'ordre public dans les relations de travail », *in* T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 1996, pp. 43-63.

RICHIR Marc, « Révolution et transparence sociale », *in Considérations destinées à rectifier les jugements du public sur la Révolution française*, Critique de la politique, Paris, Payot, 1974.

RIDEAU Joël, « Jeux d'ombres et de lumières en Europe », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 1-9.

RIPERT Georges, « Les principes juridiques », *in Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.

RIVERO Jean, « Rapport de synthèse », *in* C. DEBBASCH (dir.), *La Transparence administrative en Europe : actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989*, Paris, Éd. du Centre national de la recherche scientifique, 1990, pp. 307-318.

ROBERTS Alisdair, « Les faces cachées de la résistance gouvernementale à la transparence », *Éthique publique*, 2004, vol. 6, n° 2, disponible sur http://ethiquepublique.revues.org/2017 (Consulté le 22 août 2017).

ROBIN Cécile, « L'obligation d'information en droit du travail : l'exemple du bulletin de paie », *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 2005, n° 2005-4 (1), pp. 1975-2008.

ROBINET Anne et WALLE Emmanuel, « L'encadrement des méthodes d'évaluation professionnelle des candidats ou salariés », *Gazette du Palais*, 07/2011, n° 204, p. 17.

ROBIN-OLIVIER Sophie, « Chronique Politique sociale de l'UE - Un nouveau départ pour la politique sociale de l'Union : premier bilan des effets du socle européen des droits sociaux », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2018, p. 403.

ROSA Fabrice, « La base de données économiques et sociales : interrogations sur le dispositif et ses éventuelles évolutions », *Les Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 02/2014, n° 260, p. 4.

ROUSSEAU Yves, « Les offres d'emploi », *Droit social*, 1992, p. 323.

ROUVROY Antoinette et POULLET Yves, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel », *in* K. BENYEKHLEF et P. TRUDEL (dirs.), *Etat de droit et virtualité*, Montréal, Thémis, 2009, pp. 157-222.

ROUX André, « Transparence et démocratie », *in Long cours : mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 551-557.

ROZEC Philippe, CANTENOT Nicolas et MANIGOT Vincent, « La protection des données personnelles dans l'entreprise », *Semaine sociale Lamy*, 07/2016.

RUDELLI Delphine et FOKI Guillaume, « Actualités - A l'international », *La Semaine juridique - Social*, 06/2019, n° 24.

SACHS Tatiana, « La consolidation d'un droit du marché du travail », *Revue de droit du travail*, 12/2016, n° 12, p. 748.

SAINT-ALARY Roger, « Le secret des affaires en droit français », *in Le secret et le droit (journées libanaises 1974)*, XXV, Paris, Dalloz, 1976.

SANTORO Guillaume, « La loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel : de nouvelles exigences pour l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », *Revue de droit du travail*, 2019, n° 3, p. 190.

SAUNIER Sébastien, « La notion de procédure administrative non contentieuse », *in* A. ANTOINE, H. BELRHALI et J. CHEVALLIER (dirs.), *Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 43-68.

SAUVAGE Guillaume, « Les obligations comptables des CE », *Semaine sociale Lamy*, 04/2015, n° 1673, pp. 5-6.

SAVATIER Jean :

- « Le fonctionnement des comités d'entreprise : quelques difficultés », *Droit social*, 03/1982, n° 3, p. 195.
- « Les délibérations du comité d'entreprise », *Droit social*, 06/1983, n° 6, p. 395.
- « L'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise », *Droit social*, 02/1985, n° 2, pp. 111-117.
- « La protection de la vie privée des salariés », *Droit social*, 04/1992, n° 04, pp. 329-333.

SCHMIDT Dominique, « Transparence et Marchés Financiers et Boursiers », *Revue de jurisprudence commerciale*, 11/1993, pp. 168-173.

SCHULTIS Catherine, « Le traitement de données dans le cadre des relations de travail dans le règlement sur la protection des données personnelles », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 265.

SEILLER Bertrand, « Acte administratif : régime », *Répertoire de contentieux administratif*, En ligne, Dalloz, octobre 2020.

SERENO Sophie, « Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique », *Droit social*, 05/2019, n° 05, p. 402.

SIGNORETTO Fabrice, « Comité social et économique : expertise », *Répertoire de droit du travail*, Paris, Dalloz, février 2020.

SIHARATH Christine, « L'index « égalité professionnelle » entre les femmes et les hommes : un outil à améliorer », *Gazette du Palais*, 06/2024, n° 19, p. 38.

SIMON Denys, « La lisibilité du droit communautaire », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 79-109.

SUPIOT Alain :

- « Le progrès des lumières dans l'entreprise (à propos d'une floraison d'experts) », *in Les transformations du droit du travail - Études offertes à G. Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, pp. 463-484.
- « Pourquoi un droit du travail ? », *Droit social*, 06/1990, n° 6, pp. 485-492.
- « Autopsie du "citoyen dans l'entreprise" : le rapport Auroux sur les droits des travailleurs », *in* J.-P. LE CROM (dir.), *Deux siècles de Droit du Travail - L'histoire par les lois*, Paris, de l'Atelier/Ed. ouvrières, 1998, pp. 265-274.
- « Travail, droit et technique », *Droit social*, 01/2002, pp. 13-25.

TAQUET François :

- « Licenciement : une histoire de précision... », *La semaine juridique - Entreprise et affaires*, 01/2018, pp. 17-18.
- « Modèles de lettres de notification de licenciement : une intention louable non dénuée de critiques », *La Semaine juridique - Social*, 01/2018, n° 2, pp. 8-9.

TARASEWICZ YASMINE ET COULOMBEL ESTELLE, « La motivation de la lettre de licenciement : dialogue ou modélisation ? (La lettre de licenciement peut-elle être considérée comme une simple formalité ?) », *Revue de droit du travail*, 2017, pp. 763-766.

TEISSIER Arnaud :

- « Le comité d'entreprise dispose-t-il du monopole de l'information dans l'entreprise ? », *Travail et protection sociale*, 05/2000, n° 5-chron. 9, pp. 6-7.
- « L'obligation de confidentialité des délégués du comité d'entreprise auprès de l'organe de direction », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, 04/2003, n° 17, p. 662.

TERRÉ François, « Rapport introductif », *in* T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 1996, pp. 3-12.

TERRENOIRE Cécile :

- « Publicité des conventions et accords collectifs : mise en œuvre », *La Semaine juridique - Social*, 06/2017, n° 23, p. 1189.
- « L'index de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *La Semaine juridique - Social*, 03/2020, n° 10, p. 1059.

TÉTARD Camille, « Transparence et secret dans l'information économique du comité d'entreprise », *Travail et protection sociale*, 01/2003, n° 1, pp. 6-8.

TEYSSIÉ Bernard :

- « L'information du salarié », *Droit social*, 03/1981, n° 3, pp. 239-247.
- « La preuve en droit du travail », *in* C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Etudes juridiques, n° 19, Paris, Economica, 2004, p. pp.73-88.
- « Santé et sécurité dans le droit du comité social et économique », *La Semaine juridique - Social*, 01/2018, n° 1, p. 1001.
- « Le contrôle des comptes du comité social et économique », *La Semaine juridique - Social*, 07/2021, n° 27, p. 1173.

TEYSSIER Céline, « Le transfert d'entreprise et les vicissitudes de la volonté du salarié », *La Semaine juridique - Social*, 02/2022, n° 7, p. 1046.

THIBIERGE Catherine :

- « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p.357.
- « Le droit souple (Réflexion sur les textures du droit) », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 599.

THIÉBART Patrick, « Le lanceur d'alerte à la lumière de la loi Sapin 2 », *Semaine sociale Lamy*, 11/2016, pp. 6-9.

THIÉBART Patrick et DAVID Déborah, « La discrimination au travail : ce qui change », *La Semaine juridique - Social*, 03/2017, n° 10.

TIMSIT Gérard :

- « Les deux corps du droit (Essai sur la notion de régulation) », *revue française d'administration publique*, 06/1996, n° 78, pp. 375-394.
- « L'invention de la légitimité procédurale », *in La conscience des droits : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 635-648.

TISSANDIER Hélène :

- « Membres des comités d'entreprise : de la discrétion ! », *Revue Droit du travail*, 12/2006, n° 7, p. 402.
- « Information des administrateurs représentants des salariés et obligation de discrétion : une timide avancée », *Revue de droit du travail*, 04/2008, n° 4, p. 248.

TOURNAUX Sébastien, « Les garanties procédurales fondamentales », *Revue Droit du travail*, 05/2015, n° 5, pp. 389-398.

TOUSCOZ Jean, « Réflexions sur la transparence en droit international économique », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 225-236.

TOUZARD Hubert, « Consultation, concertation, négociation : Une courte note théorique », *Négociations*, 2006, vol. 5, n° 1, pp. 67-74.

TUAL Marie-Charlotte, « La transparence du CE (et du CSE) confirmée par la Cour de cassation », *Les Cahiers Lamy du CSE*, 12/2018, n° 187, p. 1.

TUORARD Hélène, « La transparence dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE », *in* N. DROIN et E. FOREY (dirs.), *La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 193-210.

TÜRK Pauline, « L'autodétermination informationnelle : un droit fondamental émergent ? », *Communication Commerce électronique*, 10/2020, n° 11, p. 616.

TUSSEAU Guillaume, « Sur le panoptisme de Jeremy Bentham », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2004, vol. 2004/1, pp. 3-38.

URBAN Quentin, « Contre le syndrome du Titanic - Défendre le droit à l'information et à la communication des salariés et de leurs représentants en temps de crise », *Droit ouvrier*, 02/2013, n° 775, pp. 102-111.

URBAN Quentin, « Comité d'entreprise : rôle et attributions en matière économique », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2015.

VANULS Caroline, « Le règlement intérieur du comité social et économique », *Droit social*, 05/2019, n° 5, p. 395.

VARAUT Jean-Marc, « Secret et transparence », *Gazette du Palais*, 09/2002, n° 257, p. 2.

VARIN Christelle, « Les critères de la notion de « garantie de fond » », *La Semaine juridique - Social*, 09/2013, n° 38, p. 1356.

VASQUEZ Fernando, « La gouvernance économique européenne et les droits fondamentaux : les conflits potentiels », *Semaine sociale Lamy*, 11/2016, n° 1746.

VATINET Raymonde :

- « L'expression des salariés », *in Les transformations du droit du travail - Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, pp. 395-413.
- « La communication d'informations privilégiées par des représentants du personnel initiés (CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-384/02) », *La Semaine juridique - Social*, 02/2006, n° 6, p. 1119.
- « Les ressources financières du comité d'entreprise », *Droit social*, 09/2014, pp. 711-720.

VEDEL Georges :

- « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *La Semaine juridique*, 1948, n° 682.
- « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *La Semaine juridique*, 1950, n° 851.

VERDIER Jean-Maurice, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Droit social*, 01/1991, p. 5.

VERDUN Franck, « La loi Sapin 2 : statut du lanceur d'alerte et programme anticorruption au regard du droit social », *La Semaine juridique - Social*, 01/2017, n° 2, p. 1011.

VERDUN Franck et VERNIOLE DAVET Sylvie, « Obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, 06/2012, n° 25, pp. 17-21.

VÉRICEL Marc, « Le formalisme dans le contrat de travail », *Droit social*, 11/1993, n° 11, p. 818.

VERKINDT Pierre-Yves, « Quelle place pour l'expertise et les experts dans la représentation du personnel après les réformes de l'automne 2017 et du printemps 2018 ? », *Revue de jurisprudence sociale*, 12/2018, p. 847.

VIDAL-NAQUET Ariane, « La transparence », *in* J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Thèmes & commentaires. Études, Paris, Dalloz, 2010, pp. 639-654.

VILLENEUVE Pierre, « Autour des mots… moralisation, confiance, transparence, exemplarité… De quoi parle-t-on avec les lois du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique ? », *Actualité juridique - Collectivités territoriales*, 12/2017, p. 596.

VIRASSAMY Georges, « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *Revue trimestrielle de droit commerciale*, 06/1988, pp. 179-217.

VOGEL Louis, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Revue de la concurrence et de la consommation*, 06/2000, n° 115, pp. 6-11.

WACHSMANN Patrick, « La Convention européenne des droits de l'Homme met-elle une obligation de transparence à la charge des Etats ? », *in* N. DROIN et E. FOREY (dirs.), *La transparence en politique*, Colloques & essais, n° 7, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 167-192.

WALLACE Helen, « Transparency and the legislation process in the european Union », *in* J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J, 1999, pp. 113-119.

WAQUET Philippe :

- « La lettre de rupture par l'employeur d'un contrat de travail », *Revue de jurisprudence sociale*, 11/1993, pp. 631-636.
- « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *Les Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 1994, pp. 289-292.
- « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gazette du Palais*, II/1996, pp. 1427-1432.
- « Le renouveau du contrat de travail », *Revue de jurisprudence sociale*, 05/1999.
- « La vie personnelle du salarié », *in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle : mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 513-524.
- « Le trouble objectif dans l'entreprise : une notion à redéfinir », *Revue de droit du travail*, 2006, p. 304.
- « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Droit social*, 2010, pp.14-20.

WEILL Pierre-Alain, « État de la législation et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles en droit pénal français », *Revue internationale de droit comparé*, 09/1987, n° 3, pp. 655-675.

WEKSTEIN Isabelle et BOPP Tilia, « Prévenir oralement le salarié de son licenciement à venir : quand la bonne intention de l'employeur prive le licenciement de cause réelle et sérieuse », *Jurisprudence sociale Lamy*, 06/2024, n° 585.

WICKER Guillaume, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », *Recueil Dalloz*, 10/2016, n° 10, p. 1942.

WIENER Céline, « La motivation des décisions administratives en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 12/1969, vol. 21, n° 4, pp. 779-795.

WROBLEWSKI Jerzy, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et société*, 1988, n° 8-Le discours juridique. Langage, signification et valeurs, pp. 13-27.

ZAIDI Ghislaine et MANCA Eric, « Protéger l'information confidentielle délivrée aux représentants du personnel, une question de confiance ! », *Les Cahiers du DRH*, 02/2021, n° 283-284.

ZEIMET Marine :

- « La transparence en droit du travail, un droit fondamental ? », *in* V. BARBÉ, O. LEVANNIER-GOUËL et S. MAUCLAIR (dirs.), *La transparence, un droit fondamental ?*, Collection L'Unité du Droit, n° XXV, Orléans, Paris et Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2020, pp. 151-158.
- « Transparence et discours en droit du travail », *SociologieS*, 10/2020, disponible sur http://journals.openedition.org/sociologies/15088.
- « Les incidences de la perte de représentativité syndicale en cours de cycle électoral sur la négociation et la conclusion de l'accord collectif d'entreprise », *La Semaine juridique - Social*, 07/2022, n° 29, p. 1198.

- « L'ambivalence de la coopération et de la confrontation en droit du travail », *in* M. EL YOUNSSI et M. ZEIMET (dirs.), *La coopération & le droit*, Unité du Droit, n° XXXVIII, Orléans Toulouse, Éditions l'Épitoge, 2023, pp. 107-114.

ZILLER Jacques, « Origines et retombées du principe de transparence du droit de l'Union européenne », *in* G.J. GUGLIELMI et E. ZOLLER (dirs.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne (Colloque international des 23 et 24 mai 2014)*, Colloques, Paris, Panthéon-Assas, 2014, pp. 22-45.

ZOLLER Elisabeth :

- « Le principe de transparence et les nouvelles technologies de l'information aux Etats-Unis », *in Conférence-débat du CDPC sur la transparence administrative et ses déclinaisons technologiques récentes*, Paris, 15 avril 2013, disponible sur http://www2.u-paris2.fr/44959071/0/fiche___article/&RH=CDPC-CONFERENCE (Consulté le 11 juillet 2017).
- « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », *in* G.J. GUGLIELMI et E. ZOLLER (dirs.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne (Colloque international des 23 et 24 mai 2014)*, Colloques, Paris, Panthéon-Assas, 2014, pp. 13-22.

IV. NOTES DE JURISPRUDENCES

ABRAHAM Ronny, « Conclusions sous l'arrêt Cons. État, 17 mai 1991, *Quintin*, n° 100436 », *Revue de droit public*, 1991, pp. 1429-1432.

ADAM Patrice :

- « Note sous TGI Nanterre, 5 sept. 2008, RG n° 08/05737 (Évaluation (illicite) des salariés et action collective) », *Droit ouvrier*, 12/2008, n° 725, pp. 585-593.
- « Note sous Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557 (Mon traitre, ce héro) », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 566

AUZERO Gilles :

- « Note sous Cass. soc., 12 juil. 2006, n° 04-47.558 », *Bulletin Joly des Sociétés*, 12/2006, n° 12, p. 1429.
- « Note sous Cons. Etat, 17 octobre 2016, n° 386306 (Le coemploi sous le regard du juge administratif) », *Semaine sociale Lamy*, 11/2016, pp. 10-13.
- « Note sous Cons. Etat, 18 juil. 2018, n° 406516 (Pas de représentativité sans publicité des comptes) », *Bulletin Joly du Travail*, 09/2018, n° 01, p. 41.
- « Note sous Soc. 17 oct. 2018, n° 17-19.732 Aquanet et n° 18-60.030 Val d'Europe Airports (La preuve de la transparence financière) », *Bulletin Joly du Travail*, 12/2018, n° 4, p. 257.

BÉRAUD Jean-Marc, « Rapport sous Cass. soc. 29 février 2012, n° 11-13.748, Syndicat CGT des personnels de l'IGESA c/ IGESA (Représentativité syndicale : pondération des critères et transparence financière) », *Droit ouvrier*, 05/2012, n° 766, pp. 315-320.

BERGERON-CANUT Florence :

- « Observations sous Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-29.984 », *Droit ouvrier*, 02/2014, n° 787, p. 135.

- « Observations sous Cons. État, 29 juin 2016, nº 387412, *Pigal c/ Accenture* », *Les Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 09/2016, n° 288, p. 438.
- « Observations sous Cons. constit., 30 avril 2020, n° 2020-835 QPC », *Bulletin Joly du Travail*, 07/2020, n° 113, p. 21.

BONNAMY Sarah, « Note sous CA Bordeaux, 4e ch. civ., 27 nov. 2012, n° 11/06565 (Le grisage insuffisamment protecteur de la vie privée et de la liberté syndicale) », *Semaine sociale Lamy*, 01/2013, n° 1566.

BUGADA Alexis, « Note sous Cass. soc., 29 janvier 2020, n° 19-40.034, *Transdev, USAP & H. Ferhat* », *Procédures*, 2020, n° 4, p. 22.

CHAMBON Raphaël, « Le refus du juge administratif d'importer la notion de coemploi (conclusions sous Cons. État, 28 avr. 2023, nos 453087, 453088, 453089, 453090, 453091, 453092, 453094, 453095, 453096, 453097, Société Orion Engineered Carbons) », *Semaine sociale Lamy*, 05/2023, n° 2047, pp. 5-9.

CHAMPEAUX Françoise :

- « Note sous Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.937 (Conditions de la licéité de la preuve) », *Semaine sociale Lamy*, 05/2001, n° 1030.
- « Note sous Cass. soc., 12 juil. 2006, n° 04-47.558 », *Semaine sociale Lamy*, 09/2006, n° 1273.
- « Note sous Cons. Etat, 17 oct. 2016, n° 386306 (Le Conseil d'État abandonne le coemploi) », *Semaine sociale Lamy*, 11/2016, n° 1744.

CHAMPEAUX Françoise et LE QUINQUIS Anne, « Obs. sous TGI Nanterre, 12 sept. 2013, RG n° 11/1278 et CA Versailles, 19 déc. 2014, RG n° 13/03952 (Le salarié, acteur de son évaluation) », *Semaine sociale Lamy*, 01/2015, n° 1660.

CHATELIER Quentin, « Note sous CAA Marseille, 15 juillet 2020, n° 20MA01597 », *Bulletin Joly du Travail*, 01/2021, n° 01, p. 26.

CORRIGNAN-CARSIN Danielle, « Note sous Cass. soc., 10 mars 2016, n° 15-16.807 (Liste commune : la répartition des suffrages doit être transparente et prévisible avant les élections) », *La Semaine juridique Edition Générale*, 03/2016, n° 13, p. 629.

CORTOT Julien, « Note sous Soc. 17 oct. 2018, n° 17-19.732 Aquanet et n° 18-60.030 Val d'Europe Airports (Transparence financière et publicité des comptes du syndicat : l'incertitude) », *Dalloz Actualité*, 11/2018.

COTTIN Jean-Benoît, « Note sous Soc. 17 oct. 2018, n° 17-19.732 Aquanet et n° 18-60.030 Val d'Europe Airports (Preuve de la transparence financière du syndicat : la publication des comptes est-elle déterminante ?) », *Jurisprudence sociale Lamy*, 12/2018, n° 465, pp. 19-22.

DABOSVILLE Benjamin, « Obs. sous CEDH, 17 octobre 2019, n° 1874/13, Lopez Ribalda et autres c. Espagne (Vidéosurveillance cachée sur les lieux de travail : l'aveuglement de la Cour européenne des droits de l'homme) », *Revue de droit du travail*, 02/2020, n° 02, p. 122.

DAUXERRE Lydie, « Note sous Cass. soc. 9 septembre 2016, n° 16-20.575, CGT c/ USAP (Scrutin national de représentativité dans les TPE : preuve de l'indépendance) », *La Semaine juridique - Social*, 10/2016, n° 42, p. 1365.

DE CLAVIÈRE Blandine, « Note sous Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-14.070, SELAS Fidal (Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union - Droit du travail : autour du droit à congés payés) », *Revue trimestrielle de droit européen*, 04/2014, n° 2, p. 460.

DECHOZ Jacques et SAOULI Lydia, « Note sous CADA, 10 janv. 2013, Avis n° 2012-4880 », *Droit ouvrier*, 04/2013, n° 777, pp. 276-279.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER Nathalie, « Note sous Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-14.070, SELAS Fidal (Validité de la clause de rémunération incluant les congés payés) », *La Semaine juridique Edition Générale*, 12/2013, pp. 2215-2216.

D'ORNANO Pierre-Henri, « Observations sous Cass. soc., 4 avril 2012, n° 10-20.845, *M. G. c/ SA Groupe Progrès* », *La Semaine juridique - Social*, 06/2012, p. 1263.

DREYFUS Jean-David, « Note sous Cons. État, 21 mars 2007, n° 281796, Commune de Boulogne-Billancourt (La nature des contrats passés par une personne privée transparente) », *Actualité juridique - Droit administratif,* 2007, p. 915.

DUCLOZ Fanélie et HENON Guerric, « Note sous Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-14.070, SELAS Fidal (Chronique sur le temps de travail - 1ère partie) », *Semaine sociale Lamy*, 02/2014, n° 1618.

DUPLAT Jacques, « Concl. sous Cass. soc., 3 fév. 2010, n°08-44.455 (L'absence d'obligation d'informer l'employeur du recours contre l'avis d'inaptitude) », *Semaine sociale Lamy*, 02/2010, n° 1433.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « Note sous Cons. État, 6 avril 2022, n° 444460*, Société imprimerie du midi* » ; concl. R. CHAMBON, *Semaine sociale Lamy*, 09/2022, n° 2011.

FABRE Alexandre, « Note sous Cass. soc., 29 juin 2022, n° 20-22.220, *Sté BNP Paribas* (Droit du salarié à demander des précisions sur le motif de son licenciement : l'employeur n'a pas l'obligation d'en faire mention dans la lettre) »*, Revue de droit du travail,* 09/2022, p. 505.

FAIVRE-PICON Michel et CHEVALIER Tristan, « Note sous Cass. soc. 13 juin 2019 n° 18-24.814 à 18-24.819 », *Droit ouvrier*, 11/2019, n° 856, pp. 748-753.

FERTÉ Caroline, « Observations sous Cass. soc. 29 février 2012, n° 11-13.748, Syndicat CGT des personnels de l'IGESA c/ IGESA (Critères de représentativité et démocratie sociale) », *Jurisprudence sociale Lamy*, 04/2012, n° 320, pp. 16-18.

FÉVRIER Fabrice et VIGNAL Pierre, « Note sous Cass. soc., 30 janv. 2019, n° 17-23.025, Sté EDF », *Semaine sociale Lamy*, 03/2019, n° 1853.

FLAMENT Lucien, « Note sous TGI Caen, 5 nov. 2009, n° 09/00287 (Whistleblowing : quand le juge siffle la fin de partie) », *Les Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 02/2010, n° 217, p. 37.

FLORES Philippe, « Note sous Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-18.036 (La géolocalisation et le contrôle de la durée du travail : l'état des cartes) », *Semaine sociale Lamy*, 12/2011, n° 1518.

FRANÇOIS Gwennhaël :

- « Note sous Cass. soc. 22 février 2017, n° 16-60.123, Sté Luxe et traditions, c/ CTFC des employés de propreté et des gardiens d'immeubles et concierges d'Ile-de-France (Le respect du critère de la transparence financière par les syndicats non-représentatifs) », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, 04/2017, n° 15, p. 1208.
- « Note sous Soc. 17 oct. 2018, n° 17-19.732 Aquanet et n° 18-60.030 Val d'Europe Airports (Transparence financière et obligations comptables des syndicats) », *Droit social*, 2018, p. 1063.
- « Note sous Cass. soc., 29 janvier 2020, n° 19-40.034, QPC, *Transdev, USAP & H. Ferhat* (QPC relative à l'exigence jurisprudentielle de respect du critère de transparence financière pour les syndicats non-représentatifs) », *Bulletin Joly du Travail*, 2020, n° 3, p. 23.

FROUIN Christophe, « Note sous Cass. soc., 26 janv. 2016, n° 14-19.002 (La preuve par audit n'est pas illicite) », *Gazette du Palais*, 03/2016, n° 13, p. 81.

GARDIN Alexia, « Note sous CEDH, 5 sept. 2017 n° 61496/08, Barbulescu c/ Roumanie (Contrôle de la messagerie professionnelle du salarié : entre transparence, proportion et justification) », *Revue de jurisprudence sociale*, 01/2018, n° 1.

GAURIAU Bernard :

- « Un syndicat est-il un citoyen titulaire d'un droit d'expression directe et collective ? (Note sous CA Paris, 15 juin 2006, TNS Secodip) », *La Semaine juridique - Social*, 10/2006, n° 41, p. 1790.
- « Commentaire sous Cass. soc. 29 février 2012, n° 11-13.748, Syndicat CGT des personnels de l'IGESA c/ IGESA (Critères de représentativité : entre appréciation disjointe et appréciation conjointe) », *La Semaine juridique - Social*, 04/2012, n° 15, p. 1168.

GAUTRON Allan, « Note sous Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 06-45.279 (Usage abusif du téléphone professionnel et loyauté de la preuve) », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 07/2008, n° 40, pp. 28-36.

GAZIN Fabienne :

- « Note sous Trib. UE, 4 mai 2012, aff. T-529/09, Sophie in't Veld c/ Conseil ; La procédure d'accès aux documents utilisée dans le cadre du contentieux inter-institutionnel de l'accord SWIFT », *Revue Europe*, 07/2012, pp. 15-16.
- « Note sous Trib. UE, 22 mai 2012, aff. T-300/10, Internationaler Hilfsfonds c/ Commission ; De la reconnaissance d'une expression du principe de bonne administration et de la conciliation entre le principe de transparence et le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel. », *Revue Europe*, 07/2012, p. 15.

GUEDES DA COSTA Stéphanie et MICHAUD Charlotte, « Note sous Cass. soc., 28 mars 2018, n° 17-13.081, USE Markem Imaje », *La Semaine juridique - Social*, 05/2018, n° 20, p. 1167.

GUERDER Pierre, « Note sous Civ. 1e, 15 mai 2007, n° 06-18448, Mme Becker contre Ponson », *Gazette du Palais*, 10/2007, n° 279, p. 52 et s.

HAMOUDI Lydia, « Note sous CA Paris, P. 6., ch. 11, 16 déc. 2016, n° 11/16550 (Lanceurs d'alerte : quelle protection ?) », *Les Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 02/2017, n° 293, p. 66.

HAUTEFORT Marie, « Observations sous Cass. soc., 4 avril 2012, n° 10-20.845, *M. G. c/ SA Groupe Progrès* », *Jurisprudence sociale Lamy*, 05/2012, n° 322.

ILIEVA Valéria, « Note sous Cass. soc. 13 juin 2019 n° 18-24.814 à 18-24.819 », *Revue Droit du travail*, 10/2019, n° 10, p. 647.

JEANSEN Emeric, « Observations sous Cass. soc., 6 mars 2012, n° 10-24.367, *M. L. c/ SAS Zeneca* », *La Semaine juridique - Social*, 05/2012, n° 23, p. 1248.

JUBERT-TOMASSO Lucie, « Note sous Cons. const., 30 avril 2020, n° 2020-835 QPC et Cass. soc., 24 juin 2020, n° 20-10.544 », *Revue Droit du travail*, 2020, p. 690.

JULIEN-PATURLE Delphine :

- « Note sous Cass. soc., 30 sept. 2016, pourvoi n° 16-60.288 (Mesure de l'audience des organisations syndicales dans les très petites entreprises : validité de la candidature d'une union syndicale basque) », 11/2016, n° 420, pp. 18-19.
- « Note sous Cass. soc. 29 janv. 2019, n° 19-40.034, QPC », *Jurisprudence sociale Lamy*, 03/2020, n° 494.

JULLIEN Dominique, « Note sous Soc. 17 octobre 2018 n° 17-19.732 et n° 18-60.030 (La transparence financière, critère essentiel pour les syndicats) », *Les Cahiers Lamy du CSE*, 12/2018, n° 187, pp. 29-30.

KERBOURC'H Jean-Yves, « Note sous Cass. soc., 24 mai 2016, n° 15-20.541 », *La Semaine juridique - Social*, 10/2016, n° 41, p. 1349.

LAFUMA Emmanuelle, « Note sous CEDH 17 octobre 2019 n° 1874/13 (Lopez-Ribalda/Espagne) », *Revue de jurisprudence sociale*, 03/2020, p. 185.

LARDEUX GWENDOLINE, « Note sous Cass. ass. plén., 22 décembre 2023, n° 20-20.648, *Sté ABS* (Preuves déloyales et droit à la preuve : une conciliation bienvenue) », *Recueil Dalloz*, 02/2024, n° 06, p. 291.

LEPAGE Agathe, « Note sous Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-18.036 (La géolocalisation devant la chambre sociale de la Cour de cassation) », *Communication Commerce électronique*, 03/2012, n° 3, pp. 35-37.

LEVANNIER-GOUËL Odile, « Note sous Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 17-23.157, Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 18-60.030 et Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-19.732 (Transparence financière et accès aux documents comptables) », *Semaine sociale Lamy*, 12/2018, n° 1841, pp. 12-14.

LIEBER Sophie-Justine :

- « Note sous Cons. État, 29 juin 2016, nº 387412, *Pigal c/ Accenture* », *Semaine sociale Lamy*, n° 1789.
- « Conclusions sous Cons. Etat, 17 oct. 2016, n° 386306 (Le véritable employeur plutôt que le coemploi) », *Semaine sociale Lamy*, 11/2016, pp. 6-8.

LOISEAU Grégoire :

- « Note sous Cass. soc., 27 mars 2012, n° 11-10. 825 (Le comité d'entreprise soumis à un contrôle budgétaire) », *Semaine sociale Lamy*, 05/2012, n° 1539, pp. 10-13.
- « Note sous Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-13.363, GDF Suez c/ CCE de la Sté GDF Suez et a. (1ère espèce) et n° 15-19.003, CCE de la Banque des Antilles Françaises et a. c/ Sté Banque de la Réunion et a. (2nde espèce) », *Semaine sociale Lamy*, 10/2016, n° 1738.

LYON-CAEN Antoine, « Note sous TGI Nanterre, 5 sept. 2008, RG n° 08/05737 (L'évaluation des salariés) », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1124.

MALLEVAYS Vincent et VIGNAL Pierre, « Note sous Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-13.363, GDF Suez c/ CCE de la Sté GDF Suez et a. (1ère espèce) et n° 15-19.003, CCE de la Banque des Antilles Françaises et a. c/ Sté Banque de la Réunion et a. (2nde espèce) », *Semaine sociale Lamy*, 10/2016, n° 1738.

MALLEVAYS Vincent, VIGNAL Pierre et FÉVRIER Fabrice, « Note sous Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, EDF c/ CCE d'EDF », *Semaine sociale Lamy*, 03/2020, n° 1898.

MARGUENAUD Pierre, « Note sous Cour européenne des Droits de l'Homme, 19 février 1998, Affaire Guerra et autres contre Italie. "Le droit à l'information supplanté par le droit au respect

de la vie privée et familiale des voisins d'usines chimiques". », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1998, pp. 319-324.

MARIANO Christophe, « Note sur Cass. soc., 26 février 2020, n° 19-19.397 et n° 19-19.492, *FNCR* (Précisions relatives aux aspects financiers de l'indépendance syndicale) », *Bulletin Joly du Travail*, 04/2020, p. 26.

MÉNARD Claudy, « Note sous Cass. soc., 6 mars 2012, n° 10-24.367, *M. L. c/ SAS Zeneca* », *Droit ouvrier*, 10/2012, n° 771, p. 649.

MERCAT-BRUNS Marie, « Note sous Cass. soc., 21 mai 2014, n° 13-12.666 (Enquête interne, atteinte à la vie privée et obligation de sécurité) », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 554.

MESTRE Jacques, « Observations sous Cass. soc., 3 juillet 1990 (Une nouvelle illustration de l'erreur sur la personne mais, cette fois, sans incidence sur la validité du contrat) », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, n° 2, p. 316.

MILET Laurent :

- « Note sous Soc. 27 mars 2012, n° 11-10.825, Sté La Fonte ardennaise (L'indépendance de gestion des comités d'entreprise : entre liberté réaffirmée et nécessité de transparence financière) », *Droit ouvrier*, 12/2012, n° 773, pp. 774-785.
- « Note sous Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-16.509 (L'expertise de gestion : une prérogative éclairante pour les comités d'entreprise) », *Revue de droit du travail*, 11/2013, n° 11, p. 713.

MORGENROTH Thomas, « Observations sous Cass. soc. 22 février 2017, n° 16-60.123, Sté Luxe et traditions, c/ CTFC des employés de propreté et des gardiens d'immeubles et concierges d'Ile-de-France (Chronique de droit du travail) », *Les Petites Affiches*, 10/2018, n° 208, p. 5.

MORVAN Patrick :

- « Note sous Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-13.363, GDF Suez c/ CCE de la Sté GDF Suez et a. (1ère espèce) et n° 15-19.003, CCE de la Banque des Antilles Françaises et a. c/ Sté Banque de la Réunion et a. (2nde espèce) », *La Semaine juridique - Social*, 10/2016, n° 40, p. 1342.
- « Note sous Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, EDF c/ CCE d'EDF », *La Semaine juridique - Social*, 03/2020, n° 11, p. 1074.

MOULY Jean :

- « Note sous Cass. soc., 3 juillet 1990, (Un salarié n'a pas l'obligation de faire mention d'antécédents judiciaires) », *Recueil Dalloz,* 1991, p. 507.
- « Note sous Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-14.070, SELAS Fidal (Du nouveau sur la validité des clauses incluant l'indemnité de congés payés dans le salaire : exigence de transparence et d'intelligibilité) », *Droit social*, 01/2014, n° 1, pp. 94-95.
- « Abandon de la jurisprudence Rogié : l'employeur n'a pas l'obligation d'informer le salarié de son droit de demander que les motifs du licenciement soient précisés (note sous Cass. soc., 29 juin 2022, Mme X c/ Société BNP Paribas) », *Droit social*, 11/2022, n° 11, p. 949.

NADAL Sophie, « Note sous Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 09-60.208 (Listes communes et choix de répartition des suffrages : l'exigence de la transparence) », *Revue de droit du travail*, 2010, p. 242.

NICOD Cécile, « Note sous Cass. soc., 6 janvier 2016, n° 15-10.975 », *Revue Droit du travail*, 04/2016, n° 4, p. 284.

ODOUL-ASOREY Isabel :

- « Observations sous Cass. soc. 29 février 2012, n° 11-13.748, Syndicat CGT des personnels de l'IGESA c/ IGESA (L'appréciation des critères légaux de représentativité) », *Revue de droit du travail*, 05/2012, n° 5, p. 299.
- « Observations sous Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-29.984 (Appréciation dans le temps des critères de la représentativité syndicale) », *Revue de droit du travail*, 02/2014, p. 127.
- « Observations sous Cass. soc. 22 février 2017, n° 16-60.123, Sté Luxe et traditions, c/ CTFC des employés de propreté et des gardiens d'immeubles et concierges d'Ile-de-France (Exercice du droit syndical dans l'entreprise et transparence financière du syndicat) », *Revue de droit du travail*, 2017, p. 433.

PAGNERRE Yannick :

- « Note sous Cons. État, 18 nov. 2015, n° 371196 (Vidéosurveillance, droit au respect de la vie privée et contrôle de la CNIL) », *La Semaine juridique - Social*, 01/2016, n° 3, p. 1023.
- « Observations sous Cass. soc., 22 février 2017, n° 16-60.123, *Société Luxe et traditions* », *La Semaine juridique - Social*, 04/2017, p. 35.
- « Note sous Cons. État, 18 juillet 2018 et sous Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-19.732 et sous Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 18-60.030 (Transparence financière et publicité des documents comptables) », *La Semaine juridique - Social*, 11/2018, n° 46, p. 1372.
- « Note sous Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-25.301 (Protection des données personnelles et management) », *La semaine juridique Entreprise*, 12/2018, n° 49, pp. 35-36.
- « Note sous Cons. État, 14 nov. 2018, n° 406007 (Transparence financière et implantation territoriale équilibrée d'une organisation syndicale) », *La Semaine juridique - Social*, 01/2019, n° 4, pp. 42-45.
- « Note sous Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 19-19.397 et n° 19-19.492 ("Conditions d'appréciation de l'indépendance d'un syndicat") », *La Semaine juridique - Social*, 04/2020, n° 15-16, p. 2000.

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence :

- « Observations sous Cass. soc. 29 février 2012, n° 11-13.748, Syndicat CGT des personnels de l'IGESA c/ IGESA (1. Critères de la représentativité 2. Preuve de la transparence financière) », *Droit social*, 05/2012, n° 5, p. 528.
- « Observations sous Cass. soc., 6 mars 2012, n° 10-24.367, *M. L. c/ SAS Zeneca »*, *Droit social*, 05/2012, p. 469.
- « Note sous Cass. soc., 27 janvier 2015, n° 13-22.179 (L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective - Revirement sur la jurisprudence « égalité de traitement ») », *Semaine sociale Lamy Supplément*, 10/2015, n° 1693.

PERRAY Romain et UZAN-NAULIN Julie, « Existe-t-il encore des données non personnelles ? Observations sous Conseil d'État, 8 février 2017, n° 393714, Société JCDecaux », *Dalloz IP/IT*, 2016, p.286.

PETIT Franck :

- « Note sous Cass. Soc., 14 nov. 2013, n° 12-29.984 (L'appréciation dans le temps des critères de représentativité) », *Droit social*, 2014, n° 02, p. 180.
- « Observations sous Cass. soc. 9 septembre 2016, n° 16-20.575, CGT c/ USAP (Les conditions d'appréciation de l'indépendance et de la transparence financière d'un syndicat) », *Droit social*, 2016, n° 12, p. 1070.
- « Observations sous Cass. soc. 22 février 2017, n° 16-60.123, Cass. soc. 8 mars 2017 n° 16-13.033 et 16-13034 (La transparence financière comme condition généralisée à l'exercice des prérogatives syndicales dans l'entreprise) », *Droit social*, 2017, p. 575.
- « Note sous Cass. com., 21 sept. 2016, Sté Avon polymères France c/ Comité d'établissement de la société Avon polymères France », *Revue des sociétés*, 06/2017, n° 6, p. 378.

RADÉ Christophe :

- « Observations sous Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-29.984 », *Droit social*, 01/2014, p. 81.
- « Note sous Cass. soc., 22 mai 2019, n° 17-31.517 (La Cour de cassation et la rémunération du salarié : quand le droit et la pratique s'entrechoquent (à propos de quelques décisions récentes)) », *Droit social*, 2019, p. 641.

RÉDACTION SEMAINE SOCIALE LAMY, « Observations sous Cass. soc. 29 février 2012, n° 11-13.748, Syndicat CGT des personnels de l'IGESA c/ IGESA », *Revue de jurisprudence sociale*, 05/2012, n° 5, pp. 392-393.

RÉDACTION DE LA REVUE DE JURISPRUDENCE SOCIALE :

- « Note sous Cass. soc., 3 juillet 1990 », *Revue de jurisprudence sociale*, 1990, n° 753.
- « Note sous Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.363 », *Revue de jurisprudence sociale*, 01/1999, n° 23.
- « Note sous Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-14.070, SELAS Fidal (Congés payés, indemnité de congés payés, clause du contrat incluant l'indemnité dans le salaire, conditions de validité) », *Revue de jurisprudence sociale*, 02/2014, n° 2, pp. 111-112.
- « Note sous Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-29.984 », *Revue de jurisprudence sociale*, 02/2014, p. 116.
- « Note sous Cons. État, 29 juin 2016, nº 387412, *Pigal c/ Accenture* », *Revue de jurisprudence sociale*, 11/2016, p. 776.
- « Note sous Cass. soc., 26 février 2020, n° 19-19.397 et n° 19-19.492, *FNCR* », *Revue de jurisprudence sociale*, 05/2020, n° 244.

RÉDACTION DE LA SEMAINE JURIDIQUE, « Note sous Cass. soc., 22 mai 2019, n° 17-31.517 (Conditions d'inclusions de l'indemnité de congés payés dans la rémunération forfaitaire) », *La Semaine juridique - Social*, 06/2019, n° 23, p. 224.

RÉDACTION JURISPRUDENCE SOCIALE LAMY :

- « Note sous Cass. soc., 30 janvier 2019, n° 17-19.238, *Sodipar* », *Jurisprudence sociale Lamy*, 03/2020, n° 494.
- « Note sous Cass. soc., 26 février 2020, n° 19-19.397 et n° 19-19.492, *FNCR* », *Jurisprudence sociale Lamy*, 2020, p. 495.

RÉDACTION TRAVAIL ET PROTECTION SOCIALE, « Note sous Cass. soc., 3 juillet 1990 Bull. civ. V », *Travail et protection sociale*, 1990, comm. 353.

RÉDACTION TRAVAIL ET PROTECTION SOCIALE, « Note sous Cass. soc., 6 avril 2004, n° 02-40.498, *M. Gonzales c/ Sté BDI constructions* (Droit à la confidentialité des communications téléphoniques des représentants du personnel) », *Travail et protection sociale*, 06/2004, n° 6, p. 194.

RENNES Pascal, « Note sous Cass. soc. 29 février 2012, n° 11-13.748, Syndicat CGT des personnels de l'IGESA c/ IGESA », *Droit ouvrier*, 05/2012, n° 766, pp. 321-323.

RICHEVAUX Marc, « Note sous Cass. soc. 29 janvier 2020, n° 19-40.034, QPC, *Transdev, USAP & H. Ferhat* », *Les Petites Affiches*, 2020, n° 78, p. 6.

SAVATIER Jean :

- « Note sous Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 88-44.308, Rogie et Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 88-40.618, Laborie (L'obligation d'énoncer les motifs de licenciement et sa sanction) », *Droit social*, 1991, p. 99.
- « Observations sous Cass. soc., 23 mai 1999, n° 97-40.412, *Mme Jaureguy* », *Droit social*, 06/1999.
- « Observations sous Cass. soc., 11 déc. 2001, n° 99-43.030 », *Droit social*, 03/2002, n° 3, p. 352.

SIRO Jean, « Note sous Cass. soc. 29 février 2012, n° 11-13.748, Syndicat CGT des personnels de l'IGESA c/ IGESA », *Dalloz Actualité*, 03/2012.

VACHET Gérard, « Note sous Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-14.070, SELAS Fidal », *La Semaine juridique - Social*, 03/2014, n° 12, p. 1111.

VÉRICEL Marc, « Note sous Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-14.070, SELAS Fidal (Indemnités de congés payés : conditions de validité de la clause incluant cette indemnité dans le salaire) », *Revue de droit du travail*, 05/2014, n° 5, pp. 346-347.

WAQUET Philippe, « Trouble objectif : le retour à la case "« départ »" (note sous Cass. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803) », *Semaine sociale Lamy*, 06/2007, n° 1310.

ZABEL Anne-Lise, « Note sous Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-14.070, SELAS Fidal (Une nouvelle exigence de transparence et d'intelligibilité pour les clauses incluant les congés payés dans la rémunération globale du salarié) », *Les Petites Affiches*, 04/2014, n° 81, p. 6.

ZARCA Alexis, « Note sous CAA Bordeaux, 7 février 2017, n° 15BX01747 (Théorie des associations transparentes et lutte contre la précarité dans la fonction publique) », *Actualité juridique - Droit administratif*, 08/2017, n° 28, pp. 1624-1629.

ZEIMET Marine :

- « Note sous Cass. soc. 13 juin 2019 n°18-24.814 à 18-24.819 », *Semaine sociale Lamy*, 09/2019, n° 1872, pp. 10-12.
- « L'accès par l'employeur à un répertoire informatique identifié par les initiales du prénom du salarié - Note sous Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 07-43.877 », *in* M. CHARITÉ et N. DUCLOS (dirs.), *Orléans dans la jurisprudence des Cours suprêmes*, XXVIII, L'unité du droit, Orléans et Toulouse, L'épitoge, mai 2020, pp. 75-78.

V. RAPPORTS, ARTICLES DE PRESSE ET PODCAST

1. Rapports

ARMILLEI Valentino, *Le lanceur d'alerte dans tous ses états : Guide pratique et théorique*, Institut Messine, novembre 2018.

AUROUX Jean, *Le droit des travailleurs*, Collection des rapports officiels de la Documentation française, septembre 1981.

BOUCHET Hubert, *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise*, CNIL, mars 2001.

BOURGUIGNON Rémi, FLOQUET Mathieu et LEFRANCQ Stéphane, *La transparence financière des organisations syndicales : entre contrôle externe et dynamisation de la démocratie interne*, mars 2015.

CCI PARIS-ILE-DE-FRANCE, *Secret des affaires - Comment bénéficier de la protection prévue par la loi du 30 juillet 2018 ? (Guide pratique à l'usage des TPE/PME/ETI)*, juin 2018.

COMBREXELLE Jean-Denis, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, France stratégie, septembre 2015.

CONSEIL D'ÉTAT :

- *Rapport public 1995 - La transparence et le secret*, EDCE, Paris, 1996, pp. 11-160.
- *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, 12 avril 2016.

COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2010 - Le droit de savoir*, 2010, pp. 65-290.

DÉFENSEUR DES DROITS, *Algorithmes, systèmes d'IA et services publics : quels droits pour les usagers ? points de vigilance et recommandations*, Paris, 2024.

DIRECTION GÉNÉRALE DU TRAVAIL (DGT), *Guide relatif aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés*, septembre 2019.

GOURNAC Alain, *Rapport sur le projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, Sénat, 15 juillet 2008.

GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », *Avis 2/2017 sur le traitement des données sur le lieu de travail*, 8 juin 2017.

HADAS-LEBEL Raphaël, *Rapport Hadas-Lebel sur la représentativité et le financement des syndicats*, rapport remis au Premier ministre, 3 mai 2006.

HAGELSTEEN Marie-Dominique, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, Bercy, 12 février 2008.

HAUTE AUTORITÉ POUR LA TRANSPARENCE DE LA VIE PUBLIQUE, *Guide du déclarant*, HATVP, janvier 2021, p. 29.

LYON-CAEN Gérard, *Les libertés publiques et l'emploi*, Paris, février 1992.

MARGUERITTE Louis *et al.*, *Rendre des heures aux français - 14 mesures pour simplifier la vie des entreprises*, En ligne, 15 février 2024.

NOTAT Nicole et SÉNARD Jean-Dominique, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport aux Ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances du travail, 9 mars 2018.

PIERRE-BROSSOLETTE Sylvie *et al.*, *Salaires : 5 ans après l'Index, toujours pas d'égalité (Des propositions pour améliorer l'outil)*, En ligne, Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, 7 mars 2024.

SOUVET Louis, *Sur le projet de loi relatif à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage*, Paris, Sénat, 15 décembre 1992.

2. Articles de presse et podcast

BOUCHER Philippe, « Safari ou la chasse aux Français », *Le Monde*, 21 mars 1974, p. 9.

BREDIN Jean-Denis, « Intimité et transparence », *Le Monde*, 24 novembre 1994, p. 2.

HIVERT Anne-Françoise, « En Suède, la transparence à tout prix », *Libération.fr [en ligne]*, 9 septembre 2014, disponible sur http://www.liberation.fr/france/2014/09/09/en-suede-la-transparence-a-tout-prix_1096966.

JACQUOT Bruno et LESTAVEL Thomas, « Guillaume Robin : « La transparence des salaires, c'est possible » », *Le Figaro*, 17 juin 2019, p. 28.

LUTAUD Léna, « Impôts, revenus, propriétés… le bottin suédois qui révèle tout », *Le Figaro.fr*, 11 avril 2013, disponible sur http://www.lefigaro.fr/impots/2013/04/11/05003-20130411ARTFIG00440-impots-revenus-proprietes8230-le-bottin-suedois-qui-revele-tout.php (Consulté le 9 octobre 2018).

MYGIND Johanne, « La tendance architecturale au Danemark. Vivre dans la transparence », *Courrier international*, 13 décembre 2006, disponible sur http://www.courrierinternational.com/article/2006/12/14/vivre-dans-la-transparence (Consulté le 23 août 2017).

THOMAS Jules, « La transparence des salaires est un atout-clé pour recruter, mais reste délicate à manier », *Le Monde*, 29 juin 2023, p. 17.

Podcast : « Foucault, l'œil du pouvoir. "Voir sans être vu", serait-ce le rêve du pouvoir ? », *Les chemins de la philosophie*, France Culture, 30 janvier 2018, disponible sur https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/les-chemins-de-la-philosophie/foucault-l-oeil-du-pouvoir-7977030 (Consulté le 8 mai 2024).

INDEX

(Les numéros renvoient aux pages)

A

Accès aux documents administratifs, **4**, **53**, **56-58**, **60**, **80**, **88**, **95**, **98**, **140**, **147**, **148**, **203**, **204**, **208**, **354**, **358**

Action, **12**, **15**, **17**, **23**, **60**, **78**, **79**, **94**, **98**, **160**, **188**, **195**, **201**, **203-205**, **207**, **208**, **225**, **226**, **229**, **232**, **234**, **236**, **245-247**, **249-251**, **259**, **261**, **263**, **267**, **269-275**, **277**, **279**, **292**, **297**, **309-311**, **313-315**, **318**, **320**, **322**, **324**, **325**, **328**, **352**, **353**, **355**, **356**, **365**, **371**, **376**

Autodétermination informationnelle, **47**, **181**

B

Bentham, **190-193**, **208**, **252**, **253**

C

Clarté, **1**, **26**, **85**, **109**, **180**, **213**, **368**

Coemploi, **10-12**, **34**

Comité social et économique (CSE), **101**, **102**, **246**, **248**, **288**, **355-357**, **361**, **362**, **378**, **379**

Commande publique, **63**, **69**, **70**, **221**, **258**

Concept (notion de), **30**

Concurrence, **3**, **5**, **16**, **17**, **29**, **63-67**, **104**, **110**, **158**, **209-217**, **221**, **229**, **233**, **256**, **258**, **263**, **270**, **281**, **375**

Conditions générales de vente (CGV), **16**, **64**, **68**, **82**, **87**, **94**, **212-215**, **250**, **263**, **270**, **271**

Confidentialité, **26**, **116**, **129**, **130**, **131**, **344**, **346**, **348**

Connaissance de soi, **42**, **43**

Consommation, **216**, **217**, **346**

Consultation, **357-363**

D

Décision (notion), **246**

Démocratie, **22**, **23**, **26**, **49**, **50**, **52**, **55-57**, **74**, **108**, **109**, **178**, **200**, **297**, **310**, **311**

Dialogue social, **105**, **297**, **352**, **368-370**, **373**

Discussion, **260**, **265**

Données personnelles, **44**, **46-48**, **80**, **81**, **82**, **97**, **105**, **109**, **117**, **121-125**, **173**, **174**, **179**, **183-187**, **235**, **253**, **263**, **288**, **289**, **331**, **336**, **337**

  RGPD, **44**, **45**, **85**, **109**, **122**, **123**, **235**, **336**

Droit administratif, **8-11**, **13**, **14**, **17**, **29**, **53-56**, **59-61**, **78**, **80**, **91**, **98**, **105**, **140**, **141**, **143**, **144**, **146**, **147**, **149**, **203-206**, **208**, **235**, **236**, **239**, **242**, **246**, **247**, **260**, **275**, **358**, **362**

Droit de savoir, **29**, **35**, **39**, **41**, **42**, **46**, **48-50**, **53**, **62**, **74**, **83**, **89**, **93**, **100**, **167**, **169**, **179**, **191**, **209**, **225**, **258**, **281**, **310**, **375**, **379**

Droit souple, **72**, **92**, **229**, **231**, **268**

Droit subjectif, **53**, **60**, **79-81**, **201**, **222**, **281**

E

Exposition au regard d'autrui, **75-84**, **88**, **111-117**, **125**, **128**, **132**, **133**, **138**, **139**, **155**, **166-169**, **171**, **174**, **181**, **182**, **202**, **209**, **212**, **217**, **218**, **222**, **223**, **225**, **231**, **232**, **234**, **235**, **237**, **244**, **245**, **247**, **249-254**, **259**, **260**, **262**, **264**, **268-271**, **274**, **275-283**, **285**, **288**, **289**, **292**, **295**, **297**, **302**, **304**, **309**, **314**, **328-330**, **337**, **339**, **340**, **342**, **352**, **355-357**, **363**, **368**, **371**, **372**, **373**, **376-379**

  exposition active, **77**, **79**, **339**, **356**

  exposition passive, **78**, **79**, **83**, **339**, **342**, **353**, **355**

F

Fonction informative, **35**, **37**, **39**, **41**, **42**, **49**, **60**, **62**, **63**, **74-76**, **83**, **88**, **89**, **92**, **93**, **105**, **111-115**, **125**, **128**, **132**, **134**, **138-140**, **148**, **149**, **153-157**, **160**, **161**, **163**, **164**, **166-169**, **171**, **173**, **212**, **216**, **217**, **219**, **225**, **274**, **280**, **281**, **285**, **288**, **292**, **295**, **304**, **310**, **329**, **353**, **356**, **357**, **361**, **368**, **372**, **373**, **375-379**

Fonction réflexive, **153**, **154**, **207**

Fonction régulatrice, **35**, **86**, **158**, **161**, **169**, **171**, **173**, **174**, **180**, **181**, **188**, **208**, **209**, **212**, **216**, **218-222**, **225**, **227**, **279-283**, **285**, **288**, **289**, **292**, **295**, **296**, **309**, **310**, **328-330**, **337**, **339**, **340**, **342**, **345**, **352**, **353**, **356**, **357**, **361**, **368**, **372**, **373**, **376-379**

Fond, **243**, **244**, **255**, **256**
Formalité, **238**, **241**, **278**
Forme, **238**, **240**, **244**, **255-257**

H

Habermas, **3**, **189**, **265**
Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), **51**, **195**, **277**

I

Index "égalité professionnelle", **290-293**, **295**, **328**
Information
  information des travailleurs sur les éléments essentiels de la relation de travail, **156**
  information du CSE, **355-357**, **361**
Information (notion), **94**
Intelligibilité, **26**, **84-86**, **109**, **110**, **188-190**

L

Lanceurs d'alerte, **52**, **194**, **197**, **198**, **200**
Légitimité, **15**, **50**, **119**, **122**, **123**, **130**, **203**, **236**, **248**, **265**, **267**, **269**, **270**, **272-275**, **278**, **279**, **297**, **310**, **313-315**, **317**, **318**, **321**, **322**, **324**, **336**, **347**, **351**, **371**
Licenciement, **101**, **105**, **107**, **136**, **137**, **139-142**, **144-155**, **166**, **248**, **278**, **284**, **285**, **316**, **335**, **338**, **340-342**, **345-351**, **361**
Loyauté, **45**, **86**, **93**, **107**, **134**, **136-138**, **217**, **233**, **235**, **343**, **347**, **348**, **350**, **364**, **366**, **367**

M

Mandat représentatif, **116**, **128**, **131**, **132**, **138**, **167**, **337**, **338**, **345**, **349**, **350**, **351**, **372**
Miroir, **95**, **96**
Motivation, **14**, **18**, **53**, **57**, **58**, **60**, **61**, **77**, **82**, **91**, **99**, **102**, **105**, **139-155**, **166**, **191**, **203-208**, **236**, **247**, **251**, **258**, **262**, **263**, **272**, **277**, **278**, **285**, **288**, **326**
  motivation des actes administratifs, **15**, **53**, **57**, **58**, **60**, **61**, **77**, **105**, **140**, **147-149**, **203-205**, **208**, **236**, **251**, **263**

N

Négociation collective, **363**, **366**

O

Opacité, **21**, **23**, **26**, **27**, **84**, **110**, **116**, **117**, **120-138**, **167**, **175**, **176**, **178**, **188**, **190**, **193**, **215**, **236**, **277**, **330-332**, **334-345**, **372**, **376-379**
  droit à l'opacité fictive, **330- 332**, **335-342**, **345**, **372**, **379**
  droit à l'opacité réelle, **116**, **117**, **120-125**, **128-136**, **138**, **167**, **330**, **331**, **336**, **339**, **343**, **379**

P

Panoptisme, **191**, **192**, **194**, **201**
Procédure, **69**, **70**, **103**, **104**, **110**, **141**, **152**, **154**, **205**, **206**, **213**, **221**, **225**, **231**, **237-249**, **254-260**, **262-275**, **277-280**, **316**, **330**, **343**, **344**, **348**, **370**, **373**, **376**
  justice procédurale, **266**
  notion, **237**, **238**
  procédure administrative non contentieuse (PANC), **205**, **206**
Publicité, **14**, **15**, **17**, **26**, **50**, **53**, **69**, **91**, **93**, **97-99**, **102**, **110**, **112**, **189-191**, **193**, **219**, **221**, **241**, **249**, **257**, **271**, **301-304**, **306**, **309**, **313**, **376**

R

Recrutement, **101**, **126**, **285-289**, **295**
Régulation
  effet régulateur, **179**, **250**, **251**, **252**, **254**, **276**, **330**, **337**, **339**, **340**, **342**
  modes, **231**
  notion, **226-229**
  orientation des comportements, **123**, **171**, **174**, **180**, **183**, **187**, **196**, **209**, **222**, **223**, **225**, **230**, **232**, **310**, **330**, **331**, **335**, **345**, **370**, **377**
Représentants du personnel, **116**, **121**, **128-131**, **135**, **136**, **288**, **342**, **348**, **350-357**, **361**, **362**, **371**
Responsabilité sociale des entreprises, **63**, **70**, **218**, **219**
Rousseau, **42**, **176**, **190**, **193**, **196**

S

Secret, **26**, **54**, **117**

société de transparence, **21**, **41**, **175**, **375**

Sphère économique, **41**, **62**, **74**, **209**, **218**, **222**, **375**

Sphère personnelle, **41**, **42**, **48**, **116**, **173**, **174**, **187**, **202**, **208**, **340**

Sphère publique, **41**, **49**, **53**, **178**, **187**, **188**, **375**

Surveillance, **20**, **76**, **79**, **83**, **105**, **115**, **116**, **129**, **175**, **178**, **179**, **192-194**, **201**, **252**, **283**, **285-289**, **342**, **343**, **345**, **375**

T

Totalitarisme, **107**, **178**, **180**, **252**

Transparence

- concept, **20**, **24**, **34**, **35**, **37**, **39**, **41**, **75**, **76**, **88**, **89**, **112**, **113**, **115**, **138**, **166-169**, **171**, **181**, **225**, **227**, **232**, **233**, **266**, **269**, **279-283**, **297**, **309**, **328**, **371-373**, **376-379**
- connotation, **18-23**, **26**, **34**, **94**, **98**, **99**, **106**, **107**, **253**
- connotations, **20**, **99**
- insaisissabilité, **24**, **25**, **29**, **32**, **375**
- insaisissable, **7**, **24**, **89**
- métaphore, **8**, **13**, **34**
- miroir, **3**, **44**, **95-97**, **175**, **188**, **207**
- transparence administrative, **16**, **17**, **49**, **53-60**, **95**, **140**, **203-205**, **208**
- transparence de la personne morale, **8-10**, **12**, **13**, **34**
- transparence financière, **29**, **103**, **104**, **106**, **272**, **273**, **281**, **296-328**, **378**
- transparence née de l'information, **13**, **34**
- transparence salariale, **290**, **292-294**
- transparence tarifaire, **16**, **63**, **65-68**, **94**, **212-214**, **250**, **270**
- valeur, **20**, **23**, **24**, **108**, **155**, **200**, **377**
- vitre, **96**, **97**

V

Vérité, **1**, **2**, **21**, **23**, **24**, **26**, **93**, **177**, **253**, **265**

Vie personnelle, **132**, **134**, **136**, **137**, **138**, **174**, **331-333**, **335-337**, **339-343**, **346**, **349**, **372**

Vie privée, **13**, **46**, **47**, **51**, **62**, **117**, **118**, **120**, **121**, **123**, **125**, **128**, **132-134**, **174**, **175**, **179-181**, **195**, **196**, **222**, **253**, **288**, **330-333**, **335**, **342-344**, **349**, **375**, **376**, **379**

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements III
Sommaire VII
Principales abréviations IX
Introduction 1

I. La transparence en droit 3

A. L'usage immodéré du terme dans le discours juridique 4
B. Les zones d'ombre de la transparence 7

1. L'absence de définition de la transparence 7

a. La transparence métaphorique : « Voir à travers un écran juridique » 8
b. La transparence née de l'information 13

2. Sa nature juridique incertaine 20

II. Intérêt et méthode d'une définition de la transparence 25

A. L'objectif de la recherche 25

1. Un objectif envisageable : s'intéresser à l'exigence de transparence 25
2. L'objectif retenu : conceptualiser la transparence 29

B. La méthode de la recherche 31

1. Les méthodes rejetées 31
2. La méthode retenue 33

Partie 1. La fonction informative de la transparence 37

Titre 1. La fonction informative au sein de la transparence 39

Chapitre 1. Une fonction informative aisément identifiable 41

Section 1. La fonction informative de la transparence dans la sphère personnelle 42

§1. La connaissance introspective de soi 42

A. La connaissance de soi dans le for intérieur 42
B. La connaissance de son identité 43

§2. La connaissance de soi à travers le regard de l'autre 43

Section 2. La fonction informative de la transparence dans la sphère publique 49
§1. Le droit de savoir du citoyen 49
A. Le devoir de transparence des autorités publiques 50
B. Un droit à l'information restreint 51
§2. Le droit de savoir de l'administré 53
A. La naissance de la transparence administrative 54
1. La remise en question du secret administratif 54
2. L'émergence d'un droit de regard 56
B. Les principales manifestations de la transparence administrative 58
1. L'accès aux documents administratifs 58
2. La motivation des actes administratifs 60
Section 3. La fonction informative de la transparence dans la sphère économique 62
§1. L'exigence de transparence permettant la protection des acteurs économiques sur les marchés privés 63
§2. L'exigence de transparence en droit de la commande publique 69
§3. L'exigence de transparence en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE) 70
Chapitre 2. Une fonction informative mineure 75
Section 1. Une fonction nécessaire à la qualification de la transparence 76
§1. Les caractéristiques de l'exposition au regard d'autrui 77
A. Les formes de l'exposition 77
1. L'exposition active au regard d'autrui 77
2. L'exposition passive 78
B. La nature juridique de l'exposition au regard 79
1. L'exposition active, expression d'une norme juridique 79
a. L'exposition au regard vue sous l'angle d'un droit subjectif à l'information 79
b. L'exposition au regard vue sous l'angle d'un devoir de communiquer 80
c. L'exposition au regard comme expression d'une règle de droit 81

2. L'exposition passive, un fait 83
§2. Les obligations accessoires à l'exposition au regard d'autrui 83
A. Les obligations relatives à la qualité de l'exposition au regard 84
1. L'obligation de fiabilité des données 84
2. L'obligation d'intelligibilité des données 85
3. L'obligation de pertinence des données 87
B. L'obligation d'établir une donnée préalablement à sa communication 87
Section 2. Une fonction informative insuffisante à la qualification de la transparence 88
§1. L'absence de caractère structurant de la fonction informative 89
§2. L'absence de caractère distinctif de la fonction informative 93
A. L'absence de distinction claire entre la transparence, l'information et la publicité 93
1. La proximité entre transparence et information 94
2. La proximité entre transparence et publicité 97
B. L'incohérence suscitée par l'assimilation de la transparence à l'information : l'exemple du droit du travail 100
1. Le paradoxe en droit du travail 100
a. L'information, un thème important 100
b. Le faible ancrage du terme de transparence 103
2. L'infirmation de l'hypothèse d'une conception autonome de la transparence en droit du travail 106
a. Les connotations du terme 106
b. Les dénotations du terme 108
Titre 2. La fonction informative au sein du droit du travail 113
Chapitre 1. Une fonction informative parfois écartée 115
Section 1. La proclamation d'un droit à l'opacité réelle pour les salariés 116
§1. Le droit à l'opacité réelle dans la sphère personnelle 116
A. Le droit à l'opacité réelle résultant du droit à la vie privée 117
B. Le droit à l'opacité réelle résultant du droit des données personnelles 121

C. Le droit à l'opacité réelle résultant des dispositions spécifiques du code du travail 125

§2. Le droit à l'opacité réelle dans le cadre de l'exercice d'un mandat représentatif 128

Section 2. La faible portée du droit à l'opacité réelle 132

§1. Un droit à l'opacité en trompe l'œil 132

A. La présomption de caractère professionnel des fichiers stockés sur l'ordinateur professionnel 133

B. Une garantie procédurale plus qu'un véritable droit à l'opacité réelle 133

§2. Les droits et intérêts concurrents au droit des salariés à l'opacité réelle 134

A. Le bon fonctionnement de l'entreprise 135

B. L'obligation contractuelle de loyauté 136

Chapitre 2. Une fonction informative prépondérante 139

Section 1. La place prépondérante de la fonction informative dans la motivation du licenciement 140

§1. L'exigence de motivation du licenciement similaire à la motivation des actes administratifs 140

§2. La primauté de la fonction informative dans le discours travailliste 148

Section 2. La place prépondérante de la fonction informative dans l'information portant sur les éléments essentiels de la relation de travail 155

§1. La progression de la fonction informative dans le discours travailliste européen (UE) 155

A. La place *a priori* secondaire de la fonction informative dans la directive du 14 octobre 1991 156

1. L'artificielle primauté de la fonction de régulation du marché 157

2. L'infériorité de la fonction informative 160

B. La primauté de la fonction informative dans la directive du 20 juin 2019 161

§2. La primauté de la fonction informative dans le discours travailliste français .. 163

Partie 2. La fonction régulatrice de la transparence 169
Titre 1. La fonction régulatrice au sein de la transparence 171
Chapitre 1. Une fonction régulatrice à identifier 173
Section 1. La fonction régulatrice de la transparence dans la sphère personnelle 173
§1. L'exposition de la personne observée 174
A. Le devoir social de s'exposer au regard d'autrui 174
1. L'évolution de l'exigence sociale de transparence 175
2. Les risques de dérives totalitaires 178
B. L'appréhension juridique de cette exigence sociale et de ses risques 179
1. Le risque de régulation du comportement de la personne observée 180
2. L'exigence de transparence comme remède à la régulation de la vie privée 180
§2. L'exposition de l'observateur 183
A. La transparence comme garantie contre l'arbitraire 184
B. La transparence comme mode de régulation de l'outil informatique 185
Section 2. La fonction régulatrice de la transparence dans la sphère publique 188
§1. L'exigence de transparence dans la sphère « politico-juridique » 188
A. La transparence de la norme juridique 189
1. L'amélioration de la qualité de la norme 189
2. Les prémisses de l'exigence de transparence 191
B. La transparence des gouvernants 191
1. La transparence des gouvernants dans la pensée classique 191
2. La transparence des gouvernants dans les discours contemporains 194
a. Des dispositifs de contrôles spéciaux 194
b. La figure des lanceurs d'alerte 197
§2. L'exigence de transparence dans la sphère administrative 203
A. L'amélioration de l'action administrative par l'accès aux documents 204
B. L'amélioration des actes administratifs par leur motivation 205

Section 3. La fonction régulatrice de la transparence dans la sphère économique 209
§1. La transparence comme instrument au service de l'efficacité économique 209
A. La transparence dans la pensée économique 209
B. La traduction de la transparence dans le droit positif 212
§2. La transparence comme instrument de moralisation des affaires 218
A. La moralisation par la transparence en droit privé des affaires 218
1. L'exigence de transparence en droit des affaires 218
2. L'exigence de transparence au sein du dispositif de responsabilité sociale des entreprises (RSE) 219
B. La moralisation par la transparence en droit public 221
Chapitre 2. Une fonction régulatrice majeure 225
Section 1. La qualification de l'exposition au regard comme instrument de régulation 225
§1. La clarification de la notion de régulation 226
§2. L'action régulée, une norme au contenu indéterminé 232
A. La diversité des comportements attendus, marqueur du pluralisme de l'intérêt général 232
B. La nature normative de l'action régulée ou la « norme comportementale » ……234
Section 2. La qualification de l'exposition au regard d'autrui comme procédure 237
§1. La clarification de la notion de procédure 237
A. La distinction entre la procédure, la forme et la formalité 238
B. La distinction entre la procédure et le fond 243
§2. L'exposition au regard, une règle de procédure 244
A. Des obstacles à la qualification franchissables 245
1. La correspondance partielle de l'objet de la procédure et de la transparence ……245
a. L'objet identifié de la procédure : de la décision de justice, à la décision en passant par l'acte juridique 246

b. L'apport de la transparence quant à l'objet de la procédure 247
2. Le temps de la procédure et de la transparence 249
a. L'effet régulateur postérieur à l'action régulée 250
b. L'effet régulateur antérieur ou concomitant à l'action 251
3. Les classifications doctrinales de la transparence 255
B. La spécificité de la transparence : la régulation procédurale informationnelle……. 259
1. La transparence absorbée par un type de procédure plus contraignant .. 259
a. Les exigences procédurales plus contraignantes que la seule exposition au regard 260
b. L'exposition au regard insérée dans une forme de procédure plus contraignante 262
2. La transparence, une procédure par la communication d'une information …….262
Section 3. Une qualification permettant une meilleure compréhension des sanctions de l'exigence de transparence 264
§1. Une clé de lecture offerte par les théories philosophiques sur la procédure 264
§2. L'ambiguïté des sanctions de la transparence 268
A. La sanction du manquement à l'exposition au regard d'autrui 270
1. Les sanctions sans remise en cause du résultat 270
2. Les sanctions avec une remise en cause systématique du résultat 272
3. Les sanctions avec une remise en cause en fonction de l'incidence concrète de l'exposition au regard 274
B. La remise en cause de l'action, du comportement attendu..... 275
Titre 2. La fonction régulatrice au sein du droit du travail..... 281
Chapitre 1. Une fonction régulatrice parfois présente..... 283
Section 1. Une fonction régulatrice soulignée en matière d'encadrement de l'activité patronale 285

§1. La transparence, instrument d'encadrement du recrutement, de l'évaluation et de la surveillance du salarié 285
§2. La transparence, instrument d'une décision patronale plus égalitaire 289
A. L'index « égalité professionnelle » 290
B. La directive européenne « transparence salariale » 293
Section 2. Une fonction régulatrice reconnue en matière d'encadrement de l'activité syndicale 296
§1. L'exigence d'exposition des comptes au regard du public 297
A. Une notion floue due à une souplesse jurisprudentielle 298
B. Une exposition des comptes au regard du public 301
1. Le noyau dur : la publicité des comptes syndicaux 301
2. Les modalités plus souples de publication 303
C. Des obligations accessoires rendant effective la fonction informative de l'exposition au regard 304
1. L'établissement des comptes 305
2. L'approbation des comptes 305
3. La certification des comptes 307
4. La sincérité des comptes 307
§2. Une exposition régulatrice de l'action syndicale à l'effet légitimant 309
A. La primauté de la fonction régulatrice de l'exposition des comptes au regard du public 310
1. Une régulation visant une action indépendante 310
2. Une régulation visant une « bonne » utilisation des fonds syndicaux 312
B. La légitimité de l'action syndicale 313
1. Une légitimité substantielle non sanctionnée sur le terrain de la transparence 314
2. Une légitimité procédurale à l'importance certaine 315
a. La perte de représentativité 315
b. La déchéance de prérogatives 317

Chapitre 2. Une fonction régulatrice restreinte 329
Section 1. Une fonction quelques fois écartée 330
§1. La consécration d'un droit des salariés à l'opacité fictive 331
A. Le droit du salarié à l'opacité fictive 331
1. Le droit à l'opacité fictive relatif à la vie personnelle 331
a. La connaissance inopinée d'un fait relevant de la vie personnelle 332
b. La connaissance choisie par le salarié 334
2. Le droit à l'opacité fictive issu de la protection des données personnelles 336
B. Le droit du représentant du personnel à l'opacité fictive 337
§2. Les limites du droit à l'opacité fictive 339
A. Des limites au droit à l'opacité fictive ayant un effet régulateur 340
B. Des limites à l'opacité fictive frisant la fonction régulatrice 342
1. L'évolution du droit à la preuve 343
2. La sanction disciplinaire 345
Section 2. Une fonction régulatrice souvent concurrencée 352
§1. L'effacement de la fonction régulatrice 352
A. L'information permettant l'action des représentants du personnel 353
B. L'information permettant la réaction des représentants du personnel 356
1. L'exposition au regard au service d'un avis éclairé dans le cadre de la consultation du comité social et économique 357
a. La teneur de l'information du comité social et économique corrélée aux consultations 357
b. Les modalités de l'information du comité social et économique corrélée aux consultations 361
2. L'exposition au regard au service d'un consentement éclairé dans le cadre de la négociation collective 363
§2. La progression de la régulation par le dialogue social 368

CONCLUSION GÉNÉRALE 375
Bibliographie 381
Index 427
Table des matières 431

Marine ZEIMET

Le concept de transparence en droit : essai à la lumière du droit du travail

Résumé :

Inondant le discours juridique, la transparence fascine autant qu'elle intrigue. Jugée insaisissable, elle est utilisée par les juristes dans un sens courant. La transparence renvoie alors à l'accès à une information, à sa clarté, à un droit de savoir. Pourtant, cette approche de la transparence, presque par défaut, n'est pas pleinement satisfaisante. Elle ne permet pas de comprendre l'utilisation ou l'absence d'utilisation du terme dans le discours juridique. Le droit du travail français l'illustre particulièrement : dans le discours travailliste, l'information constitue un thème récurrent tandis que la transparence n'est pas un terme ancré, en tout cas pas autant que dans ses domaines de prédilection tels que le droit administratif ou le droit de la concurrence. Ambitionnant d'expliquer ce paradoxe, cette recherche propose un concept juridique de transparence.

Selon ce concept, la transparence traduit l'idée selon laquelle l'exposition au regard d'autrui orienterait le comportement de la personne exposée. L'exposition au regard vise d'une part à informer les observateurs. Cette fonction informative, bien identifiée dans le discours juridique, constitue une fonction certes nécessaire mais mineure de la transparence. Elle est complétée par une fonction régulatrice : l'exposition au regard vise à orienter le comportement de la personne exposée. Il s'agit notamment de moraliser le comportement des responsables politiques ou de réguler le marché. Cette fonction régulatrice, peu identifiée dans le discours juridique, constitue pourtant la fonction majeure du concept de transparence. Dès lors, ce concept se définit comme une exposition au regard d'autrui exerçant une fonction informative et une fonction régulatrice, la seconde primant sur la première.

En droit du travail, la fonction régulatrice associée à l'exposition au regard ne l'emporte que rarement sur la fonction informative, expliquant ainsi le faible ancrage de la transparence dans ce domaine. Certes, tout comme le terme de transparence, la fonction régulatrice n'est pas totalement absente du discours travailliste. Sa place y est cependant restreinte : tantôt écartée, tantôt concurrencée. L'identification et la hiérarchisation des fonctions de la transparence permettent donc de mieux comprendre l'utilisation du terme dans le discours juridique.

Mots clés : Transparence, information, régulation, droit du travail, concept juridique.

The Concept of Transparency in Law : An Essay in the Light of Labor Law

Summary :

Transparency is a topic of considerable interest within legal discourse, captivating with its multifaceted implications. Used in a common sense, transparency pertains to the accessibility and clarity of information and the right to know. However, this common interpretation falls short of explaining the term's use, or lack thereof, in legal contexts. For instance, French labor law frequently addresses information dissemination, yet transparency does not hold the same prominence here as it does in areas such as administrative or competition law. This study proposes a legal concept of transparency to elucidate this paradox.

Accordind to this concept, transparency embodies the idea that being subject to observation influences the conduct of the observed individuals. Exposure serves an informative purpose by providing observers with information — a function rightly acknowledged in legal discussions. Nevertheless, this informational role is secondary to transparency's primary function: regulating behavior of those under scrutiny. This regulatory aspect aims for exemple to moralize political leaders' actions or regulate market. Although seldom highlighted in legal discourse, it is the principal function of transparency. Consequently, this concept defines transparency as the exposure to someone else's gaze, which fulfills both informative and regulatory functions, with the latter taking precedence.

In the domain of labor law, the regulatory impact of scrutiny seldom surpasses its informational role, thereby rendering transparency less influential. While the regulatory function and the term "transparency" are not entirely absent from labor law discourse, their presence is limited and occasionally competed. By identifying and prioritizing the functions of transparency, we gain a deeper understanding of its use within legal discourse.

Keywords : Transparency, information, regulation, labor law, legal concept

Centre de Recherche Juridique Pothier - UR 1212

UFR Droit, Economie, Gestion - 11 rue de Blois - BP 26739 - 45067 Orléans cedex 2