

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

2 | 2023

https://lodelpreprod.univ-rennes2.fr/amplitude-droit/index.php?id=408

Electronic reference
« 2 », *Amplitude du droit* [Online], Online since 15 April 2023, connection on 22 September 2026. URL : https://lodelpreprod.univ-rennes2.fr/amplitude-droit/index.php?id=408

Copyright
Licence Creative Commons – Attribution 4.0 International – CC BY 4.0

Le comité de rédaction a la plaisir de vous présenter le deuxième numéro de la revue *Amplitude du droit* dont le sommaire donne à voir la richesse et la variété des contributions. Le numéro s'ouvre par un entretien avec une philosophe s'étant intéressée au raisonnement probatoire des juges. Il se poursuit par un dossier mêlant regards juridiques et sociologiques sur l'affaire et le procès France Télécom, procès au cours duquel le juge a qualifié la politique délétère de management décidée par l'entreprise de harcèlement moral institutionnel.
Le numéro fait enfin place à plusieurs articles *varia*, dont les thématiques s'inscrivent dans différentes branches du droit, telles que le droit de l'environnement ou encore le droit pénal.

Entretien

Marion Vorms
Dans la tête du juge. Autour des travaux de Marion Vorms sur le raisonnement probatoire au tribunal

Dossier - Le droit pénal au secours de la justice sociale. Variations autour du procès France Télécom

Sous la coordination de Marion Del Sol, Josépha Dirringer et Laurent Rousvoal

Laurent Rousvoal, Josépha Dirringer and Marion Del Sol
Avant-propos. Des faits, une procédure, un objet de recherche

Josépha Dirringer and Laurent Rousvoal
L'interdit, le dernier des maux. Sur le droit pénal du travail

Jean-Paul Teissonnière
Le procès de la disparition du droit du travail. Point de vue de Me Jean-Paul Teissonnière, un avocat de partie civile, sur l'affaire France Télécom

Vincent-Arnaud Chappe
Regard d'un sociologue des discriminations systémiques sur le procès France Télécom

Valérie Beaudouin
Les sciences sociales s'invitent au procès France Télécom

François Rousseau
Le « harcèlement moral institutionnel » à l'aune des principes du droit pénal

Marion Del Sol
Le risque managérial au prisme du droit social : une mise en visibilité perfectible

Jérôme Pélisse
Comment les logiques managériales transforment le droit

Varia

Franz Felipe Wienke
Le développement des marchés environnementaux agricoles au Brésil : le rôle des programmes de paiement pour services environnementaux

Maxime Charité
L'inconstitutionnalité sans l'effet utile : le paradoxe du grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement dans la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel

Benoît Auroy
Les paradoxes de la prison dans l'œuvre de Michel Foucault

Mai-Anh Ngo, Nathalie Pantaleon, Rémi Richard, Hélène Joncheray and Yann Beldame
Les spécificités des parasports mésestimées par le droit français

Marie Mesnil
Modification de la mention de sexe à l'état civil : quand les juges remédient (ponctuellement) aux lacunes de la loi

Pierre Rousseau
L'élément moral de l'infraction à l'aune de la valeur protégée

Entretien

Dans la tête du juge. Autour des travaux de Marion Vorms sur le raisonnement probatoire au tribunal

Marion Vorms

OUTLINE

1. À l'assaut du raisonnement probatoire des juges
2. Autour de quelques résultats issus de la recherche sur le raisonnement probatoire des juges
3. Face à la pluralité des méthodes de recherche disponibles

TEXT

> *Cet entretien avec Marion Vorms a été réalisé par Marion Lemoine-Schonne et Laurent Rousvoal, membres de l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE – UMR CNRS 6262) le mardi 3 janvier 2023 puis relu en mai 2023.*

1. À l'assaut du raisonnement probatoire des juges

Amplitude du droit : Pour ouvrir cet entretien, pourriez-vous nous préciser votre objet de recherche, en première approche. Qu'est-ce que le raisonnement probatoire ?

Marion Vorms : La notion de raisonnement probatoire désigne une activité mentale, ou intellectuelle, extrêmement commune aussi bien dans la vie de tous les jours qu'au tribunal ou dans le cadre de l'enquête scientifique. On peut le définir comme *un raisonnement à partir des faits et à propos des faits*. Pour le dire simplement, il correspond à toutes les situations où un sujet dispose d'un ensemble d'informations factuelles à propos de quelque chose qui vient de se passer, à propos du monde, et où il va, à partir de ces informations factuelles *et aussi à partir de tout ce qu'il sait par ailleurs à propos du monde*, en *inférer* que se sont produits certains faits.

Dit ainsi, cela a l'air très compliqué : prenons un exemple. Je vois qu'il fait beau mais, tout à coup, le ciel s'assombrit. Je vais émettre un certain nombre d'hypothèses à partir de ce constat. Ainsi : c'est peut-être un nuage qui passe. Si c'est un nuage, je peux prédire que, si je regarde dans le ciel, je verrai effectivement un nuage. Je regarde alors le ciel mais je ne vois pas de nuage. Je vais donc chercher une autre hypothèse de laquelle je vais tirer une autre prédiction ; je verrai si elle se réalise ou non. L'idée est d'essayer d'arriver à une conclusion sur ce qui s'est passé, sur ce qui se passera ou sur ce qui se passe en général à partir d'éléments factuels. C'est donc aussi une des activités principales de l'enquête scientifique. La science formule des hypothèses générales à propos du cours normal des choses, de la manière dont les phénomènes se réalisent dans le monde. Mais c'est aussi quelque chose de très commun encore une fois : le ciel s'est assombri ou, d'un coup, je vois de l'eau par terre et je me dis : « il a plu » mais, vérification faite, ce n'est pas le cas ; « ce doit être la voisine qui a fait couler de l'eau pour arroser ses fleurs », etc.

Dans l'enquête, aussi bien l'enquête policière qu'au tribunal, il y a toute une partie du raisonnement des juges, notamment, qui porte sur les faits. C'est cette partie que j'appelle le « raisonnement probatoire ». Dans « probatoire », il y a « preuve » ; les preuves – plutôt « éléments de preuve » – à partir desquels on apporte LA preuve, ce sont d'abord des éléments factuels. Ainsi, raisonnement sur les faits et raisonnement sur les preuves, bizarrement, cela veut dire la même chose, cela veut dire raisonnement à partir de ce que l'on sait du monde et sur ce que l'on cherche à savoir à propos du monde.

Il y a un mot en anglais, sans équivalent français, qui incarne vraiment ce lien entre faits et preuves : « *evidence* ». Ce terme désigne des éléments d'information à propos du monde : on peut aussi parler d'indices. L'équivalent anglais de ce raisonnement probatoire est « *evidential reasoning* ». C'est beaucoup plus clair formulé comme cela mais nous évitons les anglicismes, sans quoi nous pourrions parler de « raisonnement évidentiel ».

A. D. : Il est donc une dimension de droit comparé et d'influence de la *common law* dans la compréhension de votre objet de recherche. Plus généralement, comment une spécialiste française

de philosophie analytique en vient-elle à travailler sur le raisonnement probatoire des juges ?

M. V. : Ma spécialité initiale est la philosophie des sciences. Quand on s'interroge en philosophe sur le raisonnement, sur l'enquête à propos du monde, sur ce qu'est une méthode rationnelle pour accéder à une représentation exacte du monde, on prend en général comme modèle le scientifique. La méthode scientifique est considérée comme le meilleur exemple de méthode. Elle est perçue comme ce que nous avons fait de mieux en tant qu'humains comme méthode d'enquête à propos du monde. La première raison qui m'a conduite à m'intéresser au raisonnement des *juges* est qu'il m'a semblé que, pour tout un ensemble d'aspects, le juge ou le juré, avant même d'entrer dans un monde juridique particulier, le juge ou le juré comme figure(s) un peu abstraite(s) de sujets ayant à rendre un jugement, m'apparaissait comme représentant un *autre* modèle très intéressant pour une enquête à propos du raisonnement, disons du raisonnement et de la prise de décision en situation d'incertitude. Le juge ou le juré doit rendre une décision, à prendre dans un temps contraint, alors qu'elle produira des conséquences qui touchent à des enjeux considérables. En tant que figure abstraite, dont la définition ne suppose guère encore de considérations juridiques, le juge/juré m'est donc apparu comme une figure méritant l'attention.

J'y suis arrivée aussi par des rencontres. Réalisant un post-doctorat en Angleterre, je m'intéressais beaucoup à la psychologie du raisonnement et j'ai travaillé avec des psychologues du raisonnement (en particulier David Lagnado) qui, eux-mêmes, enquêtaient sur le raisonnement des jurés, pris encore une fois comme des figures abstraites – non pas abstraites au sens où cela ne correspond pas au raisonnement de vrais humains mais abstraites au sens où il ne s'agit pas de reproduire une situation de procès réel, soumis à un certain nombre de procédures propres à telle ou telle juridiction (autrement dit, ces expériences sont censées nous renseigner sur le raisonnement probatoire en général, que l'on se situe en Angleterre ou ailleurs). L'idée est de regarder comment des gens en situation de jurés raisonnent mais sans que cela consiste à les observer au tribunal, dans un débat judiciaire *réellement* advenu.

Un autre aspect qui m'a conduite à ces questions tient à ce que j'étais très intriguée par la notion de « doute raisonnable ». Cela me semblait résumer de manière assez remarquable toute la difficulté qu'il y a à rendre compte du raisonnement à propos de choses pour lesquelles on n'aura jamais de certitude et à propos desquelles on n'a pas une et une seule bonne méthode à appliquer pour trouver la vérité. La notion de doute raisonnable me semblait d'autant plus intéressante qu'elle ne me semblait pas claire. La question ne me paraissait pas réglée de savoir pourquoi, dans certaines situations, on considère qu'il est raisonnable de douter quand ce n'est pas le cas dans d'autres – je pense aux théories du complot, nourries par un scepticisme que l'on pourrait qualifier de déraisonnable. Le doute raisonnable a donc retenu mon attention d'un point de vue vraiment épistémologique mais aussi pour ses implications sociétales importantes. À partir de cette notion, je suis ensuite remontée aux questions de standard de preuve et, plus largement, au droit de la preuve.

Je m'y suis donc d'abord intéressée dans le cadre de la *common law*. Ensuite, j'ai été intriguée par le fait que cette notion de « doute raisonnable » n'existe pas en droit français, plus généralement par le fait qu'il n'existe pas de standard de preuve chez nous (j'en reparlerai un petit peu plus tard si on parle du droit comparé). Ainsi, la différence entre le « standard du doute raisonnable » et la règle de « l'intime conviction », par exemple, a commencé à m'intéresser. Cela m'a conduite à regarder le droit et non plus seulement à regarder la figure du juge prise comme une image d'Épinal. Cette figure, en tant que telle, est certes intéressante mais j'ai eu envie de voir ce qui se passait vraiment, ce que le droit dit réellement de ces questions.

Pour finir sur mon cheminement vers la question du raisonnement des juges, un des facteurs tient à une hypothèse fondamentale : celle de l'unicité du raisonnement. Je veux dire par là que je considère que le raisonnement probatoire des juges n'est pas une espèce à part ; je le prends comme un exemple de raisonnement probatoire, et un exemple particulièrement intéressant en raison même du fait qu'il se déploie dans un contexte bien particulier, avec des contraintes spécifiques.

A. D. : Comment travailler sur le raisonnement probatoire des juges sans être juriste initialement ? Au-delà de votre post-doctorat en

Angleterre, quel est le contexte, l'équipe, au sein desquels poser cette question-là d'une figure modélisée (« le juge »), finalement différente de la figure du scientifique qui est plus couramment étudiée dans votre discipline ? Comment ce déplacement d'objet (travailler sur le raisonnement probatoire à propos du juge plutôt que du scientifique) est-il accueilli en France ? Est-ce fructueux en termes de collaborations ? En vous écoutant, on entend des échanges entre objets, entre disciplines, entre cultures nationales : cela a-t-il posé problème en France ?

M. V. : La réception de ces questions par les philosophes des sciences s'est faite assez naturellement et assez facilement, sans doute parce que, ayant moi-même une formation de philosophe des sciences, il est assez simple pour moi d'exposer l'intérêt de ces questions à des collègues philosophes travaillant sur des questions proches et suivant les mêmes méthodes – ayant la même culture professionnelle, pour ainsi dire.

Si je prends les philosophes dans un sens un peu plus large, c'est un peu différent : j'ai pu parfois être identifiée comme philosophe du droit. Or, je ne le suis pas du tout. C'est important de le préciser. Disons que ce que je fais en m'intéressant au droit, c'est pour moi de l'épistémologie : je travaille sur le raisonnement, la connaissance, l'enquête empirique, l'établissement des faits, la recherche de la vérité. Cela étant, cela ne veut certes pas dire que je n'ai aucune connaissance du droit. Au contraire, je ne pense pas que l'on puisse enquêter sérieusement sur ces questions sans se renseigner effectivement sur le droit. Ce que je connais en droit, c'est une petite partie du droit et, qui plus est, une partie du droit qui ne concentre guère l'attention des juristes français.

Bref, pour les philosophes qui s'intéressent aux mêmes questions que moi, la réception de mon travail a été assez naturelle parce que je travaillais déjà beaucoup avec des gens qui avaient une approche assez originale de la philosophie des sciences, consistant à s'intéresser aux pratiques et non au scientifique *in abstracto* dans une image du raisonnement scientifique purement abstraite. Ma co-directrice de thèse Anouk Barberousse, avec laquelle je travaille encore, ou d'autres collègues, comme Isabelle Drouet, s'intéressent à la pratique scientifique, au raisonnement du scientifique en pratique,

tel que cela se passe concrètement, le scientifique étant souvent confronté à des prises de décisions, à tout un tas de choses que l'on ignore en général lorsque l'on s'intéresse de façon abstraite au raisonnement scientifique.

Parmi les juristes, on peut distinguer les spécialistes du droit de la preuve des autres. J'ai eu des échanges extrêmement productifs avec quelques spécialistes du droit de la preuve en France, qui étaient convaincus de la nécessité d'une approche interdisciplinaire du sujet (Géraldine Vial, Étienne Vergès et Olivier Leclerc). Cela peut surprendre mais le droit de la preuve, en France, ne s'intéresse pas ou très peu au raisonnement probatoire : nous y reviendrons (une exception notable – et ancienne – mérite néanmoins d'être mentionnée, celle de François Gorphe). Les juristes que je viens de mentionner, conscients de cette lacune, cherchent à développer des échanges interdisciplinaires pour la combler. Reste que nos échanges ont parfois pu donner lieu à certains malentendus, eux-mêmes riches de sens. En revanche, les discussions avec des juristes non spécialistes étaient libérées de ce risque. Par exemple, j'ai eu des échanges très riches avec les personnes avec lesquelles j'ai fait mon Master 2 de droit qui sont des processualistes, plutôt de droit civil, mais des processualistes que mon travail a beaucoup intéressés (notamment Lucie Mayer et Cécile Chainais).

A. D. : Y a-t-il alors une proximité entre votre approche et celle de Bruno Latour ?

M. V. : Cette question est d'autant plus pertinente que j'ai réalisé, avant ma thèse de philosophie des sciences, un mémoire de DEA sur l'approche « latourienne » des sciences, qui m'a permis de préciser toutes les différences entre la philosophie des sciences « en pratique » et l'étude des pratiques d'un point de vue socio-anthropologique. Une approche de type « latourienne » et, plus généralement de science studies, a comme immense intérêt, parmi d'autres, de jeter la lumière sur la pratique et d'insister sur les pratiques. Cependant, selon moi, Latour est plus un anthropologue qu'un philosophe. En tout cas, la philosophie des sciences que je pratique se sépare de l'approche de Latour sur le positionnement par rapport au contenu. Il y a eu énormément d'époques chez Latour mais le Latour que je connais un petit peu est celui qui dit que (je

caricature un peu), méthodologiquement, pour bien comprendre ce qui se passe dans un laboratoire, il ne faut surtout rien comprendre à ce que cherchent les scientifiques, voire ne rien comprendre à la science. Ce n'est pas du tout la démarche du philosophe des sciences qui va essayer de comprendre les *contenus* et de faire jouer à ces contenus un rôle explicatif dans la démarche du scientifique. C'est même l'un des points de départ que d'essayer de comprendre le contenu. De ce point de vue, il y a vraiment une très grande différence méthodologique entre le travail de Latour et l'approche qui est la mienne.

A. D. : De la méthode (re)venons au fond. Vous avez déjà commencé à évoquer votre hypothèse de départ, selon laquelle le raisonnement probatoire des juges constitue une application de la notion *générale* de raisonnement probatoire à un terrain particulier, un parmi plusieurs – ainsi du raisonnement du scientifique. Cette approche peut surprendre des juristes : ils sont probablement nombreux à pressentir, au contraire, que le raisonnement du juge est irréductible à tout autre, parce qu'il est juriste, parce que le procès engage des enjeux qui lui sont propres… Pouvez-vous préciser cette question, centrale pour comprendre votre travail ?

M. V. : Il est évident que la tâche du juge ne se réduit pas à une tâche probatoire, et que le but d'un procès n'est pas de parvenir à la « vérité ». Toutefois, mon idée est que, dans sa part probatoire, le raisonnement des juges n'est pas une espèce de raisonnement à part. Contre cette idée, on peut trouver différents types d'arguments, qui selon moi ne valent pas.

Une première objection à mon hypothèse est qu'il y aurait une singularité du raisonnement du juge en ce que l'enquête et le raisonnement sur les faits, dans un contexte judiciaire, sont toujours enserrés dans une qualification préexistante. Ainsi, le juge ne part pas de rien, posant un regard neutre et vierge sur les faits, que ce soit en matière civile ou pénale. Je l'admets bien volontiers : loin de moi l'idée que l'on établirait les faits d'abord pour, ensuite, chercher ce que le droit peut en dire. Il me semble incontestable que le droit, que les catégories juridiques sont déjà là lorsque l'enquête sur les faits commence. Pour le dire autrement, le juge n'enquête pas sur les faits de manière a-juridique. C'est entendu. Pour autant, cela ne signifie pas que le

raisonnement du juge soit irréductible à tout autre. Cette particularité tenant à la présence du droit ne suffit pas à faire du raisonnement probatoire dans ce contexte une espèce à part : dans *toutes* les situations de raisonnement probatoire, il y a un cadre préexistant dans lequel doit se dérouler notre raisonnement probatoire. En somme, il y a certes là quelque chose de spécifique mais dont il ne faut pas exagérer l'importance.

Une autre objection à l'idée que le raisonnement probatoire des juges n'est qu'un cas particulier du raisonnement probatoire en général tient à ce que le but du juge n'est pas d'établir la vérité. Formulé ainsi, c'est une évidence. Le but d'un tribunal est de rendre un jugement et de dire le droit à propos d'une situation de fait. Le tribunal n'a assurément pas pour but principal de dire la vérité au sens matériel. Cependant, il me semble qu'il y a un malentendu autour de la / des notions de vérité et de ces différences entre « vérité judiciaire » et « vérité matérielle ». En la matière, je pense qu'il y a tout un ensemble d'arguments qui se confondent et qui ne me semblent pas très bien fondés ni très bien articulés. Tous tendent à défendre l'idée selon laquelle la vérité du tribunal est distincte de la vérité matérielle. Envisageons rapidement ces arguments en distinguant deux groupes : ceux qui mettent en avant les contraintes pesant sur le juge, lui interdisant de découvrir la vérité matérielle, ceux qui soulignent la fonction sociale du jugement, fondant la singularité d'une vérité judiciaire.

Les premiers arguments tiennent à l'idée que le juge, pris dans un système de contraintes, notamment juridiques (comme l'obligation de statuer dans un « délai raisonnable »), ne peut pas éternellement chercher la vérité. Ce constat d'une temporalité réduite nourrit l'argument que j'appelle modeste : « nous, juges, ne prétendons pas dire la vérité parce que, notamment, nous n'en avons pas le temps, contrairement aux scientifiques ou aux philosophes ». Cet argument que j'appelle « modeste » repose, à mon avis, sur une idée abstraite et fausse de l'enquête scientifique et plus généralement de ce que l'on appelle couramment « vérité ». En réalité, le raisonnement probatoire est *toujours* contraint, toujours destiné à une prise de décisions, doit toujours se satisfaire de l'*incertitude*. Cela relève de sa nature même, qu'il soit celui du juge ou du scientifique ou de l'individu pris dans une situation de la vie quotidienne. Les contraintes, réelles, qui pèsent sur le juge ne sont pas si singulières si on les compare à celles

qui s'imposent au scientifique ou à l'individu ordinaire : pour eux non plus, pour poursuivre sur cet exemple, le temps n'est pas infini. Aucun n'a le loisir de différer sans limite la décision à laquelle le raisonnement doit aboutir au motif qu'il demeure une incertitude et que l'enquête, la réflexion, doit être encore prolongée. Aucun n'a des moyens illimités pour récolter tous les éléments de preuve imaginables. Les limites temporelles, économiques et éthiques à la collecte des preuves s'imposent aussi au scientifique. L'incertitude est inhérente à la situation de fait sur laquelle porte le raisonnement probatoire et personne n'a l'éternité devant soi, surtout pas le scientifique travaillant sur un projet au financement limité, avec la nécessité de publier pour obtenir d'autres financements (sans parler des scientifiques auxquels on confie une mission d'expertise, dont les conclusions doivent être rendues dans un délai précis et auront des conséquences non négligeables). Bref, le juge est certes soumis à des contraintes juridiques qui lui sont propres mais qui, à l'examen, rejoignent celles qui pèsent sur les personnes inscrites dans les autres situations où s'exerce le raisonnement probatoire.

Les seconds arguments consistent à invoquer le caractère intangible de la vérité judiciaire comme nécessaire pour que la justice soit effective, pour que la décision de justice ait une autorité, lui permettant de mettre un terme à la contestation. Ainsi, le jugement tendrait certes à la vérité mais une vérité d'un autre type : la vérité *judiciaire*, celle que le juge dit. Cela me laisse un peu perplexe : en quoi le fait que l'on dise que, à un moment donné, une décision de justice doit être irrévocable permet-il de dégager une autre notion de vérité, cette « vérité judiciaire » ? En quoi faut-il appeler cela « vérité » pour que la décision soit assortie d'autorité ? Je ne vois pas très bien en quoi cela est nécessaire. Surtout, cela encourage certains juristes, praticiens ou universitaires, à soutenir que vérité judiciaire et vérité matérielle doivent être distinguées. Or, soit la vérité judiciaire dont il s'agit est une vérité juridique au sens où elle porte des qualifications juridiques (« un tel est coupable d'escroquerie ») et alors il est clair qu'elle ne se réduit pas à la vérité matérielle – affirmer cela est un pur truisme –, soit on entend par « vérité judiciaire » un régime à part de vérité matérielle (si tant est que cela puisse vouloir dire quelque chose) et alors, pour le dire de manière un peu brutale, ces arguments conduisent parfois à un fort relativisme et un fort subjectivisme que

je trouve indéfendables. En effet, une telle vision des choses se retourne contre l'objectif initial de légitimation de l'autorité de la décision. De plus, sur un mode un peu naïf mais, je crois, assez pertinent, je ne vois pas très bien comment une décision judiciaire qui serait fondée sur une erreur factuelle pourrait être considérée comme juste. Qui nie que la décision judiciaire doit reposer sur des conclusions factuelles aussi conformes que possible à la réalité ?

Pour résumer, je ne conteste évidemment pas que la décision judiciaire soit soumise à des contraintes juridiques. Je ne conteste pas davantage qu'elle soit (aussi) conçue selon des considérations de justice sociale, d'ordre, de paix sociale. Cela me semble aller de soi et ce n'est pas tellement mon objet car, pour la part des *faits* qu'il s'agit d'établir pour statuer, je ne vois pas pourquoi ni comment le juge pourrait s'affranchir de la réalité. Je conçois mal qu'on puisse admettre que la décision de justice pourrait être rendue indifféremment de la réalité factuelle. Les objections qui sont soulevées à l'idée que le raisonnement probatoire du juge n'est qu'un exemple parmi d'autres de la notion générale de raisonnement probatoire ne me convainquent guère.

A. D. : Ces questions sur la compréhension de ce qu'est, ou non, le raisonnement probatoire des juges sont-elles, d'après ce que vous avez pu constater au fil de vos rencontres, différentes selon qu'elles sont envisagées par le juge (confronté très directement à ces problèmes) ou par l'universitaire (qui n'est pas placé dans cette situation) ?

M. V. : J'ai du mal à répondre. De fait, les considérations que cela inspire le plus aux praticiens sont relativement éloignées de ce qui m'intéresse – ce qui pourrait laisser penser que ce qui m'intéresse n'a pas d'objet. Elles tiennent à des cas limites : ainsi de situations difficiles où le départ entre droit et fait est difficile à opérer, ainsi encore de situations où le débat tient à l'opposition de deux paroles contradictoires sans qu'aucun élément extérieur ne permette de les départager. Or, le raisonnement probatoire est particulièrement intéressant à étudier lorsque, au contraire, les éléments de fait pullulent, lorsque le travail va devoir être fait de les sélectionner, de les articuler… Par conséquent, c'est à ce dernier type de situations que je m'intéresse.

Un autre décalage apparaît d'ailleurs dans les discussions que j'ai avec des praticiens, avocats ou juges. J'en ai interrogé quelques-uns sur la fréquence des situations où il y avait des vraies questions de fait qui sont débattues. Le problème est que j'ai reçu des réponses diamétralement opposées. Certains m'ont dit que cela n'arrive quasiment jamais, du moins à l'audience devant la juridiction de jugement, la phase antérieure de la procédure ayant évincé ces dossiers. Si je prends l'exemple de la justice pénale, le suspect aura été renvoyé devant le tribunal correctionnel ou la Cour d'assises parce qu'il est des éléments qui conduisent très sérieusement à penser qu'il est coupable – surtout s'il y a eu instruction préparatoire. À l'inverse, d'autres praticiens m'ont affirmé que la focalisation du débat sur des questions de fait est très fréquente. Que conclure ? Est-ce qu'ils n'entendent pas la même chose par « questions de fait(s) » ? Est-ce qu'ils n'ont pas eu les mêmes expériences, en fonction peut-être de leurs champs d'interventions respectifs ? Cela m'a beaucoup intriguée et je n'ai pas de conclusion sur ce que cela veut dire.

2. Autour de quelques résultats issus de la recherche sur le raisonnement probatoire des juges

A. D. : L'une de vos propositions les plus stimulantes tient dans la distinction opérée entre deux étapes du raisonnement probatoire du juge. La première est celle de l'appréciation des éléments de preuve. Il s'agit de l'évaluation de ce qui est ou n'est pas pertinent, de ce qui est ou n'est pas probant. La seconde étape est celle de la décision. Vous la désignez par le mot « acceptation » qui en quelque sorte évoque une sorte de renoncement : c'est l'idée qu'à partir d'un certain moment, il faut décider de mettre un terme au raisonnement pour pouvoir statuer. Vous évoquiez tout à l'heure les contraintes matérielles qui peuvent être également des contraintes de procédure. Le scientifique qui doit conclure parce qu'il a un délai de publication, le juge qui doit trancher dans un délai raisonnable vont prendre la décision de mettre un terme à la phase d'enquête qui est donc la phase d'appréciation, de réflexion. C'est là une

distinction-clé pour la construction du droit de la preuve. Pouvez-vous la préciser ?

M. V. : Si l'on envisage le raisonnement du juge, il y a deux choses. La première tient à l'évaluation, l'appréciation des différents éléments : c'est la question de savoir à quel point ils sont probants, à quel point ils sont cohérents entre eux… Cela conduit à une évaluation, disons, de la plausibilité de telle ou telle hypothèse de fait, ainsi de l'hypothèse que les faits constitutifs de telle infraction pénale sont bien advenus. Dans cette première phase, il s'agit d'apprécier quel est le niveau d'incertitude sur le fait qui nous intéresse : si je raisonne, pour la clarté de l'exemple (c'est une approximation), en termes de probabilité, il s'agit de déterminer si l'hypothèse « M. X a poignardé Mme Y » peut se voir assigner un degré de probabilité de 80 %. L'incertitude est irréductible encore une fois. La question est donc de savoir à quel niveau elle se situe pour chaque hypothèse débattue. À cette phase d'évaluation, succède une phase de décision. Dans cette seconde étape, le juge va devoir trancher. Il va décider, au vu de l'évaluation précitée, si l'hypothèse discutée peut ou non être acceptée. D'après l'évaluation des éléments disponibles, l'hypothèse « M. X a poignardé Mme Y » peut-elle être tenue pour validée ou faut-il y renoncer ?

Ce modèle en deux temps (appréciation/décision) est très classique en épistémologie dans ce que l'on appelle la théorie de la décision. C'est le modèle classique pour penser la décision en situation d'incertitude. Elle repose, en gros, sur une évaluation de plausibilité que l'on peut représenter sous la forme de probabilités de manière abstraite pour la modéliser. L'idée est que, sur la base d'une évaluation incertaine *et* au regard de l'enjeu de la décision, on peut faire un calcul coût-bénéfice de manière à avoir une « bonne » réponse.

Ce calcul repose sur le constat qu'il existe deux types d'erreurs possibles : retenir à tort l'hypothèse fausse, rejeter à tort l'hypothèse vraie. Quelle est l'erreur la plus grave ? Et à quel point ? Répondre à cette question permet de fixer un niveau de preuve nécessaire pour accepter l'hypothèse. C'est là qu'intervient la question des standards de preuves. En matière pénale, il est assez largement admis par nos principes moraux communs qu'il est plus grave d'emprisonner un innocent que de libérer un coupable, d'où l'idée d'une asymétrie des

standards de preuves criminelles en *common law*. En *common law*, cette distinction est explicite, ne serait-ce qu'en raison de l'existence des standards de preuves. Les standards de preuves concernent la *décision* et ne concernent pas l'*appréciation* des preuves – ils *présupposent* l'appréciation des preuves, faite en amont. Il y a ici l'idée d'une objectivité de l'évaluation et d'un seuil qui traite quelque chose d'objectif qui, en tout cas, prend les atours de quelque chose d'objectif qui marque que, selon le contexte, les exigences de preuve changent.

En France, la notion d'intime conviction rabat complètement les deux opérations, les deux phases du raisonnement du juge, l'une sur l'autre. Telle que je la comprends, l'intime conviction est un peu le pendant de la libre appréciation des preuves par le juge et de la liberté de la preuve : ce qui est preuve, c'est ce qui convainc le juge intimement. Ce faisant, cela ne permet pas vraiment la distinction entre ces deux étapes du raisonnement probatoire. L'intime conviction semble plus concerner la décision finale mais, à bien y réfléchir, elle concerne aussi l'appréciation de chaque élément de preuve. On glisse alors vers la libre appréciation des preuves et, chose intéressante, on parle de « liberté de la preuve ». En *common law*, la preuve est libre au sens où l'*appréciation* des éléments de preuve est libre alors que les standards de preuve (qui peuvent spontanément apparaître comme une infraction à la liberté de la preuve) concernent, ensuite, la *décision*. La notion française d'intime conviction a, je crois, comme inconvénient de mêler ces deux opérations intellectuelles, de ne pas permettre de distinguer les deux étapes qui scandent le raisonnement du juge. De plus, cela donne l'impression (je ne pense pas que cela soit à l'origine le sens de la notion) d'encourager une interprétation très subjectiviste de ce que c'est une preuve. En quelque sorte, cela peut conduire à une inversion fâcheuse : si le juge est convaincu, c'est qu'il y a(vait) des preuves. Dans les standards de *common law*, il y a quelque chose comme une reconnaissance des bienfaits possibles d'une tentative de formuler, d'expliciter et d'objectiver ce qui est convaincant et ce qu'il ne l'est pas, ce en fonction de l'enjeu du procès. Cela étant, la plupart des travaux qui portent sur le standard du doute raisonnable et sa définition échouent à en donner une définition claire et c'est normal. Ils concluent *in fine* à une évaluation éminemment subjective de ce qu'est un doute raisonnable.

D'ailleurs, j'ai le sentiment que l'intime conviction fait plus qu'écraser la distinction entre les deux phases du raisonnement probatoire. Elle favorise une confusion plus large : c'est tout l'office du juge qui peut être mal compris par cette référence à l'intime. L'incidence de cette référence à l'intime conviction peut, je crois, se retrouver aussi dans d'autres éléments des missions du juge : le choix des catégories juridiques, la détermination de la peine… Je crains que, trop peu définie qui plus est, l'intime conviction puisse aisément dériver du terrain de la preuve à la totalité du jugement.

Quoi qu'il en soit, il demeure une certitude, venant nuancer tout ce qui précède : il y a tellement de différences procédurales entre les systèmes juridiques anglais et français qu'il est bien difficile de savoir ce qui serait dû à l'existence des standards de preuve précités ou non.

A. D. : Vous êtes-vous intéressée à la confrontation de ces cultures juridiques, s'agissant de la structuration du raisonnement probatoire, dans les juridictions supranationales où elles cohabitent de par les origines diverses des juges qui les composent ?

M. V. : J'ai eu quelques échanges avec un ancien juge de la Cour pénale internationale. Il me disait qu'il y avait, au sein de la Cour, des débats infinis sur la question de la preuve. Mes travaux, selon lui, trouvaient une résonance dans les débats auxquels il avait participé à la Cour. Cependant, je n'ai pas d'autre élément sur ce sujet : je n'ai pas connaissance de beaucoup de travaux qui portent sur la matière. Je le devine : la confrontation pratique dans les instances internationales entre le droit de la preuve selon la *common law* et le droit de la preuve continental doit relever du bricolage et de la négociation. Cela étant, la question ne se pose pas seulement sur le plan supranational. L'Italie a, par exemple, introduit dans son droit le standard du doute raisonnable.

De manière générale, il y a des systèmes de droit de la preuve radicalement différents entre *common law* et droit continental, notamment avec la séparation entre juges et jurés en *common law*. Cependant, au-delà des différences fondamentales entre *common law* et droit continental, il y a des éléments qui circulent, détachés du système dont ils sont issus. Ainsi de la notion de doute raisonnable. Qu'est-ce qui interdit, en France, de remplacer « intime conviction » par « doute raisonnable » ? Je ne crois pas que cela impliquerait un chan-

gement fondamental du système français. S'agissant de l'Italie, sans que j'y aie travaillé en détail, je sais qu'est maintenant inscrit le standard du doute raisonnable dans le Code de procédure pénale. La question est ensuite de savoir si cela produit/s'accompagne de changements plus profonds. À l'inverse, en Angleterre, il n'y a plus le « doute raisonnable ». Il est maintenant demandé aux jurés d'être « sûrs » : « *to be sure* ». La formule du doute raisonnable a été abandonnée. Cela relève-t-il d'un changement du système ou d'un simple ajustement ?

Au demeurant, les deux « systèmes » sur lesquels je travaille, de *common law* et continental, ne sont pas non plus monolithiques. Si je raisonne sur le second, des variations apparaissent entre droits nationaux. C'est d'ailleurs visible dans les objets de la doctrine : la littérature sur la preuve est un peu développée en Espagne et en Italie, au contraire de la France. C'est là un indice, je crois, de la singularité française au sein de l'espace continental. Peut-être cet angle mort procède-t-il de l'idée qu'il y aurait un risque à travailler sur ce sujet : celui de contrarier la liberté de la preuve et l'intime conviction, piliers d'un système hérité de la Révolution française. Un autre facteur peut tenir à la faiblesse traditionnelle de l'interdisciplinarité dans la recherche française. Les collaborations avec des juristes qui m'ont été le plus bénéfiques ont précisément eu lieu avec des chercheurs travaillant dans une perspective plus ouverte, attentifs aux limites et à leur dépassement. Je songe au Centre de recherche sur la justice de l'Université Paris 2, où j'ai réalisé mon Master 2 de droit. Je pense aussi aux travaux d'Olivier Leclerc. À l'inverse, j'ai pu être confrontée à des malentendus avec des sociologues du droit (ou, symétriquement, des interlocuteurs qui croyaient que mon travail relevait de la sociologie du droit) : nous ne nous intéressons pas aux mêmes « pratiques ». Je n'observe pas les pratiques en elles-mêmes, suivant une logique ethnographique – un peu comme le ferait Latour que nous évoquions tout à l'heure. Mon objet est le raisonnement probatoire que conduit le juge. Ma perspective est, pour ainsi dire, « véritiste », c'est-à-dire qu'elle repose sur l'idée selon laquelle le but du juge est – ou doit être – de parvenir à une représentation exacte de la réalité, et surtout que l'idée même de représentation exacte a un sens et que ce but impose des normes. Ce qui m'intéresse, c'est certes comment cela se passe en pratique, mais

avec comme hypothèse de départ que les acteurs de cette pratique sont des individus, des agents cognitifs, des personnes qui ont des pensées, des états mentaux, et qui cherchent à comprendre les faits, qui cherchent à avoir une représentation de la réalité en situation d'incertitude. Mon objet est d'analyser ces processus qui leur permettent d'aboutir à une solution en situation d'incertitude.

A. D. : L'ouverture à une pluralité de systèmes juridiques prend donc une place importante dans votre recherche. Pouvez-vous le préciser, l'illustrer davantage ?

M. V. : Aborder le raisonnement probatoire des juges dans une perspective comparatiste, avec pour point de départ le droit anglais plutôt que le droit français, a facilité ma recherche. Étant donné la configuration du droit de la preuve en France et, plus encore peut-être, l'état de la doctrine juridique sur ces questions, j'aurais certainement été intimidée. Le décalage entre, d'une part, les éléments que j'apporte de la philosophie des sciences sur le raisonnement probatoire en général et, d'autre part, le droit français *lato sensu* m'aurait certainement conduite à penser que je faisais un contresens sur le second. À l'inverse, avoir constaté en étudiant le système de *common law* que mes questions y trouvaient bien une pertinence m'a décomplexée : pourquoi n'en auraient-elles pas pour un autre système juridique ? Or, les catégories philosophiques sur lesquelles je travaille sont issues de la philosophie anglo-saxonne, plus précisément de la philosophie empiriste anglaise. Par suite, les interrogations sur la preuve en *common law* me semblent assez naturelles et assez peu étrangères. De même, constater qu'en Espagne et en Italie ces questions se retrouvent m'a confortée dans l'idée qu'il y avait matière à les poser aussi pour le droit français. Je songe notamment aux réflexions qui se développent en Espagne en faveur d'une motivation des décisions de justice en ce qu'elles portent sur le fait et sur sa preuve (travaux de Jordi Ferrer Beltrán, eux-mêmes inspirés par ceux du processualiste italien Michele Taruffo). Dans le contexte français, la question peine à émerger : à quoi bon cette motivation alors que le contrôle de la Cour de cassation porte essentiellement sur le droit seul ? En quelque sorte, cela disqualifie d'emblée toute interrogation sur la question du fait. Constater que la question est posée ailleurs permet de dépasser les rigidités inhérentes à un système juridique envisagé isolément. Cela autorise à poser des questions qui auraient

pu paraître absurdes. Au demeurant, l'ouverture comparatiste est inhérente à mon objet : je travaille sur des universaux du raisonnement.

A. D. : L'un des apports de votre travail est de montrer, pour l'objet qui est le vôtre, combien il est périlleux de rabattre la chose judiciaire sur la chose juridique. Le travail du juge n'est pas réductible à la règle de droit qui formerait un tout exclusif, auto-suffisant. En ce qu'il porte sur le fait, le raisonnement probatoire du juge échappe par nature, pour partie, à la norme juridique pour relever davantage des lois de la logique en quelque sorte. Vous soutenez même qu'il est ici un nécessaire retrait du droit : il *doit* s'abstenir de vouloir gouverner tout le raisonnement probatoire. Pouvez-vous nous expliquer cela ?

M. V. : Le raisonnement probatoire est, par nature, une activité mentale, avec les ressorts propres que cela suppose. L'application d'une règle de droit relève d'une autre logique : mettre en œuvre une présomption légale, par exemple, ne relève pas du même type d'opération que le raisonnement probatoire. Par conséquent, il faut se garder d'étouffer ce dernier par un envahissement du droit. Si la loi fixe « quand tu as A, tu dois conclure que B », le raisonnement probatoire est évincé ou dénaturé. Je ne vais plus mettre en œuvre mon raisonnement probatoire : je vais appliquer une règle. Le raisonnement probatoire est libre ou n'est pas.

Il faut cependant éviter un malentendu : que le raisonnement probatoire soit un exercice libre ne veut pas dire qu'il est admissible de faire n'importe quoi. Au contraire, il faut un cadre, des garanties. La question est alors de savoir si elles doivent procéder du droit ou non – par exemple, relever davantage de la formation intellectuelle du juge de manière plus large. Il y a ici un certain balancement. D'une part, il y a une difficulté à décider que le droit va nous dire comment il faut que l'on raisonne. D'autre part cependant, je ne vois pas pourquoi le droit ne devrait pas d'une manière ou d'une autre obliger le juge à se conformer à des standards de rationalité et à une forme d'exigence de motivation et d'explicitation du raisonnement (y compris quand il porte sur les faits). Ainsi, je pense que le droit doit intervenir mais avec réserve : il ne peut s'agir de soumettre le raison-

nement probatoire à une forme de mode d'emploi juridique mais, cela posé, il reste une part pour le droit.

La seule disposition législative, me semble-t-il, qui d'une manière ou d'une autre a à voir avec le raisonnement probatoire (à part celles relatives à l'intime conviction) tient à l'article 1382 du Code civil sur les présomptions judiciaires. Il dispose : « Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen. » Il y a quelque chose d'un peu troublant parce que l'article prévoit que, partout où la loi n'en dispose pas autrement, l'appréciation des preuves et les présomptions judiciaires sont laissées à la libre appréciation du juge, *mais* le texte précise également que le juge ne doit les mettre en œuvre que si elles sont précises, graves et concordantes. Or, il n'y a pas de contrôle, de fait, du respect d'une telle exigence, qui de plus n'est pas définie. Une forme de développement de ce que l'on entend par là et qui obligerait, d'une certaine manière, le juge à motiver et à expliciter son raisonnement ne me semblerait pas du tout une mauvaise chose. De *ce* point de vue, je ne dirais pas que le droit ne doit pas se mêler du raisonnement probatoire. Le droit ne peut pas dire : « Si tu as A, tu dois conclure B. » En revanche, il appartient au droit de demander au juge d'expliciter les étapes de son raisonnement et de le motiver.

Au-delà, la valeur du raisonnement probatoire tient à des considérations non juridiques. Par exemple, il est un certain nombre de connaissances empiriques sur la fiabilité des témoignages. Certes, elles sont encore une fois de l'ordre de l'incertain mais pas au point que l'appel à un certain sens commun signifie que l'on abandonne le raisonnement au sentiment subjectif, ou à l'arbitraire du juge. Pour inférer A de B ou B de A, on doit faire (sauf si c'est déductif) des hypothèses qui sont incertaines mais qui peuvent être *plus ou moins bien fondées*. Si on oblige le juge à expliciter son raisonnement, il dira peut-être (je caricature évidemment) : « J'ai conclu B de A parce que le témoin était blond ; or, les blonds mentent. » Ce n'est pas au droit de poser que « les blonds mentent » : c'est une proposition empirique, à passer au crible du sens commun, ce qui suppose qu'elle soit rendue visible au juge plutôt qu'inconsciente. L'exercice de motivation faisant émerger à la conscience du juge cet élément de son

raisonnement, il va se rendre compte qu'il y avait dans celui-ci une *hypothèse implicite* (« les blonds mentent ») qu'il ne peut assumer publiquement. Une fois cette motivation exclue, il devra en changer et, à cette fin, faire l'effort d'un autre chemin de raisonnement.

Cela étant, la motivation n'est pas tout. Je reviens un instant à la question de la fiabilité du témoignage. Il est assez largement connu que le témoignage oculaire est très peu fiable. Pourtant, il est possible que je me trompe mais je retire de ma fréquentation du monde judiciaire qu'il arrive encore que dans des décisions, dûment motivées, soit invoqué par le juge le fait qu'il a été convaincu par un tel témoignage, sans autre élément. Dans certains cas au moins, j'ai le sentiment que c'est quelque chose qui procède de l'impression d'audience : dans le fil des débats, il y a eu une sorte d'instant magique où, caractère sacré de l'oralité, le juge s'est trouvé convaincu à l'audition dudit témoignage. Or, il est établi que ce qui est ainsi ressenti par la personne a quelque chose d'anecdotique, sans valeur épistémique aucune pour fonder une décision saine. Le fait que, malgré cela, un jugement puisse être motivé en ces termes suggère quelque chose comme un défaut de culture scientifique, ou en tout cas un refus de prendre au sérieux les faits dans ce qu'ils ont de parfois contre-intuitifs par les différents acteurs du procès – le juge qui tient ce raisonnement, les parties qui ne le contestent pas. Que la méthode scientifique entre dans le prétoire pourrait ici avoir quelque intérêt. Je pense qu'on bute cependant, encore, sur l'intime conviction – mal comprise.

A. D. : Ainsi, le droit ne doit pas évincer le sens commun, essentiel au raisonnement probatoire.

M. V. : L'idée que le raisonnement probatoire repose sur le sens commun veut simplement dire qu'il s'agit d'un raisonnement factuel comme *on* en fait *tout le temps*. Mais cela n'empêche pas de l'encadrer afin de le rendre meilleur. Je pense que la manière la plus simple de le faire serait simplement de prévoir des contraintes, des obligations plus fortes. Comment ? Faudrait-il une *check-list* ? L'idée est que, juge, je dois expliciter chacune de mes hypothèses. De même, être obligé d'identifier deux ou trois éléments de fait qui ont été déterminants et dire comment on en est convaincu me paraît, tout à la fois, assez simple et utile. Cela paraît être un moyen d'éviter les

biais inacceptables, de type raciste ou sexiste, ou plus généralement des hypothèses que, une fois explicitées, on n'est pas prêt à endosser. C'est toutefois bien plus que cela : cela permet aussi d'évincer les généralisations empiriques trop hâtives, les propositions qui semblent de « bon sens » mais qui procèdent en réalité d'idées fausses après vérification. J'insiste : le fait que je dise que les inférences probatoires s'appuient toujours sur des généralisations de sens commun ne veut pas dire que je pense que le sens commun non réglé, non policé, doit régner.

D'ailleurs, il est déjà des moyens, y compris juridiques, de favoriser un raisonnement rigoureux. Ils peuvent être indirects, portant non sur le raisonnement lui-même mais sur les conditions concrètes de sa production : la nature contradictoire des débats, la publicité de ceux-ci, la délibération collective (pour une juridiction collégiale)… Il y a là autant de règles d'organisation générale du procès qui favorisent un meilleur raisonnement probatoire des juges en rendant plus difficiles certaines erreurs. On peut être un peu optimiste et penser que, lorsqu'on est plusieurs à débattre, on progresse et on s'améliore, notamment par la mise à l'écart des présupposés intenables (« les blonds mentent », pour prendre un exemple tenant dans un préjugé inacceptable mais, encore une fois, les fausses hypothèses peuvent relever d'erreurs communes, non pas seulement de préjugés inavouables). Ces conditions du débat et de la délibération peuvent faire ressortir ces failles, ainsi d'un échange critique entre protagonistes du procès : « Vous admettez la proposition X mais rejetez la proposition Y, alors que les deux sont portées par le même témoin auquel vous avez dénié *toute* fiabilité pour rejeter la proposition Y » (le film *Douze hommes en colère*, de Sidney Lumet, tiré d'une pièce de Reginald Rose, montre typiquement ce genre de dynamique). Il est tout un tas de choses qui peuvent passer complètement inaperçues dans un raisonnement probatoire. Si on l'explicite, si les inférences deviennent visibles, si les propositions relevant du sens commun qui permettent ces inférences sont explicitées, alors les erreurs apparaissent et il devient possible de les corriger.

Au-delà du soutien offert par le droit strict au raisonnement probatoire, il faut aussi soulever la question de la formation des juristes : en quoi intègre-t-elle des éléments non juridiques mais essentiels au jeu du droit, en quoi prépare-t-elle à l'exercice du raisonnement proba-

toire ? Il ne faut d'ailleurs pas seulement poser la question en termes de contenu de la formation. L'idée de prévoir dans la formation professionnelle des magistrats un module sur le raisonnement probatoire est excellente. Cependant, cela aura-t-il un effet si les magistrats suivant ce module n'ont aucun intérêt pour ces questions ? À mon avis, le problème ne concerne donc pas que la formation *stricto sensu* : il concerne aussi, d'abord même, le recrutement. Peut-être faut-il intégrer dans les conditions de recrutement des compétences de ce type pour pouvoir les développer avec profit au fil de la formation.

De plus, la question ne concerne pas uniquement les juges. Il faut aussi prendre en compte le rôle des avocats. Si l'avocat fait bien son travail d'analyse, d'arguments et de preuves, le juge a principalement besoin d'être de bonne foi. En un sens, il n'a pas à faire lui-même ce travail. Dans mes recherches, j'ai un peu présupposé que le juge était tout seul ; il fait tout depuis l'enquête. Il faut reconnaître qu'il y a là une limite à la première analyse que je propose : elle devrait être ajustée par référence à un modèle dans lequel les avocats feraient une large part du travail sur la preuve.

A. D. : En somme, l'analyse du raisonnement probatoire devrait se faire davantage écosystémique.

M. V. : Ce que j'ai en tête en évoquant la part des avocats, c'est l'image, sans doute plus idéale que réaliste, d'un système accusatoire. Dans une telle configuration, si les meilleurs arguments en faveur des deux parties se confrontent, devrait émerger ce qui résiste le mieux à la critique, ce qui a le plus de chances d'être exact. C'est vrai que l'idée qu'un seul homme, une seule femme doive dans sa tête faire tout ce que suppose le raisonnement probatoire est un peu difficile à concevoir. Précisément, la dynamique du procès, permise par les règles juridiques qui l'organisent, peut contribuer à partager l'effort.

3. Face à la pluralité des méthodes de recherche disponibles

A. D. : Vous travaillez à un nouveau développement de votre recherche, portant moins sur l'évaluation de la norme juridique (au sens de norme légiférée ou assimilée) que sur son (in)application concrète par le(s) juge(s). Pouvez-vous nous en dire plus, notamment en termes de méthode envisagée et suivie ?

M. V. : En réalité, pour moi, c'était cela l'objet initial : le passage par le droit légiféré, c'était pour pouvoir mieux étudier les pratiques d'application. Ce qui m'intéresse vraiment en un sens, c'est comment, effectivement, cela se passe au tribunal ou, pour le dire autrement, dans la tête du juge. Comment les décisions sont-elles prises sur les questions de fait ? À partir de là, la question qui se pose à moi est de déterminer la ou les méthodes pour élucider ce point. Nous avions entrepris, avec Olivier Leclerc et deux autres spécialistes du droit de la preuve, Étienne Vergès et Géraldine Vial, un travail de lecture de décisions de première instance. De ce corpus, il surgit énormément d'exemples extrêmement intéressants. La démarche est d'autant plus suggestive que, au-delà des exemples, ce sont aussi des questions qui émergent. C'était vraiment très utile pour la construction théorique de ce qu'est le raisonnement probatoire. Un certain nombre d'éléments soutenus dans mon mémoire n'auraient pas pu l'être si je n'avais pas effectué ce travail. Mais, pour pousser plus avant cette démarche, il faudrait avoir un angle d'attaque un peu précis, et sans doute se concentrer sur une juridiction en particulier, pour un type de litige particulier. Ce n'était certes pas complètement au hasard que nous avions entamé cette recherche au plus près des décisions de première instance ; ainsi, les collègues demandaient aux juridictions des exemples *intéressants*. Le problème est que je ne vois pas comment on pourrait faire cela de façon systématique, à quinze personnes, pendant cinq ans. C'est un énorme travail d'autant plus qu'il n'est pas aisé de collecter les décisions de première instance. Bref, il y a là une méthode intéressante à laquelle je n'ai pas renoncé – j'ai d'ailleurs aussi contacté des avocats pour leur demander de me

faire suivre des cas intéressants – mais la méthode et l'angle d'attaque méritent d'être affinés.

En ce moment, je suis en complète réflexion. Ce qui est sûr, c'est qu'il y a une difficulté de sélection. Par ailleurs, il est évident que ce qui est écrit dans la motivation n'est pas forcément le reflet de ce qui s'est passé dans la tête du juge. Cela étant, on ne peut pas faire mieux que de travailler sur la motivation. Il y a cependant un moyen d'aller un peu plus loin. Plutôt que de s'en tenir à la décision, il est possible de travailler aussi sur le dossier de procédure. Pour certaines décisions que nous avions analysées, nous avions eu accès au dossier, dans des affaires simples. Une autre option est l'étude approfondie d'un cas présentant davantage de complexité et de richesse. Il s'agit alors de vraiment décortiquer les ressorts du traitement de l'affaire pour analyser très précisément la manière dont les juges semblent avoir organisé les éléments, la manière dont ils sont parvenus à une décision. Ici, il est possible notamment de mettre en évidence un décalage entre dossier et décision, par exemple en identifiant des éléments de l'affaire présents au dossier mais absents de la motivation finale. Je suis précisément en train de travailler à une telle étude de cas complexe. L'objet en est le procès dit du Mediator qui met en jeu des questions scientifiques puisqu'il s'agit d'une affaire de santé publique, concernant les effets délétères d'un médicament. Au cœur de cette recherche en cours, il y a d'ailleurs une autre question : celle de la preuve *scientifique* et de la façon dont le juge peut comprendre ou non la façon dont sont établies les hypothèses scientifiques. En tout état de cause, ni l'analyse de décisions ni même l'étude de cas, simples ou complexes, n'a vocation à dégager une théorie, un modèle du raisonnement des juges. Ce n'est pas cela que je cherche. L'idée est autre : clarifier ce qui se fait.

Il est possible d'y tendre par une démarche assez différente que j'ai à peine explorée : l'entretien avec des juges. Cela pose cependant, aussi, des problèmes méthodologiques. De manière générale, demeure l'opacité de ce qui se passe dans la tête d'une personne, y compris pour elle-même. On retrouve ici la difficulté rencontrée pour la motivation : elle est une représentation du raisonnement, non le raisonnement lui-même. De manière particulière, si l'on souhaite procéder sur une large échelle par questionnaire, se pose la question de la composition de l'échantillon sondé. Il y aurait un biais de sélec-

tion : seuls probablement les magistrats qui seraient intéressés par un questionnaire sur la preuve y répondraient, ceux qui ne le sont pas ne donnant pas suite.

Enfin, si de la question des méthodes, je reviens à celle des objets de recherche, il y a une question de recherche qui pourrait être intéressante : savoir si des juges professionnels raisonnent sur les questions de fait différemment de l'homme de la rue. Mon hypothèse est qu'il n'y a pas de différences significatives : le raisonnement probatoire est un, non spécifique au juge en général, au juge professionnel en particulier. Cependant, si l'enquête faisait apparaître des différences, il faudrait se demander comment les caractériser et à quelles causes les imputer. Il faudrait aussi en tirer les conséquences, ainsi d'un éclairage sur la question du jury populaire.

A. D. : Une dernière question sur les possibilités méthodologiques : *quid* d'une expérimentation ?

M. V. : C'est la première chose que j'ai faite mais, en l'occurrence, pas sur des juges. Il s'agissait d'expérience de psychologie mettant les participants (soit des étudiants en psychologie, soit des individus de différents horizons socio-professionnels recrutés et rémunérés *via* des plateformes spécialisées) en situation de jurés pour étudier le raisonnement probatoire en général. Prenons un exemple, relevant du cadre de la *common law*. L'une des questions que nous cherchions à tester était celle de savoir si un jury ou des jurés allaient davantage être convaincus de la culpabilité de l'accusé par 1) un ensemble d'éléments de preuve très faibles s'ils sont envisagés isolément mais cohérents : de nombreux petits témoignages racontant une histoire cohérente ; ou 2) un élément unique ou quasiment, d'une puissance réelle à lui seul, des données ADN pertinentes par exemple, sans que cela s'inscrive cependant dans un récit global. Le test permettant de répondre est assez difficile à construire. En l'occurrence, je vous épargne les détails, mais nous avons conçu un protocole qui consistait à mettre des gens en situation soit « en vrai » soit sur des plateformes Internet. Un certain nombre de questions leur sont ensuite posées. Les réponses sont l'objet d'un traitement statistique, d'où la nécessité que j'évoquais d'avoir deux ou trois cents participants au moins. Vouloir conduire une telle expérience sur des magistrats soulève de nombreux problèmes pratiques et méthodologiques.

S'agissant des expériences de psychologie que je réalise, elles ne s'envisagent qu'à grande échelle : il faut un panel d'au moins deux ou trois cents personnes à chaque fois. Une expérience menée sur une poignée de magistrats n'aurait aucune significativité scientifique (on pourrait en tirer des idées qualitatives, mais aucune conclusion quantitative).

Pourrais-je le faire avec des juges professionnels en France, à supposer que le nombre de participants ne semble pas *a priori* insurmontable ? Comme je le disais tout à l'heure à propos de la technique du questionnaire, je vais me heurter ici à un biais de sélection, étant tributaire notamment de l'intérêt des magistrats pour le sujet, intérêt inégalement réparti dans la profession. Peut-on compenser ce biais par d'autres facteurs de motivation plus puissants ? Les expériences que j'évoquais ont donné lieu à une rémunération des participants, de l'ordre du Smic horaire. Il est bien certain que cela ne peut mobiliser les magistrats. C'est donc un mélange d'intérêt pour le sujet, d'intérêt pour la recherche, en lien avec une (faible) disponibilité, que s'opérerait la sélection, aboutissant à un échantillon peu représentatif de la profession. Toutefois, de nombreuses enquêtes de sociologie, par exemple sur les médecins, posent le même type de problèmes, et conduisent néanmoins à des résultats intéressants, au moins qualitativement. Peut-être faut-il se lancer en dépit de ces problèmes, en les gardant bien à l'esprit.

En tout cas, si l'on acceptait de passer outre le problème des biais de sélection, il est bien certain que les conclusions obtenues n'auraient pas le même statut qu'en l'absence de tels biais. Autrement dit, on resterait dans quelque chose de qualitatif, loin de l'idée de conclusions générales sur « les juges ».

BIBLIOGRAPHY

Chappe V.-A., Juston Morival R., Leclerc O. (dir.), 2022, « Le travail de la preuve », dossier, *Droit et société*, n° 110, p. 7-105

Ferrer Beltrán J., 2007, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons

Gorphe F., 1947, *L'appréciation des preuves en justice. Essai d'une méthode technique*, Paris, Sirey

Lagnado D., 2021, *Explaining the evidence. How the mind investigates*

the world, Cambridge, Cambridge University Press

Latour B., Woolgar S., 2006, *La vie de laboratoire. La production des faits scientifiques*, Paris La Découverte

Taruffo M., 1992, *La prova dei fatti giuridici*, Milan, A. Giuffrè

Vergès É., Vial G., Leclerc O., 2022, *Droit de la preuve*, 2e éd., Paris, PUF

Vorms M., 2023, « La présomption d'innocence est-elle un principe probatoire ? Une approche épistémologique », *Revue des procédures*, n° 5, p. 14-25

Vorms M., 2023, « Vérité et faits juridiques dans une perspective épistémologique », *Grief. Revue sur les mondes du droit*, vol. 10, n° 1, p. 83-86

Vorms M., Hahn U., 2019, « In the space of reasonable doubt », *Synthese*, vol. 198 (S15), p. 3609-3633

Vorms M., Lagnado D., 2022, « Le raisonnement probatoire et la "mise en récit" des preuves. Présentation critique du *story-model* », *Droit et société*, n° 110, p. 87-105

ABSTRACT

Français

Marion Vorms est maîtresse de conférences en philosophie à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, chercheuse à l'Institut d'histoire et de philosophie des sciences et des techniques (UMR CNRS 8590) et membre de l'Institut universitaire de France. Docteure en philosophie des sciences, elle a d'abord étudié des questions de philosophie générale des sciences relatives à la représentation scientifique. Elle a par ailleurs étudié les problèmes épistémologiques posés par la dimension collective de la recherche scientifique (qui font l'objet de l'épistémologie sociale), avec une attention particulière au rôle du témoignage et de la confiance dans l'établissement des connaissances. Cette démarche l'a conduite à s'intéresser aux sciences cognitives, et plus précisément à la psychologie du raisonnement et à la cognition sociale. De 2015 à 2018, elle a bénéficié d'une bourse individuelle Marie Skłodowska-Curie, pour un projet de recherche interdisciplinaire au département de psychologie du Birkbeck College (Londres) sur le raisonnement et la prise de décision judiciaires, dans le cadre duquel elle s'interroge notamment sur la signification (juridique, et plus généralement épistémologique et psychologique) de la notion de doute raisonnable. Elle a ensuite approfondi son approche du droit français dans le Master 2 Justice et droit du procès (Université Paris 2). Le mémoire qu'elle a soutenu dans ce cadre, intitulé *Le raisonnement probatoire des juges en France. Une approche épistémologique*, est en accès libre à l'adresse suivante : https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/988e7b01-d26b-4f0b-ab7e-92985b90c6e8

INDEX

Keywords
Marion Vorms, raisonnement probatoire, juge, preuve, vérité judiciaire, décision, doute raisonnable, intime conviction, norme juridique

AUTHOR

Marion Vorms
Maîtresse de conférences en philosophie, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Institut d'histoire et de philosophie des sciences et des techniques – UMR CNRS 8590 ; marion.vorms@univ-paris1.fr

Dossier - Le droit pénal au secours de la justice sociale. Variations autour du procès France Télécom

Avant-propos. Des faits, une procédure, un objet de recherche

Laurent Rousvoal, Josépha Dirringer and Marion Del Sol

OUTLINE

1. Singularités
2. Les faits
3. Le contexte et le surcroît de sens qu'il donne aux faits
4. La procédure
5. Le travail de recherche

TEXT

« *Êtes-vous Orange à l'intérieur ?* [1] »

1. Singularités

1 L'affaire dite France Télécom n'est pas un fait divers mais un fait social. Elle a même quelque chose d'un fait social total en ce qu'elle ouvre une fenêtre cruelle sur les transformations du monde du travail donc de la société en général au début du XXIe siècle. Les faits dont il est question prennent une mesure rare par le contexte dans lequel ils s'inscrivent. Il y a donc là un objet de recherche essentiel pour comprendre les mutations contemporaines, en particulier au prisme des divers modes de régulation sociale. La procédure pénale à laquelle ces faits donnent lieu (en ce moment même : les voies de recours ne sont pas épuisées) est pleine de ce jeu d'échelles à articuler pour comprendre ce qu'il s'est passé dans cette entreprise phare où de nombreux travailleurs se sont donné la mort.

2. Les faits

2 La direction de la société France Télécom (devenue depuis lors Orange) accélère en 2006 une vaste entreprise de reformatage de ses

effectifs alors composés largement de fonctionnaires. Par des plans complémentaires nommés Next (Nouvelle expérience des télécommunications) et ACT (Anticipation et compétences pour la transformation), il s'agit, en trois ans et sans licenciements, de provoquer la mobilité interne de 10 000 travailleurs et le départ de 22 000 autres, en en minorant le coût pour l'employeur. Des dispositifs utilisés les années précédentes à cette fin, relevant notamment du droit de la fonction publique, ne sont plus ou guère disponibles – ainsi des départs en retraite ou préretraite. Différentes manœuvres sont déployées pour inciter, voire pousser, au retrait. Ces moyens sont brutaux. Ils sont durement ressentis par les travailleurs directement ciblés. Ils sont durement ressentis également par nombre de leurs collègues de travail. Ces plans ont produit le double objectif assigné : des mutations et des départs massifs, sans grever les finances de l'entreprise (sur la « disparition » du droit du travail, voir entretien avec Me Teissonnière, avocat de parties civiles). Après quelques mois émergent des données troublantes : dépressions, tentatives de suicide et suicides sont recensés parmi les travailleurs, avec l'hypothèse d'un lien direct avec l'exécution du double plan de la direction. Des alertes, notamment syndicales, sont même lancées. Pourtant, la mise en œuvre des programmes Next et ACT se poursuit.

3. Le contexte et le surcroît de sens qu'il donne aux faits

3 Tout à la fois acteur et théâtre des faits, France Télécom est une entreprise emblématique. Et, derrière elle, l'État n'est pas loin. Fleuron de l'industrie française des télécommunications, France Télécom a connu une métamorphose juridique et organisationnelle rapide dans un contexte de libéralisation et d'ouverture à la concurrence d'un secteur des télécommunications en pleine révolution technologique. Au commencement, la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications suit de quelques jours la directive dite ONP (*Open Network Provision*)[2] relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications. À la suite d'une loi du 26 juillet 1996, France Télécom cesse d'être un service public

industriel et commercial pour se muer en une entreprise nationale avant de devenir une société anonyme dont les capitaux sont majoritairement privés. Comme le relatait le sénateur G. Larcher dans un rapport d'information sénatorial de 2002, « pour l'ensemble des personnels, depuis 1996, ce sont plusieurs dizaines de milliers de personnes, représentant un tiers du total des effectifs de la maison mère, qui ont changé de fonction à France Télécom […] ». Déjà, l'auteur soulignait : « L'organisation des métiers a été profondément revue. Les objectifs de rentabilité ont été redéfinis. L'univers du travail a été complètement bouleversé » (Larcher, 2002). Au début des années 2000, l'entreprise est cependant confrontée à une dette abyssale emportant un effondrement du cours de l'action. Comme cela a été rendu possible par la loi du 31 mars 2003, l'État décide alors de se désengager du capital de France Télécom au point de ne plus être qu'actionnaire minoritaire. Corrélativement débute une phase encore plus radicale de restructuration de l'entreprise, impliquant notamment une compression massive d'effectifs. Toutefois, comme le rappellent les juges, en 2006 s'éteint le dispositif de congé de fin de carrière qui avait déjà permis le départ de 42 000 fonctionnaires de France Télécom. La poursuite et l'amplification de ce mouvement supposent alors une nouvelle stratégie : les plans Next et ACT.

4. La procédure

4 À la suite de la plainte de M. Ackermann, représentant de la Fédération syndicale SUD des activités postales et télécommunications, des chefs notamment de harcèlement moral et de mise en danger d'autrui, en décembre 2009, une procédure pénale se met en place. Elle prend rapidement la forme d'une longue instruction judiciaire. Celle-ci donne lieu à la mise en examen pour harcèlement moral de la société France Télécom SA (devenue Orange SA) et de trois hauts dirigeants de France Télécom entre 2006 et 2010 (dont M. Lombard, P-DG), quatre autres étant poursuivis pour complicité de ce délit. Outre un non-lieu partiel, notamment du chef d'homicide par imprudence, l'instruction se conclut par le renvoi devant la juridiction de jugement desdits mis en examen pour harcèlement moral[3] ou de complicité de harcèlement moral. Le tribunal correctionnel de Paris, en sa 31e chambre, consacre deux mois d'audience à l'affaire, entre mai et juillet 2019. Cette durée exceptionnelle tient à différents

facteurs, notamment : le grand nombre de parties civiles, individuelles ou collectives (syndicales, associatives), la contestation de leur responsabilité pénale par les prévenus, l'audition de nombreux témoins, notamment d'universitaires de différentes disciplines, spécialistes du travail en général, du harcèlement en particulier [4] (voir contribution de V. Beaudouin). Ce procès est également exceptionnel par son retentissement médiatique. La personnalité des prévenus, la portée sociale et politique des faits suscitent l'intérêt de la grande presse et, au-delà, des milieux intellectuels, notamment littéraires – certains écrivains suivent d'ailleurs assidûment les audiences (Message, 2019 ; Lucbert, 2020). Mise en délibéré, la décision du tribunal correctionnel est prononcée le 20 décembre 2019 [5]. Les prévenus sont condamnés, comme auteurs ou complices, pour harcèlement moral institutionnel au titre de faits courant sur les années 2007-2008 (soit une période plus courte que celle retenue à la fin de l'instruction). La juridiction considère que le délit tient essentiellement dans la mise en œuvre du double plan Next / ACT en lui-même, conçu et piloté par la haute direction de France Télécom, non dans les actes d'exécution réalisés par la hiérarchie intermédiaire dans la myriade de services déconcentrés. Le tribunal opère donc un choix clair parmi les thèses en cause quant à l'interprétation de l'incrimination et celle, corrélative, des règles d'imputation de la responsabilité pénale. Contrairement à la pratique judiciaire antérieure, contrairement à ce que semble suggérer la lettre de la formule législative, le tribunal fait de l'incrimination un moyen de répression ciblant non les auteurs des comportements de harcèlement au contact direct de la victime (ainsi du chef de service qui organise les conditions de travail de son subordonné immédiat de manière à le pousser à la démission), mais les décideurs ayant mis en place la politique de l'entreprise dont les opérations de terrain, au plus près des travailleurs, ne sont que la traduction servile.

5 Saisissant pleinement la singularité des faits tels qu'elle les envisage (les hauts dirigeants de France Télécom ont pensé et imposé une politique dont l'application fidèle a ruiné santé et/ou vie de nombreux travailleurs), la juridiction de première instance parvient à les traduire en droit par la coloration qu'elle donne au harcèlement moral : ici, il est « institutionnel ». Le même texte d'incrimination permet donc, selon le tribunal, de saisir non seulement les comporte-

ments déviants isolés (ainsi du « petit chef » abusant de son pouvoir au détriment du subordonné immédiat qui lui déplaît), mais encore les organisations déviantes, stratégies d'ensemble qui rayonnent sur toute une communauté de travail (pour une mise en perspective avec les discriminations systémiques, voir entretien avec V.-A. Chappe).

6 Les enjeux multiples, notamment la controverse sur l'interprétation de l'incrimination de harcèlement moral et la possibilité de saisir ainsi le « harcèlement moral institutionnel » (voir contribution de F. Rousseau), ont sans surprise conduit à ce que de nombreuses parties interjettent appel, à titre principal ou incident, de la décision, tant sur les aspects pénaux que civils. Sans exhaustivité, une exception est notoire : la société Orange renonce à contester sa condamnation – à ce non-appel s'ajoute le désistement de son appel par l'un des dirigeants. Après plusieurs semaines d'audiences entre mai et juillet 2022, la 13e chambre correctionnelle de la cour d'appel de Paris a statué par un arrêt du 30 septembre 2022. Sous réserve de la relaxe de deux des prévenus poursuivis pour complicité et d'une modération des peines prononcées contre les quatre autres (dont M. Lombard), il est de confirmation pour l'essentiel. Les juges du second degré rejoignent largement la lecture des faits opérée par le tribunal correctionnel, qu'il s'agisse de la réalité des plans, de leurs objectifs, de leurs moyens de mise en œuvre, des conditions de la prise de décision au plus haut niveau de la société. De même, ils font leur l'analyse d'un « harcèlement moral institutionnel », variante du harcèlement moral couverte par le texte d'incrimination.

7 La Cour de cassation est saisie de plusieurs pourvois en cassation. Elle devrait trouver là l'occasion de se prononcer sur cette lecture controversée de l'article 222-33-2 du Code pénal.

5. Le travail de recherche

8 Sans attendre l'issue de cette procédure exceptionnelle à bien des titres, lourde d'enjeux politiques, sociaux, économiques, juridiques, le laboratoire IODE a décidé d'en faire un objet d'étude, nécessairement pluridisciplinaire, en y consacrant un colloque le 17 octobre 2022 à Rennes. Il a permis la confrontation de récits et d'analyses de chercheurs et de praticiens, parfois partie prenante de l'affaire France

Télécom, de juristes et de sociologues. Le dossier qu'ouvre ce bref avant-propos en est le prolongement.

9 Enjeu essentiel, en termes politiques, sanitaires, économiques et sociaux, la santé au travail est un objet ancien mais croissant de préoccupation pour le droit. Celui-ci s'en saisit par plusieurs de ses branches : le droit social (droit du travail *et* droit de la protection sociale) et le droit pénal en particulier. Cette pluralité pose le problème de leur articulation : finalités, domaines et méthodes diffèrent, au moins partiellement, d'une branche du droit à l'autre. Pour ne prendre qu'un exemple concret, le mode de réalisation des normes varie, ce qui s'incarne dans la dualité des juridictions donc des procédures contentieuses, entre juge prud'homal, juridictions en charge du contentieux de la Sécurité sociale (spécialement contentieux en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur) et juge pénal. Dans ces conditions, pourquoi et comment cette conjonction social/pénal opère-t-elle ? Entre complémentarité et concurrence, alliance et perturbations croisées entre l'un et l'autre, quelle(s) figure(s) dessine(nt) cette combinaison d'enjeux, d'acteurs, de techniques lorsque le droit pénal est investi de la défense de la santé au travail ? (voir contribution de J. Dirringer et L. Rousvoal).

10 Ces questions s'envisagent dans des termes renouvelés dès lors que l'on cherche aussi à saisir la dimension politique des décisions affectant l'organisation du travail dans un contexte de transformation de la société capitaliste. Imprégnant l'organisation des entreprises, la logique managériale qui caractérise le « nouvel esprit du capitalisme » (Boltanski, Chiapello, 2011) modifie certainement les valeurs, les mentalités et le rapport que les individus ont au travail (sur les transformations du droit sous l'effet des logiques managériales, voir entretien avec J. Pélisse). Cela induit de nouveaux risques pour la santé des travailleurs, dont le risque managérial (voir contribution de M. Del Sol), et plus largement pour l'effectivité des droits et des libertés dans l'entreprise. *In fine*, c'est la question de l'encadrement du pouvoir des entreprises et en leur sein qui se trouve posée.

BIBLIOGRAPHY

Beynel E. (dir.), 2020, *La raison des plus forts. Chronique du procès France Télécom*, ill. de C. Robert, Ivry-sur-Seine, Éditions de l'Atelier

Boltanski L., Chiapello E., 2011, *Le nouvel esprit du capitalisme*, 2e éd., Paris, Gallimard

Collectif, 2020, dossier « Le harcèlement moral érigé en politique d'entreprise », *Semaine sociale Lamy Supplément*, n° 1925, p. 23 et suiv.

Dejours C., 2019, « France Télécom Orange. Déposition. Le 10 mai 2019 », *Travailler*, n° 42, p. 193-213

Larcher G., 2002, *France Télécom : pour un avenir ouvert*, rapport d'information n° 274, 2001-2002

Lucbert S., 2020, *Personne ne sort les fusils*, Paris, Seuil

Message V., 2019, « France Télécom. Regard sur un procès hors norme », *Le Monde*, 29 juin 2019, p. 30

Pelletier W., 2010, « 19. Les privatisations de France Télécom », dans W. Pelletier (dir.), *L'État démantelé : enquête sur une révolution silencieuse*, Paris, La Découverte, p. 249-259, [https://doi-org.passerelle.univ-rennes1.fr/10.3917/dec.bonel.2010.01.0249], consulté le 14 septembre 2023

Roy I. du, 2015, « Organisation du travail et mise en danger à France Télécom-Orange », dans A. Thébaud-Mony (dir.), *Les risques du travail. Pour ne pas perdre sa vie à la gagner*, Paris, La Découverte, p. 463-466.

Roy I. du, 2009, *Orange stressé, le management par le stress à France Télécom*, Paris, La Découverte

Lelay S. (dir.), 2021, « Dossier. Le jugement France Télécom : un tournant juridique historique ? », *Travailler*, vol. 2, n° 46, p. 7 et suiv.

NOTES

1 Question posée aux travailleurs de France Télécom dans divers questionnaires et séminaires internes (Du Roy, 2015).

2 Directive communautaire n° 90/387/CEE dite ONP.

3 Aux termes de l'article 222-33-2 du Code pénal tel qu'il était applicable à l'époque des faits, « le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

4 Voir notamment Dejours (2019).

5 Décision n° 0935790257.

INDEX

Keywords
santé au travail, droit pénal, France Télécom, procès, suicide, harcèlement moral, harcèlement moral institutionnel, organisation du travail, risque managérial

AUTHORS

Laurent Rousvoal
Maître de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ; laurent.rousvoal@univ-rennes.fr

Josépha Dirringer
Maîtresse de conférences HDR, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ; josepha.dirringer@univ-rennes.fr

Marion Del Sol
Professeur, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ; marion.del-sol@univ-rennes.fr

L'interdit, le dernier des maux. Sur le droit pénal du travail

Joséphа Dirringer and Laurent Rousvoal

OUTLINE

Paragraphe liminaire. La structure des rapports entre droit pénal et droit du travail
1. Le droit pénal face à l'évolution du droit du travail
   1.1. Le droit pénal face à l'évolution des sources du droit du travail
   1.2. Le droit pénal face à l'évolution de la normativité en droit du travail
2. Le procès pénal en réponse au « besoin de justice sociale »
   2.1. Fonctions normative et pédagogique du procès pénal
   2.2. Une fonction de reconnaissance (des hommes, des injustices subies et de l'impuissance du droit du travail à les endiguer)

TEXT

1 L' « affaire France Télécom » et la procédure pénale qui s'est ensuivie [1] ont eu un retentissement considérable, bien au-delà des cercles habituellement attentifs à de tels objets. La nature dramatique des faits y a évidemment contribué, de même que le contexte singulier dans lequel ils s'inscrivaient. Au milieu des années 2000, dans une entreprise emblématique de la reconfiguration du capitalisme et du rôle de l'État [2], une vague de suicides a eu lieu.

2 Débordant les seuls intérêts des antagonistes, le procès France Télécom forme alors un phénomène dont la portée transcende l'objet. Envisagés sous la qualification discutée car discutable de harcèlement moral, retenue contre la société et des hauts dirigeants de celle-ci (voir Rousseau, dans ce dossier), les faits ne doivent pas être lus comme un fait divers. Ils forment un fait social qui révèle une certaine évolution des relations de travail au XXIe siècle. Plus encore, il y a là quelque chose d'un fait social total. Cette affaire offre l'opportunité de réfléchir à nouveaux frais à la pertinence de cet objet composite mais trop négligé [3] qu'est le droit pénal du travail. Du côté de la norme comme du côté du procès, la discussion théorique sur ce croisement de deux branches du droit mérite d'être rouverte, au risque

d'effrayer le lecteur ou de le décevoir. C'est d'autant plus nécessaire que l'affaire France Télécom n'est pas isolée ; elle résonne avec d'autres [4] qui invitent tout autant à soulever cette question ancienne : pour quoi un droit pénal du travail ? En d'autres termes, est-il pertinent de punir en matière sociale ?

3 La question donne lieu à un dissensus doctrinal [5]. Les pénalistes libéraux, pénétrés du danger que représente par nature la répression pour les libertés fondamentales, hésitent lorsqu'il est question de déterminer les limites dans lesquelles le droit pénal doit être contenu. Levasseur (1974), en particulier, a puissamment contribué au débat. Considérant la répression comme un mal, il chercha à déterminer si elle était un mal nécessaire en matière sociale. Sa conclusion était nuancée : il souhaitait un reflux (non une disparition) du droit pénal du travail à l'avenir. Son analyse était toute diachronique. Étudiant la genèse et les premiers développements du droit du travail, en réponse à la « question sociale » suscitée par la révolution industrielle au XIXe siècle, Levasseur montrait que ce droit jeune, aux techniques incertaines et limitées quant aux sanctions de comportements illicites, prétendant, qui plus est, transformer l'exercice du pouvoir patronal contre ses détenteurs, avait (eu) besoin du renfort du droit pénal. Cependant, Levasseur percevait le moment où cet apport du droit pénal ne serait plus *nécessaire* au droit du travail. L'intégration dans la mentalité collective de nouveaux standards de comportement dans les relations entre employeur et salarié et l'apparition des sanctions extra-pénales le lui laissaient penser. Levasseur pressentait donc que l'heure d'une dépénalisation du droit du travail par le retrait d'un certain nombre d'incriminations approchait. La sanction des comportements illicites serait alors assurée par un droit du travail devenu fort de la maturité nouvelle de ses techniques propres.

4 Cette perspective d'un reflux de la répression est appelée de ses vœux par un autre courant doctrinal. Cette fois, l'angle d'analyse tient moins à la défense des libertés fondamentales face au pouvoir de punir de l'État qu'à la confrontation du pullulement des règles pénales à un certain modèle d'efficacité économique. Le « risque pénal » planant sur la tête de l'entrepreneur serait de nature à le décourager de déployer l'esprit d'initiative sans lequel la croissance économique du pays serait atrophiée, contre l'intérêt de tous et de

chacun (Teyssié, 2017)[6]. Le propos opère en réalité un renversement de perspective : si, dans la conception libérale, le droit pénal est vu comme un mal provisoirement nécessaire, il devient, dans la conception néolibérale, un mal tout court.

5 Ce(s) vœu(x) d'une dépénalisation du droit du travail trouve(nt) un écho et un soutien dans l'observation d'une certaine réalité. Un constat perdure. Il est, tout au long de la chaîne pénale (qui commence par l'inspection du travail en cette matière), une série de déperditions. Or, par l'effet cumulatif de celles-ci, se creuse, entre les infractions commises et les infractions punies, un décalage qui a quelque chose de vertigineux (Serverin, 2020)[7]. Même en faisant la part d'autres effets du droit pénal du travail[8], ne serait-ce pas le signe qu'il s'agit d'incriminations de papier dessinant un trompe-l'œil ? Ce serait toutefois aller trop loin, et l'affaire France Télécom le rappelle, que d'oublier que le droit pénal peut constituer un instrument nécessaire de répression et, ce faisant, de prévention d'atteintes à des valeurs sociales essentielles telle que la santé des travailleurs. L'évolution des mœurs relevée par Levasseur ne doit pas être exagérée. Certains comportements gravement attentatoires à des valeurs cardinales, comme la vie et l'intégrité, notamment psychique, des personnes, demeurent produits par des abus du *pouvoir*. Or, l'entreprise est un espace de pouvoir. En cela, le droit pénal demeure un soutien nécessaire du droit du travail.

6 Le harcèlement moral traduit cette nécessité de lutter, y compris par la répression pénale, contre des comportements qui sont, pour partie, tributaires des conditions de production et de leur articulation avec l'organisation du travail. Dans l'affaire France Télécom, le droit pénal est bien cette « porte étroite pour sanctionner des atteintes d'une gravité extrême » (Roman, 2022, p. 193). Par suite, l'optimisme de Levasseur, sur ce point, peut être discuté. L'intégration de nouvelles valeurs sociales aux mentalités collectives dans l'entreprise n'est pas un mouvement achevé, mais, au contraire, constamment renouvelé par les changements qui les mettent à l'épreuve. Que l'affaire France Télécom s'inscrive dans le contexte de bouleversement des anciennes entreprises d'État n'est pas anecdotique (y insistant : M[e] Teissonnière, dans ce dossier).

7 En outre, la maturation des techniques de sanction propres au droit du travail ne fait pas tout (*contra* Gamet, 2023, p. 244). Le contexte d'instabilité dans lequel se situe le droit du travail, dont le « stroboscope législatif » (Dockès, 2005) ne s'est jamais éteint, affaiblit largement le résultat de cette maturation. Le droit du travail apparaît alors comme condamné à l'adolescence. Il s'est progressivement engagé dans un tourbillon de changement(s) structurel(s) qui ne semble pas devoir s'achever. Dans ce mouvement de liquéfaction voire de déliquescence dans lequel se trouve le droit du travail, le droit pénal du travail peut, au contraire, figurer un repère, par la relative stabilité de ses structures.

8 L'hypothèse est donc que les évolutions structurelles que connaît le droit du travail créent une nouvelle utilité pour le droit pénal du travail en même temps qu'elles compliquent davantage son intervention.

9 Dans ces lignes, il s'agit de mettre cette hypothèse à l'épreuve pour mieux répondre, en 2023, à la question de savoir si le droit pénal et le procès pénal qui en permet l'application peuvent être un instrument de la justice sociale, celle-ci s'entendant ici, et par référence au droit du travail, et comme aspiration sociale. La justice sociale est (aussi) un idéal renvoyant à une finalité politique et morale d'un ordre social respectueux de l'égalité des droits entre les individus et les groupes d'individus. Dans une société capitaliste, elle traduit la volonté d'un équilibre dans les rapports capital/travail. Le risque de déception est évidemment à la mesure de l'ambition : n'est-ce trop attendre du droit pénal voire, peut-être, du droit en général ?

10 Pour envisager les potentialités et les limites du droit pénal (1) et du procès pénal (2) en matière de relations de travail, il est nécessaire de préciser la structure qui lie le droit pénal et le droit du travail [9] (paragraphe liminaire).

Paragraphe liminaire. La structure des rapports entre droit pénal et droit du travail

11 Dans le tumulte des sources du droit du travail, il n'est évidemment pas question ici de mener à son terme le (trop) vaste chantier du périmètre pertinent du droit pénal du travail. Les questions de savoir quelles incriminations conserver ou supprimer ne sont pas l'angle de recherche ici retenu. Il s'agit plutôt de proposer un modèle explicatif qui structure les rapports que le droit du travail entretient avec la *répression pénale*, que celle-ci soit saisie au travers des *incriminations légales* ou au travers du moment que constitue le *procès pénal*. À partir de considérations théoriques générales, c'est pour l'exemple du harcèlement moral, au cœur de l'affaire France Télécom, que ce travail de modélisation a été réalisé.

12 Le harcèlement moral n'est pas l'objet d'une seule règle, mais d'un ensemble constituant un système normatif qui peut être représenté par étagement des normes qui le composent (voir *infra* schéma 1). L'articulation des normes composant ce système est compliquée : toutes ces règles ne sont pas formulées dans un texte.

13 Le schéma ci-dessous représente de manière synthétique ce système en explicitant et hiérarchisant les principales règles qui le constituent.

Schéma 1 : Système des normes régissant le harcèlement moral


Schéma 1 : Système des normes régissant le harcèlement moral

14 Au sommet de la structure, le législateur a inscrit une première règle à l'article L. 1152-1 du Code du travail par lequel s'ouvre un chapitre intitulé « Harcèlement moral ». S'épuisant en une phrase, certes longue, ce texte dispose que :

> « Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à

> sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. »

15 Il s'agit d'une « interdiction [...] qui prédispose et marque une *zone* plus qu'une ligne de franchissement entre le normal et l'irrégulier en incitant à la réflexion ou, à tout le moins, en appelant à la raison » (Koubi, 2009). Au travers de cette interdiction générale, la loi dessine les limites acceptables de la mésentente professionnelle, non seulement en prohibant certains comportements mais aussi en contraignant l'employeur dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de direction à respecter un devoir de prévention.

16 De l'« interdiction » à l'« interdit », il n'est qu'un pas : la différence est subtile et, surtout, l'association possible entre ces deux catégories de normes (Koubi, 2009). En l'occurrence, tel est bien le cas. Cependant, où est, quelle est cette deuxième norme qui n'apparaît pas dans le libellé des textes ? La loi pénale est de quelque secours pour répondre à ces questions. Certes, la loi pénale ne formule pas d'interdit mais une incrimination, en définissant à l'article 222-33-2 du Code pénal l'infraction pénale de harcèlement moral :

> « Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. »

17 Ladite incrimination se situe tout en bas de l'édifice normatif ici analysé. Elle n'est toutefois pas isolée. En réalité, elle se place dans le sillage de l'interdit qui la précède et qui lui-même découle de l'*interdiction* figurant à l'article L. 1152-1 du Code du travail. L'interdit est le suivant : dans le cadre des relations de travail, il est interdit à une personne de faire subir un harcèlement moral à une autre. Sans cette règle de conduite, l'incrimination n'aurait aucun sens : on ne peut punir qu'un fait illicite. Simplement, cette règle de conduite n'apparaît expressément formulée nulle part. Elle ne se dégage que par induction, à partir de la règle pénale qui la sanctionne : l'effet (l'incrimination, décrivant une violation de l'interdit) révèle sa cause (l'interdit). La séquence peut être ainsi reconstituée :

parce que nul ne doit être harcelé (*interdiction*), il est (notamment) *interdit* à chacun de harceler autrui, une violation de cette deuxième règle étant *incriminée* par le Code pénal.

18 La distinction de ces trois règles, *interdiction*, *interdit* et *incrimination*, permet de réfléchir à leur association. L'existence de *l'interdit* et celle de *l'interdiction* sont indépendantes de celle de *l'incrimination*. À supposer même que l'on envisage l'hypothèse de la dépénalisation par suppression d'incrimination, l'interdit et l'interdiction subsisteraient. La plupart des interdits ne sont d'ailleurs pas prolongés par une incrimination pénale. Le principe de nécessité de la répression commande de réserver l'intervention du droit pénal à *certains* comportements illicites, les autres étant abandonnés à des sanctions non pénales. À elle seule, la dépénalisation n'opère qu'un changement dans la distribution de la sanction des comportements illicites, non dans la définition desdits comportements. Par suite, que les comportements constitutifs de harcèlement soient illicites (effet de l'interdit) n'implique pas qu'ils forment des infractions pénales (effet de l'incrimination). Cette distinction marque la limite de l'interprétation que la chambre sociale de la Cour de cassation tend à donner de l'*interdit*. Elle l'étend à la prohibition du harcèlement moral dit managérial, une forme singulière de harcèlement en ce qu'elle consiste dans la mise en œuvre d'une logique d'entreprise (voir Del Sol, dans ce dossier).

19 La question du procès France Télécom n'est pas loin. Peut-on réprimer le harcèlement moral institutionnel lequel se situe un cran plus loin que le harcèlement managérial, le fait procédant alors d'une politique globale décidée par les cercles dirigeants de l'entreprise ? Cependant, pour répondre à cette interrogation, il faut fixer le sens de l'*incrimination*. À supposer même que le harcèlement institutionnel soit illicite comme contraire à l'interdit, cela ne signifierait pas qu'il soit incriminé par le Code pénal. Il n'y aurait nulle contradiction à exclure le harcèlement institutionnel du champ de l'incrimination et à l'inclure dans celui de l'interdit.

Encadré : L'interdit sous-jacent à la norme pénale d'incrimination*

La doctrine française distingue rarement interdit et incrimination. L'analyse de la règle d'incrimination révèle pourtant la présence de l'interdit car, contrairement à un raccourci trop répandu, le droit pénal spécial n'*interdit* rien à proprement parler. Son objet est de *punir*. Ainsi, l'*incrimination* organise la répression de certaines violations de certains *interdits préexistants*, violations que l'on nomme alors infractions pénales. Par exemple, l'article 221-1 du Code pénal dispose que « le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle ». Cette disposition décrit une infraction (le fait de donner volontairement la mort à autrui) pour y attacher une peine. L'objet « infraction » ainsi défini consiste dans la violation d'une norme *distincte*, non portée par ce texte. Cette autre norme est un interdit, celui de donner la mort à un autre être humain – traduction du « Tu ne tueras point ». Le dispositif normatif apparaît alors le suivant : parce qu'il est interdit de tuer [règle 1 : interdit], le fait de donner volontairement la mort à autrui est puni de trente ans de réclusion [règle 2 : incrimination, décrivant une violation de l'interdit (infraction) pour l'assortir d'une peine]. Ainsi, au fondement de toute *incrimination* pénale, figure un *interdit*. Celui-ci, à la différence de l'incrimination qui le sanctionne, en tout ou partie, est le plus souvent de nature extra-pénale**.

Cette structure articulant les deux normes distinctes que sont l'interdit et l'incrimination qui le sanctionne se donne à *voir* dans une hypothèse. C'est celle de l'incrimination par renvoi. Comme souvent dans les matières dites techniques, le droit pénal du travail est largement conçu sur ce mode – il se lit dans le plan même du Code du travail. Au lieu de donner dans le texte pénal une définition immédiatement lisible d'une incrimination sur le modèle unitaire suivi pour le meurtre par exemple, le législateur procède alors comme en deux temps. Il pose dans le *texte pénal* que l'infraction consiste dans la violation de la règle extra-pénale fixée

dans une *autre* disposition vers laquelle le texte pénal pointe. Cette règle de droit du travail à laquelle la loi pénale fait explicitement référence est l'interdit.

Cette mise en visibilité, par la technique de l'incrimination par renvoi, de la structure que forme le couple de normes interdit / incrimination, n'est certes pas systématique. Cependant, ce que l'on voit dans ce cas singulier est bien un schéma général. Simplement, le plus souvent, il est implicite : la loi pénale a pour objet de définir l'incrimination, non d'en indiquer les raisons. Elle ne formule donc pas l'interdit. Elle ne formule donc pas la liaison entre l'incrimination et l'interdit.

* Mayaud (2021, n° 37) ; Rousvoal (2011, n° 70 et suiv. et les références).
** Pour des exemples (plus rares) d'interdits de nature pénale, voir Salvage (2008).

20 Les questions ainsi fixées par la structuration du droit, en l'occurrence relatif au harcèlement moral, entre interdiction, interdit et incrimination se compliquent un peu plus par la prise en compte d'une seconde série de normes.

21 Parallèlement à l'interdit qui s'impose à toute personne, l'interdiction de l'article L. 1152-1 du Code du travail se voit prolongée par une autre règle. Celle-ci consiste dans la formulation d'un devoir de prévention à la charge spécifiquement de l'employeur (voir *infra* schéma 1, colonne de droite). Ce devoir de prévention ne se limite pas au harcèlement ; il s'inscrit dans le cadre de l'obligation générale de sécurité de l'employeur résultant de l'article L. 4121-1 du Code du travail qui impose à l'employeur de prendre « les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ».

22 Ce devoir se réalise donc juridiquement dans une myriade de mesures de prévention internes à l'entreprise et dont la complexification est croissante.

Schéma 2


Schéma 2

23 S'observe ici le tourbillon de normes caractérisant le droit du travail contemporain. Fait d'*habilitations* à destination des acteurs de l'entreprise, il est constitué de tout un ensemble de normes internes à l'entreprise, négociées pour certaines, unilatérales pour d'autres, et dont la normativité se veut pour certaines d'ordre programmatique, pour d'autres permissives ou incitatives, là où d'autres encore demeurent prohibitives grâce au pouvoir de sanction de l'employeur. Ce bouleversement du droit du travail ne peut rester sans incidence sur le droit pénal qui lui est associé.

1. Le droit pénal face à l'évolution du droit du travail

24 Dans le couple que peuvent former droit du travail et droit pénal, l'un des deux éléments change : dans ses structures, le premier est l'objet d'une double mutation. Il est, d'abord, une transformation des sources, au fil d'un processus ancien et actuel tout à la fois (1.1). Il est, ensuite, une évolution de la norme, dans sa texture même (1.2). Inévitablement se pose alors la question des effets de ce double mouvement du droit du travail sur le droit pénal qui y est associé.

1.1. Le droit pénal face à l'évolution des sources du droit du travail

25 Longtemps marqué du sceau de l'ordre public, le droit du travail a été pensé comme une technique d'encadrement du pouvoir fixant des limites et des interdits à ce que l'employeur était en droit d'exiger et d'imposer aux salariés. Pour ce faire, le droit du travail mêle des « techniques venues du droit civil, mais adaptées aux exigences de la

subordination » en même temps qu'il recourt à des techniques issues d'autres branches du droit, en particulier celles du droit pénal (Supiot, 1990, p. 485).

26 Ce faisant, le droit du travail a su conjuguer volets civil et répressif de manière à (im)poser certains interdits et ainsi, comme le formule Alain Supiot, à « civiliser » les relations de travail dans l'entreprise capitaliste. Mais alors que la loi s'est vue « dévorée par la convention » (Supiot, 1996), la norme sociale devenue négociée donc, parfois, décentralisée (de par les multiples niveaux de négociation), n'aurait-elle pas fini par prendre ses distances avec l'interdit ? Si l'évolution est telle, c'est le rapport entre droit du travail et droit pénal qui s'en trouverait affecté : au contraire du premier, la règle d'incrimination pénale est, par nature, directement arrimée à l'interdit.

27 Le double processus de contractualisation et de décentralisation des normes sociales est un phénomène largement décrit, et qui n'est d'ailleurs pas propre au droit du travail. Ainsi, la promotion de la négociation collective, en particulier celle de la négociation collective d'entreprise, a conduit à décentraliser la production des normes sociales vers l'entreprise. Ce mouvement de décentralisation a été largement encouragé par les pouvoirs publics, les auteurs des réformes successives étant favorables à l'idée d'autoréglementation de l'entreprise ainsi qu'à celle de trouver dans les normes internes à celle-ci un relais des politiques publiques. Il en a résulté un reflux de l'ordre public en droit du travail que l'on peut décrire en trois temps. Ce sont autant d'étapes du processus de décrochage entre le droit pénal et le droit du travail.

28 **Première phase de l'évolution.** Le premier temps a été celui de l'affirmation de l'ordre public en droit du travail. Cependant, la notion a toujours eu une coloration particulière en cette matière, comparativement au droit civil. En droit du travail, l'ordre public se partage en deux volets. L'un répond à la définition générale de la notion : un ordre public dit absolu dont l'impérativité exclut *tout* écart aux prescriptions légales ; l'autre fait la spécificité de l'ordre public en droit du travail : c'est l'ordre public dit social, composé de règles dont l'impérativité ne s'oppose pas à certains ajustements des normes législatives par des accords collectifs. Plus précisément, s'agissant de l'ordre public social, sont admises améliorations et innovations par voie

conventionnelle. C'est ce que porte actuellement l'article L. 2251-1 du Code du travail : « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations *plus favorablesaux salariés* que les dispositions légales en vigueur » (nous soulignons). C'est cette souplesse de l'ordre public social qui, élargissant l'espace de la convention, a soulevé la question de sa prise en compte par le droit pénal.

29 **L'exemple du délit d'entrave.** La question s'est posée à propos des délits d'entrave se rapportant à l'exercice du droit syndical ainsi qu'à la mise en place ou au fonctionnement régulier des institutions légales de représentation des salariés [10]. Ce sont deux domaines dans lesquels la loi admet par ailleurs la conclusion d'accords collectifs plus favorables à la loi. La question est la suivante : la constitution de l'infraction change-t-elle si les obligations sont d'origine *conventionnelle*, par le jeu de « stipulations plus favorables aux salariés » ? Le 14 février 1978, la chambre criminelle de la Cour de cassation l'admit. La solution était cohérente avec l'article L. 2141-10 du Code du travail qui, dans le champ spécifique du droit syndical, rappelle la possibilité de conclure des accords collectifs de travail plus favorables en matière de droit syndical. Dans une telle configuration des sources du droit du travail, le délit d'entrave peut tenir dans la violation d'un accord collectif aussi bien que dans celle d'une loi. Cette jurisprudence *Plessis* allait cependant rapidement connaître des turbulences.

30 **Relance de l'évolution.** La loi Auroux du 13 novembre 1982 marque le passage à un nouveau temps dans l'évolution des sources du droit du travail. Depuis lors, le législateur n'a de cesse de prévoir des exceptions à la règle énoncée à l'article L. 2251-1 précité. Par l'effet de ce texte, ce n'est pas déroger, à proprement parler, à la loi d'ordre public social que de s'en écarter par des stipulations plus favorables aux salariés. En revanche, c'est bien de dérogation qu'il s'agirait dans l'hypothèse d'accords ne répondant pas à ce critère. L'évolution ici envisagée consiste précisément dans une réduction continue de la portée de l'article L. 2251-1 du Code du travail pour faire une place croissante à des accords dits dérogatoires. Leur développement dans le Code du travail tisse ce que certains ont nommé la déréglementation du droit du travail, en autorisant par touches successives que les interlocuteurs sociaux puissent s'affranchir du modèle légal (Supiot, 1989). Ce mouvement s'appuie encore sur une autre technique : le

législateur peut renvoyer à la négociation collective le soin de « déterminer les modalités concrètes de mise en œuvre des principes définis par la loi [11] ».

31 Possiblement dangereux pour les droits des salariés, ces accords sont toutefois assortis de certaines garanties prévues par le législateur, d'un degré variable au demeurant. Parmi celles-ci figure, depuis la loi de 1982, la règle alors énoncée à l'article L. 153-1 du Code du travail, devenu l'article L. 2263-1. Aux termes de ce texte,

> « lorsqu'en vertu d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif étendu déroge à des dispositions législatives ou réglementaires, les infractions aux stipulations dérogatoires sont passibles des sanctions qu'entraînerait la violation des dispositions législatives ou réglementaires en cause ».

32 Le législateur aurait ainsi cherché à éviter le phénomène de « *dumping* pénal » (Amauger-Lattes, 2009, p. 568) : il s'agissait d'empêcher que l'infraction tenant dans la violation d'une *loi* de droit du travail ne soit vidée de toute substance par le glissement, en droit du travail, de la loi à l'*accord* dérogatoire. Plus précisément, il s'agissait, pensa-t-on, à travers cette disposition d'étendre la jurisprudence *Plessis* précitée aux accords dérogatoires à la loi dont la licéité venait d'être admise. La disposition nouvelle pouvait sembler nécessaire. La jurisprudence *Plessis* pouvait apparaître comme s'inscrivant dans le paradigme de l'ordre public social. Le raisonnement se fondait sur l'idée que la violation de l'accord *plus favorable* pouvait constituer le délit d'entrave, en ce qu'un tel accord ne fait que prolonger la loi dont la violation fait classiquement le délit. Or, le déclin de ce type d'accord, à l'heure de la montée en puissance des accords dérogatoires, était de nature à générer un angle mort dans la répression. Pour le dire autrement, si l'on interprétait la jurisprudence *Plessis* comme rivée à l'article L. 2251-1 du Code du travail (le paradigme de l'accord plus favorable), la solution prétorienne ne pouvait s'appliquer lorsque la loi était évincée par un accord *dérogatoire*. D'où la création en 1982 de l'article L. 153-1 du Code du travail, au-delà du paradigme de l'accord plus favorable, et au-delà du seul délit d'entrave.

33 Non sans paradoxe, l'interprétation de l'article L. 153-1 du Code du travail, devenu l'article L. 2263-1, prit un tour bien différent de la perspective ci-dessus évoquée. Les raisons qui avaient présidé à son adoption ont été comme oubliées et une autre lecture s'est imposée. Elle est fondée sur les termes très généraux dans lesquels est libellé l'article L. 2263-1. À s'en tenir à la lettre seule du texte, tous les accords collectifs peuvent paraître visés par lui, accords dérogatoires (nés du déclin de l'ordre public social) certes mais également accords plus favorables aux salariés (caractéristiques de l'ordre public social). En d'autres termes, la lettre du texte écrase la distinction entre l'hypothèse de référence de la jurisprudence *Plessis* (accord plus favorable) et celle créée en 1982 (accord dérogatoire). Plus précisément, l'espace autonome de l'arrêt *Plessis* disparaît dans une certaine lecture littérale : il est absorbé par celui de l'article L. 2263-1 dont la lettre a fondé une interprétation large. Désormais, la question de savoir si la violation d'un accord collectif *plus favorable* peut constituer un délit d'entrave, à l'instar de la violation de la loi que cet accord ajuste, trouve aussi sa réponse dans l'article L. 2263-1. Certes, ce glissement pourrait paraître de peu de portée pour la répression : cette disposition, inspirée de l'arrêt *Plessis*, prévoit la sanction pénale d'accords collectifs relatifs à une loi pénalement sanctionnée. Tirant les conséquences du glissement, en droit du travail, de la loi à certains accords, ce texte décide du transfert corrélatif de la sanction pénale de cette loi à ces accords. Toutefois, l'article L. 2263-1 ne procède pas à un tel transfert sans limite. Au contraire, il le subordonne à deux conditions cumulatives : ignorées de l'arrêt *Plessis*, elles s'appliquent désormais même à l'hypothèse qu'il traitait, ruinant ainsi, au moins partiellement, l'apport de cette jurisprudence. La première condition nouvelle est que l'accord doit être étendu : les accords non étendus ne peuvent prétendre au renfort de la répression pénale. La seconde condition tient à ce que l'intervention de la répression suppose un accord pris *en vertu d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée*. Ces deux conditions ont, paradoxalement, *restreint* le renvoi de la loi pénale à l'accord collectif plus favorable retenu par la jurisprudence *Plessis* en matière d'entrave. En particulier, la condition relative à l'extension de l'accord conduit, à coup sûr, à exclure la répression pénale de la violation des stipulations issues d'un accord d'entreprise, d'établissement ou de groupe puisque, par nature, ceux-là ne peuvent pas être étendus[12].

C'est ainsi que, lorsque la chambre criminelle de la Cour de cassation a abandonné la jurisprudence *Plessis*[13], emportée par la crue de l'article L. 2263-1 dont la lettre a tué l'esprit, « le domaine de la sanction pénale en matière conventionnelle s'est réduit comme peau de chagrin » (M.-C. Aumarger-Lattes, p. 571).

34 Un décrochage entre droit du travail et droit pénal s'est donc alors produit : le renfort du second au premier faiblit, son domaine se réduisant à mesure de la déréglementation d'un droit du travail pris dans le tourbillon de la décentralisation de la production normative. Cet effet de décrochage apparaît d'autant plus grand que le mouvement s'est accéléré ces dernières années, dessinant un troisième temps dans l'évolution des sources du droit du travail – et de son incidence sur la place du droit pénal du travail.

35 **Troisième temps de l'évolution.** Avec la loi du 8 août 2016 dite El Khomri, puis, dans la foulée, les ordonnances du 22 septembre 2017 dites Macron, le temps ne serait plus seulement celui de la dérogation, mais également celui de la supplétivité. Celle-ci se rapproche de la technique de la dérogation quant à son résultat, à savoir que c'est bien la norme négociée et/ou décentralisée qui s'applique, à l'exclusion de la norme légale et/ou centralisée. Cependant, dans son mécanisme comme en termes symboliques, la supplétivité se distingue nettement de la dérogation envisagée plus haut. Comme l'a souligné un auteur, « la règle légale supplétive s'efface derrière la règle conventionnelle, qui est en quelque sorte promue comme devant représenter la référence normative ; de ce point de vue, « la supplétivité va bien plus loin et opère une forme de renversement » (Frossard, 2009). Ce renversement concerne d'abord les rapports entre la loi et les accords collectifs de travail. La loi du 8 août 2016 puis les ordonnances du 22 septembre 2017 ont procédé à une réécriture de certains chapitres du Code du travail suivant ce que les spécialistes nomment un triptyque. À plusieurs endroits du Code, les dispositions légales sont structurées de la manière suivante : « ordre public », « champ de la négociation collective » et « dispositions supplétives ». Le but est de simplifier le droit du travail tout en encourageant la négociation collective. Pour ce faire, les auteurs de ces réformes ont choisi de réduire le champ des règles d'ordre public, déclassant au rang de lois supplétives nombre de lois jusqu'alors impératives. Dans le même temps, le législateur a procédé à l'articu-

lation des normes conventionnelles entre elles, en particulier entre les accords de branche et les accords d'entreprise. Jusqu'à 2017, pour l'essentiel, l'accord de branche constituait un socle commun à tous les salariés d'une branche professionnelle que les accords d'entreprise ne pouvaient qu'améliorer, en innovant ou en adaptant les avantages issus des accords de branche. Une loi du 4 mai 2004 avait certes amorcé le passage vers une logique de supplétivité des accords de branche, mais de manière timide de sorte que, dans bien des cas, les accords de branche avaient conservé leur impérativité à l'égard des accords d'entreprise. C'est donc bien l'ordonnance n° 2017-1385 qui a su imposer le principe de la supplétivité. Il en résulte que « les stipulations de la convention d'entreprise [...] prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche » ou par l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. Ce n'est donc plus qu'en l'absence d'accord d'entreprise que la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large s'applique ; l'impérativité de l'accord de branche n'est maintenue qu'à titre exceptionnel [14].

36 Cette nouvelle évolution des sources du droit du travail n'est pas sans incidence sur le droit pénal. La distance devenue décrochage du second par rapport au premier s'en trouve accentuée. Le mécanisme est connu : l'application de l'article L. 2263-1 déjà évoqué est compromise. Ce texte punit la violation d'accords étendus *comme* est punie celle de la loi dont ils s'écartent. Or, par le jeu de la supplétivité, l'accord collectif ne « déroge » plus à aucune disposition *législative* (ou réglementaire d'ailleurs). En d'autres termes, les accords collectifs relevant du cadre nouveau de la supplétivité ne sont pas de ceux auxquels s'applique l'article L. 2263-1 du Code du travail. Parce que celui-ci est demeuré inchangé, son intérêt décroît : il n'a pas été ajusté à l'évolution intervenue en 2017 du rapport entre loi et accord collectif sur lequel il est pourtant fondé. D'ailleurs, le plus souvent désormais, l'accord applicable sera un accord d'entreprise et non plus un accord de branche étendu. Par conséquent, dans le cadre des nouvelles dispositions, aucune des deux conditions figurant à l'article L. 2263-1 du Code du travail ne sera plus réalisée. Sauf à ce que cette disposition, inchangée depuis 1982, soit adaptée pour tenir compte du nouvel ordonnancement des sources en droit du travail, son

domaine effectif va rétrécir à mesure que le modèle conquérant de la supplétivité va s'étendre.

37 Est-ce ce constat qui a amené la chambre criminelle de la Cour de cassation à envisager ce qui pourrait être une « inflexion » de sa jurisprudence (Cœuret, Duquesne, Fortis, 2022, n° 763, p. 457) ? Dans un arrêt (non publié au *Bulletin*), rendu le 9 avril 2019, la Haute Juridiction a admis l'existence d'une entrave à l'exercice du droit syndical résultant de la violation d'un accord *d'entreprise* autorisant la publication et la diffusion de tracts de nature syndicale par voie électronique[15]. Il s'agit d'une inflexion de la jurisprudence dans la mesure où il ne s'agit certes pas d'un accord susceptible d'extension : les termes de l'article L. 2263-1 du Code de travail ne paraissaient pas permettre de retenir le délit. Cela étant, il existait bien ici une « disposition législative expresse dans une matière déterminée », dont il résultait qu'« un accord d'entreprise peut définir les conditions et les modalités de diffusion des informations syndicales au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise ». Autrement dit, cette décision de la Cour régulatrice n'aura qu'une portée limitée dans le contexte nouveau d'une logique de supplétivité croissante, celle-ci évinçant cette assise légale qui demeurait présente en l'espèce.

38 Surtout, cette réaction de la chambre criminelle paraît bien peu de chose car l'évolution des sources du droit du travail, à l'origine d'un décrochage du droit pénal, n'est pas l'unique évolution à l'œuvre. S'y ajoute un mouvement corrélatif, mais d'un autre ordre. Il consiste dans l'évolution de la normativité en droit du travail. Dépassant le décrochage déjà analysé, celle-ci conduit à brouiller l'idée même qu'un interdit existe donc qu'il puisse être pénalement sanctionné par une règle d'incrimination.

1.2. Le droit pénal face à l'évolution de la normativité en droit du travail

39 La normativité du droit du travail relève d'abord de la normativité juridique classique qui caractérise le droit étatique. Suivant celle-ci, le droit du travail a forgé nombre de règles de droit, formant autant de normes de conduite, généralement d'ordre public, dont la violation appelle une sanction, parfois pénale. Le droit de la santé-travail et

l'interdiction du harcèlement illustrent cette réglementation impérative dont la violation par l'employeur est sanctionnée.

40 **Nouvelles normativités en droit du travail.** La décentralisation de la production des normes sociales vers l'entreprise a cependant rendu le droit du travail perméable à de nouvelles formes de normativité, différentes de cette normativité classique. L'une est économique, l'autre, managériale. Souvent apparentées, elles méritent toutefois d'être distinguées. L'essor de la normativité économique en droit du travail a conduit à placer les règles du droit du travail sous le primat de l'efficacité économique et des catégories normatives de l'économie (Bargain, 2014). Les principes et les logiques du marché sont ainsi devenus des objectifs assignés aux règles de droit, modifiant par là même leur économie générale. Ainsi, les règles de droit sont envisagées tantôt comme des freins, tantôt comme des facteurs possibles d'efficacité économique, ce qui justifie qu'elles puissent être modifiées ou supprimées ou qu'elles soient diversement appliquées ou interprétées pour satisfaire aux lois du marché. Parallèlement, une autre forme de normativité a vu le jour : la normativité managériale. Celle-ci imprègne différemment les règles du droit du travail. Elles opèrent alors plutôt sur la base des catégories normatives tirées des sciences de gestion. Il ne s'agit pas tant d'assigner aux règles de droit un objectif que des procédés par lesquels une organisation ou un acteur vont être en mesure de poursuivre leurs propres objectifs et asseoir leur stratégie. C'est plus exactement dans cette seconde forme de normativité que nous pensons trouver un facteur supplémentaire d'éloignement du droit pénal. Il se produit par l'effet de brouillage de l'interdit à laquelle cette normativité managériale parvient, à mesure qu'elle pénètre la chair du droit du travail, à mesure qu'elle en modifie les tissus.

41 **Endogénéisation.** L'émergence en droit du travail de la normativité managériale résulte d'un processus d'endogénéisation du droit. Celui-ci a été mis en évidence notamment par les travaux que l'Américaine Lauren B. Edelman a consacrés à la théorie du droit endogène, encore appelée théorie de l'endogénéité légale. Suivant cette théorie, « les constructions sociales de la signification des règles juridiques s'opèrent surtout au niveau des champs organisationnels ». Ainsi, « pour définir le sens qu'elles confèrent aux règles de droit, les organisations ne se contentent pas de puiser dans le stock des significa-

tions forgées par les acteurs de la sphère juridique publique, mais sont elles-mêmes productrices d'interprétations singulières, dont l'une des caractéristiques majeures est de ménager les intérêts et le pouvoir des dirigeants organisationnels » (Edelman, 2022, p. 102-103). Les valeurs sociales ainsi reformulées sont celles de l'État de droit mu en État social et *que les entreprises fontleurs*.

42 Cela pourrait être interprété comme le signe de cette maturité progressivement acquise par le droit du travail, justifiant le repli du droit pénal comme l'envisageait Levasseur. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle aboutit l'une des conceptions de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE). Puisque l'organisation entrepreneuriale sait désormais modeler ses propres mécanismes *internes* décrits sous le sigle RSE, le droit étatique est prié de battre retraite. Nul besoin de normes contraignantes ; nul besoin, *a fortiori*, de sanctions ! Place à la RSE et à la *soft law* !

43 Le processus de l'endogénéisation du droit ne s'arrête cependant pas là. Ses modalités s'avèrent plus subtiles qu'une simple opposition entre, d'un côté, la rationalité juridique et, de l'autre, la rationalité managériale. Le droit intégré de l'organisation opère ainsi un retour dans la sphère juridique *stricto sensu* pour la transformer en son cœur même. Lauren B. Edelman explique ainsi que, si les « idéaux juridiques en viennent à orienter l'action stratégique dans les organisations », en retour « les idéaux managériaux influencent le mode de pensée des professionnels du droit » (p. 103).

44 Le processus d'endogénéisation légale rend perméables, l'une à l'autre, normativités juridique *et* managériale. Cette porosité, signe d'internormativité (Chevallier, 2012, p. 701), est d'autant plus grande que le processus de décentralisation de la production normative en droit du travail a contribué à encastrer l'espace normatif de l'entreprise dans l'ordre juridique étatique. Cet encastrement n'exclut pas que cette dernière soit en mesure d'opérer sa « clôture normative ». Au contraire, l'entreprise est comme (ré)habilitée juridiquement comme un espace normatif *autonome*. Le processus d'endogénéisation contribue à sophistiquer les processus décisionnels institués par et dans l'entreprise, donnant l'apparence d'un espace normatif démocratique, doté d'organes, de procédures et de mécanismes de contrôle interne.

45 **Application au harcèlement moral : la dissipation de l'interdiction légale dans le brouillard de normes généré par la normativité managériale.** Le domaine de la préservation de la santé mentale et de la lutte contre toutes les formes de violences au travail, en particulier le harcèlement moral, constitue un terrain de prédilection pour observer le déploiement de cette normativité managériale se mêlant à la normativité juridique classique, non sans la dénaturer. Un exemple peut être trouvé dans l'analyse de l'interdiction posée par l'article L. 1152-1 du Code du travail : aucun salarié ne doit subir des agissements répétés de harcèlement moral. Marque de la normativité juridique classique et de l'importance que le droit entend accorder à cette règle, cette interdiction se double, comme évoqué dans le paragraphe liminaire, d'un interdit selon lequel il est fait défense à une personne d'en harceler une autre. Ledit interdit est prolongé par une incrimination pénale, logée dans l'article L. 222-33-2 du Code pénal : elle fonde la répression de certaines violations dudit interdit.

46 Au-delà de sa place dans cette cascade de normes entre droit du travail et droit pénal (voir *supra* schéma 1), l'interdiction portée par l'article L. 1152-1 du Code du travail ne produit pas de conséquences juridiques immédiates. Le plus souvent, la protection des salariés contre le harcèlement qu'elle exige suppose un relais. Pour le dire autrement, l'interdiction inscrite en droit du travail ne se suffit pas elle seule : pour être concrètement opératoire dans l'entreprise, elle a besoin de soutien, principalement celui offert par l'exercice du pouvoir patronal. L'article L. 1152-4 du Code du travail prévoit ainsi que « l'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral », spécifiant ainsi son obligation générale de sécurité visant la santé physique et mentale des travailleurs (C. trav., art. L. 4121-1). L'article L. 1152-5 réaffirme, ensuite, la légitimité du pouvoir disciplinaire, autorisant l'employeur à sanctionner « tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement moral ». L'article L. 1152-6 va plus loin encore, habilitant l'employeur à prévoir une procédure de médiation. À tout cela s'ajoutent d'autres mécanismes de régulation tels que le droit d'alerte reconnu aux membres du comité social et économique (CSE) en cas d'atteinte aux droits des personnes (C. trav., art. L. 2312-59) ou de danger grave et imminent (C. trav., art. L. 2312-60)[16]. Dans le cadre des restructurations, le caractère procédural du dispositif anti-

harcèlement est même plus marqué. En amont de tout projet important de restructuration, le CSE doit être informé et consulté ; il peut à l'occasion d'une telle procédure solliciter une expertise afin d'évaluer les conséquences sur la santé des salariés d'un projet important modifiant les conditions de travail. L'employeur est ainsi contraint d'accompagner la restructuration d'un plan de prévention des risques psychosociaux[17]. C'est ainsi, déjà, que l'interdiction du harcèlement posée par l'article L. 1152-1 du Code du travail se réalise dans toute une série de dispositifs internes à l'entreprise qui structurent son processus décisionnel.

47 L'ambivalence de cette arborescence apparaît alors. Certes, du point de vue du droit, ces mécanismes contribuent à assurer l'effectivité de l'interdiction posée par l'article L. 1152-1 du Code du travail. Cependant, les mêmes mécanismes visent tout autant à sécuriser les décisions de l'entreprise sur la base des procédures internes qui les fondent. Clamant par ce biais son attachement au droit à la santé, l'entreprise entend se prémunir du « risque managérial ». Cela n'est pas sans ambiguïté : ledit risque peut, paradoxalement, dégénérer en situations de harcèlement et de mal-être au travail (Del Sol, dans ce dossier).

48 Autrement dit, les normes internes à l'entreprise ne sont pas seulement la mise en œuvre loyale de l'interdiction portée par la loi en droit du travail : elles peuvent aussi être le masque sous le couvert duquel des faits de harcèlement se développent dans l'entreprise. Le zèle affiché par l'entreprise dans l'application active de l'interdiction peut former un écran voilant la réalité des comportements dans cette organisation. Par une confusion entre objectif et réalité, entre devoir-être et être, l'affirmation, par les normes internes, de ce que tout est fait pour empêcher le harcèlement peut dégénérer en affirmation que le harcèlement n'existe pas, ne peut pas exister, dans un tel environnement. S'opère dans cette hypothèse un déni de réalité par un retournement de ces normes managériales contre l'objectif qu'elles sont supposées poursuivre : la traduction *efficiente* de l'interdiction de harcèlement portée par le Code du travail.

49 La source de droit change et, avec elle, sa force normative, au point que la règle déontique formulée sous la forme d'une interdiction devient, au sein de l'entreprise, une norme organisationnelle dont la

juridicité même peut parfois être interrogée. Passée au tamis de la rationalité managériale, l'interdiction exprimée par la loi peut ainsi être rendue comme invisible, voire, par suite, oubliée. Le droit pénal n'apparaît certes pas dans ce tableau : il sanctionne l'interdit fait à une personne d'en harceler une autre, règle distincte de l'interdiction de l'article L. 1152-1 du Code du travail, *a fortiori* du brouillard de normes internes à l'entreprise qui en procèdent. Toutefois, cette apparence est trompeuse : l'interdit pénalement sanctionné est également fondé sur l'interdiction fixée par le Code du travail. L'affaiblissement de cette règle première, matricielle, dans l'entreprise colonisée par un nuage de normes managériales, son éloignement de l'esprit des acteurs rivé aux normes internes à l'organisation peuvent-ils rester sans incidence sur l'application du droit pénal ?

50 Cette confusion se renforce lorsque, dans la normativité managériale, les logiques préventive et disciplinaire se voient complétées par une logique prévisionnelle. En cherchant à intégrer très en amont et à froid les déterminants de santé dans l'organisation productive et l'organisation du travail, les normes internes qui s'inscrivent dans cette logique définissent pour les salariés des normes de conduite positives. Les accords sur la qualité de vie au travail et les conditions de travail (QVT ou QVTCT pour citer le nouveau sigle) participent de cette tendance. Devenue obligatoire depuis une loi du 17 août 2015, la négociation des accords collectifs baptisés « QVT » a été pensée par le législateur comme un relais possible des politiques publiques. Arrimés au système de santé, ces accords sont censés contribuer à la logique globale de la protection de la santé de la personne, construite autour de l'idée de bien-être. C'est au nom de sa responsabilité sociale et de son devoir de vigilance, définis dans l'accord qu'elle a elle-même conclu, que l'entreprise décide d'intégrer volontairement l'objectif de préservation de la santé. Au sein de l'organisation entrepreneuriale dans laquelle l'accord est conclu, celui-ci est un outil de gestion par lequel l'entreprise promeut des valeurs qu'elle fait siennes en y attachant des actions et des normes, mais qui sont adaptées à son activité, à son organisation et à sa stratégie propres. L'accord est le cadre dans lequel se déploie le pouvoir d'organisation dans l'entreprise. Il remplit une fonction quasi constitutionnelle, l'entreprise cherchant à donner une assise aux autres normes qu'elle produit. *Mutatis mutandis*, la clôture normative une fois réalisée fait de

l'espace normatif de l'entreprise la principale matrice dans laquelle la protection de la santé mentale peut être pensée, à distance de la loi.

51 Plonger dans la lecture de ces accords et dans les normes qui en découlent, c'est baigner dans la normativité managériale. Il s'agit ici d'informer, sensibiliser, former, évaluer. Il s'agit de créer des « indicateurs RPS », des « baromètres QVT », d'instituer des « cellules psychologiques », des « facilitateurs », des « référents RPS », etc. Cette mécanique managériale, caractéristique de la « gouvernance par les nombres » (Supiot, 2015), dessine une normativité singulière. Outre les finalités poursuivies qui mêlent la protection des droits à la performance de l'entreprise, la normativité juridico-managériale repose sur des procédés dont les conséquences peuvent être tout à la fois d'ordre juridique (sanction disciplinaire, licenciement, responsabilité civile ou pénale, etc.) et d'ordre organisationnel (statistiques, indicateurs, pourcentage, etc.).

52 À bout de souffle, l'interdiction fixée par la normativité juridique a comme perdu de sa force. Elle n'est plus là qu'en arrière-fond dans la vie concrète de l'ordre normatif (semi-)clos qu'est devenue l'entreprise. Les processus de décentralisation et d'endogénéisation sont ainsi parvenus à créer un brouillard. La politique de l'entreprise en matière de prévention du harcèlement, pour suivre cet exemple, dissimule parfois la violence sociale et la souffrance au travail qu'elle est, pourtant, supposée combattre. Par réaction, le droit pénal et l'interdit qui le sous-tend ne peuvent-ils alors retrouver leur rôle ? En particulier par sa fonction d'expressivité, le droit pénal ne pourrait-il dissiper, au moins partiellement, le dangereux brouillard ainsi créé par les normes managériales ?

53 **L'hypothèse d'un regain d'intérêt du droit pénal : la piste de la fonction expressive de la loi pénale**. La doctrine fait classiquement crédit à la loi pénale d'une fonction expressive – d'expressivité. Pour raisonner sur le sous-ensemble le mieux structuré, le Code pénal est (aussi) un bréviaire social (« catéchisme social » dans sa partie spéciale : Vitu, 1982) en ce que, entre les lignes des incriminations, se laissent découvrir les préceptes fondamentaux qu'elles sanctionnent, les interdits dont la présence et la place ont déjà été précisées et, ce faisant, les valeurs sociales que ces interdits défendent. C'est ce raisonnement par induction qui a été mobilisé dans le paragraphe

liminaire de cet article pour dégager l'existence de l'interdit en matière de harcèlement moral (voir notamment le schéma 1).

54 Cet effet de *révélation* de l'interdit par la sanction pénale que lui donne l'incrimination se double d'un effet de *valorisation*. Lorsque l'interdit est déjà bien connu parce qu'expressément formulé de longue date par la branche du droit à laquelle il appartient, l'effet de dévoilement attaché au droit pénal est, en fait, sans réel objet. En revanche, il n'en est pas moins une fonction de « valorisation » (parlant de « fonction valorisante » : Mayaud, 2010, p. 3-4 et p. 11). Parce que prolongé par la règle d'incrimination pénale et la puissance sans comparaison de ses sanctions propres, l'interdit change de dimension. Sa place, sinon technique, du moins sociale, dans la structuration de l'ordre juridique s'en trouve modifiée par un coup de projecteur que lui donne la loi pénale. C'est là la figure inversée des sélections opérées par la loi pénale parmi les faits illicites, c'est-à-dire contraires à un interdit : parce que le droit pénal réserve son intervention aux atteintes les plus graves à l'ordre social, l'incrimination témoigne en retour de ladite gravité.

55 La valorisation de l'interdit est d'ailleurs modulable : le droit pénal peut accentuer ou non cet effet de majoration selon les contours qu'il donne à l'infraction ou à la famille d'infractions qu'il définit. Pour ne prendre qu'un exemple, le choix d'une qualification criminelle par opposition, par exemple, à celui d'une simple qualification contraventionnelle, rejaillit sur la valorisation de l'interdit par la loi pénale. Cela fait de la loi pénale un outil législatif dont l'utilité ne s'épuise pas dans l'effet technique de l'incrimination, notamment l'éventuelle application *in fine* d'une peine à l'infracteur. La loi pénale est aussi un moyen de transcender la portée sociale d'un interdit. C'est là une dimension déterminante du droit envisagé comme fait social. Une bonne part de la force vive que porte le droit pénal gît dans les interdits qu'il sanctionne plutôt que dans les règles pénales elles-mêmes lesquelles, dans la pratique quotidienne de la population, jouent plutôt un rôle de révélateur de l'existence et/ou de coefficient multiplicateur de la place des interdits. Un civiliste a pu ainsi défendre l'intervention du droit pénal dans des matières longtemps réservées au droit civil en faisant valoir que « cela présente en outre l'avantage de permettre d'indiquer la hiérarchie des valeurs qu'il [le

droit civil] instaure : le “surlignage” pénal d’une règle civile est souvent riche d’enseignements » (Bénabent, 2003, p. 56).

56 Cela posé, l’évolution de la normativité en droit du travail retracée ci-dessus peut (r)ouvrir un espace pour le droit pénal en matière sociale. Certes, il est un brouillage des interdits en droit du travail. Cependant, ce voile, toujours plus épais, ne peut-il être déchiré par la fonction expressive du droit pénal ? D’un côté, l’interdiction et l’interdit s’éloignent, mis à distance des acteurs dans l’entreprise par la masse intermédiaire des normes managériales d’application directe et quotidienne. De l’autre, ériger tout ou partie des violations de l’interdit en infraction(s) pénale(s) produit un effet de mise en visibilité de l’interdit concerné – et, indirectement, de l’interdiction dont il procède éventuellement.

57 Raisonnons par l’absurde, en prenant le harcèlement moral dans les relations de travail pour objet. Si, emporté par un mouvement de dépénalisation, le législateur décidait, demain, d’abroger l’incrimination de l’article 222-33-2 du Code pénal, l’interdit fait à chacun de harceler autrui n’en demeurerait pas moins dans l’ordre juridique, de même que l’interdiction portée par l’article L. 1152-1 du Code du travail (voir *supra* paragraphe liminaire). Pourtant, ces règles extrapénales n’en seraient-elles pas concrètement, parce que symboliquement, ébranlées ? Leur place dans le corps social, leur présence à l’esprit des acteurs, seraient-elles inchangées ? Il est permis d’en douter. En perdant le bénéfice qu’elles tirent actuellement de la fonction expressive de la loi pénale, elles apparaîtraient probablement comme dévaluées, ce qui favoriserait leur violation. Une analyse de type économique va d’ailleurs dans ce sens. Dans cette perspective, presque triviale face à la transcendance de la norme sanctionnée que produit, par sa fonction expressive, la loi pénale, la prévision de la dévalorisation de l’interdit et de l’interdiction par suite de l’effacement de leur prolongement pénal constitue une hypothèse crédible. Quel est l’effet concret de la loi pénale sur le chef d’entreprise ? Pour une part au moins, il relève d’une logique de gestion du risque, le trop fameux « risque pénal ». Le chef d’entreprise est d’autant plus enclin à ne pas violer l’interdit qu’une telle atteinte est incriminée, l’exposant à des sanctions à l’énergie sans comparaison dans l’ordre juridique. Retirez ce « risque » de l’équation et il ne serait pas surprenant que s’affaiblisse la vigilance dudit chef d’entreprise dans l’application de

l'interdit. Comme il est une fonction expressive de la loi pénale, il peut être un effet émollient de son retrait – lorsqu'il se fait sans remise en cause de l'interdit comme c'est le plus souvent le cas.

58 Il est donc une première incidence du brouillage de l'interdit en droit du travail : il peut rendre d'autant plus nécessaire l'intervention du droit pénal, la fonction expressive de la loi pénale formant le contre-poison de la visibilité déclinante de l'interdit extra-pénal dès lors que nul ne discute la pertinence de celui-ci – qui veut autoriser le harcèlement moral dans les relations de travail ?

59 Cependant, complexité inhérente à cette nouvelle normativité du droit du travail, non seulement sur un plan technique mais également en termes de présence sociale de la règle dans la communauté, le droit pénal est peut-être empêché en même temps que redécouvert.

60 Le brouillard de normes managériales ne se place pas directement, en termes techniques, entre l'incrimination, l'interdit qu'elle sanctionne et l'interdiction (voir schéma 1 dans le paragraphe liminaire). Le brouillard de normes managériales se développe parallèlement, sous une règle cousine de l'interdit pénalement sanctionné qui, comme lui, procède de l'interdiction de l'article L. 1152-1 du Code du travail pour raisonner sur l'exemple du harcèlement moral. Est-ce à dire que l'application du droit pénal est exempte de toute perturbation par le développement, ailleurs, des normes managériales dans l'entreprise ? Sans qu'il soit possible d'approfondir l'analyse dans les limites de cet article, l'hypothèse paraît exagérément optimiste. La transformation de l'ordre juridique observée en droit du travail est, plus probablement, trop profonde pour ne pas avoir d'effets diffus, débordant sur les règles voisines. Si l'on raisonne sur le harcèlement, le brouillard de normes managériales se développe, certes, ailleurs que dans la sphère pénale, mais cette conception de droit strict manque probablement une part de la vie concrète des normes. Il est trop de liens entre les deux sous-ensembles normatifs (celui à dimension pénale d'un côté, celui colonisé par la norme managériale de l'autre : voir les deux colonnes du schéma 1 *supra*) pour que la montée en puissance et l'originalité de l'un (managérial) soit sans effet aucun sur l'autre (à composante pénale). Ce sont les mêmes acteurs, au sein de la même communauté, impliqués dans les mêmes interactions, sous le couvert ultime d'une seule et même interdiction (« Aucun salarié ne doit subir

[…] », C. trav., art. L. 1152-1) : ces deux sous-ensembles sont les parties d'un même tout (sur ce système, voir paragraphe liminaire) de sorte que l'onde soulevée par les fortes perturbations de l'un (ne) peuvent certainement (que) se propager à l'autre.

61 Pour n'évoquer que cet élément, la théorie de l'endogénéisation légale a mis en évidence un effet de déférence judiciaire (voir Pélisse, dans ce dossier). Pris dans le brouillard des normes managériales, étendards de la nature activement saine de l'entreprise, évidemment vigilante à traduire l'interdiction première en procédures internes de tous ordres, le juge peut voir trompée son appréciation des faits de la cause à lui soumise. Lorsque les normes managériales sont l'affichage fallacieux de la vertu de l'entreprise, le déni de réalité qu'elles portent peut surprendre la prudence du juge. S'agit-il seulement ici du juge social ? Pourquoi ne s'agirait-il pas, aussi, du juge pénal ?

62 En somme, l'intervention du droit pénal en matière sociale apparaît, tout à la fois, plus pertinente peut-être (il resterait évidemment à faire la part entre les différents interdits, règle par règle) *et* plus difficile à l'heure du bouleversement de la normativité en droit du travail. La perte de visibilité de l'interdit dans le brouillard des normes managériales pourrait être compensée par l'expressivité de la loi pénale. Cependant, corrélativement, le brouillard de normes pourrait étendre son halo jusque dans l'application concrète de la loi pénale.

63 La question de la pertinence d'un droit pénal du travail est donc, au moins en partie, renouvelée par la double mutation qui emporte le droit du travail : en termes de sources comme de normativité(s). La place du droit pénal s'en trouve menacée en même temps qu'elle pourrait être d'autant plus utile à la défense des valeurs qui fondent la société, notamment la justice sociale. La question de l'utilité d'un droit pénal du travail ne s'épuise pas, cependant, dans l'étude de cette situation incertaine dans la phase de transformation qui marque le droit du travail actuel. Il faut encore compter avec le procès pénal et les fonctions propres qui sont les siennes dans le besoin de justice sociale qui cherche à s'exprimer.

2. Le procès pénal en réponse au « besoin de justice sociale »

64 Sauf son application spontanée (par l'absence de passage à l'acte délictueux, effet dissuasif de la loi pénale aidant), le droit pénal s'applique par la procédure pénale. L'infraction pénale ne peut trouver de réponse pénale que dans ce cadre. En poursuivant l'analyse sous l'angle des fonctions, il en est deux voire trois qui méritent ici attention s'agissant du procès pénal, notamment dans l'exemple fourni par l'affaire dite France Télécom. Il est, d'un côté, des fonctions normative et pédagogique (2.1), de l'autre, une fonction de reconnaissance (2.2).

2.1. Fonctions normative et pédagogique du procès pénal

65 S'attachent au procès pénal deux fonctions qui participent de l'intérêt d'un droit pénal du travail. Distinguée de la fonction expressive de la loi, la fonction normative du procès est prolongée par sa fonction pédagogique.

66 **La fonction normative du procès pénal**. La fonction expressive du droit pénal rend compte notamment de ce que la loi pénale, par sa seule *existence*, valorise l'interdit dont elle détermine la sanction, au moins partielle (voir *supra* 1.2). Au stade de l'*application* de la loi, le procès pénal peut être l'occasion, à travers notamment le pouvoir prétorien que peut alors déployer le juge pénal, d'une autre fonction : la fonction normative. Puisqu'elle est peu évoquée en matière pénale, mais plus familière parmi les théoriciens du droit de la responsabilité civile à propos de la genèse de certains droits subjectifs (Viney, 2019, n° 57, p. 105 et suiv. ; Azzi, 2007, n° 5 et suiv.[18]), c'est en faisant un détour par ce terrain qu'elle sera ici envisagée.

67 Le droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle est structuré par des principes généraux (C. civ., art. 1240 et suiv.) dont l'actualisation appartient donc au juge. En fonction de la sanction qu'il accepte (ou non) d'attacher à certains comportements concrets, en fonction de la qualification de fait générateur de responsabilité (ou

non) qu'il décide de retenir pour certains comportements, le juge civil peut participer à faire advenir de nouveaux droits subjectifs. Par un raisonnement inductif, l'analyste remonte de la sanction judiciaire, par le fondement que lui donne la qualification du fait, à la règle non dite dont la méconnaissance a appelé sanction. L'actualisation de la notion de « faute », pour raisonner sur le fait générateur prévu par l'article 1240 du Code civil, peut ainsi permettre de donner consistance et, ce faisant, existence, à des droits subjectifs. Les droits de la personnalité en forment une illustration fameuse : ils ont été tirés des limbes du droit par (l'analyse des) décisions judiciaires retenant la responsabilité civile des auteurs de certains comportements. A *posteriori*, l'analyse de ces derniers agissements les a fait apparaître comme la violation des droits de la personnalité reconnus à chacun, violation constitutive d'une faute civile source de responsabilité. C'est ce modèle théorique qui, autre exemple, a permis à la doctrine de révéler, avant que l'article premier de la Charte de l'environnement ne le formule en 2005, qu'émergeait en droit positif un *droit à* un environnement sain. Dès les années 1970, un auteur l'avait induit des solutions jurisprudentielles obligeant à réparer des dommages causés à l'environnement par le jeu des règles de responsabilité civile[19]. La doctrine remonte donc le courant : de la sanction judiciaire à la faute, pour suivre cet exemple, de la faute au devoir que celle-ci viole et qui peut être encore mal identifié pour n'être qu'émergent. La fonction expressive, à finalité de *connaissance*, est ici dépassée : ce n'est pas seulement la mise en évidence de la règle première (interdit pour le droit pénal, « obligation préexistante » pour le droit civil[20]) qui est en jeu mais sa *création* même. Il ne s'agit pas de saisir la fonction que joue la loi en vigueur mais de comprendre comment, par le traitement judiciaire de faits apparemment épars, se cristallise une règle jusqu'alors inconnue ou, à tout le moins, incertaine en tout ou partie.

68 Ce schéma ne peut-il être transposé, peu ou prou, au droit pénal en tant que celui-ci est, aussi, un droit de la responsabilité ? On l'a fixé dans le paragraphe liminaire de cet article : l'infraction peut s'analyser comme la violation d'un interdit préexistant auquel la loi pénale apporte son concours. Ledit interdit serait-il mal fixé, dans sa réalité même, que l'on pourrait donc le préciser en cherchant, par induction, la règle dont l'infraction est la violation. Toutefois, il est ici une différence essentielle avec le droit de la responsabilité civile : le

droit pénal étant gouverné par le principe de légalité criminelle, le modèle théorique évoqué ci-dessus est largement étouffé. En matière pénale, il n'est pas de notion générique, ouverte à l'imagination des juristes, notamment du juge, qui soit comparable à la « faute » de l'article 1240 du Code civil par exemple [21]. Le raisonnement inductif décrit ci-dessus s'en trouve bridé en droit pénal, chaque infraction pénale devant être l'objet d'une définition qui lui est propre, en termes clairs, précis et prévisibles qui plus est. Autrement dit, l'utilité pour le pouvoir prétorien du modèle de raisonnement inductif ici décrit par lequel le juge de la responsabilité peut concourir à produire la règle première, documentée en matière civile, ne peut guère être que théorique en matière pénale : le principe de légalité criminelle empêche cette potentialité de se réaliser. La ductilité du droit de la responsabilité par laquelle ce mécanisme normatif fonctionne en matière civile est inconnue du droit pénal, ce aux fins de préservation des libertés fondamentales contre le pouvoir de punir de l'État. La *découverte* de l'interdit par induction à partir de l'incrimination ne peut donc guère concourir à la *genèse* d'un interdit qui serait encore *incertain* en droit positif (fonction normative) : elle ne devrait servir qu'à révéler et/ou valoriser l'interdit *préexistant* (fonction expressive).

69 Cependant, une nuance doit être apportée à cette apparente impasse. Dans des matières techniques où l'interdit peut être mal identifié *et* où l'incrimination est parfois relativement ouverte dans sa définition légale, il arrive que l'interprétation que la jurisprudence *pénale* donne d'une telle *incrimination* soit l'occasion de préciser, par induction, le sens de l'interdit fixé par le droit *extra-pénal*, ici le droit du travail. C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation, à la fin du XXe siècle, à plusieurs reprises, a contribué à préciser les devoirs du chef d'entreprise quant au fonctionnement des institutions représentatives du personnel. En travaillant à la définition des *incriminations* d'entrave auxdites institutions, le juge *pénal* a contribué à préciser ce à quoi le chef d'entreprise était tenu par le droit *extra-pénal* du travail (Lyon-Caen, 1984, n° 7 et les références citées ; Auzero, Baugard, Dockès, 2023, n° 1149, p. 1464). Pour ce faire, le juge pénal n'a même pas eu à sortir de son rôle : la portée extra-pénale que peut prendre sa jurisprudence est inhérente à la structure du droit pénal telle que fixée dans le paragraphe liminaire de cet

article, à savoir l'arrimage de l'incrimination à un interdit, généralement extra-pénal, qu'elle sanctionne. En d'autres termes, il est, en droit pénal, des cas-limites dans lesquels la fonction normative, *a priori* étouffée par la nature légaliste de la matière, peut jouer. L'interprétation de la norme pénale d'incrimination concourt alors à l'interprétation, audacieuse le cas échéant, de l'interdit, de droit du travail en l'occurrence, qui s'en trouve donc précisée. Ainsi, certes de manière résiduelle, le droit pénal participe, indirectement, à la formation du droit du travail par la combinaison de la fonction normative de ce droit d'une responsabilité et du pouvoir prétorien – nullement prohibé par le principe de légalité criminelle. Sanctionnateur (de l'interdit), le droit pénal n'est pas suiveur : l'articulation de l'incrimination pénale et de l'interdit dont elle punit certaines violations est autrement complexe.

70 Le procès pénal peut ainsi être un lieu de fabrique de la règle de droit du travail. Il est même permis d'envisager une réactivation de ce moteur à l'heure où l'interdit se dissipe en droit du travail (voir *supra* 1). Le procès France Télécom pourrait s'inscrire, au moins partiellement, dans ce schéma. S'il devait conduire à admettre que l'article 222-33-2 du Code pénal permet de saisir le harcèlement moral institutionnel comme il sert notamment à appréhender l'abus commis par le « petit chef », ce procès ne contribuerait pas seulement à l'interprétation de la règle d'incrimination. Une telle solution rejaillirait sur l'interdit que l'incrimination sanctionne : le juge pénal, par un effet de cohérence, conforterait l'interprétation que la chambre sociale de la Cour de cassation tend à donner de cette règle extra-pénale en l'étendant à l'hypothèse du « harcèlement managérial ». Certes, il n'y aurait peut-être pas ici un effet de création pure et simple de la règle sociale, mais il y aurait à tout le moins un effet de confortement de celle-ci alors qu'elle présente quelque fragilité du fait de son caractère prétorien. De deux choses l'une : si le juge pénal rejette le harcèlement moral institutionnel, il aura établi que la règle d'incrimination ne le frappe pas, laissant inchangée la question de savoir si l'interdit, lui, s'y étend en droit du travail (voir paragraphe liminaire) ; si, à l'inverse, le juge pénal admet la répression du harcèlement moral institutionnel, cette solution impliquera qu'il donne cette extension à l'interdit, rejoignant ainsi l'interprétation que fait de ce dernier le juge social et consolidant celle-ci par un effet de conver-

gence et, ce faisant, de cohérence des interprétations jurisprudentielles relatives à cette règle de droit du travail informulée dans le Code du travail mais essentielle en matière de santé au travail.

71 Surtout, la fonction normative ainsi envisagée sur le plan macro-juridique, au niveau des normes générales et abstraites, quoiqu'à partir d'un procès ou d'une série de procès éminemment concrets, se prolonge sur le plan micro-juridique au niveau de l'application de ces normes dans le procès, à une partie singulière à celui-ci, ainsi des prévenus du procès France Télécom et de ceux qui s'identifieront à eux par similitude de fonction et/ou de situation. Pour le dire autrement, le procès peut avoir une fonction pédagogique par l'*incarnation* de ce qui n'est pas tolérable.

72 **La fonction pédagogique du procès pénal**. Dans une dialectique entre universel (la norme générale et abstraite, éventuellement émergente ou incertaine) et particulier (l'épreuve du fait singulier, vécu par une ou des personnes identifiables), un procès peut être l'occasion de donner à voir, de donner à sentir, de donner à comprendre par un glissement de l'émotion à la raison la règle de droit. De ce point de vue, de nouveau, le procès n'est pas que la mise en œuvre servile de la loi, entièrement déterminée et réductible à celle-ci. Le procès, « lieu du social » (Zenati, 1995), permet à la société de saisir le sens de la règle, établie ou en train de se faire.

73 C'est d'autant plus vrai lorsque le procès s'inscrit dans une « affaire », celle-ci pouvant éventuellement rejoindre une « cause » (sur ces concepts et leur articulation : Claverie, 1994). La dialectique de l'universel et du particulier joue ici encore : le procès est alors transcendé par la portée sociale des faits qui sont l'objet du débat judiciaire. Mobilisant l'opinion publique, le procès sort de lui-même pour prendre une dimension emblématique, participant du mouvement global de la société, de ses valeurs et de son droit. Parce que le prétoire est un espace conçu pour la controverse et la critique (y compris celle du droit), parce que le prétoire est un espace de mise en scène par une ritualisation qui le solennise (entre singularité par rapport à l'espace public ordinaire et retentissement démultiplié sur celui-ci : Garapon, 1997), le procès peut être un puissant instrument de direction des conduites humaines, bien au-delà des parties à la procédure singulière qui s'y joue. Ce qui vaut pour le genre du procès

se vérifie *a fortiori* pour celle de ses espèces qui engage les enjeux, notamment symboliques, les plus forts : le procès pénal.

74 Le procès France Télécom s'inscrit précisément dans ce registre, articulant ces deux niveaux qui transcendent la singularité des faits pour leur donner une portée universalisable, la nature des faits rejaillissant sur le débat et la décision. Par nature, comme procès, il est « l'occasion de produire dans la recherche de la solution juste un discours social » (Zenati, 1995). Parce que portant sur des faits emblématiques d'un certain état des relations de travail au XXIe siècle, il peut aussi être l'instrument d'une « affaire » et, peut-être, d'une « cause » qui le dépassent (Claverie, 1994). L'analyse rejoint ici ce que des acteurs expliquent avoir pensé et ressenti.

> « Ce qui s'est déroulé au cours de ce procès ne mettra pas fin, hélas, aux organisations pathogènes du travail, et encore moins au cynisme et au mépris qui les sous-tendent [...]. Mais ce qui s'est dit ne restera pas confiné dans l'enceinte du TGI [tribunal de grande instance, *i.e.* tribunal correctionnel]. Les débats et les arbitrages des magistrat.e.s auront des conséquences sur la manière dont est organisé le travail. Sans doute est-ce là un pan de notre histoire collective, dont on ne peut mesurer aujourd'hui l'importance qu'il aura. » (Beynel, 2020, p. 9 ; rappr., pour un traitement littéraire du procès de première instance, par une témoin de celui-ci, Lucbert, 2020)

75 Les fonctions normative et pédagogique du procès pénal s'allient, s'inscrivant dans des boucles bidirectionnelles, et non des lignes droites qui pourraient être unilatérales : la dialectique de l'universel et du particulier, la dialectique de la norme légiférée et de son application, la dialectique des fonctions du tribunal, entre fonction juridictionnelle et fonction prétorienne [22].

76 Le procès, pénal, du travail, permet donc le déploiement de fonctions normative et pédagogique par l'articulation d'une série d'éléments d'ordres fort différents – pouvoir créateur du juge, arrimage de la règle d'incrimination à un interdit extra-pénal qu'elle sanctionne, singularité des faits, rituel judiciaire, stratégies d'acteurs... Cependant, l'apport du procès ne s'épuise pas dans la portée ainsi évoquée. Il est encore une dernière fonction qui place le procès pénal au cœur de l'articulation entre droit social et droit pénal, au service de la

justice sociale : la reconnaissance du mal causé, la reconnaissance du mal subi.

2.2. Une fonction de reconnaissance (des hommes, des injustices subies et de l'impuissance du droit du travail à les endiguer)

77 Dans le procès France Télécom, il s'agissait de rendre justice. Le procès pénal est alors un acte, un moment, de reconnaissance pour les victimes. Se tournant alors vers les victimes plus que vers le délinquant, on doit aussi considérer ici que le procès pénal a une fonction de reconnaissance aussi bien du salarié individuellement victime, et qui a été jusque-là rendu invisible, que des salariés dans leur ensemble. Comme le relate Vincent-Arnaud Chappe dans ce dossier, le procès produit un effet de « catalyse » qui rend visible l'injustice des situations qui sont tout à la fois individuelles et collectives. Se saisissant du droit comme d'une arme (Israël, 2020), des acteurs de la société civile peuvent alors faire du procès (pénal) un espace-temps essentiel dans un combat au long cours pour la construction d'une certaine forme de relations de travail, la défense d'une certaine idée de la justice sociale. Si la place croissante dans le prétoire pénal d'associations et de fondations non victimes est contestable à bien des titres (Decocq, 1999), celle des syndicats obéit ici à une logique différente, au moins en partie, parce que nourrie de la spécificité du droit pénal du travail, notamment en termes d'usages sociaux de celui-ci. Ainsi, l'appropriation par les acteurs des possibilités ouvertes par l'action en défense de l'intérêt collectif de la profession (C. trav., art. L. 2132-3, al. 2)[23] favorise une telle stratégie qui, loin de trahir le procès, lui restitue toute son amplitude.

78 La fonction réparatrice que certains veulent faire jouer au procès pénal a surtout permis de rendre visible, au-delà des situations individuelles, la violence cachée des rapports de travail qui heurte les valeurs sociales protégées par le droit pénal. Ce n'est pas sans lien avec la fonction normative du procès pénal précédemment évoquée. Le procès France Télécom dessine et appelle donc à cet égard une évolution du droit du travail pour saisir, au-delà des simples faits de

harcèlement, que l'on se représente à la suite de l'ouvrage de M.-F. Hirigoyen, *Le Harcèlement moral* (1998), comme le fruit de la perversité de petits chefs, les *organisations* du travail intentionnellement pathogènes et despotiques. Ainsi, le procès est l'occasion de nommer le fait d'une « politique industrielle de harcèlement moral[24] », préalablement qualifiée par les avocats généraux de « stratégie industrielle raisonnée de harcèlement moral ».

79 Au-delà de l'opération de qualification, ces mots s'adressent à des hommes. Le procès pénal est aussi là pour rappeler l'interdit ainsi nommé à ceux qui l'ont intentionnellement transgressé. Nommer et donc (re)connaître les auteurs des violations répond certainement à un besoin de justice sociale. Dans le *name et shame* il s'agit de porter un coup d'arrêt à ceux dont le pouvoir a fait croître en eux un sentiment d'impunité. Peut-être cela peut-il être perçu comme un désir de vengeance à l'égard des dirigeants personnes physiques, une volonté « de les faire tomber », dirait-on familièrement. Il n'en reste pas moins que, contrairement à un procès civil qui n'aurait conduit qu'à engager la responsabilité de l'employeur personne morale, le procès pénal permet de percer l'écran que constitue la personne morale en questionnant les décisions que certains individus ont pu prendre, affectant la vie de nombreux autres. Peut-être est-ce aussi cette fonction de reconnaissance que les victimes recherchent en engageant une procédure pénale davantage qu'un procès civil.

80 Moment de reconnaissance des victimes et des auteurs des infractions, le procès constitue un bref instant où se rejoue de manière paroxystique la conflictualité des rapports de travail qui n'a pas su trouver d'autres débouchés que l'arène du procès pénal.

81 Dans ce moment où le temps est suspendu, la question se pose : dans quel autre espace cette conflictualité pouvait-elle s'exprimer ? Que n'a-t-on pas su l'endiguer plus vite et plus tôt ?

82 À cet égard, le procès pénal donne à voir l'échec du droit du travail et les conséquences possiblement délétères auxquelles peut aboutir la décentralisation de la production des normes sociales couplée à un phénomène excessif de managérialisation. La conflictualité des rapports sociaux se voit en partie niée et ne dispose plus d'autres espaces où s'exprimer. En particulier, dans l'ère du « dialogue social » (expression caractéristique de cette nouvelle rationalité managériale),

la négociation collective n'est plus le lieu de la confrontation des intérêts. Elle ne remplit plus la fonction transactionnelle décrite par Gérard Lyon-Caen (1979) ni le rôle pacificateur défendu par Jean-Maurice Verdier et Philippe Langlois (1972). Plus largement, l'idée que la représentation des intérêts des salariés était un rempart dressé face aux excès du pouvoir patronal a fait long feu dans l'esprit du législateur comme dans celui de certains acteurs socio-économiques (Dirringer, 2018). De plus en plus, la représentation collective des salariés est un outil de gestion et de gouvernementalité qui tend à instituer juridiquement le pouvoir entrepreneurial. La disparition de cette fonction de la représentation collective, pourtant au départ essentielle en droit du travail, procède d'un véritable « désarmement » des salariés (Meyrat, 2018) qui peut expliquer qu'ils aient décidé de se tourner vers l'arène judiciaire pour défendre leurs droits. Le procès n'est pas alors seulement celui des dirigeants de France Télécom ni un moment de la reconnaissance de leurs victimes. Il est finalement celui de « l'impuissance du droit du travail… trop séduit par les sirènes managériales » (Dirringer, 2022).

BIBLIOGRAPHY

Amauger-Lattes M.-C., 2009, « L'évolution paradoxale de la sanction pénale du droit conventionnel du travail », *Droit social*, n° 5, p. 568-573

Auzero G., Baugard D., Dockès E., 2023, *Droit du travail*, 36e éd., Paris, Dalloz

Azzi Tr., 2007, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 227 et suiv.

Bargain G., 2014, *Normativité et droit du travail*, Paris, LGDJ

Beaudoin V., dans ce dossier

Bénabent A., 2003, « Pénalisation, commercialisation et… droit civil », *Pouvoirs*, vol. 107, n° 4, p. 54-58

Beynel E., 2020, « Le pouvoir des héros », dans Id. (dir.), *La raison des plus forts. Chroniques du procès France Télécom*, Ivry-sur-Seine, Éditions de l'Atelier

Bonnechère M., 2008, « Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là », *Droit ouvrier*, p. 11

Chappe V.-A., 2023, dans ce dossier

Chevallier J., 2023, *L'État en France. Entre déconstruction et réinvention*, Paris, Gallimard

Chevallier J., 2012, « L'internormativité », dans I. Hachez et al., *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, p. 689

Claverie E., 1994, « Procès, affaire, cause. Voltaire et l'innovation critique », *Politix*, n° 26, p. 76-85

Cœuret A., Fortis E., 2000, « La place du droit pénal dans le droit du travail », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, p. 25-38

Cœuret A., Duquesne F., Fortis E., 2022, *Droit pénal du travail*, Paris, LexisNexis

Decocq A., 1999, « L'avenir funèbre de l'action publique », dans M.-A. Frison-Roche, Y. Lequette, J.-H. Robert (dir.), *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz / PUF / Éditions du Juris-Classeur, p. 781-786

Del Sol M., dans ce dossier

Dirringer J., 2022, « Violences des échanges en milieu tempéré ou l'impuissance du droit du travail », dans F. Héas (dir.), *Santé mentale et organisation du travail. Approche juridique et regards croisés*, Paris, Dalloz, p. 125

Dirringer J., 2018, « La représentation collective des salariés : bagatelle ou sentinelle ? », *Droit social*, n° 3, p. 253-256

Gamet L., 2023, « Le droit pénal conventionnel », *Droit social*, n° 3, p. 239-244

Garapon A., 1997, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob

Israël L., 2020, *L'arme du droit*, 2e éd., Paris, Presses de Science Po

Koubi G., 2009, « Interdit et interdiction. Quelques variations textuelles et variantes sémantiques », *Droit et cultures*, vol. 57, n° 1, p. 11-22

Levasseur G., 1974, « Droit social et droit pénal », dans *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, p. 317-336

Lucbert S., 2020, *Personne ne sort les fusils*, Paris, Seuil

Lyon-Caen A., 1984, « Sur les fonctions du droit pénal dans les relations de travail », *Droit social* n° 7/8, p. 438-445

Lyon-Caen G., 1979, « Critique de la négociation collective », n° 9-10, *Droit social*, p. 350-357

Martin G. J., 1976, *De la responsabilité civile pour fait de pollution au droit à l'environnement*, thèse, Université de Nice

Mastagli J., 2019, *La responsabilité pénale de l'employeur*, thèse, Université de Lorraine

Mayaud Y., 2021, *Droit pénal général*, 7e éd., Paris, PUF

Mayaud Y., 2010, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », dans Université Panthéon-Assas, *Code pénal et code d'instruction criminelle. Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, p. 3-21

Meyrat I., 2018, « Droit du travail et droits des travailleurs : le grand désarmement », *Droit ouvrier*, n° 837, p. 207

Ottenhof R., Cario R., 1989, « Droit pénal et relations de travail dans l'entreprise », dans *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, IXe Congrès de l'Association française de droit pénal (Lyon, 1987), Paris, Economica, p. 123-134

Pélisse J., dans ce dossier

Planiol M., 1921, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 8e éd.

Ray J.-E., 1997, « Le droit pénal comme méthode de négociation : l'exemple du droit du travail », dans M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Paris, Dalloz, p. 143-157

Ribeyre C., 2019, « Quel avenir pour le particularisme du droit pénal du travail ? », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, Paris, LexisNexis, p. 503-514

Roman D., 2022, *La cause des droits*, Paris, Dalloz

Rousseau Fr., dans ce dossier

Rousvoal L., 2011, *L'infraction composite. Essai sur la complexité en droit pénal*, thèse, Rennes

Salon A., 2019, *Opportunités et limites du recours au droit pénal en matière de protection de la santé et de la sécurité au travail*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Serres R., 2022, *Le phénomène prostitutionnel appréhendé par le droit. Essai de théorisation*, thèse, Université Savoie Mont Blanc

Serverin E., 2020, « Les comptes de la justice pénale du travail », *Droit ouvrier*, n° 863, p. 389-402

Salvage Ph., 2008, « Les peines de peine », *Droit pénal*, étude n° 6, p. 7-11

Supiot A., 1996, « La loi dévorée par la convention ? », *dans* Ph. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, p. 631-642

Supiot A., 1990, « Pourquoi un droit du travail », *Droit social*, n° 6, p. 485-492

Supiot A., 1989, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Droit social*, n° 3, p. 195-206

Teissonnière J.-P., dans ce dossier

Teyssié B., 2017, « La norme pénale dans le droit des relations de travail », *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Paris, Dalloz, p. 271-277

Verdier J.-M., Langlois Ph., 1972, « Aux confins de la théorie des sources du droit :
une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *Recueil Dalloz*, chron. XXXIX

Viney G., 2001, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité civile pour faute ? (Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens) », dans *Le droit privé français à la fin du* xxe *siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, p. 555-568

Viney G., 2019, *Introduction à la responsabilité*, 4e éd., Paris, LGDJ

Vitu A., 1982, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, vol. 1, Paris, Cujas

Zenati Fr., 1995, « Le procès, lieu du social », *Archives de philosophie du droit*, t. 39, p. 239-247

Zenati-Castaing Fr., 2023, « La jurisprudence révélée », *RTDCiv.*, n° 1, p. 1-19

NOTES

1 Dans l'attente de l'examen de pourvois en cassation, deux décisions ont été rendues à ce jour : un jugement du tribunal correctionnel de Paris (31e chambre), le 20 décembre 2019, et, sur appel, un arrêt : CA Paris, 2, 13, 30 septembre 2022, n° 20/05346, *Revue de jurisprudence sociale*, n° 3, 2023, p. 41.

2 Sur cette dernière question, voir Chevallier (2023, p. 23 et suiv.).

3 C'est du moins ce que suggère le nombre limité d'articles et de thèses écrits à ce sujet ces dernières années. Voir toutefois quelques thèses récentes : Mastagli (2019) ; Salon (2019) ; Serres (2022).

4 Ainsi de l'affaire Deliveroo. La société et ses dirigeants sont poursuivis pour travail dissimulé. C'est là un autre exemple récent où le droit pénal est convoqué là où la justice prud'homale a paru désarmée.

5 Pour un panorama, voir A. Lyon-Caen (1984, n° 1-2).

6 L'auteur nuance par l'observation d'une réaction concrète en sens contraire : le « risque » théorique de poursuites pénales serait si omniprésent qu'il se produirait une « mithridatisation » des employeurs (p. 271).

7 Le législateur lui-même en vient à fonder sa politique sur ce constat. Ainsi, à propos du délit d'entrave au fonctionnement des institutions de représentation des salariés dans l'entreprise, l'étude d'impact du projet de loi pour la croissance et l'activité, devenue la loi du 6 août 2015 au terme d'un chantier porté par le ministre de l'Économie d'alors, M. Macron, soutenait, pour justifier la suppression des peines d'emprisonnement, « que les sanctions d'emprisonnement sont en pratique très peu appliquées », précisant « tout d'abord, [que] les procédures pénales traitant du délit d'entrave aux institutions représentatives du personnel représentent une très faible part du total des procédures (entre 2 et 4 % des procédures sur les 10 dernières années) [et qu'] au sein des procédures engagées dans le cadre du délit d'entrave, les procédures aboutissant à des peines d'emprisonnement sont extrêmement rares ». Et l'exposé des motifs d'ajouter : « Les peines d'emprisonnement paraissent en effet disproportionnées et en réalité inefficaces. Elles sont en outre ressenties – à tort ou à raison – comme un risque dissuasif par la plupart de nos partenaires étrangers, investisseurs potentiels. »

8 Sur la dimension préventive de la menace tenant à l'existence de l'incrimination (dissuasion), notamment par les usages des acteurs, voir Ray (1997) ; Cœuret et Fortis (2000, p. 30-31).

9 Expressions utilisées ci-après pour évoquer, s'agissant du droit du travail, l'ensemble des règles extra-pénales interprétées par le juge social, en particulier prud'homal, par opposition au droit pénal qui vise quant à lui l'ensemble des règles pénales interprétées par le juge pénal.

10 Pour l'entrave apportée à l'exercice du droit syndical, voir C. trav., art. L. 2146-1 ; pour l'entrave apportée à la mise en place et au fonctionnement régulier du comité social et économique, voir C. trav., art. L. 2317-1.

11 La distinction ressort notamment de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 29 mai 2004 (n° 2004-494 DC). Ainsi, le Conseil distingue les dispositions qui « renvoient à des accords d'entreprise les modalités d'application de certaines normes législatives du Code du travail » de celles qui « permettent à des accords d'entreprise de déroger à des règles législatives d'ordre public » (cons. 13).

12 Seuls les accords conclus au niveau de la branche professionnelle ou au niveau interprofessionnel peuvent faire l'objet d'un arrêté d'extension par le ministre du Travail, arrêté qui a pour effet de rendre obligatoire l'accord pour l'ensemble des salariés et employeurs compris dans le champ d'application de l'accord.

13 Cass. crim, 4 avril 1991, *Bull. crim.*, n° 164, *Dr. ouv.* 1991, p. 313, obs. N. Alvarez-Pujana ; *JCP E* 1991, p. 213, note O. Godard ; *RSC* 1991, p. 783, obs. A. Lyon-Caen ; *RJS* 5/1991, n° 614-a, 2e esp.

14 C. trav., art. L. 2253-1 et suivants.

15 Cass. crim., 9 avril 2019, n° 18-80.921, inédit.

16 On évoquera un contentieux en particulier, antérieur à celui qui fait l'objet de la présente étude, mais qui concerne néanmoins l'affaire France Télécom. Il s'agit d'un contentieux apparu en 2008 à la suite d'une plainte pour délit d'entrave aux missions au fonctionnement du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) de la société France Télécom. Les dirigeants ont été poursuivis et condamnés après avoir refusé de respecter la procédure d'alerte pour danger grave et imminent initiée par les membres du CHSCT consécutivement à une plainte pour harcèlement moral d'une salariée au sein d'une des directions de France Télécom (et qui avait également fait l'objet d'une alerte par les délégués du personnel justi-

fiée par les atteintes aux droits des personnes). Voir TGI de Paris, 31e ch. correctionnelle, 21 janvier 2014, CHSCT France Télécom, reproduit dans *Le droit ouvrier*, n° 793, 2014, p. 561.

17 Le Conseil d'État vient récemment de le rappeler à l'occasion de deux litiges en matière de licenciement pour motif économique : Cons. État, 21 mars 2023, n° 460660 et n° 460924, Sté L'Équipe ; Cons. État, 21 mars 2023, n° 450012, ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion.

18 Les exemples évoqués ci-dessous sont développés par ces auteurs.

19 Voir Martin (1976).

20 Planiol (1921, n° 863, p. 275).

21 Rappr. Viney, 2001, n° 8 et suiv., p. 560 et suiv., soulignant en droit comparé de la responsabilité civile l'apport de la technique des principes généraux par opposition un système casuistique.

22 Classiquement, la fonction prétorienne est réservée, dans l'ordre judiciaire, à la Cour de cassation, refusée donc aux juges du fond. Cette dualité est certaine. Cependant, pour les raisons évoquées dans le texte, il paraît difficile de nier que les juges du fond puissent, au moins, participer à l'exercice de la fonction prétorienne. Au demeurant, certaines perspectives d'évolution, nourries par la diffusion massive des données et la possibilité de leur traitement par l'intelligence artificielle (« justice prédictive »), invitent à reprendre à nouveaux frais l'analyse de cette réservation traditionnelle de la « jurisprudence » à la Cour régulatrice (Zenati-Castaing, 2023).

23 Les syndicats « peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ». Sur la question de savoir si « le véritable ministère public n'est [...] pas en droit du travail représenté par *les syndicats* », voir Ray (1997).

24 Selon la cour d'appel de Paris : CA Paris, 2, 13, 30 septembre 2022, n° 20/05346, p. 135.

ABSTRACT

Français
L'affaire France Télécom a tout d'un cas exemplaire quoique funeste. Son retentissement et la gravité des faits suscitent la curiosité du juriste. Tant de tristes histoires montrent que la régulation instituée par le droit du

travail, sous-entendu extra-pénal, s'est révélée impuissante. Si le recours au droit pénal et l'invocation du juge pénal peuvent sembler salutaires, leur utilité retrouvée mérite certainement d'être questionnée. C'est en cela que l'affaire France Télécom est véritablement exemplaire. Elle revêt intrinsèquement une valeur explicative et oserons-nous dire heuristique d'un phénomène global qui transcende très largement la singularité des situations personnelles et collectives rencontrées par les salariés de France Télécom. Certes, le juriste ne dispose pas seul des clés explicatives de ce qui s'est joué à l'occasion de l'affaire et du procès France Télécom, mais il peut rendre compte de la place et de la fonction du droit en général et du droit pénal en particulier dans le champ des relations de travail. Pour ce faire, il doit travailler sur l'articulation de ces deux branches du droit. C'est ici que le croisement des analyses du spécialiste de droit du travail et du spécialiste de droit pénal est riche d'enseignements, en particulier dans un contexte de fortes transformations de la régulation des relations de travail et du pouvoir économique des entreprises.

INDEX

Keywords
harcèlement moral, harcèlement institutionnel, droit du travail, droit pénal, droit pénal du travail, procès pénal, décentralisation de la production des normes sociales, fonctions du droit pénal

AUTHORS

Joséphа Dirringer
Maîtresse de conférences HDR, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ;
josepha.dirringer@univ-rennes.fr

Laurent Rousvoal
Maître de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ;
laurent.rousvoal@univ-rennes.fr

Le procès de la disparition du droit du travail. Point de vue de Me Jean-Paul Teissonnière, un avocat de partie civile, sur l'affaire France Télécom

Jean-Paul Teissonnière

TEXT

> *Cet entretien avec Me Jean-Paul Teissonnière a été réalisé par Marion Del Sol, Josépha Dirringer et Laurent Rousvoal, membres de l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE – UMR CNRS 6262) en mai 2023 puis relu en juillet 2023.*

Amplitude du droit : L'affaire France Télécom présente-t-elle un caractère inédit ?

Jean-Paul Teissonnière : L'affaire des suicides à France Télécom a une préhistoire. Celle-ci s'est déroulée au technocentre de Renault Guyancourt et a connu son paroxysme entre octobre 2006 et février 2007. Dans ce court laps de temps, trois salariés ont mis fin à leurs jours dans le périmètre du technocentre. Ces suicides explicitement liés aux conditions de travail, symboliquement situés au même endroit, posaient de façon tragique la question de l'intensification du travail et des formes de management.

Le rapprochement avec l'affaire France Télécom s'arrête cependant là. Malgré un rapport accablant pour la direction établi par l'Inspection du travail, le parquet de Versailles classa la procédure. Celle-ci ne put être relancée par une constitution de partie civile en raison de l'absence d'accord entre les syndicats et les familles des victimes qui ne permit pas une intervention sur le terrain pénal.

Les tribunaux de sécurité sociale saisis de procédures de reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur condamneront celui-ci et l'affaire Renault s'arrêtera là.

Contrairement à l'adage, l'histoire parfois repasse les plats. La volonté du Syndicat Sud Télécom d'aller aussi loin que possible dans la

recherche des responsabilités à propos de la crise des suicides à France Télécom permettra, par le dépôt d'une plainte et l'organisation d'une conférence de presse, de traiter l'affaire des suicides à France Télécom comme un problème de société prolongeant les questions posées par l'affaire Renault.

A. D. : S'agissant précisément de l'affaire France Télécom, quelle est votre lecture des faits ?

J.-P. T. : France Télécom a organisé la disparition du droit du travail.

Au moment où se pose la question de la gestion des effectifs au sein de France Télécom, l'entreprise souffre d'un fort endettement. Au lieu de traiter la question d'éventuels sureffectifs, comme cela a été fait dans les entreprises équivalentes dans d'autres pays au travers des congés de fin de carrière, France Télécom – prétextant les réticences du gouvernement dans ce domaine – va se lancer dans une politique folle de maltraitance du personnel destinée délibérément à le mettre en fuite. Le choix délibéré de destruction massive des effectifs sans aucun accompagnement social conduira à une issue tragique. Les décisions mises en œuvre ne commenceront pas par la présentation d'un plan social aux représentants du personnel mais par un discours de M. Lombard, le P-DG de France Télécom, aux investisseurs. Cette annonce va créer une logique infernale en mettant en permanence France Télécom sous la menace de départ de ses principaux investisseurs dans l'hypothèse où l'entreprise ne respecterait pas ses engagements en termes de suppressions d'emplois. Ainsi, la politique de suppression du personnel (22 000 emplois en trois ans !) va s'effectuer non pas sous le contrôle de l'administration du travail et des représentants du personnel, mais sous la surveillance attentive et implacable du marché.

Les services de police ont retrouvé des notes prises par les collaborateurs du P-DG en vue d'une réunion tenue à la présidence de la République, sous l'autorité du Secrétaire général de l'Élysée, en présence du directeur de l'Agence des participations de l'État et, bien entendu, du P-DG de France Télécom. « L'idée est de leur dire que l'entreprise parviendra à réduire les effectifs sans que personne s'en aperçoive, c'est-à-dire sans plan social. » Dans les notes prises par les cadres de la direction du personnel, il est question de « passer sous

les radars », de « licenciements pour causes personnelles + transactions en croisant les doigts en espérant que ça passe ».

Le paroxysme sera sans doute atteint au cours d'une réunion de l'association des cadres dirigeants de l'entreprise, le 20 octobre 2006, à la Maison de la chimie à Paris. Le discours tenu par le P-DG de France Télécom était un discours d'une extrême violence : « Je ferai les départs par la fenêtre ou par la porte. » Il s'agit de créer un électrochoc qui va désinhiber l'encadrement dont l'essentiel du temps va être consacré à supprimer des effectifs. Le recrutement des cadres se fera uniquement sur leur capacité à refuser tout dialogue, à mettre en déséquilibre l'interlocuteur que l'on veut évincer de l'entreprise. On n'exigera des cadres aucune expertise mais on leur demandera de faire preuve d'une extraordinaire brutalité. Aucune réflexion sur l'utilité des salariés et des agents ne sera menée. Il s'agit d'avoir une politique du chiffre : 20 % des effectifs de l'entreprise doivent la quitter. Cette politique insensée sera accompagnée d'un discours délirant : « Nous avons un objectif ambitieux de réduction des effectifs. » Le chaos social est chez France Télécom précédé par l'effondrement du sens, accompagné d'une sorte de militarisation du discours (« lorsque le chef émet un souhait, cela est vécu comme un ordre » admet le numéro 2 de l'entreprise). L'injonction métaphorique « je ferai les départs par la fenêtre ou par la porte » sera suivie d'une augmentation générale de la souffrance au travail dans l'entreprise, d'un nombre considérable de dépressions et de plusieurs dizaines de suicides. Les victimes de ceux-ci tiendront à dénoncer par écrit les conditions de travail qui les ont poussés à un tel niveau de désespoir[1].

A. D. : Vous évoquez là des atteintes à l'intégrité et à la vie de nombreux salariés de France Télécom. Pourtant, le procès pénal ne s'est pas noué autour des qualifications d'homicides et/ou de violences par imprudence ? Pourquoi ?

J.-P. T. : Tout procès est une construction sociale, empirique et imparfaite. Elle doit tenir compte des contingences et des difficultés qui pourraient l'empêcher d'avoir lieu. Dans cette construction, les parties civiles disposent de droits qui leur permettent d'intervenir de façon réelle mais limitée.

Dans l'affaire France Télécom, la participation active des cadres à des opérations illicites de destruction d'emplois aurait permis que des

poursuites soient exercées à l'encontre de centaines de responsables. Mais l'extension des responsabilités est aussi une dilution de la responsabilité. Les capacités à juger et à organiser simplement un débat judiciaire atteignent vite leurs limites lorsque les victimes sont des milliers et les responsables des centaines. Il fallait donc fabriquer un débat judiciaire qui, sans être exhaustif, permette de rendre compte de l'extraordinaire violence qui a accablé l'entreprise et de mettre en évidence l'importance des responsabilités encourues au niveau le plus élevé.

Lorsque le choix a été fait, dans l'ordonnance de renvoi des mis en examen devant la juridiction correctionnelle, d'exclure l'homicide involontaire et de privilégier les poursuites pour harcèlement moral, les organisations syndicales, les victimes et leurs représentants ont hésité. Ne sacrifiait-on pas l'incrimination la plus haute et les sanctions les plus lourdes au profit d'un délit de moindre importance [2] ? Les familles des victimes étaient épuisées par les dix ans de procédure qui avaient précédé le renvoi devant le tribunal correctionnel.

Ce renvoi obtenu, fallait-il combattre la décision du juge d'instruction et repartir pour une aventure judiciaire incertaine ?

En outre, le harcèlement moral, tel qu'il était constitué dans l'affaire France Télécom, n'avait rien à voir avec une dimension psychologisante des rapports sociaux. Le parquet avait d'ailleurs pris soin de souligner la dimension collective de l'infraction commise par la direction de France Télécom au plus haut niveau. Il s'agissait de condamner une politique d'entreprise ayant atteint par ruissellement l'ensemble du personnel.

Enfin, pourquoi ne pas le dire : mettre au centre du procès les cas de suicides plutôt que ceux de harcèlement moral, c'était livrer les victimes et leurs familles aux assauts de la défense. Celle-ci allait s'acharner à mettre en avant des épisodes anciens de la vie des victimes, des conflits familiaux. Cela aurait plongé les parties civiles dans un profond désarroi.

A. D. : La qualification de harcèlement moral a été retenue comme chef de prévention. Quel apport y voyez-vous ?

J.-P. T. : L'affaire France Télécom est caractérisée par sa dimension collective et même ses dimensions collectives. Il y a le collectif des

auteurs, co-auteurs, complices. Il y a le collectif des victimes, effet du ruissellement que j'évoquais à l'instant.

Le procès de France Télécom fut dans une large mesure le procès de la toute-puissance, du refus des limites. Entre 2007 et 2010, retenue comme période de prévention, la direction de France Télécom va délibérément ignorer le droit du travail pour lui substituer ses propres règles et ses propres procédures. L'histoire de France Télécom, c'est l'histoire de ce passage en force d'une extraordinaire violence et d'une grande ampleur. En effet, le périmètre de l'infraction selon le parquet épouse le périmètre de l'entreprise puisque cette toxicité qui émane de la politique générale décidée par la haute hiérarchie de l'entreprise se répand dans l'ensemble du personnel.

À quelques années près, c'est sous l'angle des violences involontaires que ce dossier eut été traité. L'approche du dossier par le prisme du harcèlement moral va changer sa dimension. On va passer d'un grave accident du travail ayant entraîné quelques dizaines de victimes à un gigantesque accident du travail ayant, selon le parquet, atteint l'ensemble du personnel de France Télécom, soit environ 100 000 salariés et agents.

Par l'utilisation de la définition légale du harcèlement moral, l'analyse de l'action de la direction de l'entreprise, désignée par l'expression englobante de « politique générale d'entreprise », produira de profonds bouleversements. Au travers de l'article 222-33-2 du Code pénal et de l'attention qu'il porte à l'éventuelle atteinte aux conditions de travail, c'est le travail lui-même qui devient le centre de l'attention des magistrats chargés d'examiner le dossier.

Avec le procès France Télécom, c'est la question du harcèlement moral managérial, institutionnel, organisationnel (quel que soit le nom qu'on lui donne), en un mot, la dimension collective du harcèlement moral, qui est, pour la première fois, mise en avant de façon aussi évidente. Pour le dire autrement, l'affaire France Télécom pose au droit du travail une question centrale : celle du pouvoir de direction de l'employeur et, en contrepoint, celle de ses limites.

L'analyse en termes de harcèlement moral institutionnel conduit d'ailleurs à utiliser un nouveau vocabulaire. J'y ai fait référence tout à l'heure : les juges ont souligné une « politique générale d'entreprise »

qui a agi par « ruissellement » et a fini par « impacter l'ensemble du personnel ».

Pour affirmer la dimension collective du côté des victimes, le syndicat Sud a organisé la constitution de parties civiles de membres du personnel présents pendant la crise de l'entreprise mais ne présentant aucune séquelle objective. Le tribunal a condamné France Télécom à verser à chacune de ces parties civiles 10 000 euros de dommages et intérêts au titre du préjudice moral. Ce jugement était susceptible de s'appliquer à la situation des 100 000 salariés nécessairement « impactés » par la politique générale d'entreprise constitutive du délit.

La cour d'appel n'a certes pas suivi cette thèse des 100 000 victimes. Cependant, l'arrêt n'a pas eu de véritables conséquences sur ce point. En effet, la société France Télécom, qui avait réglé le montant de toutes les condamnations, n'avait pas interjeté appel de la décision rendue.

A. D. Cette lecture des faits au prisme de la notion de harcèlement moral institutionnel était-elle prévisible selon vous ?

J.-P. T. : La Cour rappelle que, à l'origine de la loi créant l'incrimination de harcèlement moral (2002), il y a un rapport du Conseil économique, social et environnemental (CESE). Celui-ci insiste sur le fait, qu'en matière de harcèlement moral, le management peut être impliqué. Pour le CESE, il ne s'agit pas de la forme la plus fréquente du harcèlement moral dans l'entreprise. Toutefois, lorsqu'elle intervient, les conséquences en sont d'une extrême gravité. Cette spécificité du harcèlement moral organisationnel était d'ailleurs déjà présente dans les débats précédant l'adoption de la loi de 2002. Le témoignage de Michel Debout, rapporteur du projet de loi devant le CESE et entendu par le tribunal correctionnel, ainsi que les travaux de l'ANACT (Agence nationale d'amélioration des conditions de travail), du Comité consultatif des droits de l'homme et de la Direction du travail le montrent.

Il faut rappeler que les conditions de travail ne sont entrées que tardivement parmi les préoccupations du législateur. C'est ainsi que les comités d'hygiène et de sécurité (CHS) n'accueillirent les conditions de travail dans leurs compétences qu'avec la loi Auroux du

23 décembre 1982. Cependant, ces CHSCT ont été supprimés et leurs compétences hasardeusement transférées en 2021 au nouveau comité social et économique (CSE). Dans ce contexte, la question des conditions de travail s'envisage désormais au travers de la loi 17 janvier 2002 sur le harcèlement moral. Autrement dit, l'article 222-33-2 du Code pénal se révèle être un instrument efficace de défense de la santé mentale des travailleurs. L'aggravation de la souffrance au travail liée à la brutalisation des rapports sociaux dans certaines grandes entreprises en liaison avec les nouvelles techniques de management, particulièrement délétères, constitue toutefois un défi pour le jeu de l'incrimination de harcèlement moral. La disparition de l'institution spécifique chargée des conditions de travail (CHSCT) a laissé vide une place dans le champ du droit du travail et de la protection des travailleurs [3].

NOTES

1 Sur ce point, voir la notion de suicide vindicatif évoquée par Valérie Beaudouin dans ce dossier.

2 Sur ce conflit d'incriminations, voir François Rousseau dans ce dossier.

3 Sur la mobilisation du droit pénal pour « combler » ce vide, voir Josépha Dirringer et Laurent Rousvoal dans ce dossier.

ABSTRACT

Français
Jean-Paul Teissonnière, avocat au barreau de Paris spécialiste du droit social et de la santé-sécurité des travailleurs, revient pour *Amplitude du droit* sur l'affaire France Télécom pour laquelle il a été avocat de partie civile.

INDEX

Keywords
Jean-Paul Teissonnière, procès, France Télécom, partie civile, droit du travail, harcèlement moral institutionnel

AUTHOR

Jean-Paul Teissonnière
Avocat au barreau de Paris

Regard d'un sociologue des discriminations systémiques sur le procès France Télécom

Vincent-Arnaud Chappe

TEXT

> *Cet entretien avec Vincent-Arnaud Chappe a été réalisé par Marion Del Sol, Josépha Dirringer et Laurent Rousvoal, membres de l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE – UMR CNRS 6262) en avril 2023 puis relu en mai 2023.*

Amplitude du droit : Pouvez-vous présenter l'objet et le terrain de vos recherches

Vincent-Arnaud Chappe : Mes premiers travaux – à commencer par ma thèse – s'inscrivent dans une perspective de sociologie politique du droit. Je me suis intéressé aux conditions de mobilisation de la justice par les victimes de discrimination dans le monde du travail. J'ai enquêté sur les parcours judiciaires des victimes de discrimination au travail et dans l'emploi – que ce soit en raison de leur origine, de leur genre, de leur activité syndicale, etc. – qui saisissent les tribunaux (principalement les prud'hommes) et entament un « itinéraire de réparation » (Dodier, Barbot, 2009). J'ai ainsi documenté les embûches de ces parcours visant à obtenir justice et la façon dont les procès, s'ils permettent d'obtenir une reconnaissance symbolique et une réparation monétaire parfois non négligeable, sont également vecteurs d'un ensemble de souffrances qui redoublent celle de la discrimination initiale.

Mon enquête a également porté sur les différentes organisations et collectifs qui leur venaient en aide. J'ai suivi les efforts de structures aussi diverses que la Halde (Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, absorbée ensuite dans le Défenseur des droits), SOS Racisme et un collectif regroupant des militants syndicaux de la CGT et des avocats du Syndicat des avocats de France pour construire l'effectivité du droit de la non-discrimination. J'ai montré l'importance de ces organisations comme appuis pour les victimes au niveau individuel, et au-delà comme acteurs participant à construire

des stratégies et outils participant du déploiement de ce droit, notamment quant à la constitution et la mise en forme de preuves recevables par les tribunaux. J'ai voulu ainsi montrer que, si le droit porte un risque individualisant et fragmentant dans la lutte contre les discriminations, celui-ci n'est jamais certain : des acteurs mobilisés cherchent au contraire, non sans difficulté, à exploiter toute la force politique de ce droit malgré les contraintes procédurales et substantielles qui limitent son efficacité. J'ai analysé les tensions que j'ai identifiées entre les trois horizons de cette lutte – rendre justice aux victimes ; faire passer le droit pour qualifier les situations ; agir à un niveau collectif –, de même que les solutions plus ou moins précaires pour y répondre simultanément (Chappe, 2019). Ces questionnements ont trouvé une prolongation dans une recherche menée en collaboration avec Narguesse Keyhani et grâce à un financement du Défenseur des droits concernant le procès qui a opposé 850 cheminots d'origine marocaine à la SNCF (Chappe, Keyhani, 2018). Je continue aujourd'hui à m'intéresser au développement en droit de la notion de discrimination systémique ainsi qu'à l'utilisation de l'action de groupe comme nouvelle arme procédurale (Chappe, 2022).

À partir de 2013, j'ai voulu déplacer mes terrains d'investigation des parcours contentieux à l'amont des entreprises. Je me suis notamment intéressé à ce qui passait dans les entreprises et à leurs tentatives internes de régulation des discriminations, au croisement d'obligations légales, de mobilisations militantes et de dynamiques propres au champ économique. J'ai principalement travaillé, dans des recherches sous contrat et au sein d'équipes collectives, sur la négociation d'accords de droit syndical visant entre autres à empêcher les discriminations syndicales, voire à garantir un « droit à la carrière » pour les représentants du personnel via des dispositifs de validation des acquis de l'expérience syndicale (Chappe, Denis, Guillaume, Pochic, 2019) ; puis sur la négociation des accords d'égalité professionnelle au sein des entreprises de plus de 50 salariés, théoriquement obligatoire depuis 2001 (Pochic et al., 2019).

À partir de ces différentes recherches, j'ai cherché notamment à développer une réflexion spécifique sur l'usage des nombres pour lutter contre les discriminations. La centralité des modes d'objectivation quantifiée dans les contentieux pour discrimination m'avait déjà beaucoup intéressée, et j'ai retrouvé cette même importance des

questions de chiffres et d'indicateurs dans le cadre des modes d'action contre les discriminations au sein des entreprises. En m'appuyant sur ces cas, je tente de développer une réflexion sur le « travail probatoire » nécessaire au passage du droit (Chappe, Juston Morival, Leclerc, 2022), ainsi que sur l'articulation entre droit et nombres au-delà des thèses critiques sur leur prétendue opposition.

J'ai récemment ouvert un nouveau terrain portant sur les experts qui interviennent auprès des représentants du personnel, que ce soit pour les aider à négocier sur l'égalité professionnelle ou sur les questions relatives à la santé et aux conditions de travail. Au-delà des discriminations, je développe une réflexion de long terme sur les différentes modalités d'enquête sur le travail et l'emploi telles qu'elles sont déployées au sein des entreprises par les salariés et leurs représentants, et la façon dont ces enquêtes leur offrent des prises pour intervenir sur le contenu du travail et sa régulation. Ces réflexions s'inscrivent dans le foisonnement des travaux sur la démocratie au travail, tout en étant influencées par les traditions pragmatistes et la place qu'elles accordent au principe de l'enquête. Je me définis donc aujourd'hui davantage en tant que sociologue du travail qu'en tant que sociologue du droit, tout en gardant une attention importante à la façon dont le droit et ses usages conditionnent les capacités des travailleurs à peser sur le travail.

A. D. : Selon vous, en quoi la construction du ou des procès contribue-t-elle à la mise en visibilité et la reconnaissance des atteintes faites aux droits des travailleurs ?

V.-A. C. : La question du procès comme espace de « mise en visibilité » est en effet de la première importance. Je pense que, au-delà de l'éventuelle résolution des atteintes faites aux travailleurs par la condamnation ou la réparation, on peut distinguer trois grands intérêts « politiques » des procès.

Le premier renvoie à ce que Michael McCann a nommé l'effet de « catalyse » (McCann, 1994) : un procès, une action judiciaire plus largement, est un processus qui permet d'agréger des situations individuelles au sein d'une action collective qui, par sa taille, sera plus visible et plus facilement mobilisable comme emblématique d'une situation injuste.

Le deuxième renvoie à un effet de médiatisation : un procès, c'est un événement circonscrit dans l'espace et dans le temps, qui agit comme un point de gravité de l'attention publique. Il peut faire l'objet d'articles de journaux, de reportages, d'interviews, et va être ainsi un prétexte pour tenir un discours public sur une cause, quelle qu'elle soit.

Le troisième intérêt me semble être un peu moins abordé par la littérature : plus qu'un prétexte, le procès est aussi un espace où il se dit quelque chose, au sein duquel émergent des descriptions et des discours qui rendent visibles ce qui est souvent invisible, ou tout du moins implicite. Je pense que c'est particulièrement vrai pour le travail. La sociologie du travail est un domaine historiquement particulièrement important de la sociologie générale, mais elle peut à l'occasion buter sur des difficultés d'accès au terrain, les organisations n'accordant que difficilement un droit de regard sur leur fonctionnement interne. À ce titre, les procès offrent pour les sociologues – et au-delà pour tous les analystes du travail – des points d'observation où se donnent à voir ou à entendre certaines descriptions, mais où également s'explicitent certaines logiques et justifications. Bien sûr, les tribunaux sont toujours l'occasion d'une description dramatisée du travail, à travers la polarisation conflictuelle qui accompagne le procès. Mais cette dramatisation est de toute façon une réalité du travail – ou au moins son devenir potentiel – et mérite à ce titre d'être observée avec attention pour saisir certaines des dynamiques qui se logent dans la relation de travail.

Si, à ce titre, le procès peut être un dispositif de visibilisation des atteintes au droit des travailleurs, il faut bien sûr également prendre en compte comment il joue, *a contrario*, un rôle d'invisibilisation. C'est vrai d'abord dans la mesure où les probabilités d'accéder au procès sont inégalement distribuées selon les propriétés sociales des travailleurs bafoués dans leurs droits, et particulièrement faibles pour certaines injustices. Le faible contentieux en matière de discrimination raciale au travail pourrait faire croire que ces discriminations sont rares ; or toutes les enquêtes statistiques montrent le contraire. Il ne faudrait donc pas déduire de la faible visibilité judiciaire du phénomène sa faible occurrence.

Par ailleurs, le procès semble souvent très mal armé pour saisir les dimensions collectives ou organisationnelles des injustices au travail. La situation des cheminots marocains était à ce titre exemplaire : on a pu voir à quel point l'institution judiciaire était mal préparée pour recevoir ces 850 actions jointes, pour des raisons très matérielles mais qui renvoient plus largement à une grammaire individualiste du droit. Si le groupe mobilisé a pu aller contre ces tendances individualisantes, c'est au prix de nombreux efforts pour continuer à tenir un discours « collectif » sur la discrimination qu'ils dénonçaient.

A. D. : Quels sont la place et le rôle des sciences sociales dans cette mise en visibilité, y compris dans l'arène judiciaire ?

V.-A. C. : La place et le rôle des sciences sociales renvoient directement à cette question : comment préserver une lecture « collective » de la situation, c'est-à-dire sociale, alors que le procès est un dispositif dont l'objectif est moins le déploiement d'une explicitation causale – au sens scientifique du terme – qu'une imputation de responsabilité ? En disant cela, et contrairement à ce qui serait une vulgate sociologique critique, il ne s'agit pas de mettre en cause la nature même de ce qu'est un procès judiciaire : je ne crois pas qu'il serait raisonnable d'attendre d'un juge qu'il rende un rapport recherchant les causes « sociales » derrière toute situation qu'il est amené à juger. Dans nos démocraties libérales, son rôle est bien d'imputer des responsabilités, qu'elles concernent d'ailleurs des personnes individuelles ou morales, et d'assortir ces responsabilités de réparations ou de sanctions.

Mais on peut par contre penser que l'explication des sciences sociales a un rôle à jouer dans ce processus d'imputation morale : non pas donc pour le nier ni pour s'y substituer, mais pour l'enrichir et le compléter. Prenons un exemple : un cas de discrimination dans la carrière en raison du sexe. Le risque le plus évident est que le ou la juge, non formé sur ces questions, applique une grille de lecture extrêmement étroite pour juger, sans prendre en compte la somme des savoirs accumulés sur la complexité des processus par lesquels les inégalités de traitement se produisent.

Un deuxième risque symétrique serait celui, selon moi, d'une illégitimation du regard juridique, au prétexte que finalement les inégalités sexuées seraient une chose trop grave pour être confiée au droit, que

le processus d'imputation des responsabilités manquerait de toute façon sa cible, et que seule l'analyse sociologique – confiée à des sociologues – serait à même de dévoiler les causalités sociales engendrant la discrimination. Outre le scientisme de cette position, elle laisserait pendante la fonction centrale de la justice qui est bien celle d'attribuer des responsabilités, au sens moral du terme.

Le rôle des sciences sociales me semble devoir se situer dans une troisième voie : celle d'enrichir la compréhension des situations par le juge, et au-delà de participer à la complexification des catégories de qualification juridique. Par exemple, concernant la discrimination liée au sexe, il s'agit moins pour le juge de produire une analyse mettant en cause toutes les institutions produisant ces inégalités que d'appréhender les différentes logiques qui les président (valorisation différentielle des emplois, anticipation des effets de la maternité, probabilités d'évolution différentes selon la féminisation/masculinisation des métiers, rôle des sociabilités masculines, etc.) en réfléchissant à la façon dont les responsabilités individuelles ou collectives s'articulent à ces logiques. Dans cette optique, si l'on suit Fabrice Dhume (2016), l'utilisation contrôlée du concept de discrimination systémique construit par les sciences sociales pourrait accompagner un glissement de conception du droit : en prenant en compte la façon dont l'inégalité de traitement se produit à l'intersection de pratiques, d'acteurs et d'institutions multiples, la notion de discrimination systémique peut participer à déplacer le regard d'une lecture de la responsabilité en tant que culpabilité active (pointer la responsabilité de celui qui a produit la discrimination) à un principe de responsabilité préventive. À l'instar des principes de santé et sécurité au travail, il s'agirait pour l'employeur mis en cause d'apporter les preuves des actions mises en place pour empêcher ou diminuer le risque discriminatoire (Mercat-Bruns, 2015). La sociologie du droit étasunienne avait montré comment, dans les années 1970 et 1980, les différentes analyses des sciences sociales avaient permis une extension de la catégorie de discrimination vers les notions de *disparate impact* ou de discrimination indirecte (Dobbin, 2016 ; Stryker, 2011) : on peut se demander si aujourd'hui un processus analogue ne se produit pas autour de la notion de discrimination systémique.

A. D. : Quelle est l'incidence sur le rôle du chercheur ?

V.-A. C. : À partir de cette conception des sciences sociales dans l'analyse judiciaire, je pense qu'on peut distinguer différents rôles du chercheur, qui correspondent à différents « niveaux » d'implication.

Le premier niveau est indirect : le chercheur a un rôle à jouer dans la production de *concepts* de sciences sociales, concepts qui vont ensuite circuler dans l'espace social par différentes voies, et en premier lieu par la formation professionnelle. Dans le monde idéal des sociologues, les concepts sociologiques feraient partie intégrante de la culture professionnelle des différents métiers, dans la mesure où toute activité de travail est une activité sociale. Les chercheurs sont en général heureux de pouvoir intervenir dans les formations pour apporter aux professionnels des clés de lecture issues de leurs disciplines. Le juge particulièrement (mais aussi l'avocat), en tant qu'il est amené à se prononcer sur des situations hétérogènes en fonction de ses spécialités, pourrait être ainsi muni d'une culture sociologique, ou tout du moins d'*un regard sociologique*, lui permettant de composer sa lecture juridique des faits par la prise en compte de leur inscription sociale. Encore faut-il d'ailleurs que les textes normatifs qui encadrent le travail judiciaire – de façon substantielle ou procédurale – permettent cette fécondation de l'imputation juridique par l'analyse sociologique.

Le deuxième niveau est plus direct : c'est un niveau d'intervention du chercheur, que ce soit à l'audience ou auprès des parties, pour permettre justement un partage des concepts des sciences sociales ajusté à la situation qu'il s'agit de traiter. C'est le cas quand des sociologues ou des ergonomes sont amenés à témoigner sur les processus discriminatoires, ou sur les risques psycho-sociaux en entreprise. Il s'agit alors pour le chercheur de mener à bien un travail de traduction, lui permettant de rendre son savoir appropriable et utilisable dans le cadre du contentieux. On ne s'exprime pas de la même façon dans une revue scientifique ou dans les prétoires, une évidence d'ailleurs pour les chercheurs qui ont l'habitude de dialoguer dans des arènes non académiques.

Le troisième niveau requiert une implication encore plus forte, mais coûteuse et donc rare : il ne s'agit pas cette fois-ci seulement d'éclairer avec les concepts sociologiques une enquête réalisée par des acteurs judiciaires (en la mettant parfois en résonance avec des

enquêtes de sciences sociales déjà existantes), mais de participer directement à la construction de l'enquête. On pourrait imaginer des « collectifs d'enquêteurs » associant victimes, syndicats, experts, avocats, chercheurs, collectifs au sein desquels s'élaborerait un récit complexe et détaillé de la situation tout en garantissant sa compatibilité avec les formes de l'argumentaire juridique. Mais ces collectifs sont peut-être un peu utopiques, dans la mesure où ils impliquent des coûts forts de coordination entre des rôles ou des professions dont les temporalités et les modes d'activité diffèrent. Pour un chercheur en sciences sociales se pose par exemple la question de la disponibilité temporelle et de son adéquation avec la durée et la rythmicité du dispositif judiciaire.

A. D. : En quoi le procès France Télécom questionne-t-il votre objet d'étude ?

V.-A. C. : Le procès France Télécom est un cas particulièrement intéressant pour moi d'abord à titre comparatif. Le développement de la notion de harcèlement institutionnel fait écho à celle de discrimination systémique. Dans les deux cas, on peut le lire comme la volonté de ne pas se laisser happer par une explicitation trop individualiste de l'atteinte visée, de ne pas faire de la discrimination comme du harcèlement une simple logique de « brebis galeuse » (le méchant harceleur, le méchant discriminateur), mais de comprendre comment elle s'inscrit dans une logique organisationnelle ou collective.

On voit néanmoins que les deux termes diffèrent : institutionnel d'un côté, systémique de l'autre. Est-ce que ces différences en sont vraiment ? On pourrait parfois en douter, tant il est vrai que, du côté de la discrimination, le qualificatif de « systémique » est parfois utilisé de façon peu contrôlée ou réflexive. Mais on peut faire aussi l'hypothèse contraire : si les deux notions renvoient à un niveau collectif, elles problématisent différemment la responsabilité. Le harcèlement institutionnel implique bien une intentionnalité, portée au plus haut niveau de la hiérarchie et qui aurait été relayée par le fonctionnement institutionnel de l'organisation ; là où la notion de discrimination systémique fonctionne plus sur un modèle d'agrégation ou la conjonction de pratiques et fonctionnements se déployant à différents niveaux de l'organisation, mais dont la rencontre crée de la discrimination. Cette différence ferait écho aux arènes judiciaires qui

accueillent chacune ces notions : celle de harcèlement institutionnel se déploie dans les tribunaux pénaux où la question de l'intentionnalité reste centrale ; la notion de discrimination systémique s'inscrit au contraire dans un mouvement de long terme de « dépénalisation » de la discrimination (Chappe, 2018), appréhendée désormais moins en termes d'intention que d'effets et de conséquences.

Au-delà de ces hypothèses qui restent à préciser et à vérifier, le cas de France Télécom est au demeurant exemplaire concernant la place de l'enquête et du regard des sciences sociales au sein des organisations (on pense aux expertises et contre-expertises internes) ou dans les arènes publiques et judiciaires. On a pu voir de nombreux regards et lectures se confronter (analyses ergonomiques, sociologiques, gestionnaires ; outillées par des méthodologies observationnelles ou statistiques), ce qui me semble assez fascinant d'un point de vue sociologique. Je suis ainsi convaincu qu'il faut continuer à enquêter sur l'appropriation et les usages confrontationnels des savoirs des sciences sociales, sur les prises qu'ils offrent aux acteurs sociaux, et sur la façon dont ils s'articulent avec les différents modes de régulation sociale, et notamment de régulation juridique.

BIBLIOGRAPHY

Chappe V.-A., 2022, « La discrimination comme régime de qualification. Appréhender et prouver les injustices au travail », *Tracés. Revue de sciences humaines*, n° 43, p. 93-114

Chappe V.-A., 2019, *L'égalité au travail. Justice et mobilisations contre les discriminations*, Paris, Presse des Mines

Chappe V.-A., 2018, « Quel droit contre les discriminations ? La dépénalisation partielle des discriminations au miroir de leur traitement par la Halde (2005-2011) », *Champ pénal/Penal field*, vol. 15, [http://journals.openedition.org/champpenal/9941], consulté le 26 mai 2023

Chappe V.-A., Denis J.-M., Guillaume C., Pochic S., 2019, *La fin des discriminations syndicales ? Luttes judiciaires et pratiques négociées*, Bellecombes-en-Bauges, Éditions du Croquant

Chappe V.-A., Juston Morival R., Leclerc O., 2022, « Faire preuve : pour une analyse pragmatique de l'activité probatoire », *Droit et société*, vol. 110, n° 1, p. 7-20

Chappe V.-A., Keyhani N., 2018, « La fabrique d'un collectif judiciaire. La mobilisation des cheminots marocains contre les discriminations à la SNCF »,

Revue française de science politique, vol. 68, n° 1, p. 7-29

Dhume F., 2016, « Du racisme institutionnel à la discrimination systémique ? Reformuler l'approche critique », *Migrations Société*, vol. 163, n° 1, p. 33-46

Dobbin F., 2016, « Les sciences sociales façonnent-elles les pratiques de lutte contre les discriminations des entreprises ? Une comparaison des cas états-unien et français », *Terrains & travaux*, vol. 29, n° 2, p. 131-172

Dodier N., Barbot J., 2009, « Itinéraires de réparation et formation d'un espace de victimes autour d'un drame médical », dans T. Périlleux, J. Cultiaux (dir.), *Destins politiques de la souffrance. Intervention sociale, justice, travail*, Toulouse, Érès, p. 99-117

McCann M. W., 1994, Rights at work: Pay equity reform and the politics of legal mobilization, Chicago, University of Chicago Press

Mercat-Bruns M., 2015, « L'identification de la discrimination systémique », *Revue de droit du travail*, vol. 672, p. 673

Pochic S. et al., 2019, *L'égalité professionnelle est-elle négociable ? Enquête sur la qualité et la mise en œuvre d'accords et de plans égalité femmes-hommes élaborés en* 2014-2015, document d'études n° 231, vol. 1, Paris, Dares

Stryker R., 2011, « L'intermédiation scientifique dans la mise en œuvre des lois anti-discrimination américaines », dans C. Bessy, T. Delpeuch, J. Pélisse (dir.), *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, Paris, LGDJ, p. 183-202

ABSTRACT

Français

Dans cet entretien, Vincent-Arnaud Chappe revient sur son parcours de chercheur comme sociologue du droit de la non-discrimination dans le monde du travail. Il défend notamment l'idée que les procès peuvent être des espaces où se donnent à entendre des descriptions critiques de l'organisation du travail, appuyées sur le savoir et les concepts des sciences sociales, et susceptibles de faire évoluer les catégories juridiques. Le développement récent de la notion de « discrimination systémique » dans le droit français est ainsi mis en regard avec la notion de « harcèlement institutionnel » telle qu'elle a été utilisée dans le procès France Télécom.

INDEX

Keywords
discrimination systémique, sociologie du droit, sciences sociales, enquête, travail

AUTHOR

Vincent-Arnaud Chappe
Chargé de recherche au CNRS, membre du Centre d'étude des mouvements sociaux (CEMS – UMR 8044 EHESS/CNRS – INSERM U1276) ; vincent-arnaud.chappe@ehess.fr

Les sciences sociales s'invitent au procès France Télécom

Valérie Beaudouin

OUTLINE

1. Sources, corpus et éléments de cadrage
   1.1. Sources mobilisées
   1.2. Controverses et enquêtes sur la couverture des procès via Twitter
   1.3. Caractéristiques du live-tweet du procès en première instance
   1.4. Les experts du suicide et de la souffrance au travail à la barre
2. Le débat sur les chiffres : le travail comme cause du suicide
   2.1. De la difficulté de la mesure : un débat antérieur au procès
   2.2. Stratégie de la défense : entre doute et négation
   2.3. Double déplacement du débat : du suicide au mal-être, du quantitatif au qualitatif
3. Le débat sur les effets d'imitation
   3.1. Les prévenus dénoncent une crise médiatique : de la mode des suicides à l'effet Werther
   3.2. L'effet Werther : quand Phillips revisite les thèses de Durkheim
   3.3. L'effet Werther *versus* le management meurtrier dans l'analyse de Bronner
   3.4 L'effet Werther, un concept mouvant
4. « Le suicide au travail est un message ». Le suicide vindicatif
   4.1. Un suicide adressé et collectif
   4.2. De Malinowski à Baudelot et Gollac : « que peuvent dire les suicides au travail ? »

Conclusion

TEXT

1 Le 14 juillet 2009, Michel Deparis, architecte réseau, se suicide en laissant une lettre réquisitoire dénonçant ses conditions de travail : « Je me suicide à cause de mon travail à France Télécom. C'est la seule cause[1] ». Avant de se défenestrer le 11 septembre 2009, Stéphanie Moison, employée au service de recouvrement, écrit à son père : « Je serai la 23e salariée à me suicider. » L'été 2009 est dramatique au sein de l'entreprise avec une dizaine de cas de suicides ou tentatives qui se déroulent sur le lieu de travail ou qui dénoncent par écrit la responsabilité de l'entreprise. La crise à France Télécom

atteint alors son paroxysme avec mobilisation des salariés et médiatisation des suicides.

2 En réaction et sous la pression de l'État (actionnaire principal), l'entreprise accepte en septembre 2009 la mise en place d'un audit interne sur la situation des salariés. En accord avec les organisations syndicales, le cabinet Technologia est chargé d'une enquête qui comprend deux volets : une enquête auprès des salariés, qui obtiendra un taux de réponses de 78 %, et une analyse documentaire à partir de l'examen des rapports CHSCT, des rapports d'expertises demandées, des jugements des TGI dans les années antérieures. Les premiers résultats, présentés en décembre 2009, montrent une forte dégradation des conditions de travail et une situation de travail très tendue par rapport à d'autres enquêtes en population générale (charge de travail de 40 % plus élevée, 10 % d'autonomie en moins). Le sentiment de fierté d'appartenance à l'entreprise s'est effondré passant de 96 % (autrefois) à 39 % (aujourd'hui). L'analyse documentaire révèle l'importance des alertes remontées par différentes instances représentatives du personnel sur la dégradation des conditions de travail et l'augmentation des risques psycho-sociaux (RPS) mais aussi leur non-prise en compte, voire les tentatives d'obstruction par l'entreprise (30 % des demandes d'expertises sont contestées au tribunal par l'entreprise). La crise de l'été 2009 est la conséquence d'une dégradation progressive des conditions de travail et d'une mobilisation interne pour rendre public le problème.

3 Au dernier trimestre 2009, fait très rare pour les organisations syndicales, le syndicat SUD-PTT décide de porter plainte contre l'entreprise pour trois motifs : « mise en danger de la vie d'autrui », « entrave aux IRP [2] » et « harcèlement moral » (Beynel, 2020, p. 19). Il est rapidement rejoint par d'autres syndicats qui se porteront, comme SUD-PTT, parties civiles.

4 L'inspectrice du travail Sylvie Catala s'appuie sur le rapport à deux volets de Technologia pour faire le 4 février 2010 un signalement au procureur de la République dénonçant deux types d'infractions : « mise en danger d'autrui du fait de la mise en œuvre d'organisations du travail de nature à porter des atteintes graves à la santé des travailleurs » et « méthodes de gestion caractérisant le harcèlement moral [3] ».

5 Bref, l'étau se resserre sur l'entreprise et ses dirigeants, qui seront mis en examen en 2012. La procédure d'instruction est menée par deux juges qui publient le 12 juin 2018 une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel pour harcèlement moral et complicité. À la surprise des plaignants, l'infraction d'homicide involontaire n'a pas été retenue par les juges, car « il aurait fallu démontrer l'existence d'un lien de causalité certain entre la mise en place d'une politique de management ayant pour objet ou effet de dégrader les conditions de travail des salariés et le décès des victimes. Ce lien de causalité, qui n'a pas à être établi pour le harcèlement moral, est difficile à démontrer dans les décès par autolyse, le suicide étant analysé comme un fait multi-factoriel [4] ».

6 L'entreprise et sept de ses membres qui occupaient à l'époque des positions de direction au sein de France Télécom ont comparu devant le tribunal correctionnel de Paris pour leurs agissements sur la période 2007-2010 : trois dirigeants (qui étaient à l'époque P-DG, numéro 2 et DRH) sont accusés de « harcèlement moral » et quatre, de complicité de harcèlement. Le procès s'est tenu entre le 5 mai et le 11 juillet 2019 et le jugement a été prononcé par la présidente du tribunal, Cécile Louis-Loyant, le 20 décembre 2019.

> « Les trois prévenus ont été condamnés à un an de prison, dont huit mois avec sursis, et 15 000 euros d'amende. France Télécom, devenu Orange en 2013, a été condamné à 75 000 euros d'amende, soit la peine maximale prévue. Les autres prévenus ont été reconnus coupables de complicité de harcèlement moral. » (Pascale Robert-Diard, *Le Monde*, 20 décembre 2019)

7 Ce procès devant le tribunal correctionnel est considéré comme historique car il conduit à la reconnaissance de la notion de harcèlement moral lié à une politique d'entreprise, à savoir le harcèlement moral institutionnel [5].

8 Le procès de France Télécom ne porte donc pas sur la « vague des suicides » qu'a connue l'entreprise à la fin des années 2000, mais plus largement sur la « souffrance subie par les salariés d'Orange durant cette période » (live-tweet, J36, Cécile Rousseau, Me Cadot, avocat des parties civiles, UNSA et CFDT). Son ambition est de questionner l'existence d'une entreprise de déstabilisation du personnel décidée à

la tête de l'entreprise qui aurait dégradé les conditions de travail. Le procès cherche à faire reconnaître la notion de *harcèlement moral institutionnel*, à savoir une forme de harcèlement qui ne nécessite pas de lien direct entre harceleur et harcelé. Il vise à montrer que les effets de la stratégie de l'entreprise se sont fait sentir bien au-delà des cas dramatiques de suicides. Le procès porte donc sur une stratégie managériale, incarnée par les plans Next et ACT, décidée en haut lieu et qui aurait eu des répercussions sur l'ensemble des salariés.

9 Si l'homicide involontaire a été écarté, l'examen des situations des 39 personnes retenues en qualité de victimes (19 suicides, 12 tentatives de suicide, 8 dépressions) a occupé cependant une place essentielle au cours du procès : 11 journées d'audience leur sont consacrées, presque un tiers des journées d'auditions (avant les plaidoiries). Ces situations sont examinées chronologiquement, en général par série de quatre cas. Des pauses ont été aménagées pour reprendre souffle avant de replonger dans d'autres drames.

10 À côté de ces récits et témoignages bouleversants, un autre discours sur le suicide occupe une place importante dans ce procès : le discours scientifique. Plusieurs sociologues et spécialistes du suicide ont été invités par les parties civiles à témoigner à la barre. Des concepts tirés de théories concurrentes sur le suicide ont circulé (« suicide vindicatif », « effet Werther ») pendant le procès. Des livres de sciences sociales ont été cités, voire montrés. Bref, les sciences sociales prennent place au prétoire. Quel rôle ont joué les sciences humaines et sociales, et en particulier la sociologie, dans le déroulement du procès ? Telle est la question qui guide cette enquête.

11 Depuis le début du XXIe siècle, les chercheurs en sciences humaines se trouvent de plus en plus souvent engagés dans des procédures judiciaires, soit sur les bancs des accusés, soit comme témoins experts, soit convoqués par la justice (Atlan-Duaux, Dufoix, 2014). Des réflexions, fondées sur des expériences individuelles de chercheurs témoins, ont été engagées ; elles s'interrogent sur la légitimité du chercheur dans l'enceinte judiciaire, sur la nature de l'expertise attendue et sur l'incompatibilité entre la logique judiciaire (approche individuelle de la responsabilité, faible attention aux conditions sociales et au cadre collectif de l'action) et la logique des sciences

sociales (dimension collective de l'action, importance du contexte) [Israël, Mouralis, 2000]. Si les finalités sont différentes (jugement et fonction régulatrice *versus* compréhension des phénomènes sociaux), justice et sciences sociales partagent du point de vue méthodologique un même paradigme : procéder par enquête pour comprendre, identifier les causes et les motifs, construire la preuve. Certes, les modes de production du savoir sont différents : par nature, la construction de la vérité judiciaire diffère de la construction de la vérité scientifique (Atlan-Duaux, Dufoix, 2014), mais l'une peut contribuer à l'établissement de l'autre. En quoi les travaux et les formes de raisonnement des sciences sociales ont-ils permis de conforter le jugement pour harcèlement moral ? Comment une interprétation scientifique du suicide a-t-elle fini par s'imposer ?

12 Après avoir présenté et discuté les sources mobilisées pour l'analyse, j'identifie les trois débats autour du suicide qui ont été présents au cours du procès : le débat sur le taux de suicides (le nombre de suicides à France Télécom est-il ou non « anormal » ?), qui pose la question de la mesure ; le débat sur les effets d'imitation liés aux médias (l'exposition médiatique favorise-t-elle le suicide ?) et enfin celui sur l'interprétation du suicide au travail (acte solitaire ou message solidaire ?). Ces débats qui prennent place au prétoire réactivent des controverses qui ont déjà eu lieu dans l'arène scientifique et médiatique pendant la « crise France Télécom » et les dix années qui ont suivi : chercheurs et experts ont pris tour à tour la parole dans l'espace public pour défendre telle ou telle analyse de la « crise des suicides ». Ils s'inscrivent plus globalement dans des controverses scientifiques au sein des sciences sociales sur l'interprétation du suicide. Autrement dit, je situe les débats qui ont lieu au cours du procès par rapport aux débats qui traversent les sciences sociales autour du suicide et je montre comment le tribunal se les réapproprie et les intègre dans sa propre logique.

1. Sources, corpus et éléments de cadrage

13 Dans cette section, je présente les corpus sur lesquels je me suis appuyée pour l'analyse, et plus précisément le corpus constitué *via* la couverture en direct du procès sur Twitter (le live-tweet du procès).

Des éléments de contexte sont posés avant d'entrer dans les trois dimensions de la controverse.

1.1. Sources mobilisées

14 Pour cette enquête, je m'appuie sur des matériaux hétérogènes extraits de l'arène judiciaire (les données du procès), de l'arène scientifique (les publications autour de l'affaire) et de l'arène médiatique, sur trois périodes : celle de la crise, celle de l'instruction et celle du procès en première instance devant le tribunal correctionnel de Paris. Sur la période du procès, trois sources principales ont été mobilisées : le live-tweet intégral du procès rédigé par Cécile Rousseau, journaliste à *L'Humanité*, secondée par Kareen Janselme ; les chroniques judiciaires de Pascale Robert-Diard pour *Le Monde* et les chroniques rédigées par des experts et auteurs sollicités par l'Union syndicale solidaire (La petite boîte à outils), publiées dans l'ouvrage *La raison des plus forts* (Beynel, 2020). Nous avons trois types de corpus : de la prise de notes en temps réel par des journalistes proches des syndicats, des chroniques rédigées par une journaliste spécialisée d'un journal de référence, des chroniques polyphoniques émanant de personnalités proches des parties civiles.

15 Sur la période qui s'est déroulée entre la « crise France Télécom » et le procès en première instance (2009-2019), je m'appuie sur les articles de presse, les articles scientifiques et les livres publiés sur la période de médiatisation de l'affaire. J'explore également les sources citées dans ces publications liées à la crise.

16 Pour ma lecture des documents, je m'appuie sur ma propre expérience dans l'entreprise, sur la période 1997-2008, comme chercheuse, puis comme manager à partir de 2003 aux prises avec les plans stratégiques Next et ACT. J'ai documenté toutes mes observations de terrain jusqu'à mon départ mi-2008.

17 Comme souvent lors des recherches sur les usages du numérique, l'écriture numérique est à double face : elle correspond, d'une part, à une activité sociale en train de se faire (j'ai dans ce sens suivi le live-tweet de *L'Humanité* quasiment tous les soirs, en différé de quelques heures) et, de l'autre, elle constitue un matériau d'archive, extrait de son cadre de production et s'offrant à des analyses. Ainsi, ma posture

de chercheuse prend tour à tour deux optiques : observation ethnographique d'une pratique sociale et analyse documentaire d'archives. J'ai par ailleurs suivi quelques journées d'audience au tribunal, qui me permettent de me représenter le cadre du procès et les différents intervenants, sachant que je connaissais les principaux prévenus. J'ai ensuite suivi l'essentiel du procès en appel. Des entretiens informels avec des acteurs présents au procès, en particulier avec la journaliste de *L'Humanité* apportent des éclairages complémentaires.

1.2. Controverses et enquêtes sur la couverture des procès via Twitter

18 Revenons sur le live-tweet du procès, corpus inédit, que je mobilise dans le cadre de cet article comme ressource documentaire. En anglais, *to live tweet* signifie couvrir un événement en direct sur Twitter, en français le terme live-tweet s'est imposé pour désigner le reportage en direct par écrit, à savoir l'activité de reportage mais aussi le résultat.

19 Si les audiences des procès sont publiques, depuis 1954, la loi française interdit « la photographie, la radiodiffusion et la télévision des débats judiciaires[6] ». Ainsi, sauf autorisation exceptionnelle, il ne peut y avoir de captation ni de transmission sonore ou visuelle, en direct ou en différé, du procès. Les journalistes sont de fait les principaux médiateurs des procès : présents, ils prennent des notes et écrivent des chroniques judiciaires à partir de leurs matériaux, après les séances. Sauf pour le public présent au tribunal, la réception des procès passe principalement par la médiation des journalistes. Avec les accès Internet mobiles et les services de réseaux sociaux, une nouvelle pratique est apparue, le live-tweet de procès. Elle est le plus souvent exclusivement réservée aux journalistes accrédités, puisque les auditeurs n'ont le droit ni à l'ordinateur ni au téléphone. Des séquences de messages écrits et brefs, publiés sur le réseau social Twitter, permettent à un public distant de suivre en direct ou en différé le procès.

20 Cette pratique, autorisée ou tolérée selon les contextes nationaux et les types de procès, a fait l'objet de débats dans l'espace public : représente-t-elle un atout pour la démocratisation et la mise en visibilité du travail de la justice ou au contraire un danger pour la justice,

en livrant en temps réel la teneur des débats ? Small et Pudister (2020) résument les arguments de la controverse. Pour ses partisans, le live-tweet du procès permet d'ouvrir le monde de la justice en rendant accessible à distance le procès ; il constitue un élément de transparence sur le travail des journalistes en donnant accès aux sources primaires (les verbatims des participants au procès) ; il favorise le débat en temps réel sur le déroulement du procès ; il a une dimension éducative en rendant compte de la manière dont le procès fonctionne. Inversement, pour d'autres, les risques liés à l'usage du live-tweet proviennent de l'absence d'une ligne éditoriale claire – la sélection des propos publiés, la difficulté à se rétracter ou à corriger des erreurs –, de la difficulté à expliquer le contexte complexe du procès en un espace aussi restreint, ce qui entame l'ambition éducative associée, et enfin d'une orientation vers le divertissement qui peut renforcer le sensationnalisme et remettre en cause le sérieux du procès (Small, Pudister, 2020).

21 Pour sortir des débats abstraits et regarder en situation ce que fait le live-tweet au procès, différents travaux de recherche ont été menés dans le but de comprendre son fonctionnement et d'éclairer la controverse. Le procès pour meurtre de l'athlète Oscar Pistorius, qui s'est tenu en 2014 en Afrique du Sud, pays où le taux d'utilisation de Twitter est particulièrement élevé, a été couvert en live-tweet par des dizaines de journalistes et a fait l'objet de différents travaux de recherche portant sur les contenus de ces tweets : Scott (2016) a analysé un corpus de live-tweets tenus par cinq journalistes, tandis que Knight (2017) a analysé 24 comptes de journalistes. De leur côté, Small et Pudister (2020) ont analysé les live-tweets de plusieurs journalistes lors de deux procès criminels au Canada. À partir des corpus constitués, les auteurs mènent une analyse qualitative des tweets suivant une grille d'analyse. Ils distinguent des singularités dans les manières d'utiliser le dispositif : certains favorisent le reportage, d'autres la promotion de leur compte ou les interactions ; certains reprennent le modèle du *play-by-play broadcast*, hérité des commentaires en direct tandis que d'autres twittent plus lentement avec une approche plus analytique. Globalement, les auteurs constatent une forme de normalisation dans la manière de faire un live-tweet qui privilégie le mode reportage en direct.

22 Pour pouvoir utiliser le livet-tweet du procès France Télécom comme source documentaire, il a été nécessaire d'extraire et d'archiver le corpus. J'ai sollicité Zeynep Pehlivan, alors chercheuse à l'Institut national de l'audiovisuel (INA), une des deux institutions chargées de l'archivage du Web, pour que, grâce à l'API [7] Twitter et aux outils développés par l'INA, le corpus soit constitué. Nous avons décidé des champs à conserver pour décrire chaque tweet : horodatage, contenu, statut (primaire, retweet, réponse, commentaire), présence de hashtags, d'URL, auteur et caractéristiques (nombre d'abonnements, nombre d'abonnés). À partir de cette base exhaustive, j'ai extrait les tweets originaux produits par les deux journalistes sur la période du procès pendant les heures des audiences.

1.3. Caractéristiques du live-tweet du procès en première instance

23 Le corpus est constitué de 3581 tweets, soit un document de 400 pages sur la base de 1 500 signes par page. Le live-tweet du procès de France Télécom couvre quasiment l'intégralité des 41 journées d'audience et constitue de ce fait un témoignage unique de ce qui s'est dit au procès, bien qu'il soit marqué par les spécificités d'une écriture prise dans la logique de l'urgence [8] et qu'il porte des traces du positionnement du journal commanditaire.

24 À l'initiative de Cécile Rousseau, journaliste à *L'Humanité* depuis 2009, qui a couvert la crise sociale à France Télécom et connaît bien le dossier de la souffrance au travail, *L'Humanité* s'engage, et c'est le seul média à le faire, à couvrir intégralement et en direct ce procès que beaucoup considèrent déjà comme historique. Sur les 41 journées d'audience, Cécile Rousseau couvre 31 journées, sa collègue Kareen Janselme, 7. Seules trois journées n'ont pas été suivies. « Elle aura suivi ce procès de bout en bout, sans doute en tenant le live-tweet le + long de l'histoire », conclut une « followeuse » à propos de Cécile Rousseau. Par rapport à la pratique ordinaire, le live-tweet (LT) de ce procès est particulièrement dense : une production moyenne de 16 tweets par heure (3 581 tweets pour 222 heures de procès) de 175 caractères en moyenne, avec des journées particulièrement intenses avec un tweet publié toutes les

2 minutes pendant 6 heures de suite (les retweets ne sont pas ici comptabilisés).

25 Depuis leurs comptes Twitter personnels, les journalistes prenaient note et envoyaient en temps réel des éléments sur le déroulement de l'audience : présentation des intervenants, indication du nom des intervenants, transcription en style direct (avec guillemets) ou en style indirect des propos et commentaires sur les comportements des participants entre accolades ou entre parenthèses.

> « Le document préconise "d'impulser une déstabilisation positive." "Une destabilisation….positive", redit Jacques Moulin. {Moquerie ds la salle}. "Le terme est malheureux", reconnait-il. "Il n'y a pas de destabilisation positive sans accompagnement." #FranceTelecom » (LT, J10, Cécile Rousseau, Jacques Moulin, DT Est, prévenu)

26 Le contexte de l'écriture est complexe, il est pris en tension entre le désir de permettre au public de suivre à distance le procès et la volonté de rester au plus près d'une transcription littérale. En ce qui concerne l'objectif pédagogique de transmission, on note dans les tweets un souci constant de contextualisation : présentation des séances, didascalies, indications précises sur les auteurs des prises de parole, commentaires sur les réactions de la salle… Ce souci est confirmé par la journaliste « je sais que les gens [les personnes qui font des live-tweets] ne contextualisent pas beaucoup, je me mettais à la place des gens qui allaient lire » (entretien Cécile Rousseau). Ce travail de contextualisation précise des tweets a été possible grâce à un travail préparatoire mené par la journaliste avant chaque journée d'audience : consultation de l'agenda préparé par les syndicats et lecture des sections correspondant dans l'ordonnance de renvoi, document de 700 pages qui retrace tout le travail de l'instruction.

27 La présence massive des guillemets témoigne de cette volonté « frénétique », comme le dit la journaliste, de retranscrire précisément les mots des intervenants. Certaines interventions ont un rythme trop soutenu pour une retranscription intégrale et un travail de sélection est fait en direct. L'écriture du live-tweet dans cette situation de procès est une écriture de l'urgence, comme celle de la prise de notes en cours, qui se manifeste par une simplification de la frappe : emploi d'abréviations (pdte, qq, ds), pourcentage élevé

d'accents omis (pere, proces…). Il ne s'agit absolument pas d'une nouvelle norme graphique qui se mettrait en place. En effet, dès que le rythme ralentit, les mots retrouvent leurs accents et leur graphie ordinaire.

28 On mesure très bien les variations d'intensité dans la prise de notes à l'évolution de la graphie. Les plaidoiries des parties civiles et les réquisitoires des procureures ont été quasiment intégralement retweetés en mode abrégé et sans accent. En effet, la transcription n'est pas neutre, toutes les prises de parole ne se valent pas. Selon les heures, le rythme varie de 8 à 30 tweets par heure. On est loin de ce que produirait un automate qui transcrirait les propos sans procéder à des choix. Quelle lecture peut-on faire de ces variations ? Comment les journalistes font-elles des choix ? Le débit et les qualités oratrices des intervenants, le moment dans la journée (fatigue), les émotions liées à ce qu'elles entendent peuvent affecter le rythme de l'écriture, comme le relève Cécile Rousseau en entretien, mais le positionnement politique joue également.

29 Les journées d'audience avec le nombre de tweets par heure le plus élevé sont J3, J23, J28, J35, J36, J37 et J38. La troisième journée correspond à trois interventions, celle du représentant syndical de SUD-PTT, Patrick Ackerman, qui a alerté la justice en déposant plainte, celle de l'inspectrice du travail Sylvie Catala et celle du patron de Technologia, Jean-Claude Delgènes, qui a mené l'enquête auprès du personnel. J23 correspond à une journée de témoignages de victimes, avec l'examen d'un cas de suicide, celui de Michel Deparis, considéré comme emblématique et à l'origine de la « crise médiatique » : celui-ci avait laissé une lettre accusant les pratiques managériales de l'entreprise. J28 correspond à la discussion sur le film documentaire commandé par l'entreprise à Serge Moati, qui n'a jamais été diffusé car il révélait le malaise interne et qu'on y entend de manière exceptionnelle l'ex-P-DG exprimer des regrets. Enfin, ce sont les journées des plaidoiries prononcées par les avocats des parties civiles (J35-J36), et plus précisément par les avocats des syndicats qui se sont portés parties civiles, et la journée des réquisitoires des procureures (J37) qui génèrent le plus de messages. La première journée de plaidoirie de la défense (l'entreprise et le P-DG) est également très suivie. En revanche, les plaidoiries suivantes des avocats des prévenus (J38-J41) sont moins traitées.

30 S'il y a tout au long du procès un souci de retranscrire toutes les prises de parole, comme en témoigne l'usage massif des guillemets, il apparaît un biais lié à l'orientation politique du média, à sa proximité avec les syndicats : « Le filtre politique joue. Ce que j'avais lu dans l'ordonnance de renvoi joue », dit la journaliste.

31 Cette orientation de la transcription est également confirmée par l'observation de la réception du live-tweet, accessible au travers d'indicateurs partiels, comme le nombre de retweets et de likes. Le premier constat est que le public visible (qui se manifeste en partageant de l'information) augmente au fil des jours du procès et qu'il se manifeste de manière plus intense quand les syndicats ou leurs représentants sont à la barre. En ce sens, l'hypothèse peut être faite que le public, les « followers », partage les mêmes valeurs que les journalistes.

32 Une fois que les spécificités de ce corpus ont été identifiées, celui-ci peut être mobilisé comme source documentaire, en particulier pour repérer les citations et les concepts qui circulent. En ce qui concerne l'objet qui nous occupe, la place des sciences sociales sur le suicide au procès, il faut noter que le live-tweet gagne à être confronté aux autres sources (chroniques judiciaires, articles et ouvrages mobilisés par les témoins), car la retranscription fidèle conduit à perdre parfois le fil de l'argumentation.

1.4. Les experts du suicide et de la souffrance au travail à la barre

33 Comme nous l'avons indiqué, l'instruction a écarté le délit d'homicide involontaire et donc l'objet du procès ne vise pas à établir un lien de causalité entre la politique de l'entreprise et les suicides, mais un lien entre la stratégie de l'entreprise et la situation de harcèlement moral. La question du suicide n'a cependant pas été écartée : le syndicat Sud-PTT et ses avocats (Me Teissonnière et Me Topaloff) ont souhaité inviter des chercheurs en sciences sociales à intervenir à propos des suicides comme témoins experts. Ils partagent le sentiment que les chercheurs pourront éclairer les discussions en proposant un cadre d'analyse pertinent. Christian Baudelot et Michel Gollac ont été contactés comme spécialistes du suicide et des risques psychosociaux : ils ont publié ensemble un article en 2015 dans la revue

Sociologie, dirigée par Serge Paugam, d'analyse de la crise France Télécom : « Que peuvent dire les suicides au travail ? » Pour Christian Baudelot, professeur émérite de sociologie à l'École normale supérieure, le suicide est un objet de recherche qui a eu une place tout au long de sa carrière. Il a notamment publié un ouvrage de réactualisation des thèses de Durkheim sur le suicide (Baudelot, Establet, 1984) et il est membre de l'Observatoire national du suicide. Michel Gollac est sociologue et statisticien spécialisé sur les rapports entre travail, organisation et santé. L'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) lui avait confié la présidence du collège d'expertise sur le suivi des risques psycho-sociaux au travail, qui a donné lieu à un rapport de référence dans le domaine (Gollac, Bordier, 2001). Baudelot et Gollac ont publié ensemble un ouvrage *Travailler pour être heureux* (2003) où ils réfléchissent sur le bonheur au travail.

34 Christophe Dejours, psychiatre et psychanalyste, expert de la souffrance au travail (1998) a écrit en particulier avec Florence Bègue un livre sur le suicide au travail (Dejours, Bègue, 2009). Il ne s'est pas spécialement penché sur le cas France Télécom qui lui paraît cependant emblématique du phénomène global qu'il étudie. Sa présence paraissait évidente à SUD et ses avocats, mais il a fallu le convaincre de venir témoigner.

35 La proximité entre les syndicats et les chercheurs n'est pas née avec le procès, bien au contraire. Lors de la création au sein de l'entreprise de l'Observatoire du stress et des mobilités forcées en 2007 par les syndicats CFE-CGC et SUD-PTT de France Télécom, un conseil scientifique a été mis en place avec Danièle Linhart, sociologue qui viendra également témoigner au procès en introduisant le concept de « précarisation subjective » :

> « ..."La precarisation subjective", j ai invente ce terme, ils ont un emploi stable, on ne peut pas se baser là dessus pour leur imposer quoi que ce soit. On va les precariser ds une situation stable... / "Est ce que je vais y arriver ? Est ce que je suis à ma place ?" C est extremement destabilisant, ils doutent d'eux memes et de leur avenir ds l entreprise et ca peut creer un effondrement... » (LT, L32, Cécile Rousseau, Danièle Linhart, sociologue)

36 Michel Gollac, Christophe Dejours et Christian Baudelot interviennent l'un après l'autre lors de la quatrième journée d'audience. Quand ils arrivent à la barre, le tribunal se transforme en amphithéâtre universitaire, à une nuance près, l'expert tourne le dos au public pour s'adresser au tribunal. Ils sont appelés à double titre : pour faire état de leurs savoirs sur le suicide en général, en tant qu'experts, et pour se prononcer sur la « crise des suicides » à France Télécom, avec une position de témoin plus problématique. Si le premier volet de la tâche est aisé pour eux, car il est étayé par leurs travaux et leur connaissance de la littérature scientifique, le second est plus délicat : ils n'ont pas fait d'enquête de terrain, même s'ils ont suivi l'affaire et l'ont analysée avec leurs outils. Et, comme tout scientifique, ils ont la pleine maîtrise sur les limites de leurs savoirs et prennent des précautions pour répondre aux questions insistantes de certains avocats, comme le relate délicieusement J.-P. Honoré dans *Un lieu de justice* (2021).

37 Le suicide est un objet de prédilection des sciences humaines et sociales de longue date, et pas seulement de la psychologie. Ausculté sous toutes les coutures par différentes disciplines, le phénomène résiste à l'identification d'un lien de causalité unique, c'est le seul point de consensus. Il existe différents types de suicides, différentes causes possibles, différentes significations.

38 Voici un résumé des trois interventions des chercheurs. Michel Gollac intervient en premier lieu en concentrant son intervention sur les chiffres et ce qu'ils signifient. Il ne se limite pas aux cas des suicides, mais souligne l'ampleur des risques psycho-sociaux dans l'entreprise tels qu'ils ont pu être mesurés par l'enquête de Technologia. Christophe Dejours rappelle que le suicide au travail est un phénomène récent qui date de la fin des années 1990. Il le relie au « tournant gestionnaire » des entreprises avec l'introduction des « managers » et de la concurrence entre salariés avec l'évaluation individuelle des compétences qui conduit à la déstructuration des collectifs de travail. Il montre l'interdépendance entre la sphère du travail et celle de la famille et comment la maltraitance au travail peut dégrader l'économie familiale. Il souligne la diversité des cas de suicides. Christian Baudelot intervient ensuite rappelant que le suicide au travail est un signal, il en souligne le caractère vindicatif, soutient que « ni imitation, ni médiatisation ne produisent le phéno-

mène [de la crise des suicides] » (LT, J4, Cécile Rousseau, Christian Baudelot), écartant l'hypothèse d'un « effet Werther »[9] et insiste sur la dimension vindicative de ces suicides.

39 En revanche, aucun sociologue ou expert n'a été invité à témoigner par la défense ; mais des références nombreuses à des théories alternatives du suicide autour de « l'effet Werther » vont revenir tout au long du procès. Dans l'ordonnance de renvoi, on apprend de façon incidente page 292 que le conseil du numéro 2 de l'entreprise a versé au dossier l'extrait sur « la vague des suicides à France Télécom » tiré de l'ouvrage de Gérald Bronner, *La démocratie des crédules*.

40 On a donc une forte asymétrie : trois experts invités comme témoins par les parties civiles, qui défendent une lecture cohérente du suicide au travail, qui s'applique aisément au cas France Télécom, et des théories sociologiques mobilisées par les prévenus et les avocats de la défense, sans témoin expert comme porte-parole. Cette asymétrie du cadrage contribuera à orienter le travail d'enquête du tribunal, en imposant une certaine interprétation du suicide. Les thèses de la défense (nier l'existence d'une crise des suicides, affirmer qu'il s'agit d'une crise médiatique), incompatibles entre elles, ne vont pas résister face à l'argumentation solide apportée par les experts invités par les parties civiles, dont l'analyse est cohérente par rapport au dossier de l'instruction.

41 Une fois le cadre posé, examinons les trois débats et leur ancrage dans des discussions antérieures.

2. Le débat sur les chiffres : le travail comme cause du suicide

42 Quand Durkheim (1897) étudie les causes sociales du suicide, il s'appuie sur des statistiques et l'indicateur central dans son raisonnement est le taux social de suicide, à savoir le nombre de suicides rapporté à la population de référence. Une crise sociale implique un taux plus élevé dans un sous-groupe par rapport à la population de référence ou par rapport à une période antérieure. Quand la société fait défaut à l'individu, le taux de suicides augmente. Ainsi montre-t-il que la famille « protège » du suicide (le taux de suicides serait plus élevé chez les célibataires et les veufs), que les crises économiques

aggravent le taux de suicides. Appliquée au travail et à l'entreprise, la thèse durkheimienne revisitée avance que la détérioration des conditions de travail favorise le suicide : « Un fort risque de RPS augmente le risque de troubles mentaux qui augmente le risque de suicide » (LT, J4, Michel Gollac). Pour consolider statistiquement la crise, il faudrait pouvoir montrer que le taux de suicides est plus élevé dans l'entreprise sur la période de prévention (2007-2010) qu'antérieurement et plus élevé qu'ailleurs. Encore faut-il avoir les chiffres pour le montrer. Or dénombrer les cas de suicide est une opération délicate tant la sous-déclaration est fréquente, que celle-ci soit due à la difficulté de déterminer la cause de la mort, au désir des familles de masquer le suicide, ou dans le cas particulier des suicides au travail à la faible motivation d'une reconnaissance de responsabilité par l'entreprise.

2.1. De la difficulté de la mesure : un débat antérieur au procès

43 Bien avant l'ouverture du procès, la question des chiffres du suicide a fait l'objet de débats dans deux arènes : dans l'entreprise et dans les médias. Au sein de France Télécom, il aura fallu la crise pour qu'une vaste entreprise de centralisation des cas soit menée par les syndicats. Face à l'ampleur des alertes, en 2007, deux organisations syndicales, la CFE-CGC et SUD, décident de mettre en place un Observatoire du stress et des mobilités forcées afin de recueillir, centraliser les données liées à la souffrance au travail et, en particulier, les suicides. La direction de l'entreprise n'a jamais mis en place les processus nécessaires pour centraliser les cas.

> « "Et qui suit les affaires de suicides ?" demande la pdte. {Remous ds la salle}. "M. Zylberberg saura mieux vous répondre (directeur des affaires sociales), on est pas censé connaître la raison de la mort des salaries", répond O. Barberot. #FranceTelecom. » (LT, Cécile Rousseau, J19, l'ex-DRH, la présidente, le directeur des affaires sociales)

44 Si la reconstitution du nombre de cas est assez fiable sur la période de prévention grâce à l'engagement des organisations syndicales, elle l'est beaucoup moins pour les années antérieures, ce qui rend les comparaisons difficiles.

45 Dans les médias, les débats sur les chiffres du suicide à France Télécom ont lieu pendant la crise et sont résumés dans l'article de Baudelot et Gollac (2015). René Padieu, inspecteur honoraire de l'INSEE, publie dans le journal *La Croix* le 20 octobre 2009, à la sortie d'un été dramatique, un article intitulé « Sur une vague de suicides », où il démontre « qu'on se suicide moins à France Télécom qu'ailleurs ». Dans l'enquête de l'INSEE de 2007, si on se limite aux 20-60 ans, la population en âge de travailler, le taux de suicides est de 19,6 pour 100 000 habitants ; à France Télécom, 24 suicides ont été comptabilisés en 19 mois, ce qui ferait un taux de 15 en une année. Et l'auteur de conclure : « Croire en quelque chose qui n'est pas constitué est ce qu'on appelle en psychiatrie un délire [...], c'est le corps social qui délire. » Il nuance légèrement son propos dans la conclusion de son article : « Ce qui est dit dans ce délire n'est pas réel : c'est quand même un symptôme. Il signe quelque chose, un mal-être social. » Les syndicats de l'INSEE réfutent l'approche qui s'appuie sur une simple règle de trois, sans tenir compte des effets de structure : comparer une sous-population à une population générale ne peut se faire que toutes choses égales par ailleurs comme aiment le dire les statisticiens[10]. Avner Bar-Hen, administrateur de l'INSEE, répond dans le journal *Le Monde* le 22 octobre 2009 : « Comparer les suicides chez France Télécom et dans la population générale n'a pas de sens. » Il approfondit la critique sur la non-prise en compte de la structure de la population pour comparer les taux de suicides. Baudelot et Gollac comparent la structure de la population de France Télécom à celle de la population des 20-60 ans. Il y a certes beaucoup plus d'hommes dans l'entreprise (70 %) qu'en population générale et, sachant que le taux de suicides est trois fois plus élevé chez les hommes que chez les femmes, le résultat semblerait aller dans le sens de Padieu. Mais la population de France Télécom est plus diplômée et l'on sait que le diplôme « protège » du suicide, et enfin que les concernés sont actifs, et là encore on sait que le taux de suicides est plus élevé chez les chômeurs ou inactifs. Ces deux derniers facteurs conduiraient à anticiper un taux de suicides plus bas. En bref, le travail d'ajustement des populations, pour comparer les salariés de France Télécom à une population équivalente de salariés, ne semble pas avoir été fait. Baudelot et Gollac, dans leur article de 2015, font référence aux travaux de Luc Peillon et d'Hervé Le Bras, qui décident de ne prendre en compte que les suicides sur le lieu de travail en les

comparant à des mesures faites en Basse-Normandie, qui tendraient à montrer que le taux de suicides est particulièrement élevé à France Télécom. Mais ces comparaisons qui s'appuient sur des phénomènes rares permettent difficilement de tirer des conclusions. La controverse entre experts s'est poursuivie sans que l'on arrive précisément à savoir si le nombre de suicides a été ou non particulièrement élevé.

46 Au procès, interrogé sur le sujet, Michel Gollac confirme que le taux de suicides est plutôt en dessous de la moyenne.

> « Il confirme que le taux chez #France_Télécom est en dessous de la moyenne française mais explique qu'on ne peut pas s'arrêter là. » (LT, J4, Cécile Rousseau, Gollac, sociologue)

47 En bref, la question du nombre de suicides est un sujet délicat : difficile de comparer les chiffres du suicide avec une période antérieure dans l'entreprise ou avec des situations dans d'autres entreprises en raison de données lacunaires. Cette incertitude sur les chiffres alimente les controverses pendant le procès.

2.2. Stratégie de la défense : entre doute et négation

48 La stratégie de la défense est double au cours du procès : d'une part, elle cherche à créer le trouble sur les chiffres, ce qui correspond à la technique classique des « marchands de doute » (Oreskes, Conway, 2011), d'autre part, elle nie un accroissement du nombre de suicides sur la période de prévention par rapport aux périodes antérieures (ce qui entre en contradiction avec l'autre stratégie de la défense qui consiste à dénoncer une crise médiatique). Plusieurs séries de chiffres sur les suicides à France Télécom entrent en concurrence. Ainsi, les avocats de la défense tentent de déstabiliser les experts en leur soumettant d'autres chiffres contradictoires, comme le fait l'avocat de la défense avec M. Gollac : alors que la séquence des chiffres qui circulent dans la presse montre un accroissement des suicides sur la période de prévention par rapport au passé, celle qu'avance Gérald Bronner dans son livre indiquerait un nombre de suicides équivalent à la période de prévention au début des années 2000.

> « “Et les chiffres de suicides à #FranceTelecom, avant 2008 ?” Interroge m. Maisonneuve. “J’ai vu des chiffres ds la presse.” Il lui oppose les chiffres de Gérald Bronner (sociologue) avec des vingtaines de suicides ds les années 2001, 2002, 2003. » (LT, Cécile Rousseau, J4, Gollac, sociologue, M[e] Maisonneuve, avocat des prévenus)

49 Interrogé sur le nombre des suicides, l’ex-numéro 2, un des trois prévenus, nie l’existence d’une crise des suicides, et le conseil de l’ex-DRH au moment des plaidoiries de la défense reprendra la même argumentation :

> « Si on s en tient au nombre de suicides y a pas de crise. "Vous dites qu il y a pas eu plus de suicides que 2 ans avant, vous pensez qu elle n existait pas cette crise sociale ? ", interroge Me Topaloff. "Il n y avait pas de crise sociale systemique chez #FranceTélécom", dit Wenes. » (LT, J28, ex-numéro 2, avocate SUD-PTT)

> « Si le suivi (des suicides).avait été realise, il n aurait pas donné lieu à une alerte, le nombre de suicides n etant pas superieur à la periode avant Next et Act. » (LT, J40, avocat de l’ex-DRH)

50 Enfin, lors de l’examen des cas individuels de suicide, à l’exception des cas où le suicide a été reconnu comme accident de service, la défense rejette systématiquement le lien avec le travail ou avec la période de prévention.

2.3. Double déplacement du débat : du suicide au mal-être, du quantitatif au qualitatif

51 Dans ce contexte de doute et de négation, construit dans les dix années qui ont précédé le procès, les chercheurs vont éviter de focaliser l’attention sur les chiffres du suicide. Michel Gollac, premier intervenant, avance cependant qu’il est peu probable que les fluctuations des chiffres du suicide soient dues au hasard et porte à la connaissance du tribunal un argument sur l’évolution du nombre de suicides qui montre sa relation avec le travail : avec l’arrêt des

mesures de mobilité forcée par l'entreprise, on observe une diminution du nombre de suicides dès 2011.

> « Autre point qui doit nous interpeller sur la montée des suicides entre 2008, 2009 et 2010, si on estime que les chiffres sont exactes. / Exacts / Il y a eu une baisse du nombre de suicides en 2011 apres les mesures ds l'entreprise, c'est un hasard peu probable. / *C'est un hasard mais un hasard peu probable. » (LT, Cécile Rousseau, J4, Michel Gollac, sociologue)

52 Le terrain de la mesure et des chiffres du suicide est miné : les experts connaissent les capacités des « marchands de doute » à remettre en question les données chiffrées, ils ont suivi les débats dans la presse avant le procès. Invités à témoigner à la barre par les parties civiles, ils vont opérer un double déplacement.

53 La première stratégie, en cohérence avec celle adoptée par les juges d'instruction, consiste à déplacer le débat de la question des suicides vers celle des risques psycho-sociaux, comme le fait Michel Gollac. Il évite de s'attarder sur les chiffres du suicide et valide la qualité des résultats de l'enquête Technologia qui montre une situation de mal-être au travail très marquée par rapport à d'autres populations de salariés. Tout en ayant une opinion plus réservée sur l'enquête Technologia, en raison de la méthode quantitative, Christophe Dejours va dans le même sens que Michel Gollac, en indiquant lors de son témoignage que « le suicide au travail, c'est le haut de l'iceberg » (LT, J4 Christophe Dejours). Cette expression sera reprise par deux avocats des parties civiles, plus de 30 journées plus tard : « 32 suicides c est la face emergee de l iceberg, combien de vies broyees. » (LT, J34, M° Bonnelalie pour Mme Lacassagne) ; 18 situations de suicides et 12 tentatives. C est la part emergee de l iceberg (LT, J36, Me Cadot, UNSA et CFFT). Dans la lignée de l'instruction, la parole des experts invite à regarder le phénomène de la souffrance au travail dans sa globalité sans se limiter aux cas de suicides, et c'est l'orientation qui prendra le dessus au cours du procès. C'est par conséquent l'enquête Technologia qui fera l'objet d'attaques répétées par la défense afin de la décrédibiliser.

54 La deuxième ligne consiste à rejeter l'approche « quantitative » pour mettre l'accent sur la valeur qualitative des gestes : peu importe leur

nombre, ce qui compte c'est que ces suicides se soient déroulés sur le lieu de travail ou accompagnés d'un message de dénonciation des conditions de travail. Ainsi, Patrick Ackermann du syndicat SUD-PTT à l'origine de la plainte affirme la veille des interventions des experts : « Ce qui est frappant, ce n'est pas tant le nombre de suicides que leurs lettres signées parlant de la souffrance au travail » (LT, J3, Patrick Ackermann, SUD-PTT). Le lendemain, les trois interventions des experts concordent et se font écho. Pour Dejours et Baudelot, c'est le caractère adressé du geste qui fait sens [11] et Dejours précise : « Un seul suicide sur le lieu de travail, c'est deja extremement grave, ca signe la déstructuration du milieu de travail-environnement, il est fissuré » (LT, J4, Cécile Rousseau, Christophe Dejours). L'avocat d'une victime reprendra cet argument : « J aurais aimé qu on s eloigne des chiffres ds ce proces, on a soigneusement evité de se focaliser sur les hommes et les femmes.... » (LT, J34, Me Dumas, avocate de Noel Rich).

55 Les chiffres de France Télécom antérieurs à la période de prévention sont incertains et ne permettent pas de comparaison sérieuse avec la situation présente et donc d'évaluer une augmentation significative du nombre de suicides ; les statistiques de référence qui permettraient des comparaisons justes ne sont pas disponibles. Dans cette situation d'incertitude, la défense nie la crise des suicides et les sociologues appelés par les parties civiles déplacent le débat. Le recours à la mesure des risques psycho-sociaux et l'attention portée à la signification des gestes semblent être la seule issue pour dépasser les débats sur la mesure du taux de suicides. Le raisonnement scientifique s'affine et s'adapte pour prendre en compte les limitations qui sont le propre de la recherche (ici la difficulté de la mesure).

3. Le débat sur les effets d'imitation

56 Un deuxième débat revient souvent au cours du procès : alors que les parties civiles considèrent que les conditions de travail et le management sont responsables des suicides, la défense met l'accent sur le rôle des médias qui auraient amplifié le phénomène en le rendant visible. Crise sociale ou crise médiatique ? Cette hypothèse d'une crise médiatique a été défendue par les prévenus dès la crise (la

« mode » des suicides de l'ex-P-DG) et se trouve confortée au procès par la référence à des théories sociologiques (« effet Werther »). Pour les prévenus, il s'agit de montrer que les médias en publicisant les suicides les ont renforcés. Mais la signification de l'effet Werther, issu d'une tradition sociologique américaine des années 1970 revisitée, va se trouver modifiée au cours du procès et devenir partie prenante de la théorie du suicide qui va prendre le dessus (voir section 4).

3.1. Les prévenus dénoncent une crise médiatique : de la mode des suicides à l'effet Werther

57 Il n'a pas été nécessaire d'attendre le procès pour que les prévenus avancent que la crise des suicides à France Télécom était une crise médiatique et non pas une crise sociale. Après un été dramatique, désigné comme l'acmé de la crise médiatique dans l'ordonnance de renvoi, le P-DG est convoqué par son ministre de tutelle, Xavier Darcos, du gouvernement Fillon, le 15 septembre 2009. À l'issue de l'entretien, il livre une conférence de presse de 20 minutes :

> « La première urgence aujourd'hui, c'est d'arriver à contrôler et à arrêter le phénomène de contagion qui est en train de se développer, cette espèce de spirale infernale de suicides qui s'est enclenchée. Il faut absolument casser ce mouvement-là. »

58 Il achève son propos par cette phrase, en cohérence avec son analyse de la crise sociale que traverse l'entreprise : « Il faut marquer un point d'arrêt à cette mode du suicide qui, évidemment, choque tout le monde » (*Le Point*, 2009). Pour lui, les suicides sont la conséquence d'un simple mécanisme de contagion, comme s'il s'agissait d'un phénomène hors-sol décorrélé des conditions sociales et matérielles. Ce phénomène est analysé avec des termes de la physique, comme une machine qui se serait emballée. C'est moins l'analyse mécaniste de la contagion que l'expression « mode du suicide » qui va « choquer tout le monde » et susciter une très forte réprobation au sein de l'entreprise.

59 Ainsi se construit une manière de nier le lien entre les conditions de travail et le suicide pour porter l'attention sur des mécanismes

d'imitation et de contagion, qui se seraient diffusés d'individu à individu. Les médias sont désignés comme responsables par leur activité de médiatisation des cas de suicides. Celle-ci aurait-elle contribué à l'intensification du nombre de suicides ? Est-ce qu'on se suicide parce que d'autres se suicident ?

60 Au deuxième jour du procès, l'ex-P-DG, à la suite d'une demande de la présidente sur la « crise médiatique », répond :

> « J'ai lu des livres sur les suicides depuis, j'ai parlé de mode alors que je voulais dire mood (rumeur dans la salle) il s'agit de l'effet Werther, l'effet mediatique qui peut multiplier les suicides. » (LT, Cécile Rousseau, J2, Didier Lombard, ex-P-DG)

61 Ainsi, dès l'ouverture du procès, l'ex-P-DG reprend l'hypothèse de la crise médiatique mais cette fois l'habille avec un concept issu de la sociologie, « l'effet Werther », qui donne de la légitimité scientifique à son propos. D'où vient cet effet Werther et comment est-il arrivé jusqu'au procès ?

3.2. L'effet Werther : quand Phillips revisite les thèses de Durkheim

62 Dans *Le suicide*, Durkheim avait pris soin d'éliminer l'imitation comme cause du suicide en considérant que ce n'était pas un fait social puisqu'il n'avait pas d'incidence sur le taux social de suicide. Dans sa démonstration, il restreint le champ de l'imitation au « fait de reproduire un acte qui s'est passé autour de nous ou dont nous avons entendu parler », soit de « répéter ce que d'autres ont fait ». Il écarte de l'imitation le fait « que dans un groupe tous les individus soient soumis à l'action d'une même cause » et le « fait d'adopter les manières de penser ou de faire générales autour de nous ». Durkheim donne de nombreux exemples de suicides par imitation attestés dans l'armée, les villages, les centres de détention. Ce qui l'intéresse, c'est de montrer l'incidence ou non de ces phénomènes sur le taux de suicides. Il mène ainsi une expérience sur la répartition du taux de suicides sur le territoire métropolitain et montre qu'on ne peut détecter de foyers de diffusion dans certaines zones géographiques.

63 S'il avait disposé des données pour le faire, il aurait aimé évaluer l'incidence de la place que les journaux occupent dans l'attention publique sur le taux de suicides. À cette époque, le débat était vif pour savoir s'il fallait ou non interdire la reproduction des suicides et des crimes dans la presse. Clairement, pour Durkheim, ce qui prévaut pour le suicide c'est l'existence « d'un état qui est la vraie cause génératrice de l'acte ». Avec des éléments de preuve un peu fragiles, il écarte l'idée que la contagion pourrait avoir une incidence sur le taux de suicides social.

64 En 1974, soit près de 80 ans après la parution du livre de Durkheim, David Phillips, dans l'*American Sociological Review*, réactualise ce débat sur l'imitation. D'emblée, il qualifie le mécanisme de contagion comme « effet Werther », en référence aux suicides qu'aurait entraînés la parution des *Souffrances du jeune Werther*, au point que le livre de Goethe aurait été censuré dans certaines villes. Il constate qu'en dépit du très grand nombre de travaux sur le suicide, très rares sont ceux qui ont porté sur les mécanismes de contagion. Une synthèse de ces rares travaux souligne la difficulté à prouver des effets dans un sens ou dans l'autre. Pourtant, les recherches sur les mécanismes de la contagion passionnent la sociologie américaine pendant cette période. Il entreprend donc de mettre en relation le taux de suicides mensuel aux États-Unis avec la présence en une du *New York Times* de récit de suicides. Sur 33 suicides mis à la une, il mesure dans 26 cas une surreprésentation des suicides à la suite de la parution, soit un écart significatif entre le taux réel de suicides et le taux de suicides attendu (moyenne du taux de suicides du mois de l'année d'avant et du même mois de l'année d'après). Il montre également à partir d'un autre quotidien que plus le cas de suicide est exposé fréquemment, plus l'incidence est élevée sur le nombre de suicides. La conclusion est pour lui claire : l'effet Werther est causé par la publicité dans les journaux. Phillips invente la notion et démontre un lien de causalité entre exposition dans les médias et suicide. Alors que, pour Durkheim, l'effet de l'imitation était local, pour Phillips il devient national, donc social.

65 La thèse de Phillips va être remise en question par des travaux ultérieurs, puisque la mesure de l'effet Werther va devenir une « mode » en sociologie. Wasserman, en 1984, étend la période d'observation de Phillips et utilise un modèle pour contrôler les effets saisonniers et

les ralentissements de l'économie, ce qui fait disparaître l'effet Werther. Elle montre cependant qu'il y a une augmentation significative du taux de suicides quand il s'agit de célébrités (médiatisation plus importante et mécanismes d'identification).

66 Une revue de la littérature très récente, mobilisant la méthode PRISMA qui s'est imposée comme norme dans les méta-analyses, porte un titre évocateur : « The Werther effect, the Papageno effect ou no effect » (Domaradzki, 2021). Elle recense les études portant sur le lien entre couverture médiatique et suicide. Sur 107 études, 69 semblent montrer un effet Werther et 26 concluent à des effets contradictoires ou à l'absence d'effets. Enfin, les dernières études montrent que certains récits, en fonction de leur cadrage, peuvent avoir un effet de prévention contre le suicide. L'ensemble de ces travaux, dont les résultats sont divergents, invitent à une certaine prudence dans l'interprétation et le maniement du concept.

3.3. L'effet Werther *versus* le management meurtrier dans l'analyse de Bronner

67 Ces travaux de recherche nord-américains sur l'effet Werther (influence de la médiatisation des suicides sur les passages à l'acte) ne sont pas arrivés au procès « spontanément ». La défense a mobilisé un essai de Gérald Bronner, *La démocratie des crédules*, paru aux PUF en 2013. Ce professeur de sociologie à l'université Paris Cité ne participe pas au procès, il n'a pas été invité ou n'a pas souhaité venir à la barre mais il est souvent cité ainsi que son ouvrage (trois fois son nom, deux fois le titre de son ouvrage dans le live-tweet). Pascale Robert-Diard dans sa chronique au *Monde* note que chaque avocat de la défense « exhibe un exemplaire [de l'essai de Bronner] à l'audience » (11 mai 2019).

68 Il a consacré un chapitre de son livre à la « vague des suicides », au « tsunami médiatique » de France Télécom, chapitre versé au dossier par le conseil de l'ex-numéro 2. Il y remet en cause l'augmentation des suicides en montrant que le nombre de 2009 n'est pas différent de celui de 2000, bien que les chiffres proviennent de sources différentes. De manière contradictoire, il accuse les médias qui seraient la

cause de l'augmentation du nombre de suicides. Dans un graphique, en superposant des courbes, il tente de montrer le lien entre couverture médiatique et nombre de suicides. Pour lui, le pic de la couverture médiatique précède le pic des suicides ; ce serait à peine travestir sa pensée que de dire qu'il y aurait un effet de causalité, de type « effet Werther ».

69 Entrons dans les détails de sa démonstration. Il s'appuie sur un corpus d'articles traitant de la crise sociale à France Télécom, qu'il classe en fonction de la « théorie » mobilisée pour interpréter les suicides (la théorie 1 pose un lien entre management et suicide ; la théorie 2 indique une causalité complexe entre stress et suicide ; la théorie 3 conteste le fait que le nombre de suicides soit statistiquement remarquable). Pour lui, en excluant les articles qui ne prennent pas parti, sur 421 articles, 90 % défendent la théorie 1, 7,8 % la théorie 2 et 2,1 % la théorie 3 (que nous avons explorée dans la section précédente). Pour Bronner, les journalistes auraient été eux-mêmes victimes d'un effet râteau, fondé sur des « soubassements cognitifs », des causalités simplifiées qui conduisent du management meurtrier au suicide. Il considère que le débat sur les chiffres a été trop rapidement clos. Par rapport à l'esprit de son livre, « savoir si cette "vague" de suicides était un fait objectif ou, au contraire, un fait de croyance » aurait été essentiel.

70 Si on suit Bronner, la thèse du management meurtrier pose que Next (le plan stratégique de France Télécom) serait responsable des suicides : « Si Next était bien la cause de ces suicides, les chiffres devraient marquer une inflexion à partir du moment où il a été mis en œuvre, ce qui n'est pas le cas » (p. 163-164). Il renvoie à un article de Rue89 pour dire que le taux de suicides est équivalent sur les deux périodes. Inversement, il avance que l'arrêt des mesures (fin 2009, début 2010) aurait dû conduire à un infléchissement du nombre de suicides, ce qui n'est pas le cas pour lui : les chiffres de 2010 sont particulièrement élevés (de fait, le nombre de suicides baissera à partir de 2011). Il en conclut l'absence de causalité entre le management (Next et ses mobilités forcées) et le suicide. Ce faisant, il pose une vision purement mécaniste du social à effet immédiat.

71 Puisque le management et les mobilités forcées ne sont pas en cause, il examine « l'influence possible de la déferlante médiatique ». Il

fabrique une figure sur laquelle il superpose deux courbes, celle du nombre de suicides et le taux de couverture médiatique (trois temps : faible présence, emballement médiatique [juillet-décembre 2009], déclin) par trimestre.

> « L'acmé médiatique précède celle des suicides. […] Je ne crois pas qu'il serait juste d'écrire que ce traitement médiatique a "généré" des suicides, mais il n'est pas inimaginable de supposer qu'il a créé un effet de concentration : il a accéléré le surgissement d'occurrences d'un phénomène qui, sans cela, se serait peut-être réparti différemment dans le temps. » (Bronner, 2013, p. 167)

72 Bronner pose l'existence d'un lien entre présence médiatique et taux de suicides. Et il renvoie au fameux effet Werther et aux travaux de Phillips.

73 Ce qui est étonnant, c'est l'incohérence du modèle mécaniste de « causalité ». Pour démontrer l'absence de lien entre management et suicide, Bronner n'envisage pas l'idée qu'il pourrait y avoir un décalage temporel entre la décision managériale d'arrêt des mesures et le taux de suicides (qui effectivement redescendra à partir de 2011), En revanche, quand il s'agit d'établir un lien entre vague médiatique et suicide, il accepte l'existence d'un délai (décalage des pics). Mais, le plus étonnant, c'est qu'après avoir posé que le suicide était multifactoriel, « prouver » que le suicide n'est pas dû au management mais aux médias en juxtaposant des courbes, sans mesurer la corrélation, manque de sérieux.

74 Le procès procède par simplification, et la défense trouve en cette « thèse » de Bronner des arguments particulièrement bienvenus, qui vont circuler grâce à l'expression si bien trouvée d'effet Werther.

3.4 L'effet Werther, un concept mouvant

75 De manière notable, on relève neuf occurrences de l'effet Werther dans le live-tweet, après qu'il a été introduit par l'ex-P-DG dès le deuxième jour. Pendant le procès, les avocats des parties civiles et de la défense interrogent tour à tour les témoins et les experts sur ce mécanisme de contagion.

> « Sylvie Topaloff, dit : "j'ai une question polémique. Ca a été dit ici, il y a pas eu de crise chez #FranceTelecom, ca serait une operation des médias qui auraient gonflé les chiffres, en tant que statisticien et specialiste de ces questions qu'avez vous à nous dire ?" » (LT, Cécile Rousseau, J4, Michel Gollac, sociologue)

> « “L’effet Werther (effet mimétique de certains suicides) a un sens pour vous ?” Interroge maître Beaulieu de la défense. “Il existe dans certains cas”, explique M. Gollac qui avoue ne pas être un spécialiste de la question. » (LT, Cécile Rousseau, J4, Michel Gollac, sociologue)

76 Si M. Gollac reste prudent par rapport à l’effet Werther, Ch. Baudelot prend plus clairement position en indiquant que l’imitation et la médiatisation ne peuvent expliquer le phénomène :

> « Il parle des vagues de suicides, du phénomène d’imitation. “Il y en a toujours eu dans les casernes du temps de Durkheim.” “Chez #France_Télécom, il est clair que ni imitation, médiatisation, ne produisent le phénomène.” “Les personnes qui sont passées à l’acte ne sont pas dans l’imitation de leurs devanciers. Elles expriment les mêmes souffrances au point de préférer la mort [...] Mais cela a une influence sur la manière de passer à l’acte.” » (LT, J4, Christian Baudelot, sociologue)

77 Pour Gollac, comme pour Baudelot, l’imitation ou la contagion contournent le vrai sujet qui est celui de l’analyse des causes structurales, ce qui est clairement affirmé au quatrième jour du procès. Au fil du procès, la signification du terme « effet Werther » évolue. La signification de ce terme, utilisé au début pour désigner l’influence des médias, va se déplacer pour rendre compte du partage d’une même expérience et d’une même condition. Ainsi, Michel Debout, témoin expert, psychiatre et concepteur d’une réflexion sur le harcèlement au travail, remarque :

> « "Bcp de salariés vivaient la meme situation que celui qui s'etait suicidé, d'où l'identification. En evoquant l'effet Werther, l'entreprise reconnait qu'il y avait une situation harcelante chez un grand nombre de salariés" #FranceTelecom. » (LT, J15, Cécile Rousseau, Michel Debout, témoin expert)

78 Cette interprétation est reprise par un des avocats des parties civiles lors de sa plaidoirie :

> « L effer Werther, c est un peu la "mode des suicides" (prononcé par Didier Lombard). Les gens ont les memes difficultes, les memes degradations des conditions de travail. Peut etre que tout le monde n a pas souffert mais bcp ont souffert. » (LT, J15, Cécile Rousseau, J36, Me Cadot, avocat UNSA et CFDT)

79 Comme nous l'avons vu, la « mode des suicides », « la vague des suicides », « l'effet Werther » sont des expressions qui ont été entendues pendant la crise et tout au long du procès. La « vague » a circulé comme « vérité scientifique » défendue par les prévenus et leurs avocats. En se concentrant sur le mécanisme de contagion, sur l'effet Werther, les prévenus mettent à distance le lien entre conditions de travail et suicides, et nient la crise sociale. Mais alors qu'à l'époque de la crise, l'opposition entre crise sociale et crise médiatique recoupait l'opposition entre les organisations syndicales et les dirigeants, au cours du procès l'incompatibilité entre deux interprétations du suicide (lié à la souffrance au travail, *versus* lié à l'effet Werther) s'estompe avec l'évolution de la signification du terme « effet Werther » : le rôle des médias est écarté et les acteurs mettent l'accent sur la similarité des situations vécues qui expliqueraient les passages à l'acte.

4. « Le suicide au travail est un message ». Le suicide vindicatif

80 Les experts s'accordent pour considérer le suicide comme un phénomène multifactoriel. Le travail ne peut être la seule cause, d'autant plus que les différents espaces sociaux ne sont pas étanches : des conditions de travail dégradées peuvent se répercuter sur la vie privée et inversement. Les facteurs sont liés les uns aux autres et même les médias peuvent aussi avoir une influence.

> « Le suicide est multifactoriel. Hors de question d'affirmer que le travail soit la cause unique d'un suicide [...] mais il peut être mis en cause. » (LT, Cécile Rousseau, J4, Christian Baudelot)

81 Mais, pendant le procès, les théories se simplifient, entrent en concurrence et se radicalisent : le suicide est une conséquence de la dégradation des conditions de travail pour les parties civiles, un effet des médias ou de fragilités individuelles pour les prévenus. Un concept introduit par Baudelot lors de son témoignage va contribuer à dépasser cette opposition et une autre interprétation des suicides à France Télécom va être proposée. Ces suicides et tentatives seraient liés à la souffrance au travail mais auraient une dimension de dénonciation et de revendication dans l'espace public, autrement dit une dimension médiatique et collective.

4.1. Un suicide adressé et collectif

82 Les suicides et tentatives de suicide examinés au cours du procès ont la particularité d'être liés au travail : soit parce qu'ils ont eu lieu dans l'établissement, soit parce que la personne a explicitement désigné dans une lettre ou dans ses propos la responsabilité de l'entreprise. « Le suicide au travail est un message », nous dit Christophe Dejours dans son intervention.

> « Le suicide ce n'est pas qu'une mise à mort de soi, il est adressé, il y a une dimension de message, le suicide au travail est un message. » (LT, Cécile Rousseau, J4, Christophe Dejours)

83 Pour Christian Baudelot, les statistiques de suicide sont le signal d'un malaise, mais ne sont pas suffisantes pour comprendre la signification de l'acte. Le suicide au travail a une dimension symbolique : « Je me suicide ici, car l'origine de ma souffrance est là. » (LT, Cécile Rousseau, J4, Baudelot). Il évoque lors de son intervention le « phénomène de *suicide vindicatif* avec une dimension de vengeance. " j'attribue la responsabilité de ce que je vis à..." » (LT, Cécile Rousseau, J4, Christian Baudelot).

84 Le compte rendu qu'en donne Pascale Robert-Diard pour *Le Monde* (11 mai 2019) est plus explicite :

> « "Un suicide est toujours adressé", a confirmé le sociologue Christian Baudelot. Quand il se produit sur le lieu même du travail, il traduit une "volonté évidente de la part de la victime d'indiquer le lien fort entre le suicide et l'endroit où il a été commis". Même si le

> travail “n’est jamais la cause unique et principale d’un suicide, il est en cause”. C’est une sorte de suicide vindicatif, vengeur. »

85 Le concept de « suicide vindicatif » que pose Baudelot dès le quatrième jour d’audience, dont rendent compte les différentes chroniques, va connaître une belle carrière tout au long du procès. Il quittera la sphère de l’expertise sociologique pour être repris par les avocats des parties civiles dans les témoignages et les plaidoiries.

> « “Elle fait un acte dramatique comme bcp d’autres pour que la direction change d’avis. Nous sommes ds un cas de suicide vindicatif comme l’avait relevé Christophe Dejours”, precise l’avocate #FranceTelecom. » (LT, Cécile Rousseau, J23, avocate de victime)

86 A la 36e journée d’audience qui correspond aux plaidoiries des avocats des parties civiles, la référence au suicide vindicatif est mobilisée à plusieurs reprises tandis que l’effet Werther est rejeté :

> « Le suicide vindicatif, c est ceux qui essaieront de se suicider au travail, Yonnel Dervin, Remy Louvradoux, Stephanie Moisan… on a dix personnes. Il n est jamais anodin de se suicider sur son lieu de travail. De laisser une lettre. » (LT, Cécile Rousseau, J36, Me Cadot, avocate des parties civiles, UNSA et CFDT, Plaidoiries des avocats des parties civiles)

> « Les chiffres souvent ne sont pas tres solides, ce qui est visible c est le caractere, vindicatif, ces changements qui rendent fous, l absence de recours, de criteres objectifs, ont eu des effets gravissimes. Ils ont prefere la mort. » (LT, Cécile Rousseau, J36, Me Topaloff, avocate des parties civiles, SUD-PTT, Plaidoiries des avocats des parties civiles)

87 Il est étonnant de constater qu’à deux reprises le concept de suicide vindicatif est attribué à Dejours par une avocate des parties civiles puis par l’avocat de l’ex-DRH dans une tentative de dénigrement (« Certains ont ete choisis pour bouger les trous, "c est un suicide vindicatif", dira Mr Dejours » [LT, J40, Cécile Me Danis, avocat ex-DRH]), alors que c’est Baudelot qui en avait parlé. La prise de parole de Christophe Dejours a été beaucoup plus longue que celle de ses collègues. Cela montre aussi que les travaux des scientifiques ne sont

pas lus et qu'ils circulent *via* les prises de parole publiques, d'où l'intérêt de ces témoignages au cours du procès.

4.2. De Malinowski à Baudelot et Gollac : « que peuvent dire les suicides au travail ? »

88 Les termes de suicide vindicatif, comme celui d'effet Werther ne sont pas apparus pendant le procès. Il nous faut remonter à l'article de Baudelot et Gollac de 2015, « Que peuvent dire les suicides au travail ? ». Les auteurs concluent leur démonstration en introduisant l'idée de suicide vindicatif, en référence à un type de suicide que Malinowski avait identifié aux îles Trobriand. Un jeune homme se suicide du haut d'un palmier et se venge en désignant les responsables de sa mort. En dépassant l'opposition entre ceux qui considèrent que seules les conditions de travail sont en cause et ceux qui dénoncent les effets de la vague médiatique des suicides, les auteurs insistent sur la dimension sociale du suicide. L'acte prend ici une dimension collective et de prise de parole dans l'espace public.

> « En se produisant sur la scène publique, au sein même de l'entreprise, le suicide individuel, provoqué par un haut degré de souffrances personnelles, devient une forme ultime de protestation sociale. Passer de la scène privée à la scène publique permet de donner un sens collectif, social et politique à un acte personnel provoqué par de la souffrance individuelle. » (Baudelot, Gollac, 2015)

89 Qu'écrit au juste Malinowski dans *Mœurs et coutumes des Mélanésiens* (1932) ? Il examine le rôle du suicide et de la sorcellerie qui sont pour lui « deux mécanismes pour le redressement de l'ordre et de l'équilibre » (p. 79). Revenons sur le cas décrit. Le jeune homme qui se suicide en se jetant du haut du palmier entretenait une relation avec une cousine de son camp et ce faisant il violait la loi exogamique du camp totémique. La violation ne pose pas de problème à l'opinion publique qui ne se sent pas outragée, tant qu'il n'y a pas de scandale. Mais, à partir du moment où le prétendant officiel de la jeune fille (de l'autre camp) s'aperçoit de la trahison, tente de faire de la magie sur l'autre jeune homme puis l'insulte publiquement, le scandale en devenant public rend la situation sans issue pour le

jeune homme « fautif », acculé au suicide. Le suicide est décrit comme un objet à double face : d'un côté, il acte la reconnaissance d'une faute morale (l'inceste au sens large), de l'autre, il marque une protestation contre ceux qui ont dénoncé la faute et constitue ainsi une forme de vengeance.

> « Les deux formes de suicide [se jeter d'un palmier ou absorber un poison mortel] sont employées comme moyen d'échapper à des situations sans issue ; elles reposent sur une attitude psychologique complexe, dans laquelle entrent, à la fois, le désir de s'infliger soi-même un châtiment, celui de se venger et de se réhabiliter, de se soustraire à une douleur morale. » (p. 89)

> « Il importe de dégager deux mobiles dans la psychologie du suicide : d'une part, il s'agit toujours d'expier un péché, un crime ou l'explosion d'une passion, que ce soit une violation de la loi exogamique, ou un adultère, ou une injure injustement infligée, ou une tentative d'échapper à des obligations ; d'autre part, il s'agit d'une protestation contre ceux qui ont dévoilé cette transgression, insulté le coupable en public et l'ont acculé à une situation intolérable. » (p. 91)

> « Il offre à celui qui est accusé et persécuté, qu'il soit coupable ou innocent, une issue et un moyen de réhabilitation. » (p. 92)

> (Malinowski, 1933)

90 Dans le cas des suicides à France Télécom, peut-on discerner les deux composantes du suicide : expiation de la faute et protestation ? Les témoignages oraux ou écrits des victimes et le choix du lieu du suicide disent de toute évidence la protestation et désignent le responsable : le travail ou l'organisation. Mais trouve-t-on des traces de culpabilité ? De quelle faute s'accusent-ils ? Est-ce de n'être pas parvenu à s'adapter à la privatisation, à l'ouverture à la concurrence, au processus d'innovation à marche forcée ? Est-ce de n'avoir pas su incarner la nouvelle figure du salarié attendue par les managers ou les dirigeants ? Les témoignages de ce malaise sont nombreux : la peur de se retrouver dans des fonctions commerciales alors qu'on vient de métiers techniques, la peur de ne pas savoir s'adapter aux innovations technologiques. L'hypothèse d'une culpabilité assumée

n'est pas nécessaire. Il nous suffit d'opérer un léger déplacement : c'est le processus de culpabilisation opéré par la direction, en annonçant 22 000 départs qui est en jeu. Le procès a montré que chacun des salariés pouvait tour à tour se sentir ciblé et coupable. Ainsi, les suicides vindicatifs à France Télécom ont bien cette double dimension : sentiment de culpabilité en écho au processus de culpabilisation opéré par la direction et protestation. Baudelot et Gollac déplacent légèrement le concept développé par Malinowski : en désignant le suicide comme vindicatif, ils font exister une nouvelle catégorie de suicide porteuse d'une dimension collective, assumée par les victimes. Les lettres, les suicides sur le lieu de travail sont autant de messages adressés qui font exister le collectif.

91 Le suicide vindicatif introduit par Baudelot et Gollac décrit précisément la situation des salariés de France Télécom et fait écho à d'autres formes de suicides vindicatifs de ce type, qui ont comme caractéristique d'avoir été à l'origine de mouvements sociaux. Le suicide de Mohamed Bouazizi, vendeur ambulant en Tunisie qui s'était immolé par le feu le 17 décembre 2010, est souvent considéré comme le point de départ des printemps arabes. Le suicide de Rohith Vemula, étudiant dalit, le 17 janvier 2016, sur le campus de l'université Hyderabad en Inde, déclenche de vastes protestations contre les injustices dont sont victimes les intouchables, comme le montre l'analyse qu'en fait Floriane Zaslavsky (2019).

Conclusion

92 Si la présence des sociologues comme témoins experts sur le suicide au cours du procès a pu surprendre certains des participants, elle s'inscrit dans une évolution au long cours de la justice qui tend à mobiliser les chercheurs en sciences sociales pour apporter une « vérité scientifique » au procès. Le tribunal attendait peut-être que la vérité scientifique vienne l'éclairer. Il a constaté que les sciences sociales étaient elles-mêmes traversées de désaccords et que les conflits sur les interprétations étaient intenses, et ce de longue date. Les sciences sociales ne tiennent pas un discours unifié sur le suicide, les chercheurs débattent entre eux, les théories sont en concurrence.

93 Des formes d'alliances se sont constituées entre les parties prenantes : parties civiles et prévenus ont chacun choisi les théories

qui convenaient le mieux à leurs points de vue sur la situation. Pour les parties civiles, il s'agissait de montrer que le mal-être au travail, lié à la dégradation des conditions de travail, était la cause principale des suicides : les travaux sur bonheur et souffrance au travail ont alors été mobilisés ; pour les prévenus, il s'agissait de montrer que les suicides étaient liés à des mécanismes de contagion orchestrés par les médias, presque détachés du contexte professionnel, une sociologie qui s'intéresse aux effets des médias a ainsi été mobilisée.

94 Mais, dans le dispositif du procès, l'asymétrie entre les deux parties est grande : les parties civiles invitent des témoins experts de renom à la barre, qui livrent une interprétation des suicides cohérente avec l'accusation et le dossier d'instruction, tandis que les prévenus citent un concept (l'effet Werther), non incarné par un expert en chair et en os, et dont la signification se voit modifiée et intégrée à la thèse des parties civiles (l'effet Werther devient l'expression d'une condition partagée par les acteurs). Alors que la logique judiciaire diffère de la logique des sciences sociales par la recherche des responsabilités individuelles, dans ce procès qui traite des effets d'une politique d'entreprise, il y a une forme d'alignement entre logique judiciaire et logique des sciences sociales, qui explique que le discours des experts ait été globalement bien accueilli par le tribunal.

95 Le seul point d'accord entre les chercheurs est la reconnaissance d'un faisceau de causalités et donc l'impossibilité d'imputer à une seule cause le suicide. Ce faisant, les chercheurs contribuent à renforcer le déplacement déjà opéré par les juges (qui ont renoncé à la qualification d'homicide pour se concentrer sur le harcèlement moral). Le cœur du procès va porter sur la souffrance au travail en tenant compte de l'ensemble du corps social concerné et non pas des seuls suicides.

96 Il a beaucoup été question de chiffres au cours du procès, sur les départs, sur les suicides, sur le chiffre d'affaires, la dette… Notre époque manifeste une passion pour la mesure : « connaître c'est mesurer », telle est une des croyances les mieux partagées (Martin, 2023). Alors que cette logique du chiffre est bien présente, elle est cependant mise à mal au cours du procès par une perspective compréhensive qui se détourne de la mesure pour identifier les logiques d'action, le sens que les acteurs donnent à leur comporte-

ment. La question du nombre a été éclipsée par cette lecture compréhensive du suicide, le suicide vindicatif, qui a transformé les victimes en porte-parole d'une protestation collective de grande ampleur.

BIBLIOGRAPHY

Atlani-Duault, L. Dufoix S., 2014, « Les sciences sociales saisies par la justice », *Socio*, n° 3, p. 9-47.

Baudelot C., Establet R., 1984, *Durkheim et le suicide*, Paris, PUF

Baudelot C., Gollac M., 2003, *Travailler pour être heureux ? Le bonheur et le travail en France*, Paris, Fayard

Baudelot C., Gollac M., 2015, « Que peuvent dire les suicides au travail ? », *Sociologie*, vol. 6, n° 2, p. 195

Beaudouin V., Beauvisage T., Cardon D., Velkovska J., 2003, *L'entrelacement des médias dans la constitution des publics de Loft Story*, Issy-les-Moulineaux, France Télécom R & D

Bronner G., 2013, *La démocratie des crédules*, Paris, PUF, p. 152-177

Dejours C., 1998, *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, Paris, Seuil

Dejours C., Bègue F., 2009, *Suicide et travail : que faire ?*, Paris, PUF

Domaradzki J., 2021, « The Werther effect, the Papageno effect or no effect? A literature review », *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 18, n° 5, p. 1-2

Durkheim E., 1897, *Le suicide. Étude de sociologie*, Paris, Félix Alcan, éditeur

Gollac M., Bordier M. (dir.), 2011, *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser*, DARES, ministère du Travail et de l'Emploi

Honoré J.-P., 2021, *Un lieu de justice*, Paris, Arléa

Israël L., Mouralis G., 2000, « Le chercheur en sciences sociales comme acteur du procès ? », *Droit et société*, vol. 44, n° 1, p. 159-175

Jolivet B., Robinson E., 2018, « Ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel »,12 juin 2018

Knight M., 2017, « The accused is entering the courtroom: The live-tweeting of a murder trial », *Journal of Media Practice*, vol. 18, n° 2-3, p. 186-211

Le Point, 2009, « Suicides chez France Télécom : conférence de Didier Lombard », [https://www.dailymotion.com/video/xahube], consulté le 24 septembre 2023

Linhart D., 2009, « Modernisation et précarisation de la vie au travail », *Papeles del CEIC*, vol. 43, n° 1, p. 19

Malinowski B., 1933, *Mœurs et coutumes des Mélanésiens. Trois essais sur la vie sociale des indigènes trobriandais*, Paris, Payot

Malinowski B., 1932, *Crime and custom in savage society*, Londres, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. / New York, Harcourt, Brace & Co.

Martin O., 2023, *Chiffre*, Paris, Anamosa

Oreskes N., Conway E. M., 2011, *Merchants of doubt. How a handful of scientists obscured the truth on issues from tobacco smoke to global warming*, Londres, Bloomsbury Press

Phillips D. P., 1974, « The influence of suggestion on suicide: Substantive and theroretical implications of the Werther effect », *American Sociological Review*, vol. 39, n° 3, p. 340-354

Robert-Diard P., 2019, « Ces suicides ont eu valeur d'alerte », *Le Monde*, 11 mai 2019

Scott K., 2016, « Twitter and the Oscar Pistorius trial », *Journal of African Media Studies*, vol. 8, n° 3, p. 397-411

Small T.A., Puddister K., 2020, « Play-by-play justice: Tweeting criminal trials in the digital age », *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 35, n° 1, p. 1-22

Wasserman I. M., 1984, « Imitation and suicide: A reexamination of the Werther effect », *American Sociological Review*, vol. 49, n° 3, p. 427-436

Zaslavsky F., 2019, *Mouvements sociaux et Internet en Inde : stratégies de visibilité médiatique et d'intégration à l'espace public. Le cas du mouvement dalit*, thèse, EHESS / Université de recherche Paris Sciences et Lettres

NOTES

1 Ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, p. 353.

2 Institutions représentatives du personnel.

3 Rapport de l'Inspection du travail, 4 février 2010.

4 Ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, p. 592.

5 Tous les prévenus, à l'exception du DRH et de l'entreprise Orange, ont fait appel de la décision. Le procès en appel s'est tenu en 2022 et a conduit à réviser partiellement le premier jugement. Cependant, la cour d'appel de Paris, dans sa décision du 30 septembre 2022, a retenu, elle aussi, le harcèlement moral institutionnel. Voir l'article de F. Rousseau dans ce dossier.

6 Loi n° 54-1218 du 6 décembre 1954 complétant l'article 39 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse en vue d'interdire la photographie, la radiodiffusion et la télévision des débats judiciaires. L'article 38ter de la loi de 1881 indique : « Dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit. »

7 Interfaces de programmation d'applications.

8 Les extraits cités dans ce texte gardent la trace de la logique de l'urgence : ils n'ont pas été réécrits.

9 Voir *infra*.

10 Archives de la CGT, section INSEE, GENES, Histoire, [https://www.cgtinsee.org/statistique-publique/histoire-118/article/2009-un-statisticien-provoque-une-polemique-en-mettant-en-cause-la-casse], consulté le 14 septembre 2023.

11 Voir *infra* point 4.

ABSTRACT

Français
Au cours du procès France Télécom en première instance, qui s'est tenu en 2019, des chercheurs en sciences sociales sont venus témoigner à la barre, des travaux universitaires ont été cités. Devant le tribunal, des débats qui animent la recherche en sociologie se sont rejoués : les parties civiles et la défense ont chacun mobilisé les théories les mieux adaptées à leur stratégie. Tandis que les premiers insistaient sur le lien entre les conditions de travail et le suicide, les autres mettaient l'accent sur les effets de contagion et d'imitation (« effet Werther »). Par-delà ce conflit d'interprétation, les sciences sociales ont contribué lors du procès à faire entendre la dimension vindicative et collective de ces suicides et à déplacer l'attention vers la souffrance au travail, le suicide n'étant que le signe d'un malaise beaucoup plus global. Cette analyse qui s'appuie sur le live-tweet intégral du procès et sur les chroniques judiciaires montre comment dans ce procès le témoignage des experts invités par les parties civiles a contribué à renforcer l'accusation et le dossier d'instruction portant sur le harcèlement moral institutionnel.

INDEX

Keywords
procès, suicide, harcèlement moral, théories sur le suicide, sciences sociales au procès, controverses scientifiques

AUTHOR

Valérie Beaudouin
Professeure de sociologie, directrice d'études à l'EHESS, Centre d'étude des mouvements sociaux (CEMS) ; valerie.beaudouin@ehess.fr

Le « harcèlement moral institutionnel » à l'aune des principes du droit pénal

François Rousseau

OUTLINE

Introduction
1. Les potentialités fragiles du délit de harcèlement moral face au harcèlement moral institutionnel
   1.1. Les potentialités de l'incrimination de harcèlement moral face au harcèlement moral institutionnel
   1.2. La fragilité de l'imputation directe du délit de harcèlement moral aux dirigeants de l'entreprise
2. Les potentialités inexploitables de l'homicide par imprudence face aux suicides consécutifs au harcèlement moral institutionnel
   2.1. L'application possible de l'homicide par imprudence à l'égard des suicides de salariés
   2.2. L'impossible cumul des qualifications d'homicide par imprudence et de harcèlement moral

TEXT

Introduction

1 Si le législateur français a particulièrement investi la répression du harcèlement moral au cours de ces dernières années, il n'a pas encore reconnu formellement dans la loi le harcèlement moral dit institutionnel, c'est-à-dire découlant d'une politique d'entreprise globale et systémique. On peut en être étonné au regard de l'ampleur médiatique de l'affaire France Télécom[1]. On rappellera qu'à la suite de la privatisation de l'opérateur public historique qui deviendra Orange, les nouveaux dirigeants de l'entreprise avaient décidé de mettre en œuvre un plan de déflation massive des effectifs (22 000 postes sur 110 000), mais sans recourir à la procédure de licenciement pour des raisons économiques. Une stratégie de politique des ressources humaines et de management avait été mise en œuvre afin d'inciter ou, plutôt, de contraindre les salariés au départ volontaire (politique matérialisée par les plans Next pour « nouvelle expérience des télé-

communications » et ACT pour « anticipation et compétence pour la transformation »). Dans le cadre de cette stratégie, les managers régionaux et locaux avaient été conditionnés au succès des objectifs de déflation des effectifs et leur rémunération indexée sur la baisse des effectifs. Cette politique d'entreprise a été à l'origine d'une dégradation des conditions de travail, en particulier au cours des années 2007 et 2008, qui a non seulement engendré des départs mais également de nombreux suicides (un peu plus d'une trentaine). Le législateur n'a pourtant pas profité de la médiatisation de cette affaire pour reconnaître le « harcèlement institutionnel ». Il faut dire qu'il s'est, depuis quelques années, détourné du harcèlement moral au travail pour se focaliser sur d'autres formes de harcèlement moral (en dehors de la sphère professionnelle). Un petit rappel de l'histoire législative en la matière permet d'en prendre la mesure.

2 **Histoire législative et harcèlement moral « au travail ».** Le délit de harcèlement moral a été introduit assez tardivement dans notre Code pénal à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, à l'article 222-33-2 du Code pénal. Avant cette loi, seul le harcèlement sexuel était spécifiquement incriminé, ce depuis l'adoption du Code pénal actuel (art. 222-33). Ce n'est pas une loi proprement pénale qui a introduit le harcèlement moral dans notre Code pénal mais une loi relative au droit du travail. Cette origine s'explique par le contexte ayant entouré l'introduction de la notion de harcèlement moral dans notre législation (Adam, 2019 ; Mistretta, 2019 ; Monteiro, 2003 ; Salah-Eddine, 2010). Non prévue initialement dans le projet de loi, la notion de harcèlement moral fut introduite à la faveur d'un amendement parlementaire dans un contexte de médiatisation des pratiques de harcèlements dans le monde l'entreprise, à la faveur de la parution en 1998 de l'ouvrage de M.-F. Hirigoyen, *Harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*. Alors même que cet ouvrage livrait une analyse sociologique du phénomène de harcèlement bien au-delà de la seule sphère professionnelle, les débats intellectuels et médiatiques sur le sujet vont se focaliser sur la question du harcèlement moral dans les relations du travail. Outre l'influence du lobbying associatif (Salah-Eddine, 2010), le législateur était invité à légiférer sur la question tant par le Comité économique et social [2] que par le Parlement européen [3]. Si le législateur français de l'époque était convaincu de la nécessité de légiférer

en la matière, il était partagé sur la nécessité de recourir au droit pénal ; le Sénat y était opposé par crainte d'engendrer une pénalisation excessive des relations d'entreprise [4], tandis que l'Assemblée nationale y était attachée [5], laquelle eut finalement le dernier mot [6]. Cette vision législative étroite du harcèlement moral, envisagé dans la seule sphère professionnelle ne sera pas sans conséquences sur sa définition. En effet, l'article 222-33-2 incrimine au titre du harcèlement moral « le fait de harceler autrui par des agissements [7] répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ». La référence au sein de l'incrimination « aux conditions de travail » est très révélatrice de la conception étroite du législateur qui n'a pensé qu'au harcèlement moral dans les relations du travail sans songer aux autres contextes propices au harcèlement moral (milieu scolaire, conflit de voisinage, etc.) [8]. Ce lien entre relation du travail et harcèlement moral a d'ailleurs amené le législateur de 2002 à créer un « doublon d'incrimination » entre le Code pénal et le Code du travail qui réprimait lui aussi le harcèlement moral [9]. Par la suite, le législateur va se focaliser sur d'autres formes de harcèlement moral, notamment au sein du couple et au sein du milieu scolaire.

3 **Extension du harcèlement moral et harcèlement conjugal.** Un délit spécial de harcèlement moral au sein des relations conjugales va d'abord être créé à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences conjugales et intrafamiliales. Une fois encore, le harcèlement moral ne sera pas abordé globalement mais au travers du prisme étroit des violences conjugales. La création de ce délit entendait renforcer la réponse pénale contre les violences psychologiques au sein du couple commises bien souvent dans un contexte d'emprise, en permettant leur répression sans attendre la survenance de violences physiques et à défaut d'autres qualifications pénales applicables [10]. Le cadre des relations conjugales étant assez différent de celui des relations du travail, le législateur a fait le choix d'adopter un nouveau délit spécifique, en incriminant à l'article 222-33-2-1 « le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un Pacte civil de solidarité ou son concubin par des agissements [11] répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses condi-

tions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale ».

4 **Harcèlement général et harcèlement scolaire.** Ensuite, un nouveau délit de harcèlement moral plus général va être créé par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes à l'article 222-33-2-2 qui incrimine « le fait de harceler une personne par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale ». On peut être surpris par la méthode consistant à créer une nouvelle incrimination se voulant générale sans avoir repensé l'articulation d'ensemble des délits de harcèlement moral (Benillouche, 2012). L'explication réside sans doute dans le fait que cette incrimination générale n'était pas prévue à l'origine dans le projet de loi et qu'elle fut introduite par un amendement parlementaire à la suite de discussions alertant sur le harcèlement en milieu scolaire et ses nouvelles formes avec le développement des nouvelles technologies (« cyberharcèlement »)[12]. Alors même que ce délit général de harcèlement moral fut créé pour s'appliquer en particulier au harcèlement scolaire, le législateur a souhaité tout récemment introduire une qualification spéciale de harcèlement scolaire par une loi n° 2022-299 du 2 mars 2022 visant à combattre le harcèlement scolaire. L'objectif de ce texte, en instaurant une échelle de peine propre plus grave que le harcèlement moral général, est avant tout répressif car, pour ce qui est de sa définition, il procède par renvoi à la définition du harcèlement général tout en définissant le domaine spécifique du harcèlement scolaire à savoir des faits commis « à l'encontre d'un élève par toute personne étudiant ou exerçant une activité professionnelle au sein du même établissement d'enseignement » (art. 222-33-2-3 CP)[13].

5 **Activité judiciaire en matière de répression du harcèlement moral.** L'attention du législateur au cours de ces dix dernières années en matière de lutte contre le harcèlement moral s'est donc détournée du domaine des relations au travail. Le contraste est assez saisissant avec l'activité judiciaire qui elle, bien au contraire, se concentre sur le délit de harcèlement moral au travail (même s'il faut rester prudent au regard de l'apparition plus tardive des autres délits de harcèlement moral). À défaut de statistiques disponibles sur le nombre de condamnations par an pour harcèlement moral, nous avons tenté de

mesurer l'activité judiciaire en la matière à partir du nombre d'arrêts rendus par la Chambre criminelle en application des textes relatifs au harcèlement moral[14]. Il apparaît alors que, sur 268 décisions, 254 concernent le harcèlement moral au travail. Plus précisément, l'évolution statistique par année est la suivante depuis 2002 :

Graphique 1 : Évolution statistique du harcèlement suivant le type depuis 2002


Graphique 1 : Évolution statistique du harcèlement suivant le type depuis 2002

6 Cette évolution quantitative de l'activité judiciaire de la Chambre criminelle en matière de harcèlement moral montre une baisse significative du contentieux à partir de 2017-2018 et encore davantage en 2019, dont les causes interrogent. Cela traduit-il une réelle baisse d'activité contentieuse ou bien une stabilisation de la jurisprudence de la Chambre criminelle en la matière dissuadant les plaideurs d'intenter des pourvois inutiles ? Pour tenter d'y répondre, nous avons fait une rapide analyse croisée de la jurisprudence des cours d'appel en matière de harcèlement moral à partir de la base JurisData de LexisNexis, laquelle semble bien confirmer une diminution du contentieux, y compris devant les juges du fond :

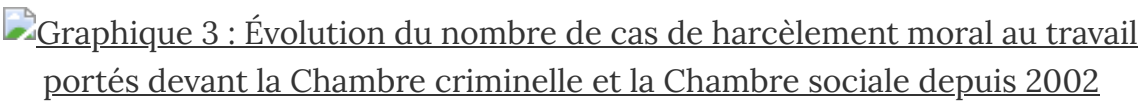
Graphique 2 : Répartition des 30 décisions en matière de harcèlement moral répertoriées entre 2018 et 2022 (162 décisions avant 2018)


Graphique 2 : Répartition des 30 décisions en matière de harcèlement moral répertoriées entre 2018 et 2022 (162 décisions avant 2018)

7 Il faut bien évidemment rester prudent sur l'interprétation de cette diminution du contentieux pénal, car plusieurs explications sont possibles. Cela traduit-il une réelle diminution des dénonciations de faits de harcèlement en entreprise ou bien une désaffection pour la voie pénale au profit du contentieux civil ? À cet égard, nous avons avec la même méthode croisé l'activité judiciaire de la Chambre sociale et celle de la Chambre criminelle[15] s'agissant du seul harcèlement moral au travail. L'évolution quantitative des deux contentieux est assez comparable et conforterait donc l'hypothèse d'une diminu-

tion des dénonciations de faits de harcèlement moral devant la justice.

Graphique 3 : Évolution du nombre de cas de harcèlement moral au travail portés devant la Chambre criminelle et la Chambre sociale depuis 2002


Graphique 3 : Évolution du nombre de cas de harcèlement moral au travail portés devant la Chambre criminelle et la Chambre sociale depuis 2002

8 Il faut là encore rester très prudent sur l'analyse de ces statistiques dont l'élaboration est sans doute imparfaite et empreinte d'empirisme [16]. Quoi qu'il en soit, il serait intéressant de les recouper avec des enquêtes épidémiologiques récentes sur le harcèlement moral ou plus largement les « comportements hostiles » au travail, comme cela avait été réalisé par l'enquête SUMER en France montrant une tendance à la hausse des faits de harcèlement entre 2003 et 2010 (DARES, 2014 ; Hirigoyen, 2017, chapitre 4). Cette hausse de la perception du harcèlement par les salariés serait en phase avec l'intensification de l'activité judiciaire observée à partir de 2010 devant la Cour de cassation.

9 **Évolution qualitative de la jurisprudence.** Mais, au-delà de cette évolution purement quantitative de la jurisprudence, il convient de souligner son évolution « qualitative ». En effet, alors même que le texte d'incrimination du harcèlement moral au travail a été conçu à l'origine (en 2002) en ne songeant qu'à une relation interindividuelle verticale (entre un supérieur et un subordonné) ou horizontale (entre deux salariés), la jurisprudence a su adapter l'incrimination à des formes plus systémiques de harcèlement sous couvert de méthodes radicales de management. Elle a ainsi reconnu progressivement ce que l'on a appelé en doctrine le « harcèlement managérial », puis, plus récemment à l'occasion de l'affaire dite France Télécom, le « harcèlement institutionnel » correspondant à un harcèlement managérial généralisé en tant que politique d'entreprise. On pourrait alors penser au regard de cette évolution de la jurisprudence qu'il n'est pas forcément utile d'en appeler à une nouvelle réforme législative en matière de harcèlement moral. Et pourtant, en dépit de l'existence des potentialités répressives de notre droit pénal face au harcèlement moral institutionnel, nous voudrions montrer que ces potentia-

lités répressives demeurent fragiles sur le terrain du harcèlement moral (1) et inexploitable sur le terrain de l'homicide par imprudence pour rendre compte des suicides découlant d'un harcèlement moral institutionnel (2).

1. Les potentialités fragiles du délit de harcèlement moral face au harcèlement moral institutionnel

10 L'affaire France Télécom a été l'occasion pour les juges de montrer toutes les potentialités du délit de harcèlement moral au travail afin d'appréhender pénalement une situation de « harcèlement moral institutionnel » (1.1). Il n'en demeure pas moins que l'imputation directe du délit de harcèlement moral aux dirigeants de France Télécom semble bien fragile dans ses fondements techniques (1.2).

1.1. Les potentialités de l'incrimination de harcèlement moral face au harcèlement moral institutionnel

11 **Condamnation pour « harcèlement moral institutionnel ».** Le tribunal de Paris, dans sa décision du 20 décembre 2019, a qualifié la politique d'entreprise de déflation massive des effectifs [17], à la suite de la privatisation de France Télécom (devenu Orange), de « harcèlement moral institutionnel », dès lors qu'elle fut décidée au plus haut niveau de la hiérarchie en tant que stratégie d'ensemble s'appliquant à l'ensemble des salariés de l'entreprise (Mucchielli, 2019). La cour d'appel de Paris a conforté cette analyse dans sa décision du 30 septembre 2022 en précisant que ce type de harcèlement a « pour spécificité d'être en cascade, avec un effet de ruissellement » (Bloch, 2022). On ne peut qu'approuver cette analyse « des faits ». Mais la qualification pénale de harcèlement moral au travail prévue à l'article 222-33-2 du Code pénal pouvait-elle « en droit » s'appliquer à cette situation inédite ?

12 **Rappel des éléments constitutifs du délit.** Il convient ici de rappeler brièvement les éléments constitutifs du délit de harcèlement moral au travail. Il consiste matériellement à commettre des actes répétés à l'encontre d'autrui qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail, pouvant porter atteinte aux droits sociaux ou à la santé de la victime ou bien pouvant compromettre son avenir professionnel. Le délit étant intentionnel, il suppose une volonté d'accomplir les actes en ayant parfaitement conscience de ses répercussions sur la victime.

13 **Élément matériel.** D'un point de vue matériel, les actes accomplis pour inciter les salariés de France Télécom à quitter l'entreprise correspondaient bien à des actes de harcèlement au sens de la jurisprudence de la Chambre criminelle, à savoir notamment des réorganisations multiples et désordonnées du travail[18], des mises sous pression[19] ou bien encore des mises à l'isolement[20]. Quant aux conséquences, on rappellera que le délit de harcèlement moral ne nécessite pas le constat d'une atteinte effective aux droits ou à la santé des salariés, du moment que la dégradation des conditions de travail soit *de nature à* engendrer un tel résultat. Le harcèlement est une infraction « formelle » (de mise en danger pourrait-on dire en ce qu'elle n'implique pas de dommage effectif)[21]. Au demeurant, dans l'affaire France Télécom, le stade du risque a largement été dépassé puisque des atteintes effectives ont pu être constatées, certaines s'étant d'ailleurs manifestées par des suicides.

14 **Harcèlement moral et exercice des pouvoirs de direction.** L'élément qui pouvait prêter à discussion aurait pu être l'invocation par les dirigeants de leur légitime pouvoir de direction de l'entreprise et d'expliquer que leur politique n'avait pas pour but, en soi, de porter atteinte aux salariés mais de redresser la situation économique de l'entreprise. Il s'agit presque en un sens d'invoquer un « mobile managérial ». Mais, là encore, comme l'ont très justement rappelé les juges parisiens, s'il n'appartient pas au juge pénal d'apprécier l'opportunité d'une politique ou stratégie d'entreprise, il lui appartient en revanche de rappeler les limites légales à l'exercice du pouvoir de direction, dont celle du harcèlement moral (Mucchielli, 2019). En effet, une jurisprudence désormais bien établie de la Chambre criminelle rappelle que le délit de harcèlement moral peut être retenu à l'encontre d'un employeur ou cadre dirigeant dont les agissements

ont outrepassé les limites à l'exercice normal des pouvoirs de direction [22]. Il ne s'agit pas ainsi de remettre en cause les choix politiques de la direction, mais seulement la méthode pour y parvenir. En outre, ce « mobile managérial » n'empêche nullement la caractérisation de l'intention, laquelle suppose simplement d'avoir conscience de la dégradation des conditions de travail engendrée par une politique managériale brutale. Comme l'a rappelé plusieurs fois la jurisprudence, l'exigence d'une intention de nuire aux salariés n'est pas exigée par le texte d'incrimination [23].

15 À vrai dire, la seule réelle difficulté résidait, selon nous, dans le choix du mode d'imputation du délit aux dirigeants.

1.2. La fragilité de l'imputation directe du délit de harcèlement moral aux dirigeants de l'entreprise

16 **Dirigeants : auteurs ou complices ?** Le tribunal de Paris comme la cour d'appel ont fondé la responsabilité pénale des dirigeants (personnes physiques [24]) pour harcèlement moral en raison de leur « décision » d'avoir adopté une politique d'entreprise dont l'objet et les effets ont été harcelants pour les salariés. Il s'agit donc de leur reprocher un acte décisionnel. Or, la définition légale du harcèlement moral au travail est envisagée à l'égard de celui qui accomplit directement les faits matériels à l'encontre du (ou des) salarié(s) victime(s). À rigoureusement parler, ce ne sont pas les dirigeants de France Télécom qui ont « commis » les actes de harcèlement mais leurs exécutants (Adam, 2020a). La cour d'appel de Paris le rappelle très bien lorsqu'elle explique dans sa décision que le harcèlement moral institutionnel a « pour spécificité d'être en cascade, avec un effet de ruissellement » (Bloch, 2022). Les dirigeants apparaissent donc davantage comme des complices par instigation. C'est dire que les juges parisiens ont « renversé l'ordre des imputations » (Doucet, 1975) ; les dirigeants sont appréhendés comme auteurs principaux et les exécutants, comme complices [25]. Pourquoi cela ? Sans doute pour symboliquement marquer le fait que les rôles principaux dans le processus criminel sont les dirigeants (auteur moral). On sait que la jurisprudence a déjà usé de ce procédé en matière de droit pénal des affaires (Robert, 2006, p. 363 ; Robert, 1975). Sans doute aussi, cela

permet-il de se détourner de la responsabilité des auteurs matériels exécutants qui pourtant auraient pu aussi engager leur responsabilité dès lors que l'ordre de l'employeur en droit pénal n'est pas un fait justificatif [26].

17 **Dirigeants coauteurs d'une infraction collective ?** Toutefois, il n'est pas impossible de raisonner sur les dirigeants en tant qu'auteurs pour peu que l'on adopte une approche collective de l'infraction. En effet, le harcèlement moral institutionnel se caractérise par l'adoption d'une politique d'entreprise dont la mise en œuvre entraînera une situation de harcèlement systémique au sein de l'entreprise. Or, la mise en œuvre d'une telle politique implique une pluralité de protagonistes à savoir les concepteurs ou coordinateurs de la politique d'entreprise ainsi que les exécutants du plan en interface directe avec les salariés. En appréhendant ainsi le harcèlement de manière globale en tant qu'aboutissement d'un processus collectif, il est alors possible d'envisager l'ensemble des participants au processus comme coauteurs d'un harcèlement moral institutionnel [27]. On pourrait ici faire un parallèle avec la jurisprudence bien connue en matière de violences collectives où l'ensemble des personnes ayant pris part à une scène unique de violences assument l'ensemble des conséquences qui en résultent, notamment au regard de la gravité des blessures causées, en tant que coauteurs de violences (Rousseau, 2011, et la jurisprudence citée). Il s'agit en somme de mobiliser la théorie de la coaction pour conférer au délit de harcèlement moral au travail une dimension collective (sur cette conception de la coaction en droit pénal : Baron, 2012 ; Rousseau, 2009, n° 237 et suiv). Cette approche collective permettrait de comprendre l'imputation du délit de harcèlement moral aux dirigeants de France Télécom à titre d'auteurs et non de complices.

18 **Fragilité du raisonnement.** Mais il faut bien reconnaître que, si la solution peut se justifier politiquement, elle demeure fragile techniquement (Adam, 2020a). Car, même en tant que coauteurs, il faut s'assurer que les dirigeants ont commis des actes non pas seulement d'incitation mais des actes au moins en partie constitutifs de l'infraction. Or, le tribunal justifie la responsabilité personnelle des dirigeants sur leur « décision partagée » de mettre en œuvre des agissements harcelants. Pour que cette prise de décision puisse constituer une forme de coaction et non pas seulement une complicité, il

faudrait admettre que la décision de mettre en œuvre une politique managériale de harcèlement constitue en elle-même un acte de harcèlement dès lors qu'elle a pour objet une dégradation des conditions de travail [28]. Ce n'est pas inconcevable au regard de la nature formelle du délit qui n'implique pas d'atteinte effective pour être constitué [29]. Cela permettrait de comprendre pourquoi les exécutants du plan ne sont que complices et pas coauteurs. Mais une difficulté persiste alors quant à l'exigence de répétition des actes pour constituer le harcèlement ; cette répétition semble caractérisée en considération de la mise en œuvre du plan et non de l'acte décisionnel lui-même.

19 **Distance entre l'acte des dirigeants et les victimes.** Par ailleurs, en imputant directement le délit de harcèlement moral sur la tête des dirigeants à titre d'auteurs, les juges ont déplacé le centre de gravité de la caractérisation de l'infraction de telle sorte que la distance entre leurs actes et les répercussions sur les victimes pouvait poser difficulté (Gamet, 2020). Ce n'est pas l'absence de lien hiérarchique direct entre les dirigeants et les victimes ayant subi les actes de harcèlement qui posait réellement difficulté, puisque le délit de harcèlement moral n'implique pas de relation hiérarchique entre l'auteur et la victime, ce qui a d'ailleurs été rappelé par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 30 septembre 2022 (Bloc, 2022) et ce, à l'appui d'une décision de la Cour de cassation [30]. La difficulté résidait davantage dans la dimension collective du harcèlement moral institutionnel dans le sens où les actes accomplis par les dirigeants, à savoir l'adoption d'une politique d'entreprise harcelante pour les salariés, ne visaient pas une victime en particulier mais l'ensemble des salariés exposés à cette stratégie managériale. Peut-on alors considérer que les dirigeants ont harcelé « autrui » au sens du texte d'incrimination ? Le tribunal de Paris, confirmé sur ce point par la cour d'appel, a très habilement expliqué que le terme « autrui » pouvait renvoyer à un collectif de travailleurs victimes d'une politique systémique de harcèlement (Mucchielli, 2019). Ce n'est pas seulement le terme « autrui » qui autorise cette souplesse mais également le caractère formel de l'infraction qui, encore une fois, n'implique pas la constatation d'un dommage effectif subi par des victimes. C'est pourquoi, dès lors qu'une politique managériale ayant pour objet une dégradation grave

des conditions de travail est mise en œuvre, tout travailleur exposé à cette politique est d'emblée une victime [31].

20 **Nécessité d'une réforme législative.** Il faut bien admettre cependant que cette appréhension collective du harcèlement n'a jamais été « pensée » par le législateur en ce qui concerne le délit de harcèlement moral au travail, contrairement aux autres délits de harcèlement. En effet, le législateur est intervenu à l'occasion de la loi du 3 août 2018 pour étendre formellement les délits de harcèlement sexuel et de harcèlement moral général à des formes de harcèlements collectifs qui résulteraient d'actes visant une même victime et commis par plusieurs personnes agissant de manière concertée ou en ayant conscience de participer à une action collective. Il s'agissait pour le législateur de répondre au phénomène de « harcèlement en meute » prenant aujourd'hui bien souvent la forme de « cyberharcèlement » et visant spécifiquement les femmes ou bien les enfants dans les relations scolaires [32]. On peut regretter que le législateur soit intervenu de manière assez casuistique, sans avoir élargi la réflexion aux relations du travail alors même que l'affaire France Télécom était déjà connue (en 2018). Il serait donc souhaitable que le législateur intervienne pour rendre compte de la dimension collective du harcèlement moral institutionnel dans un texte spécial (Adam, 2020b) avec des sanctions à la hauteur de la gravité criminologique de ce délit de « masse » (Calvo, 2018).

21 L'affaire France Télécom aura aussi et surtout marqué les esprits par l'ampleur des passages à l'acte suicidaire – plus d'une trentaine de suicides entre 2008 et 2009 – que le P-DG de l'époque a eu l'indélicatesse de qualifier de nouvelle « mode ». La question se pose donc de savoir si ces décès pouvaient être reprochés aux dirigeants dont la politique d'entreprise a amené des salariés à se suicider.

2. Les potentialités inexploitables de l'homicide par imprudence face aux suicides consécutifs au harcèlement moral institutionnel

22 Sur ce point, si la qualification d'homicide involontaire est potentiellement applicable à cette situation (2.1), elle ne semble pas pouvoir se cumuler avec le délit de harcèlement moral (2.2).

2.1. L'application possible de l'homicide par imprudence à l'égard des suicides de salariés

23 **Qualification applicable : homicide par imprudence.** Il convient d'emblée d'écarter la qualification de violences mortelles [33] puisqu'elle implique une volonté de porter atteinte à l'intégrité physique des victimes, ce qui aurait posé difficulté en l'espèce, les dirigeants de France Télécom n'ayant pas eu cette intention [34]. Il en va de même de la provocation au suicide [35] qui suppose de la part de l'auteur une véritable intention de voir la victime passer à l'acte (Wester-Ouisse, 2019). Il faut alors se tourner du côté de la qualification d'homicide par imprudence laquelle repose sur deux conditions essentielles que sont la causalité et la faute.

24 **Causalité et suicide / théorie.** Sur le terrain de la causalité, la difficulté majeure est de pouvoir établir un lien de causalité « certain » entre les faits reprochés aux auteurs et la mort des victimes. En effet, ce lien de cause à effet n'est pas évident à établir en raison du rôle majeur joué par l'acte suicidaire de la victime qui est un acte volontaire. En d'autres termes, les actes de harcèlement de la direction n'étaient pas en eux-mêmes générateurs de mort et le passage à l'acte de la victime est un fait *déterminant* de la mort. En droit, deux grandes théories sont mobilisées pour apprécier juridiquement la causalité : si on raisonne sur la théorie la plus souple dite de l'équivalence des conditions, alors on peut estimer que, sans les méthodes de management brutales de la direction, les salariés n'auraient pas tenté

de mettre fin à leur jour (dès lors que cet acte est clairement en lien avec les conditions de travail). En revanche, si on raisonne sur la théorie dite de la causalité adéquate, qui ne retient comme cause juridique du dommage que les causes déterminantes de celui-ci, la causalité est plus discutable ; car la cause déterminante de la mort n'est-elle pas le passage à l'acte suicidaire de la victime ? (Tous les salariés de France Télécom maltraités ne sont pas, fort heureusement, passés à l'acte…)

25 **Causalité et suicide / jurisprudence.** La jurisprudence pénale n'a jamais tranché véritablement en faveur de l'une ou de l'autre de ces théories et se montre parfois assez opportuniste [36]. Il y a peu de décisions rendues à propos d'actes suicidaires consécutifs à une situation de détresse psychologique provoquée par un tiers. On trouve néanmoins de rares arrêts ayant pu admettre la responsabilité pénale pour homicide involontaire d'un automobiliste à l'origine d'un accident de la circulation dont les conséquences psychologiques (syndrome post-traumatique) ou physiques (douleurs) ont amené la victime à se suicider [37]. Mais il est vrai que, dans deux autres arrêts récents relatifs à des situations de suicide en lien avec les conditions de travail, la Chambre criminelle a écarté la qualification d'homicide involontaire [38]. Toutefois, il faut rester très prudent sur l'interprétation de ces deux décisions. La première concernait le suicide d'un chargé de mission commerciale pour un grand groupe d'assurance, mais qui n'avait pas pu être imputé à la direction de son entreprise en l'absence de tous signaux d'alertes sur sa situation psychologique et du fait qu'il était bien évalué par sa hiérarchie [39]. Cette motivation laisse entendre *a contrario* que, si la hiérarchie avait été alertée par un risque de passage à l'acte en lien avec le travail, alors un lien de causalité aurait pu être établi entre le suicide et l'absence de mesure prise par la direction pour le prévenir [40]. La seconde interprétation se rapproche davantage de l'affaire France Télécom puisqu'elle concernait le suicide d'une médecin salariée à la suite d'un *burn-out* qu'elle imputait dans une lettre posthume à ses conditions de travail [41]. Une double poursuite est donc engagée pour harcèlement moral et homicide involontaire. Mais le délit de harcèlement moral n'ayant pu être pleinement caractérisé en raison du défaut d'intention de l'employeur, la Chambre criminelle a en déduit mécaniquement que la poursuite pour homicide involontaire devenait

sans objet [42]. Là encore, la Chambre criminelle ne s'est pas prononcée véritablement sur le fond et laisse entendre que, si les faits de harcèlement avaient été retenus, il aurait été alors possible d'envisager une poursuite pour homicide involontaire [43].

26 **Faute.** À supposer que les difficultés liées à la causalité soient surmontées, il restera à établir la faute, dont l'exigence varie en fonction du caractère direct ou indirect de la causalité ; en cas de causalité directe, une faute simple suffit, tandis qu'une faute qualifiée sera exigée en cas de causalité indirecte (art. 121-3, al. 4, du Code pénal) [44]. Au regard de la jurisprudence, la doctrine a dégagé deux critères permettant de distinguer la causalité directe de celle indirecte. Le premier critère se fonde sur la distance « spatiotemporelle » entre la faute et le dommage, de telle sorte que les fautes éloignées du dommage sont qualifiées d'indirectes. Le second critère se fonde sur l'efficience causale de la faute, de sorte que seules les fautes « déterminantes » du dommage sont qualifiées de directes. Au regard de ces deux critères, les fautes imputables aux dirigeants de France Télécom semblent devoir être qualifiées d'indirectes tant au regard de leur éloignement par rapport à la mort des salariés qu'au regard de leur efficience dans le processus dommageable. Il faudrait donc relever à leur encontre une faute délibérée ou caractérisée. La faute délibérée suppose la violation délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement ; or, même si l'article L.1152-4 du Code du travail oblige l'employeur à prendre « toutes les dispositions nécessaires pour prévenir les agissements de harcèlement moral », on ne peut pas considérer que ce texte énonce une obligation « particulière » de sécurité dans le sens où il n'impose pas un comportement précis dans une situation précise [45] ; il s'agit d'une obligation générale. Quant à la faute caractérisée, elle implique l'exposition d'autrui à un risque en ayant conscience de celui-ci. Or, dans l'affaire France Télécom, même si les faits de harcèlement moral sont imputables aux dirigeants, il ne sera pas forcément aisé d'établir qu'ils avaient conscience d'exposer les salariés à un risque corporel. On pourrait peut-être, il est vrai, arguer du caractère sériel des suicides de salariés pour établir que les dirigeants, après plusieurs passages à l'acte suicidaire de salariés, ne pouvaient plus ignorer les potentielles conséquences de leur politique d'entreprise sur la santé, voire la vie, des salariés.

27 Si les difficultés à caractériser le délit d'homicide involontaire dans l'affaire France Télécom n'étaient pas insurmontables, elles ont été suffisamment sérieuses pour justifier un abandon de cette qualification au cours de l'instruction (Gamet, 2020). En réalité, cet abandon pouvait aussi se justifier pour une autre raison tenant à l'impossibilité de cumuler cette qualification avec celle de harcèlement moral.

2.2. L'impossible cumul des qualifications d'homicide par imprudence et de harcèlement moral

28 **Incompatibilité des qualifications.** À supposer que l'on puisse mobiliser la qualification d'homicide par imprudence pour rendre compte des conséquences mortelles d'un harcèlement moral institutionnel à l'origine de suicides de salariés, son cumul avec la qualification de harcèlement moral posera une sérieuse difficulté. En effet, les faits à l'origine des passages à l'acte suicidaire des victimes sont les mêmes que ceux constitutifs du harcèlement moral. Dès lors, il semblerait contraire à la règle *non bis in idem* de cumuler les deux qualifications pour des mêmes faits. Mais un autre argument semble devoir interdire le cumul de ces deux qualifications pour appréhender un même comportement ; il s'agit de la théorie dite des qualifications incompatibles que la Chambre criminelle a récemment rappelé en expliquant qu'on ne pouvait cumuler deux qualifications dès lors que « la caractérisation des éléments constitutifs de l'une des infractions exclut nécessairement la caractérisation des éléments constitutifs de l'autre [46] ». À la lumière de cette règle, on pourrait considérer que, si les actes à l'origine des suicides de salariés sont qualifiés de harcèlement moral, ce qui implique une action intentionnelle de la part de leur auteur, alors il est nécessairement exclu de pouvoir les qualifier de faute d'imprudence au titre de l'homicide par imprudence. On pourrait ajouter en ce sens que le délit de harcèlement moral peut être considéré comme un délit spécial de violences [47], cette qualification étant par nature incompatible avec celle d'homicide ou blessures par imprudence.

29 **Nécessité d'une réforme législative.** Seule une réforme législative pourrait donc permettre de tenir compte au titre de la répression des conséquences du harcèlement moral au travail, en particulier les

passages à l'acte suicidaire résultant de la dégradation des conditions de travail. Là encore, on ne peut qu'être étonné de voir que le législateur a songé à cette hypothèse mais sur le seul terrain du harcèlement conjugal (loi n° 2020-936, 30 juillet 2020) et du harcèlement scolaire (loi n° 2022-299, 2 mars 2022). Pour ces deux délits désormais, les peines encourues sont aggravées et portées à dix ans d'emprisonnement ainsi qu'à 150 000 euros d'amende lorsque le harcèlement a conduit la victime à se suicider ou tenter de le faire (art. 222-33-2-1, al. 3 et 222-33-2-3, al. 4, du Code pénal). En l'absence d'une telle aggravation comparable pour le harcèlement moral au travail, les peines maximales encourues actuelles sont de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Comment comprendre ce silence législatif après le choc suscité par l'affaire France Télécom[48] ? La première explication tient sans doute au « surinvestissement » législatif des violences conjugales et intrafamiliales au cours de ces dernières années engendrant une méthode législative en « œillères »[49]. La seconde, moins avouable et sans doute inconsciente, ne serait-elle pas à rechercher dans la représentation des délinquants en cause : d'un côté des maris violents ou agresseurs sexistes incarnant une forme typique du « mal contemporain » ; de l'autre une délinquance en col blanc que l'on peine toujours au fond à stigmatiser (Lascoumes, Nagels, 2014).

BIBLIOGRAPHY

Adam P., 2020a, « Sur le délit de harcèlement moral institutionnel », *Semaine sociale Lamy*, n° 1895, p. 3-12.

Adam P., 2020b, « Pour une nouvelle définition du harcèlement moral au travail », *Droit social*, n° 3, p. 249

Adam P., 2019, « Harcèlement moral », *Répertoire de droit du travail*, Paris, Dalloz

Baron E., 2012, *La coaction en droit pénal*, thèse, Bordeaux

Benillouche M., 2015, « Pour la création d'une qualification unique de harcèlement », *Droit pénal*, étude n° 18

Bloch A., 2022, « Suicides à France Télécom : "La cour d'appel de Paris valide la notion de harcèlement moral institutionnel" », *Dalloz Actualité*

Calvo E., 2018, Accidents de masse et responsabilité pénale, thèse, Bordeaux

Conte P., Fouquet M., Labrousse P., Décima O., 2022, « *Non bis in idem* », *Droit pénal*, dossier n° 1

DARES, 2014, « Subir un comportement hostile dans le cadre du travail : plus de 20 % des salariés s'estiment concernés », *Analyses*, n° 44, [https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2014-044_v2.pdf], consulté le 29 septembre 2023

Doucet J.-P., 1975, obs. sous Cass. crim., 4 décembre 1974, *Gazette du Palais*, 1, somm. p. 93

Gamet L., 2020, « Propos critiques sur la pénalisation du "harcèlement moral institutionnel" », *Semaine sociale Lamy*, n° 1895

Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, 2017, *En finir avec l'impunité des violences faites aux femmes en ligne : une urgence pour les victimes*, rapport n° 2017-11-16-VIO-030, [https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce_rapport_violences_faites_aux_femmes_en_ligne_2018_02_07.pdf], consulté le 29 septembre 2023

Hirigoyen M.-F., 2017, *Le harcèlement moral au travail*, Paris, PUF

Hirigoyen M.-F., 1998, *Harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, Paris, La Découverte et Syros

Lascoumes P., Nagels C., 2014, *Sociologie des élites délinquantes. De la criminalité en col blanc à la corruption politique*, Paris, Armand Colin

Mistretta P., 2019, « Harcèlement », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz

Monteiro E., 2003, « Le concept de harcèlement moral dans le Code pénal et le Code du travail », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 2, p. 277

Mucchielli J., 2019, « Procès France Télécom : "Le harcèlement moral au travail peut être aussi un phénomène collectif" », *Dalloz Actualité*

Robert J.-H., 2006, *Droit pénal général*, 6e éd., Paris, PUF

Robert J.-H., 1975, « Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises », *JCP CI*, II, 11716

Rousseau F., 2019, « L'enjeu de la classification matérielle des infractions », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 3, p. 609-616, [https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03327458/document], consulté le 29 septembre 2023

Rousseau F., 2011, « De quelques réflexions sur la responsabilité collective », *Recueil Dalloz*, p. 1983

Rousseau F., 2009, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris, Dalloz

Salah-Eddine L., 2010, « La reconnaissance du harcèlement moral au travail : une manifestation de la "psychologisation" du social ? », *SociologieS*, [http://journals.openedition.org/sociologies/3354], consulté le 29 septembre 2023

Wester-Ouisse V., 2019, « De l'incrimination du suicide d'un conjoint, dit suicide forcé », *La semaine juridique. Édition générale*, p. 1351

NOTES

1 Voir [https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/carriere/vie-professionnelle/sante-au-travail/suicides-a-france-telecom-l-article-a-lire-pour-comprendre-pourquoi-orange-se-retrouve-devant-la-justice_3423431.html], consulté le 29 septembre 2023.

2 Avis du Comité économique et social, 10-11 avril 2001, sur le harcèlement moral, présenté par M. Debout, *JORF*, n° 7, 2001, p. 7.

3 Voir Rapp. Parlement européen, Commission de l'emploi et des affaires, 16 juill. 2001, sur le harcèlement au travail, par J. Andersson.

4 Voir Rapp. Sénat, n° 404 (2000-2001), C. Huriet, B. Seillier, A. Gournac et A. Bocandé, 21 juin 2001 ; Rapp. Sénat, n° 129 (2001-2002), G. Dériot, B. Seillier, A. Gournac et A. Bocandé, 11 déc. 2001, ce dernier proposant la suppression du délit pénal.

5 Voir Rapp. AN, n° 3385, t. 2, G. Terrier, 14 nov. 2001.

6 Voir Rapp. AN, n° 3471, P. Nauche et G. Terrier, 18 déc. 2001.

7 L'expression « agissements » a été remplacée par celle de « propos ou comportements » par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 par souci d'harmonisation avec le délit de harcèlement sexuel.

8 Ce que la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler, voir Cass. crim., 13 déc. 2016, n° 16-84.253 : RSC 2017, obs. Y. Mayaud ; 28 mars 2017, n° 15-86.509.

9 Article L. 152-1-1 du Code du travail, devenu L. 1155-2 du Code du travail, et punissant le harcèlement moral d'un an d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende (l'amende était étrangement moins importante dans le Code du travail que dans le Code pénal où le harcèlement moral était à l'origine puni d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende). Ce doublon a été supprimé par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012.

10 Voir Rapp. Sénat, n° 564 (2009-2010), F. Pillet, 17 juin 2010.

11 L'expression « agissements » a été remplacée par celle de « propos ou comportements » par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 par souci d'harmonisation avec le délit de harcèlement sexuel.

12 Voir Rapp. AN, n° 1663, S. Denaja, 18 déc. 2003.

13 Le législateur a créé en parallèle une nouvelle mesure éducative judiciaire pouvant être prononcée contre des auteurs mineurs, à savoir un stage de sensibilisation au harcèlement scolaire (art. 112-2, 9° du Code de la justice pénale des mineurs).

14 À partir de la base Légifrance en croisant les critères « harcèlement moral », d'une part, et l'un des textes d'incriminations (art. 222-33-2, 222-33-2-1, 222-33-2-2), d'autre part. Nous n'avons pas intégré le dernier texte consacré au harcèlement scolaire adopté seulement depuis le mois de mars 2022.

15 À laquelle nous avons appliqué un coefficient (x 10) afin de permettre une meilleure visibilité de la courbe en parallèle de celle relative à l'activité de la Chambre sociale (beaucoup plus importante quantitativement).

16 Les éléments de mesure pris en compte dans ces lignes sont tributaires des taux de recours : l'appel et, *a fortiori*, le pourvoi en cassation sont autant de filtres qui ne permettent pas de faire des éléments évoqués ci-dessus des indicateurs sûrs et suffisants de l'activité judiciaire dans son ensemble.

17 On rappellera que cette politique avait pour objectif une réduction de 22 000 postes sur 110 000, sans recourir à la procédure de licenciement, mais en adoptant une stratégie d'incitation au départ volontaire comportant notamment une indexation de la rémunération des cadres régionaux sur le nombre de départs de salariés.

18 Voir Cass. crim., 21 juin 2005, n° 04-86936 ; Cass. crim., 1er déc. 2015, n° 14-85.059.

19 Voir Cass. crim., 19 juin 2012, n° 11-87963.

20 Voir Cass. crim., 26 janv. 2016, n° 14-80455 : *Dr. pén.* 2016, n° 58, obs. P. Conte ; Cass. crim., 19 juin 2018, n° 17-84.007 : *Dr. pén.* 2018, n° 172, obs. P. Conte.

21 Pour un rappel, voir Cass. crim., 6 déc. 2011 : *D.* 2012, p. 225, obs. C. Girault ; *Dr. pén.* 2012, n° 47, obs. M. Véron ; Cass. crim., 14 janv. 2014 : *Dr. pén.* 2014, n° 53, obs. M. Véron.

22 Cass. crim., 8 sept. 2015, n° 13-83.299 ; Cass. crim., 19 juin 2018, n° 17-84.007 : *Dr. pén.* 2018, n° 172, obs. P. Conte ; Cass. crim., 13 nov. 2018, 17-85.005 : *Dr. pén.* 2019, n° 22, obs. P. Conte.

23 Cass. crim., 15 déc. 2016, n° 15-81.853 : *Dr. pén.* 2017, n° 52, obs. P. Conte ; Cass. crim., 13 nov. 2019, n° 18-85.367.

24 La responsabilité pénale de la personne morale en découle naturellement, puisque la commission d'une infraction par un organe de la personne morale pour son compte permet d'engager sa responsabilité, voir art. 121-2 CP.

25 La complicité a également été mobilisée à l'encontre des cadres de second plan ayant participé à la mise en œuvre du plan, voir Cass. crim., 5 juin 2018, n° 17-87.524.

26 Voir Cass. crim., 26 juin 2002, n° 01-87.314. À cet égard, la relaxe d'un directeur territorial décidée par la cour d'appel de Paris dans l'affaire France Télécom, au motif qu'il n'aurait fait que répercuter les instructions de sa direction, nous semble juridiquement très discutable (voir Bloch, 2022).

27 Voir déjà, en sens, Cass. crim., 1er déc. 2015, n° 14-85.059 (sol. implicite).

28 *Ibid.*

29 Cette approche collective n'est pas non plus sans enjeu sur la prescription de l'action publique, voir Cass. crim., 19 juin 2019, n° 18-85.725, sur lequel voir Rousseau (2019).

30 Voir Cass. crim., 5 juin 2018, préc.

31 Il reviendra néanmoins à chaque victime le soin de démontrer son appartenance à ce collectif durant la période où la politique générale de harcèlement a eu lieu pour se prétendre victime et pouvoir se constituer partie civile.

32 Rapp. AN, n° 938, A. Louis, 10 mai 2018, qui s'appuie sur le rapport du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (2017, p. 32-33).

33 Art. 222-7 CP.

34 On rappellera que l'intention qui a pu être caractérisée dans le cadre du délit de harcèlement moral n'implique pas d'intention de nuire (voir *supra*).

35 Art. 223-13 CP.

36 Par exp., comp. Cass. crim., 5 oct. 2004, n° 03-86.169, *Bull.* n° 230 ; *Rev. pénit.* 2005, p. 235, obs. J.-C. Saint-Pau et Cass. crim., 23 avril 2013, n° 12-81.937 : *Rev. pénit.* 2013, p. 367, obs. J.-C. Saint-Pau ; *Rev. pénit.* 2013, p. 631, obs. F. Rousseau, [https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03528118/document], consulté le 29 septembre 2023.

37 Voir Cass. crim., 14 janv. 1971, n° 69-92.994 ; *D.* 1971, p. 164, Rapp. Robert ; Cass. crim., 29 mai 2001, n° 00-85.421.

38 Voir Cass. crim., 3 nov. 2020, n° 20-80.352 ; Cass. crim., 13 nov. 2019, n° 18-85.367 : *D.* 2020, p. 916, note C. Duvert et Cass. crim., 22 févr. 2022, n° 21-82.266 (même affaire).

39 Voir Cass. crim., 3 nov. 2020, préc.

40 Comp. Cass. crim., 5 mars 1992, n° 91-81.295 : *RSC* 1993, p. 326 (pour un défaut de surveillance d'une personne ayant des tendances suicidaires) ; voir également Cass. crim., 22 nov. 2016, n° 15-87.650.

41 Voir Cass. crim., 13 novembre 2019, préc. et Cass. crim., 22 févr. 2022, préc.

42 Voir Cass. crim., 22 févr. 2022, préc.

43 Voir Cass. crim., 13 novembre 2019, préc. On signalera que le contentieux civil n'a pas hésité à qualifier un suicide en accident du travail, voir Cass., 2e civ., 10 mai 2007, n° 05-13.771 et n° 06-10.230 : *D.* 2007, p. 791 ; *JCP G* 2007, II, 10144 ; de même que le contentieux administratif a déjà pu engager la responsabilité de l'État pour faute à la suite d'un suicide d'un élève de 14 ans victime de harcèlement scolaire, voir TA Rouen, 12 mai 2011 : *AJDA*, p. 2431, concl. C. Van Muylder.

44 On rappellera que cette distinction ne concerne que les personnes physiques, les personnes morales continuant d'être responsables en raison d'une faute simple même si la faute est en lien indirecte avec le dommage, voir art. 121-3, al. 4 et Cass. crim., 24 oct. 2000, n° 00-80.378 : *D.* 2002, p. 514, note J.-C. Planque ; *JCP* 2001, II, 10535, note M. Daury-Fauveau ; *RSC* 2001, p. 162, obs. Y. Mayaud ; *Dr. pén.* 2001, n° 29, obs. M. Véron.

45 Voir Cass. crim., 13 nov. 2019, n° 18-82.718 : *Dr. pén.* 2020, n° 3, obs. P. Conte.

46 Voir Cass. crim., 15 déc. 2021, n° 21-81.864 : *D.* 2022, p. 154, note G. Beaussonie ; *Dr. pén.* 2022, Dossier 1, *Non bis in idem*, par P. Conte, M. Fouquet, P. Labrousse et O. Décima.

47 Ce qui explique d'ailleurs que des faits de harcèlement moral soient parfois réprimés au titre des violences, voir Cass. crim., 25 juill. 2018, n° 17-84032 : *RSC* 2019, p. 99, obs. Y. Mayaud ; Cass. crim., 16 nov. 2021, n° 20-84.346 : *Dr. pén.* 2022, n° 4, obs. P. Conte ; voir également, T. corr. La Roche-sur-Yon, 22 avril 2002 : *Gaz. Pal.* 2002, n° 2, p. 1017, note J. Rovinski.

48 On rappellera que la décision du tribunal de Paris du 20 décembre 2019, largement commentée par la presse, fut rendue six mois avant l'adoption de

la loi du 30 juillet 2020 ayant introduit l'aggravation en cas de suicide de la victime au sein du harcèlement conjugal.

49 Rapp. AN, n° 2587, B. Couillard, 15 janv. 2020 ; Rapp. Sénat, n° 482, M. Mercier, 3 juin 2020 ; voir également Wester-Ouisse (2019).

ABSTRACT

Français
Si l'affaire France Télécom a été l'occasion de montrer toutes les potentialités du droit pénal et en particulier du délit de harcèlement moral à réprimer les pratiques dites de harcèlement institutionnel, le fondement des condamnations retenu par les juges du fond demeure fragile, notamment s'agissant de l'imputation du délit aux dirigeants personnes physiques qui n'ont pas pris une part directe aux faits matériels mais en ont été à l'origine en raison de l'adoption d'une stratégie d'entreprise globale de déflation massive des effectifs. Par ailleurs, en l'état du droit positif, il paraît difficile pour le droit pénal de pouvoir rendre compte des suicides consécutifs aux faits de harcèlement moral institutionnel, soit en raison de difficultés liées à l'établissement du lien causalité, soit en raison de la difficulté à pouvoir cumuler les qualifications de harcèlement moral et d'homicide par imprudence s'agissant des mêmes faits. On ne peut qu'être étonné de l'absence de réaction législative permettant au droit pénal de mieux appréhender le harcèlement moral institutionnel, compte tenu du retentissement médiatique, à l'époque, de l'affaire France Télécom.

INDEX

Keywords
harcèlement moral, harcèlement institutionnel, harcèlement managérial, suicide, homicide non intentionnel, France Télécom

AUTHOR

François Rousseau
Professeur de droit privé et de sciences criminelles, Nantes Université, Droit et changement social (DCS – UMR CNRS 6297) ; francois.rousseau@univ-nantes.fr

Le risque managérial au prisme du droit social : une mise en visibilité perfectible

Marion Del Sol

OUTLINE

1. Une jurisprudence en clair-obscur saisissant le risque managérial
   1.1. Une mosaïque de décisions « mettant en jeu » le risque managérial
   1.2. Un ensemble jurisprudentiel diffus quant au risque managérial à dimension organisationnelle. L'exemple du contentieux du harcèlement moral
2. Relire le cadre d'action en matière de santé-travail au prisme du risque managérial
   2.1. La mise en visibilité du risque managérial par l'alerte
   2.2. Le risque managérial en arrière-plan de l'évaluation des risques liés à l'organisation du travail
Conclusion

TEXT

1 Tant dans sa dimension factuelle que contentieuse, l'affaire France Télécom est extraordinaire. À elle seule, la qualification de harcèlement moral institutionnel, mobilisée par le juge pénal en première instance comme en appel[1], recèle cette singularité, celle d'une politique d'entreprise « visant à déstabiliser les employés et à créer un climat anxiogène » dans l'objectif de susciter des départs en nombre sans recourir à des licenciements. Comme le relève la cour d'appel, cette stratégie définie au sommet de l'entreprise a pu se déployer du fait du « suivisme des directions et services des ressources humaines dont les procédures et méthodes ont infusé dans toute la politique managériale ». Au-delà de la politique délibérément harcelante décidée au sein de France Télécom, cet élément est intéressant en lui-même en ce qu'il souligne en creux un point tout à fait essentiel : la place structurante du management et des managers dans la mise en œuvre des décisions patronales et leur contribution déterminante à l'organisation du travail (Jubert, 2019). Le management représente en effet un rouage essentiel de l'organisation du travail dans sa dimension relationnelle. Il en va spécialement ainsi de la ligne mana-

gériale dont les membres (supérieurs hiérarchiques, managers de proximité, responsables d'équipes…) participent, à des degrés divers, à la déclinaison du pouvoir de direction de l'employeur [2].

2 Le management constitue également un des déterminants de la santé au travail et, par voie de conséquence, de l'organisation saine du travail (Héas, 2022a). La « mise en lumière » de la question des risques psychosociaux aux tournants des années 2010 a contribué à donner une certaine visibilité aux enjeux de santé liés aux facteurs organisationnels et relationnels en milieu de travail dont le management et ceux qui l'exercent sont des éléments-clés. Pour paraphraser les termes de M. Detchessahar, professeur en sciences de gestion, le management peut être le *problème* tout comme il peut participer de la *solution* (Detchessahar, 2011). Il n'est d'ailleurs plus guère de voix pour contester ce rôle pivot et ambivalent du management que les « sciences du travail » renseignent et que le vécu du travail confirme. Affirmer que « la santé des salariés est d'abord l'affaire des managers » (Lachmann, Larose, Pénicaud, 2011, p. 7) est une façon ramassée d'exprimer que le management est à la fois potentiellement pathogène [3] et possible vecteur de santé pour les salariés. En raisonnant à partir de notions du champ du droit de la santé-travail, il existe donc un risque managérial : le comportement des managers, les pratiques et les modalités de management sont susceptibles de porter atteinte à la santé des salariés et constituent un facteur de risque auxquels les salariés sont exposés dans leur travail et du fait de celui-ci. En ce sens, le risque managérial constitue un risque professionnel *lato sensu* [4].

3 Bien que la question managériale puisse être juridiquement saisie au prisme des rapports de pouvoir dans l'entreprise et de la protection des droits des personnes (tels que le droit à la dignité), elle est fortement « attirée » dans le champ de la santé-travail au point que le juriste de droit social se trouve interpellé et parte à la recherche des marques juridiques du rôle pivot du management dans l'organisation saine du travail (*solution*).

4 Ayant vu le Code du travail s'étoffer en matière de santé-travail et ayant assisté depuis plusieurs années à une forme d'institutionnalisation de l'organisation entrepreneuriale comme territoire et acteur de santé (Dirringer, 2019), le juriste a bien présent à l'esprit que le droit

du travail d'origine étatique fait peser sur le seul employeur l'obligation « d'assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs[5] ». Interrogeant plus précisément le Code du travail, il ne peut toutefois que constater l'absence de toute expression juridique positive du rôle du management dans le droit de la santé au travail d'origine étatique. Le juriste de droit social décide donc de poursuivre ses investigations dans le droit positif sous l'angle cette fois du management-*problème*. Son exploration de la jurisprudence sociale lui permet alors de discerner que le rôle pivot du management dans l'organisation du travail est saisi par les juges sous l'angle du risque que les managers et/ou les modalités de management font courir (ou sont susceptibles de faire courir) à la santé des salariés. Bien que la récolte jurisprudentielle soit intéressante, sa variété l'apparente à une mosaïque (1). Il en résulte un manque de visibilité du risque managérial. Pour autant, cette jurisprudence accrédite l'intérêt de recourir à ce prisme et d'explorer une seconde fois le Code du travail sous cet angle nouveau. On identifie alors, dans le droit d'origine étatique de la santé-travail, des moyens d'action devant conduire l'employeur à se saisir du risque managérial en tant que tel (2).

1. Une jurisprudence en clair-obscur saisissant le risque managérial

5 La jurisprudence sociale offre un intéressant contrepoint au relatif silence du Code du travail quant au rôle du management dans l'organisation saine du travail. En effet, dans le contentieux de droit du travail comme dans celui du droit de la sécurité sociale, l'analyse des décisions, notamment de la Cour de cassation, « révèle que le juge a une conscience claire des enjeux de santé qui se trouvent derrière des choix d'organisation du travail et de politique managériale, des pratiques managériales ou encore des comportements de certains managers » (Del Sol, 2022, p. 170). Pour autant, l'ensemble donne à voir une jurisprudence diffuse.

6 Pour matérialiser cette conscience du juge social, aucune décision aussi emblématique – voire exemplaire – que celles rendues dans le

cadre du procès pénal de l'affaire France Télécom ne peut être brandie. En revanche sont à disposition d'assez nombreux arrêts qui essaiment dans le champ du contentieux social. Prises dans leur ensemble, ces décisions constituent une sorte de mosaïque permettant d'entrevoir le risque managérial (1.1). Pour autant, cet ensemble jurisprudentiel présente des limites intrinsèques ne permettant pas de donner une pleine visibilité au risque managérial ayant une dimension organisationnelle (1.2).

1.1. Une mosaïque de décisions « mettant en jeu » le risque managérial

7 Les décisions mettant en jeu, explicitement ou non, le risque managérial sont à la fois nombreuses et éparses. Elles donnent à voir un ensemble marqué par l'hétérogénéité. À des fins didactiques, le choix sera fait ici de retenir trois dimensions pour présenter cet ensemble de décisions [6].

8 La première dimension, la plus évidente, a trait au sous-domaine du droit social dans lequel prend racine le différend à l'origine du contentieux. S'agissant du droit du travail, la mosaïque s'inscrit dans le champ des relations individuelles de travail, en particulier dans le contentieux du licenciement disciplinaire du manager et dans celui du harcèlement moral, en lien avec le licenciement du manager ou la rupture du contrat de travail du salarié se prétendant victime de faits de harcèlement. D'autres décisions relèvent du champ des relations collectives de travail et mettent principalement en jeu le droit de la représentation élue du personnel, à savoir les compétences et les prérogatives du comité social et économique (ci-après CSE) ou, antérieurement, du CHSCT (par exemple le recours à l'expertise). Une partie de la mosaïque est également constituée de décisions s'inscrivant dans le champ du droit de la sécurité sociale. Sans surprise, elles se trouvent dans le contentieux des risques professionnels et, plus précisément encore, dans celui de la faute inexcusable de l'employeur.

9 La deuxième dimension permet de positionner les affaires par rapport au risque managérial. Certaines décisions saisissent des situations en amont du risque managérial dans une logique préventive. L'illustration topique en est le contentieux généré par le recours

à l'expertise du CHSCT (ou du CSE) au titre d'un projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail puisque cette expertise vise à identifier des risques potentiels [7]. Mais la plupart des décisions appréhendent l'aval du risque managérial, qu'il s'agisse des décisions, en droit du travail, relatives au licenciement disciplinaire du manager et au harcèlement moral [8] ou, en droit de la sécurité sociale, de celles ayant trait à la qualification de faute inexcusable.

10 Enfin, la troisième dimension concerne « l'objet managérial » en cause. Cet objet est en réalité multiple. Il peut s'agir du comportement individuel d'un manager. Toutefois, on relève également des décisions mettant en jeu des pratiques et méthodes managériales ayant une dimension organisationnelle plus ou moins marquée, telles qu'un management par la peur, le recours au *benchmark* ou à des processus RH largement automatisés.

1.2. Un ensemble jurisprudentiel diffus quant au risque managérial à dimension organisationnelle. L'exemple du contentieux du harcèlement moral

11 Cette présentation tridimensionnelle permet d'approcher la conscience que le juge social a du risque managérial pour la santé des salariés. Elle est toutefois illustrative de l'absence de portée unitaire de la jurisprudence sociale. En ce sens, il s'agit bien d'une jurisprudence en clair-obscur. L'effet « mosaïque » d'un contentieux éparpillé ne permet pas de donner une lisibilité forte aux enjeux de santé qu'il y a derrière les organisations du travail et les pratiques managériales. Cela est en partie inéluctable en raison des fondements juridiques mobilisés et de la surreprésentation des voies qui inscrivent le contentieux dans une dimension individuelle, voire interpersonnelle, ayant pour finalité d'imputer le risque managérial à une personne et/ou d'en caractériser les effets à l'égard d'un salarié. Ce faisant, la dimension organisationnelle du management s'en trouve, si ce n'est effacée, à tout le moins située en arrière-plan.

12 L'analyse du contentieux social en matière de harcèlement moral permet de révéler les limites, en quelque sorte intrinsèques, de cet

ensemble jurisprudentiel. En effet, le harcèlement moral est très certainement le fondement juridique qui fait le plus sens avec l'idée de risque managérial[9] et qui autorise une mise en perspective avec l'affaire France Télécom. À cet égard, l'arrêt *Association Salon Vacances Loisirs* rendu par la Cour de cassation en 2009[10] mérite attention, car il admet explicitement pour la première fois que le harcèlement moral peut trouver sa cause dans les pratiques managériales délétères (Béal, Terrenoire, 2010 ; Adam, 2011 ; Pereira, 2013). Au cas présent, ces pratiques soumettaient les salariés « à une pression continuelle », les exposaient à « des reproches incessants » ainsi qu'à « des ordres et contre-ordres dans l'intention de diviser l'équipe ». Et le juge d'estimer que « peuvent caractériser un harcèlement moral les méthodes de gestion mises en œuvre par un supérieur hiérarchique ». C'est une façon d'admettre, sans le nommer en ces termes, le risque managérial auquel un collectif de salariés peut être exposé et de dépasser le prisme individuel par lequel les situations de harcèlement moral impliquant un manager sont saisies. Ce dépassement trouve un écho dans la mobilisation contentieuse – par les salariés requérants et/ou le juge – des syntagmes nominaux « harcèlement managérial », « harcèlement collectif » et « harcèlement institutionnel »[11] (Carillon, 2022), comme le souligne une étude effectuée à partir des décisions de la base JuriCA (Mesnil, 2022). L'analyse montre que l'expression « harcèlement managérial » est la plus utilisée, donnant à voir « l'implémentation de cette terminologie en jurisprudence [qui s'accroît significativement à partir de 2015]. Même si [le harcèlement managérial] n'est *in fine* que peu reconnu par les juges » (Mesnil, 2022, p. 153), cette évolution matérialise la conscience que l'organisation du travail, notamment les méthodes managériales utilisées, peut être la cause du harcèlement moral. Cependant – et c'est là sa limite –,

> « si cette évolution permet de saisir des méthodes managériales auxquelles se trouve soumis un collectif de salariés – c'est-à-dire des pratiques qui "font système" à leur égard –, la reconnaissance du harcèlement moral ne vaut qu'à l'égard du salarié qui a agi sous réserve que les méthodes mises en cause se manifestent pour lui par une dégradation de ses conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou

> mentale ou de compromettre son avenir professionnel » (Del Sol, 2022, p. 174).

13 Autrement dit, l'exigence de personnalisation des atteintes fixe les limites du contentieux du harcèlement moral managérial à dimension organisationnelle [12]. Le risque managérial reste par conséquent diffus dans la jurisprudence sociale en matière de harcèlement moral qui ne peut juridiquement ouvrir la porte à la reconnaissance d'un collectif de victimes ni semble-t-il à une mise en cause d'une politique d'entreprise délibérément harcelante ou des modes managériaux délétères [13]. En revanche, l'un des effets des décisions rendues dans l'affaire France Télécom est précisément de juger qu'une politique systématique de harcèlement (« harcèlement institutionnel ») constitue un délit de harcèlement moral pour un collectif de salariés. Alors même que les définitions du harcèlement moral sont quasi identiques en droit social et en droit pénal, la différence de finalités de ces deux droits en matière de harcèlement constitue sans doute une clé d'explication : en droit pénal, il s'agit à titre principal d'imputer une responsabilité, d'identifier un coupable de faits de harcèlement [14] et, dans l'affaire France Télécom, de condamner le harcèlement « érigé en mode de management » (Jubert, 2020) ; en droit social, il s'agit principalement d'identifier une victime.

2. Relire le cadre d'action en matière de santé-travail au prisme du risque managérial

14 L'analyse de la jurisprudence montre la difficulté du juge à appréhender la dimension organisationnelle du risque managérial. Alors que le management est un déterminant de la santé au travail, se trouve inévitablement interrogée l'effectivité du droit des travailleurs à voir leur santé protégée [15], ce qui interpelle le cadre de réaction (« à chaud ») au risque managérial mis en visibilité par les représentants élus du personnel (2.1). Cela interroge également – et surtout – le cadre d'action de la mise en œuvre « à froid » de l'obligation patronale de sécurité, muée en une obligation générale de prévention sous l'effet des jurisprudences *Air France* et *Areva* de 2015 [16] (2.2). Dans l'un et l'autre cas, ce sont les compétences, prérogatives et moyens

d'action de la représentation du personnel (qui font partie du cadre d'action) qu'il s'agit de « relire » dans la perspective de faire cesser les situations de management-*problème*, mais aussi pour porter la logique du management-*solution*[17].

2.1. La mise en visibilité du risque managérial par l'alerte

15 L'obligation d'assurer la sécurité et de protéger la santé physique et mentale des travailleurs que l'article L. 4121-1 du Code du travail met à la charge de l'employeur constitue une obligation d'agir afin d'instaurer des conditions de travail et une organisation du travail non pathogènes. Elle constitue également une obligation de réagir quand la sécurité et la santé des travailleurs sont menacées ou se dégradent du fait de ces conditions ou de cette organisation.

16 Si l'obligation de réaction peut être appréhendée comme une sorte de déclinaison de l'obligation continue d'assurer la protection de la santé des salariés, elle a un fondement juridique explicite lorsqu'une alerte a été actionnée soit par un salarié[18], soit par un membre de la délégation du personnel du CSE[19] en raison d'une situation de travail permettant de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour la vie ou la santé des travailleurs[20]. Dans cette hypothèse, l'employeur doit mettre en sécurité les salariés dans les meilleurs délais[21]. De plus, si l'alerte a été initiée par un membre du CSE, l'employeur doit procéder immédiatement à une enquête avec ce représentant du personnel et prendre les dispositions nécessaires pour remédier à la situation[22] et recréer de façon pérenne un environnement de travail « sécurisé ».

17 Que les modalités et pratiques managériales puissent exposer les salariés à un danger grave est recevable conceptuellement. La potentialité ou la matérialité de ce danger peuvent s'avérer plus délicates à caractériser sans être pour autant impossibles. En revanche, la condition d'imminence du danger constitue incontestablement une exigence posée dans l'objectif d'assurer la sécurité physique du salarié, ce qui justifie au demeurant que les salariés se voient reconnaître un droit personnel d'alerte mais aussi de retrait. Cette condition peut représenter un frein, peut-être même un obstacle, pour l'éventuelle mobilisation du droit d'alerte en matière de pratiques

managériales pathogènes car ce sont des risques psychosociaux auxquels les salariés sont exposés. Or, les risques psychosociaux sont souvent le fruit de processus s'inscrivant dans la durée et emportant une dégradation progressive des situations de travail. Dès lors, l'alerte pour danger grave et imminent présente juridiquement un assez faible potentiel pour déclencher la réaction de l'employeur face à un risque managérial, même avéré [23].

18 Le droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes nous semble *a contrario* recéler un potentiel bien plus élevé. Certes, il ne s'agit pas d'un droit nouveau puisqu'il avait été reconnu aux délégués du personnel en 1992 [24]. Conféré désormais aux membres de la délégation du personnel au CSE, son exercice dans un contexte de risque managérial mérite d'être interrogé.

19 En application de l'article L. 2312-59 du Code du travail, tout membre élu du CSE qui

> « constate, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, [peut saisir] immédiatement l'employeur. Cette atteinte peut notamment résulter de faits de harcèlement sexuel ou moral ou de toute mesure discriminatoire… [25] ».

20 L'exercice de l'alerte situe l'employeur dans un cadre de réaction puisqu'il doit alors procéder « sans délai à une enquête avec le membre de la délégation du personnel du comité et [prendre] les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation ».

21 L'exercice du droit d'alerte est ici conditionné par un risque *a priori* avéré se concrétisant dans une atteinte aux droits des personnes ou encore à leur santé, voire dans des faits de harcèlement ou de discrimination. De prime abord, si l'on fait un parallèle avec la jurisprudence sociale sur le harcèlement moral managérial qui suppose que les effets soient individualisés (voir *supra*), cette condition peut paraître quasi rédhibitoire. Elle ne l'est pas dès lors que l'alerte est mobilisée pour mettre en visibilité le risque managérial dans sa dimension collective, ses effets sur un collectif de travail dont peuvent rendre compte des éléments de nature très diverse : des

arrêts de travail et des sollicitations de la médecine du travail anormalement élevés, des signalements de la médecine du travail, des signalements auprès du référent harcèlement du CSE mais également la teneur de certains courriels traduisant ou dénonçant des pressions psychologiques, les questions mises à l'ordre du jour des réunions du CSE, etc. Une décision prud'homale récente est illustrative de ce type de mobilisation, le juge estimant justifiée l'alerte exercée par une représentante du personnel faisant suite à des dénonciations répétées (par les salariés, les délégués du personnel, puis le CSE) d'un climat délétère au sein de l'entreprise et de la souffrance du personnel en résultant et prenant appui, notamment, sur la dégradation de l'état de santé de certains salariés, la saisine de la médecine du travail en lien avec « l'état de stress et de peur » de plusieurs salariés et la saisine de l'Inspection du travail pour alerter sur les dysfonctionnements managériaux [26].

22 L'intérêt de cet outil juridique et du régime juridique qu'il lui est associé est double. Le premier concerne la place de la représentation du personnel : si elle est titulaire du droit d'alerte et seule juge de l'opportunité de l'exercer, l'article L. 2312-59 la met également dans le paysage du cadre de réaction, l'employeur devant associer le membre de la délégation du personnel à l'enquête. Certes, le texte de l'article L. 2312-59 ne recourt pas au terme association. Mais, en précisant que l'enquête s'effectue *avec* le membre de la délégation du personnel (en non seulement en sa présence), on comprend que l'employeur doit faire en sorte que celui-ci soit en mesure d'apporter son concours au processus d'analyse de la situation. Le second intérêt est que l'exercice du droit d'alerte constitue un moyen pour déclencher une réaction de remédiation (faire cesser les atteintes) de la part de l'employeur sans avoir à solliciter le juge [27]. Pour ces différentes raisons, ce droit d'alerte représente indéniablement un outil pertinent à disposition de la représentation du personnel lorsque des pratiques et méthodes managériales pathogènes se déploient dans l'entreprise. L'activation de l'alerte permet une mobilisation dans une logique collective et représente un moyen de dépasser la dimension individuelle des situations de harcèlement managérial [28].

2.2. Le risque managérial en arrière-plan de l'évaluation des risques liés à l'organisation du travail

23 L'évaluation des risques constitue la clé de voûte du cadre d'action de la mise en œuvre de l'obligation patronale de sécurité et de la démarche de prévention, ce dont rend compte sur un plan symbolique le « transfert », par la loi du 2 août 2021, des dispositions relatives au document unique d'évaluation des risques professionnels de la partie réglementaire vers la partie législative du Code du travail. Ce texte apporte en outre des modifications ouvrant une opportunité de donner une certaine visibilité au risque managérial dans une perspective de prévention. Le cadre d'action à disposition de l'employeur se trouve en effet partiellement remodelé puisque l'objet de l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs a été élargi par la loi du 2 août 2021 à l'organisation du travail qui est désormais expressément visée à l'alinéa premier de L. 4121-3 du Code du travail [29].

24 Par voie de conséquence, cet élargissement [30] met le risque managérial dans le champ de l'évaluation des risques dans la double mesure où le management est un rouage-clé de l'organisation du travail et constitue un des déterminants de la santé au travail. En d'autres termes, il doit désormais être considéré que l'évaluation des risques pour la santé des salariés de l'organisation du travail doit inclure, en quelque sorte par nature, le risque managérial car le management est une composante essentielle de l'organisation du travail. Il peut toutefois être regretté que la loi du 2 août 2021 n'ait pas rendu explicite l'évaluation du risque managérial. À tout le moins, il aurait pu être donné visibilité à la dimension managériale de l'organisation du travail et, par là même, aux risques psychosociaux dont les causes « puisent essentiellement dans les rapports sociaux entre les travailleurs et leur hiérarchie » (Jubert, 2019, p. 144).

25 Si l'inclusion (implicite) du risque managérial dans le champ de l'évaluation des risques est une chose, son identification en est une autre, qui plus est d'une assez grande complexité. Or, l'évaluation – dont les résultats sont déterminants pour la définition de la démarche de prévention – présuppose que des risques soient au

préalable identifiés. D'une certaine façon, il faut rendre visibles les effets pathogènes (avérés ou potentiels) des modalités et pratiques managériales dans l'entreprise par des éléments juridiquement recevables. Il nous semble que la réécriture de l'article L. 4121-3 par la loi du 2 août 2021 mérite attention sur ce point. Si le texte continue de faire peser sur le seul employeur la responsabilité de l'évaluation des risques (alinéa premier), il inscrit dans la loi – en des termes qui auraient gagné à être moins ambigus – l'exigence d'une démarche d'évaluation ayant une dimension collaborative (nouvel alinéa 2). La démarche d'évaluation ne doit donc plus être « captée » par le seul employeur, ne peut plus avoir une dimension unilatérale. À cet effet, « apportent leur contribution à l'évaluation des risques professionnels dans l'entreprise » le CSE (et, le cas échéant, la commission santé, sécurité et conditions de travail [31]), le ou les salariés ayant été désignés pour s'occuper des activités de protection et de prévention des risques professionnels de l'entreprise [32], ainsi que le service de prévention et de santé au travail (ci-après SPST) auquel l'employeur adhère [33]. Quelles que soient les modalités concrètes de cette contribution au processus d'évaluation, celle-ci concerne des acteurs auxquels le droit reconnaît, sous différentes formes, une capacité à identifier ou à contribuer à identifier des situations de travail à risque [34] (par exemple, *via* la surveillance de l'état de santé des salariés et l'action en milieu de travail pour les SPST). Plus particulièrement, au regard de ses prérogatives et moyens d'action en matière de santé et sécurité et en raison de sa nature d'instance représentative du personnel, le rôle du CSE dans la démarche d'évaluation paraît tout à fait essentiel s'agissant de l'identification du risque managérial en lien avec le travail réel, c'est-à-dire avec l'activité de travail telle qu'elle se réalise concrètement (recours à des inspections [35], des enquêtes et des expertises, « remontées » du référent harcèlement ou encore réclamations individuelles qui lui sont adressées). Situant la contribution du CSE « dans le cadre du dialogue social dans l'entreprise », l'article L. 4121-3 appelle *in fine* à l'associer à l'évaluation et non simplement à recueillir ses éléments d'analyse [36]. En modifiant les termes de l'article L. 4121-3, la loi du 2 août 2021 a donné, nous semble-t-il, une assise juridique à cette association du CSE au processus d'évaluation là où auparavant celle-ci était simplement suggérée [37] ou recommandée par des structures d'expertise telles que l'INRS (Institut national de recherche et

de sécurité pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelle). De notre point de vue, la loi fait entrer cette exigence d'association dans le cadre d'action de la mise en œuvre de l'obligation de prévention de l'employeur, à charge pour celui-ci de lui donner réalité et à charge pour le CSE de s'en saisir pour mettre en débat le risque managérial au stade de l'évaluation et penser l'action préventive en matière d'organisation du travail dans une logique de management-*solution* [38].

Conclusion

26 Rendu public en avril 2023, le rapport des Assises du travail formule des recommandations pour « re-considérer le travail ». Ces recommandations sont distribuées dans quatre axes (Thiéry, Sénard, 2023), dont deux font particulièrement écho à la question du risque managérial : l'axe 1, « Gagner la bataille de la confiance par une révolution des pratiques managériales et en associant davantage les travailleurs », et l'axe 4, « Préserver la santé physique et mentale des travailleurs, un enjeu de performance et de responsabilité pour les organisations ». Il est également intéressant de mettre en exergue la recommandation n° 14 visant à ajouter un dixième principe général de prévention à l'article L. 4121-2 du Code du travail : « Écouter les travailleurs sur la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail et les relations sociales. » Cependant, au regard de la dimension collective des enjeux de santé associés à l'organisation du travail et du rôle pivot du management dans celle-ci, on peut regretter qu'aucune proposition visant à « re-constituer » le CHSCT ne soit portée. Faire disparaître la « bête noire » des employeurs a été le choix des ordonnances Macron de 2017 alors que, trois ans plus tôt, le rapport Verkindt avait formulé des propositions en faveur d'une instance de représentation du personnel dédiée à la protection de la santé au travail (Verkindt, 2014). Dans un article universitaire ultérieur coécrit avec Loïc Lerouge, chercheur en droit spécialiste des risques psychosociaux, l'auteur du rapport avait d'ailleurs souligné l'enjeu majeur pour la santé au travail non seulement de sauvegarder le CHSCT, mais également de le renforcer (Lerouge, Verkindt, 2015). La crainte, assez largement exprimée (Fantoni, Héas, 2018 ; Lanouzière, Odoul-Asorey, Cochet, 2017 ; Pignarre, 2017), que la disparition d'une instance dédiée s'accompagne d'un recul de l'expertise des

représentants du personnel en matière de santé-travail se confirme. Un tel recul fragilise par voie de conséquence la mise en discussion des questions de santé-travail au sein du CSE « à rebours de la lente maturation des missions des représentants du personnel dans l'entreprise en la matière » (Jubert, 2019, p. 103). Même si les faits de l'affaire France Télécom sont (heureusement) extraordinaires, ils ont permis de mettre en pleine lumière les situations de souffrance collective au travail (Gauriau, 2021) que nombre d'organisations de travail et méthodes managériales sont susceptibles de générer ou génèrent. N'est-il pas grand temps de ré-armer le collectif en matière de santé au travail (Meyrat, 2018) ?

BIBLIOGRAPHY

Adam P., 2011, « La figure juridique du "harcèlement moral managérial" », *Semaine sociale Lamy*, n° 1504

Béal S., Terrenoire C., 2010, « Harcèlement moral et méthodes de gestion », *La semaine juridique. Entreprise*, n° 1424

Carillon A., 2022, « Le harcèlement moral managérial et le harcèlement moral institutionnel », *La semaine juridique. Social*, n° 1208

Cottin J.-B., 2023, « Droits d'alerte du CSE : quelles sont les dernières précisions apportées par les juges ? », *Les cahiers Lamy du CSE*, n° 232

Del Sol M., 2022, « Management et managers dans l'organisation saine du travail sous le regard du juge », dans F. Héas (dir.), *Santé mentale et organisation du travail. Approches juridiques et regards croisés*, Paris, Dalloz, p. 169-177

Detchessahar M., 2011, « Santé au travail. Quand le management n'est pas le problème, mais la solution… », *Revue française de gestion*, vol. 214, n° 5, p. 89-105

Dirringer J., 2019, « L'entreprise, nouvel espace d'élaboration des politiques de santé au travail », *Droit social*, n° 11, p. 900-906

Dulmet P., 2023, « Obtenir une expertise sur des risques psychosociaux (RPS) dans une PME ? C'est possible grâce au droit d'alerte ! », *Les cahiers Lamy du CSE*, n° 232

Fantoni S., Héas F., 2018, « Les réformes en droit du travail : affaiblissement ou opportunité pour le droit de la santé au travail ? », *Droit social*, n° 2, p. 202-208

Gauriau R., 2021, « Ressenti d'une souffrance collective et harcèlement moral », *Revue de droit du travail*, n° 6, p. 376-381

Héas F., 2022a, « Le management, un déterminant des liens entre organisation du travail et santé mentale en jurisprudence », *Revue française des affaires sociales*, n° 4, p. 149-166

Héas F. (dir.), 2022b, *Organisation du travail et santé mentale : Orga-SEN*, rapport de recherche, DREES-Mire / DARES

Jubert L., 2020 « Quand les sciences sociales viennent au soutien d'une critique judiciaire de la rationalité managériale », *Revue de droit du travail*, n° 3, p. 157

Jubert L., 2019, *L'organisation du travail et la prévention des risques professionnels*, thèse de l'Université Paris Nanterre

Lachmann J., Larose C, Pénicaud M., 2010, *Bien-être et efficacité au travail : 10 propositions pour améliorer la santé psychologique au travail*, rapport au Premier ministre

Lanouzière H., Odoul-Asorey I., Cochet F., 2017, « La fusion des institutions représentatives du personnel porte-t-elle atteinte à leur capacité d'intervention en matière de santé et de sécurité au travail ? », *Revue de droit du travail*, n° 11, p. 691-700

Lerouge L., Verkindt P.-Y., 2015, « Sauvegarder et renforcer le CHSCT : un enjeu majeur de santé au travail », *Droit social*, n° 4, p. 365-366

Leroy Y., 2011, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 79, p. 715-732

Mesnil M., 2022 « Le harcèlement managérial au sein du contentieux du harcèlement moral », dans F. Héas (dir.), *Santé mentale et organisation du travail. Approches juridiques et regards croisés*, Paris, Dalloz, p. 147-158

Meyrat I., 2018, « Droit du travail et droits des travailleurs : le grand désarmement », *Droit ouvrier*, n° 837, p. 207-215

Montvalon L. de, 2018, « Le crépuscule de l'obligation de sécurité de résultat, *Semaine sociale Lamy*, n° 1799

Pereira B., 2013, « Du harcèlement moral au harcèlement managérial », *Revue française de gestion* 2013, n° 4, p. 33-54

Pignarre G., 2017, « Le CHSCT n'est pas soluble dans le comité social et économique », *Revue de droit du travail*, n° 10 p. 647-648

Skuratko A.-M., Cadot J., 2022, « Droit d'alerte du CSE en cas d'atteinte aux droits des personnes et aux libertés », *Les cahiers Lamy du CSE*, n° 224

Thiéry S., Sénard J.-D., 2023, *Assises du travail. Re-considérer le travail*, rapport des garants des Assises du travail, Conseil national de la refondation

Verkindt P.-Y., 2014, *Les CHSCT au milieu du gué. Trente-trois propositions en faveur d'une instance de représentation du personnel dédiée à la protection de la santé au travail*, rapport au ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social

NOTES

1 T. corr. Paris, 20 décembre 2019, n° 0935790257 ; CA Paris, pôle 6, ch. 12, 30 septembre 2022, n° 19/01699. Voir avant-propos du dossier et article de

F. Rousseau.

2 Dans la suite de l'article, le recours sans autre précision au terme générique « management » permet d'englober dans l'analyse tout à la fois les managers personnes physiques, les méthodes d'encadrement du personnel (y compris les modalités de contrôle) et les pratiques de gestion des ressources humaines. Le management est alors saisi comme un ensemble ayant une double dimension, organisationnelle et relationnelle.

3 Comme le synthétise F. Héas, « il a depuis longtemps été observé que des pratiques de management renforcent les interconnexions entre une organisation du travail délétère et les atteintes susceptibles d'être portées à la santé mentale des salariés (Héas, 2022a, p. 151).

4 Au sens strict, dans le champ du droit social, le risque professionnel renvoie aux risques susceptibles de donner lieu à une reconnaissance par la sécurité sociale au titre de la législation sur les accidents du travail et maladies professionnelles.

5 C. trav., art. L. 4121-1, al. 1.

6 Pour une analyse détaillée de cet ensemble jurisprudentiel, voir Del Sol (2022).

7 Voir Cass. soc., 21 juin 2016, n° 14-29745 concernant une expertise relative à une réorganisation qui, selon le juge « emportait des conséquences sur les conditions de travail du fait […] d'une modification du rattachement hiérarchique organisationnel et des processus RH par automatisation ».

8 On peut y ajouter les affaires mettant en jeu le recours à l'expertise pour risque grave avéré. Pour un exemple où étaient en cause des pratiques managériales brutales ayant conduit à des situations de souffrance au travail, voir Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-21523.

9 C. trav., art. L. 1152-1 : « Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. »

10 Cass. soc., 10 novembre 2009, *Bull. civ.*, V, n° 247.

11 Les trois adjectifs précités ne constituent pas des éléments de qualification juridique du harcèlement moral ni en droit du travail ni en droit pénal. En l'état actuel de la jurisprudence sociale, le sens qu'il convient de leur donner et les distinctions éventuellement à opérer sont très incertains. Tel

n'est sans doute plus le cas dans le champ pénal au regard de la précision avec laquelle les juges de l'affaire France Télécom ont étayé leur recours au qualificatif « institutionnel » (voir article de F. Rousseau dans ce dossier).

12 Limites qui sont en quelque sorte renforcées par l'exigence énoncée dans l'arrêt *Association Salon Vacances Loisirs* (préc.) que les méthodes délétères de gestion s'incarnent dans la personne d'un manager.

13 Pour rendre visible ce type de politique dans la jurisprudence sociale, le fondement de l'obligation de prévention de l'employeur recèle plus de potentialités que celui du harcèlement moral (Héas, 2022a), tout du moins s'il est mobilisé par les représentants du personnel dans une logique collective.

14 C. pén., art. 222-33-2 : « Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. »

15 L'effectivité du droit est entendue ici comme « production par la norme juridique d'effets compatibles avec les finalités que celle-ci poursuit » (Leroy, 2011).

16 Cass. soc., 25 novembre 2015, *Air France*, n° 14-24444 et Cass. soc., 22 octobre 2015, *Areva*, n° 14-2017. Voir Montvalon (2018).

17 Il ne s'agit pas ici de proposer une relecture exhaustive des compétences, prérogatives et moyens d'action du CSE en matière de santé et sécurité, mais de faire porter le regard sur deux aspects qui nous semblent particulièrement relevants au titre de la « mise en visibilité » du risque managérial.

18 C. trav., art. L. 4131-1.

19 C. trav., art. L. 2312-60.

20 Par le recours à l'expertise pour risque grave, le CSE peut également mettre en visibilité des situations avérées mettant en cause les effets pathogènes de certains choix organisationnels et méthodes managériales. Le contentieux en la matière étant bien connu, le choix est fait ici de ne pas aborder l'exercice de cette prérogative.

21 Si tel n'est pas le cas et que le risque se matérialise, une faute inexcusable sera retenue à la charge de l'employeur au bénéfice du salarié victime d'un

accident du travail (ou d'une maladie professionnelle) en application de l'article L. 4131-4 du Code du travail.

22 C. trav., art. L. 4131-2.

23 Des situations paroxystiques pourraient toutefois permettre – mais sans doute à la marge – la mobilisation de ce droit d'alerte, par exemple en cas de réaction pathologique à des insultes ou menaces proférées à l'encontre du salarié. Pour analogie, voir une décision relative à l'exercice du droit de retrait dans laquelle le juge considère que les conditions de danger et grave et imminent sont caractérisées en présence d'une dépression réactionnelle de la salariée consécutivement à une agression verbale sur son lieu de travail de la part de l'épouse de l'employeur (CA Paris, 5 février 2014, n° 11/07897).

24 Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage.

25 L'article L. 2312-59 relève des dispositions relatives aux attributions du CSE dans les entreprises d'au moins 50 salariés. Toutefois, pour les CSE des entreprises d'au moins 11 salariés et de moins de 50, l'article L. 2312-5 dispose que la délégation du personnel « exerce le droit d'alerte dans les conditions prévues aux articles L. 2312-59 [alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes] et L. 2312-60 [alerte en cas de danger grave et imminent] ».

26 Conseil de prud'hommes, Haguenau, Départage, 12 septembre 2022, n° 21/00119. Voir Dulmet (2023) ; Cottin (2023) ; Skuratko, Cadot (2022).

27 On peut d'ailleurs considérer que l'employeur est incité à la réaction par les dispositions finales de l'article L. 2312-59 qui présentent un caractère comminatoire. En cas de carence de l'employeur ou à défaut de solution trouvée avec lui, le bureau de jugement du conseil de prud'hommes peut être saisi. Il statue selon la procédure accélérée au fond. Dans ce cadre, il peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser les atteintes et assortir sa décision d'une astreinte. C'est une différence notable avec le cadre juridique de l'expertise pour risque grave de l'article L. 2315-94 qui ne contient aucune disposition équivalente, rehaussant l'intérêt de l'exercice du droit d'alerte en cas de risque réel.

28 Manifestement, cette logique de mobilisation à des fins collectives doit se frayer un chemin auprès des représentants du personnel. En effet, une recherche portant sur des décisions rendues par des cours d'appel relatives à l'exercice du droit d'alerte sur le fondement de l'article L. 2312-59 montre que cette alerte est très majoritairement mobilisée à l'appui de prétentions

individuelles (36 décisions sur les 48 recensées sur la période janvier 2019-juin 2021). Voir Héas (2022b, p. 203-204).

29 L'alinéa premier dispose que « l'employeur, compte tenu de la nature des activités de l'établissement, évalue les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, y compris dans le choix des procédés de fabrication, des équipements de travail, des substances ou préparations chimiques, dans l'aménagement ou le réaménagement des lieux de travail ou des installations, *dans l'organisation du travail* [ajout de la loi du 2 août 2021] et dans la définition des postes de travail. Cette évaluation des risques tient compte de l'impact différencié de l'exposition au risque en fonction du sexe ».

30 Dans sa thèse, L. Jubert présente d'ailleurs le concept d'organisation du travail comme « une clé de compréhension du droit de la santé et la sécurité au travail » (2019, p. 27).

31 Commission interne du CSE dont l'existence est rendue obligatoire dans toutes les entreprises d'au moins 300 salariés.

32 C. trav., art. L. 4644-1.

33 Ajouté lui aussi par la loi du 2 août 2021, l'alinéa 3 ouvre la faculté à l'employeur de s'adjoindre également le concours des services de prévention des risques professionnels de la CARSAT (Caisse d'assurance retraite et de santé au travail), de l'organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics (si son activité relève de ce secteur) et de l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail et son réseau.

34 Pour de plus amples développements, voir Jubert (2019, p. 209-292).

35 À intervalles réguliers et au moins quatre fois par an, le CSE procède « à des inspections en matière de santé, sécurité et des conditions de travail » (C. trav., art. L. 2312-13). Ce droit « permanent » à inspection est un moyen pour les représentants élus du personnel d'appréhender les conditions concrètes de travail et d'organisation du travail ainsi que de recueillir la parole des salariés sur le travail réel.

36 Si le CSE contribue à l'évaluation des risques, il doit également être consulté sur le document unique d'évaluation des risques professionnels et les mises à jour de celui-ci (C. trav., art. L. 4121-3).

37 Circulaire DRT n° 6 du 18 avril 2002 prise pour l'application du décret n° 2001-1016 portant création d'un document relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs.

38 Les résultats de l'évaluation doivent déboucher sur la détermination d'un programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail (entreprises d'au moins 50 salariés) ou la définition d'actions de prévention des risques et de protection des salariés (entreprises de moins de 50 salariés) devant désormais être inscrits dans le document unique d'évaluation des risques professionnels (C. trav., art. L. 4121-3-1, III tel que modifié par la loi du 2 août 2021).

ABSTRACT

Français
Dans ses méthodes et modalités ainsi que dans les personnes qui l'exercent, le management constitue un rouage clé de l'organisation du travail. Dans sa dimension relationnelle, il met en jeu des questions de santé au travail car il est facteur de risque pour la santé des salariés. Pour autant, la mise en visibilité du risque managérial dans le champ du droit social reste somme toute limitée. Elle pourrait toutefois gagner du terrain sur le terrain de la prévention par la mobilisation du cadre rénové de l'évaluation des risques professionnels.

INDEX

Keywords
risque managérial, organisation du travail, évaluation des risques, harcèlement moral, droit d'alerte

AUTHOR

Marion Del Sol
Professeur, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ; marion.del-sol@univ-rennes.fr

Comment les logiques managériales transforment le droit

Jérôme Pélisse

TEXT

> *Cet entretien avec Jérôme Pélisse a été réalisé par Marion Del Sol, Josépha Dirringer et Laurent Rousvoal, membres de l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE – UMR CNRS 6262) en avril 2023 puis relu en mai 2023.*

Amplitude du droit : Pouvez-vous présenter l'objet et le terrain de vos recherches ?

Jérôme Pélisse : Je suis sociologue et, à ce titre, je mène des enquêtes de terrain (entretiens, observations et constructions de monographies d'entreprise) et j'exploite des bases de données que je produis moi-même ou que je récupère, parfois en étant associé à la confection des questionnaires comme ceux utilisés dans le cadre de l'enquête REPONSE (Relations professionnelles et négociations d'entreprises), initiée par la DARES[1] (ministère du Travail) tous les sept ans et que j'ai exploités à trois reprises depuis 2005. Je collecte également des sources écrites (accords d'entreprise, tracts, notes de service, décisions de justice, lois, articles de presse, etc.), sachant que je fais tout cela de manière quasi systématiquement collective, avec des collègues, des jeunes chercheurs et chercheuses ou des étudiants. Ces enquêtes et les objets sociologiques que j'explore portent sur des questions de travail et de droit : du travail comme ensemble d'activités et d'interactions singulières, mais aussi comme rapport social, créateur de collectifs, de conflictualités et d'activités de régulation, c'est-à-dire comme producteur et enjeu de règles qui sont, pour une part, au cœur de ce qu'on peut étudier comme du travail, notamment salarié. C'est ce qui constitue mon objet principal, même si j'en ai étudié certaines marges (comme des chercheurs en laboratoire ou des experts judiciaires qui s'éloignent quelque peu de la figure des salariés). Et c'est à ce titre que j'ai croisé très tôt le droit puisque ma thèse a porté sur la mise en œuvre d'une ou plutôt de

deux lois – celles de 1998 puis de 2000 réduisant la durée légale du travail[2] – et les manières dont les acteurs des relations professionnelles (législateur et pouvoir exécutif, inspecteurs du travail, directions et syndicalistes, salariés) ont interprété ces règles juridiques, négocié des accords, se sont affrontés sur ce processus de réduction de la durée du travail, ont mis en place ces règles, les ont ajustées, etc.

C'est ainsi que je suis devenu un sociologue du travail et un sociologue du droit, diversifiant ensuite mes objets d'enquête, mais toujours avec ce souci des règles et des régulations que portent des acteurs individuels et collectifs, qui s'y réfèrent, et qu'ils mettent en œuvre dans diverses organisations. Cet intérêt pour le droit s'est aussi nourri de lectures et, en particulier, de lectures américaines. Trois ouvrages m'ont ainsi profondément marqué, au point d'avoir cherché à les faire connaître en France par des notes de lecture, des présentations et traductions, et aussi l'organisation d'un colloque et la publication de ses actes. Le premier, *Rights at Work. Pay equity reform and the politics of legal mobilization*, de Michael McCann (1994), analyse les luttes pour l'égalité salariale aux États-Unis dans les années 1970 et 1980 et les manières dont les recours à la justice et au droit ont contribué à les structurer, notamment en cadrant des rapports au droit et des sentiments d'injustice qui ont été de puissants moteurs des luttes, même si les résultats issus des décisions judiciaires, de plus en plus victorieuses jusqu'à l'élection de Reagan après laquelle elles s'inversent progressivement, n'ont que rarement changé matériellement ces inégalités salariales entre hommes et femmes. Croisant sociologie des usages du droit et des mobilisations syndicales, cet ouvrage qui a marqué la sociologie des mouvements sociaux et la sociologie du droit américaines m'a poussé à découvrir ensuite un deuxième travail, tout aussi structurant, devenu emblème d'un courant de recherche qui a renouvelé pour une part ce champ des sciences sociales : *The Commonplace of law. Stories of everyday life*, co-écrit par Patricia Ewick et Susan Silbey en 1998. Synthétisant un ensemble de recherches et proposant elles-mêmes une nouvelle perspective, les auteures s'intéressent aux expériences quotidiennes du droit qu'on peut analyser chez les profanes, citoyens ordinaires loin des lieux, des institutions et des professionnels du droit habituellement étudiés. C'est ainsi la légalité ordinaire (*legality*),

et plus seulement même le droit en acte (*law in action*) interagissant avec le droit des livres (*law in the book*), qui devient un objet d'enquête sociologique. Cette « légalité ordinaire » constitue une dimension structurante de la vie sociale, cadrant nos comportements quotidiens comme le fait de s'arrêter au feu rouge (ou pas), de payer nos factures, ou d'identifier un problème dont la solution pourrait passer (ou non) par un recours au droit, voire à l'institution judiciaire. Bien que développées dans un contexte culturel et juridique bien différent de la France, ces deux recherches m'ont été très utiles pour étudier la mise en œuvre de la réduction du temps de travail à 35 heures, tout comme les mobilisations et non-mobilisations du droit et de la justice dans les conflits du travail. En particulier, cela m'a aidé à identifier le rôle de nombreux acteurs qui ne sont pas forcément des professionnels du droit mais qui l'interprètent, le mettent en œuvre, s'y réfèrent ordinairement dans leurs activités professionnelles : syndicalistes et responsables des ressources humaines par exemple, mais aussi managers, consultants ou médecins du travail. Et c'est en analysant ce processus de mise en œuvre des lois et du droit que j'ai découvert un troisième ensemble de recherches, que je vais présenter ensuite, qui m'ont tout autant marqué, autour de ce qu'on peut appeler la théorie de l'endogénéité légale, qu'a développée progressivement entre les années 1990 et 2023 Lauren Edelman, une professeure de droit et de sociologie à UC Berkeley [3]. J'ai organisé avec deux collègues (un économiste et un politiste) un colloque en 2008 à l'ENS Cachan visant à faire découvrir ces travaux, qui a d'ailleurs débouché sur un ouvrage collectif, *Droit et régulations des activités économiques. Perspectives sociologiques et institutionnalistes*, publié en 2011 et qui vient d'être réédité en 2022. Entre-temps, Lauren Edelman a synthétisé vingt-cinq années de recherche dans un ouvrage publié en 2016, là aussi fameux et qui a reçu de nombreux prix : *Working law: Courts, corporations and symbolic civil rights*.

A. D. : Pouvez-vous nous en dire plus sur cette théorie de « l'endogénéité légale » ?

J. P. : Cette perspective de recherche part d'un présupposé qui fait un pas de côté vis-à-vis des présupposés, dominants, qui existent souvent en sociologie, en économie ou chez de nombreux juristes : celui notamment selon lequel droit et entreprises (ou organisations)

constituent deux sphères distinctes, dont il s'agit d'étudier les interactions. Les économistes vont privilégier des approches en termes d'incitations, de calculs d'optimisation intégrant le fait de se conformer ou pas au droit, de calibrage des règles entre sanctions et incitations qui auront le plus de chance d'agir sur les comportements des acteurs. Les juristes vont spontanément considérer que le droit s'applique plus ou moins mécaniquement, étudiant la cohérence des règles et l'articulation de ces différentes sources (législations, décisions judiciaires, etc.). Enfin, bien des sociologues ont considéré le droit comme une référence parmi d'autres pour les acteurs – point de vue que je partage – mais souvent en le reléguant derrière bien d'autres motifs d'action plus puissants à leurs yeux (logiques organisationnelles, normes sociales ou culturelles, etc.), au détriment d'une prise en compte des règles juridiques et des formes ou revendications de normativité qui traversent beaucoup de nos comportements. Or cette question de la place, sinon de la force du droit, est une question empirique plus que théorique ou disciplinaire.

Au contraire de cette conception clivée, étudier les processus d'endogénéisation légale, c'est donc analyser comment le droit et ses règles deviennent endogènes et n'agissent pas que de l'extérieur, mais participent à constituer et à donner du sens aux actions et aux organisations. C'est considérer que le droit n'agit qu'en étant mobilisé, interprété par des acteurs, dont les professionnels du droit, eux-mêmes très divers, mais pas seulement. Dans le domaine de l'entreprise, les responsables, les managers et en réalité de très nombreux acteurs, y compris les fournisseurs, les salariés, voire les clients par exemple, peuvent proposer des interprétations de ce qu'est se mettre en conformité avec une règle de droit. Suivre une règle fait l'objet de vastes réflexions philosophiques mais aussi d'enquêtes sociologiques et il s'agit au fond de comprendre comment une règle s'internalise dans des organisations, devient un motif routinier d'action, se dépose dans des dispositifs, constitue une référence pratique pour les actions, par l'intermédiaire d'une interprétation stabilisée, qui pourra faire l'objet d'épreuves mais résistera pour une part en raison de sa texture « légale », de ses horizons d'action possible ou des chaînes de responsabilité qui lui sont associées.

Ce que montre Lauren Edelman (mais aussi d'autres sociologues qui ont développé des perspectives proches, comme Franck Dobbin sur

le même objet, ou Mark Suchman sur d'autres), à propos du titre VII prohibant les pratiques discriminatoires dans l'emploi adopté en 1964 aux États-Unis [4], c'est alors un double processus de juridicisation des organisations, d'une part, et de managérialisation du droit, d'autre part. Autrement dit, il s'agit d'une conformation des organisations, qui s'imitent les unes les autres, à ces règles, conformation qui passe par l'invention de professionnels de la non-discrimination, de dispositifs de traitement des griefs, de formations des managers, d'évaluations de ces politiques, etc., à travers lesquels on traduit ce que signifie se mettre en conformité avec le titre VII. La création et le développement de ces acteurs et de ces dispositifs traduisent une pénétration des valeurs du droit dans les organisations, autrement dit une légalisation des organisations. Ce processus s'accompagne aussi d'une pénétration des objectifs, des intérêts et des valeurs du management dans ce que signifie se conformer au droit, ce que Lauren Edelman nomme un processus de managérialisation du droit. Ces interprétations des règles de non-discrimination et des manières de s'y conformer participent en effet aussi aux logiques d'efficacité, de rentabilité et de flexibilité qui sont celles du management. C'est ce double processus qui participe à endogénéiser les règles juridiques : à en étendre la portée dans les organisations (qui se juridicisent) mais aussi à en transformer, en partie et en pratique, le sens, en particulier au bénéfice du management (*via* une managérialisation du droit). En matière de règles anti-discriminatoires, c'est ainsi le discours de la diversité qui s'est progressivement substitué à la lutte contre les discriminations, un discours plus positif pour les entreprises qui leur permet même de se distinguer et d'attirer des « talents ». Ce processus, analysé en France par Laure Bereni par exemple (2009 et plus récemment 2023), se retrouve d'ailleurs dans d'autres domaines, comme celui qui a fait passer la prise en compte des risques psychosociaux vers la promotion de la qualité de vie au travail.

Le problème – et c'est là une seconde étape de l'analyse – est que ces mises en conformité sont principalement symboliques, comme le montre Lauren Edelman en menant ici des enquêtes aussi bien qualitatives que statistiques et juridiques. Les juges adoptent une forme de « déférence judiciaire » en considérant que la présence de procédures mises en place par les entreprises en interne pour traiter les plaintes de discrimination (*grievance procedure*, formation des

services RH, spécialisation d'acteurs en la matière) constituent des indices de mise en conformité avec le titre VII, qui ne justifient pas ces plaintes pour discrimination. Autrement dit, ces modalités managérialisées de mise en conformité ne changent fondamentalement pas les pratiques discriminatoires sur le marché du travail américain qui, depuis les années 1960, persistent globalement, même si, localement, des firmes ont pu réussir à promouvoir des minorités ou moins discriminer. De même, si la lutte contre les risques psychosociaux est devenue une promotion de la qualité de vie au travail, la dimension symbolique semble l'emporter.

Comme nous l'avons évoqué avec Claire Lemercier dans un chapitre récent (Lemercier, Pélisse, 2022), cela ne veut pas dire que ces processus de managérialisation du droit et de déférence judiciaire sont sans effets au sein des organisations : des fonctions sont inventées (comme celle de « responsable diversité ») ou légitimées (celle des ressources humaines), et des causes sont portées par certains de leurs responsables, parfois en tension avec les objectifs des entreprises. Ainsi, le travail de Lisa Buchter sur la France des années 2010, à propos des discriminations contre les personnes LGBT, racisées ou en situation de handicap, rappelle l'existence de véritables militants et activistes internes aux organisations et montre que la compliance peut être, pour eux et elles, un des moyens de faire entrer leur cause dans leur entreprise (Buchter, 2019). Mais l'endogénéisation légale ne change que rarement les choix des directions des entreprises. Et, si Lauren Edelman a ouvert la possibilité, dans son modèle théorique, que le processus d'endogénéisation légale soit pour une part substantiel, elle conclut bien dans son ouvrage de 2016, à partir d'une analyse statistique de plus d'un millier de décisions judiciaires et d'enquêtes de terrain dans les entreprises, à la dimension principalement symbolique de ces conformations aux règles du titre VII de 1964.

A. D. : En quoi cette théorie vous semble être une ressource pour éclairer l'affaire dite France Télécom ?

J. P. : On peut la mobiliser à plusieurs stades de cette « affaire ». D'abord, celle-ci forme un exemple qui a permis, grâce à la médiatisation d'une crise sociale sans précédent passant par des suicides au travail, d'engager un procès en responsabilité de l'entreprise et de ses principaux dirigeants. Grâce à ces militants que je viens d'évoquer –

ici des syndicalistes issus de deux organisations qui ne se parlent guère habituellement (la CFE-CGC et Solidaires) mais qui ont fondé un observatoire du stress et des mobilités forcées à France Télécom en 2007 ; mais aussi des syndicalistes d'autres organisations et d'autres acteurs encore (médecins du travail, psychologues et assistantes sociales de l'entreprise, consultants et experts CHSCT[5], et enfin salariés ou encadrement intermédiaire qui ont, pour certains et certaines, refusé une logique mortifère de dégraissage explicite) –, une politique d'entreprise a pu être dénoncée et des alertes, lancées. Elles n'ont pas empêché la réalisation du plan Act pour autant – plus de 20 000 salariés de France Télécom sont effectivement partis de l'entreprise durant la décennie 2000 –, ce qui montre la force des logiques managériales, et ici aussi financières, qui ont guidé l'action de nombreux acteurs (et pas seulement des dirigeants qui seront condamnés même si leur responsabilité est la plus évidente). Ensuite, cette « affaire » montre aussi comment la conformation au droit (ici *via* l'absence d'un plan social que la direction pouvait légalement éviter) peut être symbolique bien plus que substantielle (un énorme plan social, pour des raisons économiques, si l'on suit les explications des dirigeants au procès, a bien eu lieu). À ce stade, la théorie se vérifie en quelque sorte de par la possibilité que s'est donnée l'entreprise de se conformer symboliquement au droit, tout en prenant des décisions qui auraient dû donner lieu à d'autres modalités d'application, plus substantielles.

On peut aussi mobiliser la théorie de l'endogénéité légale pour montrer que l'affaire France Télécom constitue un contre-exemple, en se référant cette fois à la décision du tribunal dans un procès-fleuve dont l'instruction a duré près de dix ans pour le jugement en première instance, treize ans si l'on ajoute la décision d'appel actée le 30 septembre 2022. Car ce qui a été jugé est un « harcèlement moral institutionnel », catégorie pas complètement nouvelle mais dont la portée est élargie et largement publicisée avec cette décision. On peut donc dire que des logiques managériales et financières poussées à l'extrême ont bien transformé le droit ici, moins en interprétant ce dernier pour s'y conformer de manière avant tout symbolique, qu'en donnant l'occasion à des juges de rappeler des limites à ces politiques explicitement nocives, en les interdisant et en soulignant la responsabilité des dirigeants qui les ont conçues et mises en place. Le prix est

élevé pour cette transformation du droit (à travers cette décision qui pourrait faire jurisprudence), mais c'est bien celle-ci qui a été saluée et commentée, en dépit de quelques limites pas tout à fait anodines comme l'amoindrissement significatif des peines dans la décision d'appel ou, plus gênant encore, la suppression du remboursement, dans cette même décision, des honoraires des avocats des parties civiles (alors même que les vingt millions d'euros d'honoraires d'avocats des prévenus ont été entièrement pris en charge par les assurances des dirigeants, selon un syndicat). Tout en affirmant de manière claire et sans ambiguïté une catégorie juridique visant à limiter un processus de managérialisation du droit du licenciement autant que du droit de la santé et sécurité au travail, cette décision déséquilibre ainsi le principe d'égalité des armes entre les parties. Permettra-t-elle surtout de prévenir ce type de dérive ? On peut l'espérer, moins par les craintes des sanctions finalement encourues par les dirigeants que par la responsabilité publique et juridique qu'elle leur impute quand ils prennent des décisions de cette nature.

A. D. : Vous avez évoqué le phénomène de « déférence judiciaire » ? Quelles en sont les manifestations ? les incidences ?

J. P. : La déférence judiciaire consiste dans l'acceptation par les institutions qui font le droit (le juge notamment) de la transformation que lui ont fait subir les agents de la managérialisation des règles. L'internalisation de la règle par l'entreprise devant l'appliquer change la règle ; or, ce changement est reçu par le juge, puis éventuellement le législateur. Ils font leur cette relecture, déférents à l'égard des acteurs économiques qui l'ont produite.

La déférence judiciaire n'a, dans le cas France Télécom, justement pas eu lieu. C'est en cela que ce procès est un contre-exemple au constat d'une managérialisation toujours victorieuse dans les manières dont le droit est interprété et appliqué. Cela ne remet pas en cause la théorie que construit Lauren Edelman, ni même le constat empirique d'une déférence judiciaire aux interprétations managérialisées du droit qu'elle établit dans le cas du droit anti-discriminatoire aux États-Unis, car son argumentation est statistique et des décisions judiciaires singulières non déférentes peuvent toujours être identifiées. Son analyse n'est en effet pas jurisprudentielle (au sens des juristes), mais bien statistique, car elle analyse des régularités judi-

ciaires et non telle ou telle décision censée « faire jurisprudence ». Dans le cas France Télécom, les juges n'ont donc pas suivi l'argumentation des prévenus, consistant notamment à dire qu'ils ne connaissaient pas les salariés qui se sont suicidés, ont tenté de le faire ou sont tombés en dépression. L'absence de liens directs entre prévenus et victimes a été contrecarrée par l'analyse d'effets en cascade, « par ruissellement » disent les juges, et la documentation épaisse qu'ont produite les acteurs évoqués précédemment (syndicalistes, experts, médecins du travail…). Exceptionnel, ce procès l'est donc aussi à ce titre, car les juges n'ont pas été déférents, autrement dit n'ont pas accepté la manière dont la direction et le management ont interprété la loi et les règles juridiques et tenté de montrer qu'ils se conformaient au droit, qu'ils n'avaient pas de liens directs avec les salariés parties civiles (ou leurs familles), et ne pouvaient donc les harceler. En reprenant, se fondant sur et publicisant la qualification de « harcèlement moral institutionnel », les juges ont dépassé l'une des grandes limites du droit qui systématiquement individualise les affaires, les relations, les situations. Ils ont retrouvé l'une des logiques originelles du droit du travail et plus largement du droit social qui est justement, dans certaines de ces règles juridiques, de collectiviser les risques, les situations, les relations.

En définitive, la déférence judiciaire constitue un pan largement méconnu d'un point de vue scientifique, aussi bien chez les juristes que chez les sociologues d'ailleurs, car peu de travaux sont menés ou parviennent à obtenir les données pour traiter des régularités statistiques qu'on peut analyser en matière de décisions judiciaires. Evelyne Serverin l'a pratiqué à plusieurs reprises en matière de décisions prud'homales dans les années 2000 et 2010 (Serverin, Guiomard, 2013 ; Serverin, Munoz-Perez, 2005), et des chercheurs américains le font plus régulièrement – comme E. Berrey, R. L. Nelson et L. B. Nielsen en matière de discrimination aux États-Unis dans un ouvrage intitulé *Rights on trial. How workplace discrimination law perpetuates inequality* (2017). On a là, sans doute, une voie de recherche prometteuse entre droit et sociologie que l'analyse de l'endogénéisation légale ouvre, parmi d'autres.

BIBLIOGRAPHY

Bereni L., 2023, *Le management de la vertu. La diversité en entreprise à New York et à Paris*, Paris, Presses de Sciences Po

Bereni L., 2009, « “Faire de la diversité une richesse pour l’entreprise”. La transformation d’une contrainte juridique en catégorie managériale », *Raisons politiques*, vol. 3 ; n° 35, p. 87-105

Berrey E., Nelson R. L., Nielsen L. B., *Rights on trial. How workplace discrimination law perpetuates inequality*, Chicago, University of Chicago Press

Bessy C., Delpeuch T., Pélisse J., 2022 [2011], *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, Paris, LGDJ

Buchter L., 2019, *Reinventing diversity: Activists interfering with the managerialization of the law*, thèse, Paris, Sciences Po

Edelman L., 2016, *Working law: Courts, corporations and symbolic civil rights*, Chicago, University of Chicago Press

Ewick P., Silbey S., 1998, *The Commonplace of law. Stories of everyday life*, Chicago, University of Chicago Press

Lemercier C., Pélisse J., 2022, « Droit et entreprises. Qui peut réguler Uber et les multinationales ? », dans O. Borraz (dir.), *La société des organisations*, Paris, Presses de Sciences Po, p. 245-258

McCann M. W., 1994, *Rights at Work. Pay equity reform and the politics of legal mobilization*, Chicago, University of Chicago Press

Serverin E., Guiomard F. (dir.), 2013, *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d’égalité. Les enseignements d’un échantillon d'arrêts extraits de la base* JURICA *(2007-2010)*, Ministère de recherche Droit et Justice

Serverin E., Munoz-Perez B., 2005, *Le droit du travail en perspective contentieuse : 1993-2004*, Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, Cellule études et de recherches

NOTES

1 Direction de l’animation de la recherche, des études et des statistiques (ministère du Travail).

2 Loi n° 1998-461 du 13 juin 1998, dite « loi Aubry I », et loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, dite loi « Aubry II ».

3 Celle-ci est décédée brutalement en février 2023. Un hommage lui est rendu sur le site [https://ds.hypotheses.org/11876] (consulté le 11 mai 2023) et dans le dernier numéro de la revue *Droit et société*.

4 Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 (loi fédérale sur les droits civils).

5 Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, instance représentative du personnel qui a été supprimée en 2017 et dont une large partie des compétences a été transférée au Comité social et économique (CSE), désormais instance unique de représentation élue du personnel dans les entreprises.

INDEX

Keywords
sociologie du travail, sociologie du droit, endogénéité légale, juridicisation, managérialisation, déférence judiciaire, règles juridiques, conformité, discrimination, France Télécom

AUTHOR

Jérôme Pélisse
Professeur de sociologie, Sciences Po Paris, chercheur au Centrede sociologie des organisations (CSO, UMR CNRS) ; jerome.pelisse@sciencespo.fr

Varia

Le développement des marchés environnementaux agricoles au Brésil : le rôle des programmes de paiement pour services environnementaux

Franz Felipe Wienke

OUTLINE

Introduction
1. Les marchés environnementaux agricoles : vers un nouveau modèle de justice socio-environnementale
   1.1. La caractérisation des marchés environnementaux
   1.2. La responsabilité sociale et environnementale des acteurs privés dans l'espace agricole : une transition vers les marchés agroécologiques
2. Les programmes de paiement pour services environnementaux : opportunité d'un renforcement des marchés environnementaux agricoles
   2.1. Définition des programmes de PSE dans le contexte juridique brésilien
   2.2. La croissance des marchés environnementaux agricoles grâce aux programmes de PSE : une approche de l'agriculture familiale
Conclusion

TEXT

Introduction

1 Le thème de la solidarité environnementale a été intégré dans le constitutionnalisme des pays du Marché commun du Sud (Mercosur) au cours des dernières décennies. Tous les pays du bloc régional ont garanti à leurs citoyens le droit de vivre dans un environnement sain et équilibré dans leurs textes constitutionnels. Les constitutions garantissent également le fait que les secteurs productifs doivent contribuer à cet objectif, reconnaissant leur responsabilité dans le maintien des niveaux de qualité environnementale. Cependant, le développement de marchés intégrant les principes de durabilité reste difficile. Dans le domaine des marchés agricoles, ce thème prend des aspects particuliers. Une grande partie des conflits socio-environnementaux observés dans l'espace rural latino-américain est

liée à la production agricole, activité fondamentale pour la stabilité économique des pays de la région. Un regard sur le scénario brésilien dresse un tableau des plus inquiétants : l'avancée de la frontière agricole dans les régions de forêt indigène (habitat des peuples et communautés traditionnels), l'utilisation intensive de pesticides, les violations des normes environnementales et du travail, l'épuisement des ressources en eau, entre autres aspects, renforcent la nécessité d'une transition dans les modes de production de l'espace rural. Cette transition dite agroécologique, fondamentale pour le développement des marchés environnementaux naissants, peut être définie comme le processus graduel de transformation des bases productives et sociales permettant de retrouver la fécondité et l'équilibre écologique de l'agroécosystème.

2 Cet article vise à analyser les instruments politiques et juridiques susceptibles de stimuler les marchés environnementaux agroécologiques au Brésil. Les programmes de paiement pour services environnementaux (PSE), dont le but est d'encourager le maintien, le rétablissement ou l'amélioration des écosystèmes en récompensant les actions permettant la fourniture de services environnementaux, sont une alternative prometteuse, qu'il s'agisse des mécanismes de paiement direct ou des instruments de subvention indirecte. Pour vérifier cette hypothèse, la première partie du texte propose une discussion sur les éléments de justice socio-environnementale présents sur les marchés environnementaux agricoles (les marchés qui cherchent à promouvoir des relations économiques de produits et de services ayant moins d'impact sur l'environnement que les autres marchés), ainsi que sur les particularités liées à la transition agroécologique. La deuxième partie du texte présente ces programmes de paiement pour services environnementaux. L'objectif sera d'examiner la pertinence de ces mécanismes pour renforcer les marchés environnementaux agroécologiques.

1. Les marchés environnementaux agricoles : vers un nouveau modèle de justice socio-environnementale

3 Définir le concept de marchés environnementaux n'est pas une tâche simple. Affirmer qu'ils sont caractérisés par une préoccupation environnementale se heurte à la nécessité même de définir l'environnement, déjà envisagé comme un concept caméléon (Prieur, 2011, p. 1). Les identifier comme une simple opposition aux marchés conventionnels ne fait que retarder une confrontation conceptuelle. La définition adoptée ici vise à prendre en compte les éléments de la notion de justice socio-environnementale. Les marchés environnementaux sont issus d'une transition qui intègre les éléments de ce modèle de justice, construisant une nouvelle chaîne de responsabilités pour les acteurs impliqués (1.1). Dans le domaine de la production agricole, le concept de justice environnementale est perceptible dans les systèmes agroécologiques. Le renforcement de ce modèle, qui se caractérise par sa multidimensionnalité, nécessite le développement d'une structure légale de certification, ce qui n'est que récemment perceptible dans le scénario brésilien (1.2). L'objectif de la première partie de l'article est d'analyser quel est le modèle de production agricole qui permet aux acteurs ruraux privés de participer aux marchés agricoles environnementaux. L'hypothèse présentée indique que le modèle agroécologique, en se montrant plus équitable sur le plan socio-environnemental, favorise cette participation.

1.1. La caractérisation des marchés environnementaux

4 Clarifier l'expression « marchés environnementaux » est toujours un défi en droit brésilien, la loi fédérale ne prévoyant pas expressément de définition. La littérature économique et juridique semble utiliser les termes marchés environnementaux, marchés verts, marchés écologiques, entre autres, de manière interchangeable et sans rigueur conceptuelle. Ces expressions cherchent à promouvoir la notion de

durabilité et de justice socio-environnementale, en valorisant les relations économiques de produits et de services ayant moins d'impact sur l'environnement que les autres. Il ne fait aucun doute que les marchés environnementaux se distinguent des marchés conventionnels, bien qu'il ne soit pas toujours facile de déterminer la frontière entre les deux. L'identification des éléments qui caractérisent ce concept reste un défi. Un marché devient environnemental lorsque ses participants abandonnent certaines pratiques, jugées nuisibles, et en intègrent d'autres, considérées comme étant appropriées sur un plan socio-environnemental. Cette transition n'est pas brusque, mais le résultat des efforts planifiés des acteurs impliqués. Elle est réfléchie, mature, paisible et pragmatique (Chabot, 2015, p. 21).

5 Dire que les marchés environnementaux cherchent à répondre à des critères de durabilité est une définition incomplète. La notion même de durabilité est nébuleuse, et elle peut également servir des courants de pensée liés à la croissance verte, d'une part, et à l'économie écologique[1], d'autre part. Dans le cas du scénario latino-américain, la notion de marchés environnementaux semble intégrer au moins trois éléments centraux envisagés dans les discussions sur la justice socio-environnementale : un élément culturel, un élément socio-économique et un élément écologique. L'élément culturel est lié aux situations d'injustice dans lesquelles il y a une subordination de statut, basée sur des hiérarchies institutionnalisées de valeur culturelle (Fraser, 2011, p. 12).

> « À ce titre, l'injustice est le produit des modèles sociaux de représentation, d'interprétation et de communication, et prend les formes de la domination culturelle (être l'objet de modèles d'interprétation et de communication qui sont ceux d'une autre culture, et qui sont étrangers ou hostiles à la sienne propre), de la non-reconnaissance (devenir invisible sous l'effet des pratiques autoritaires de représentation, de communication ou d'interprétation de sa propre culture) ou de mépris (être déprécié par les représentations culturelles stéréotypiques ou dans les interactions quotidiennes). » (Fraser, 2011, p. 17)

6 Les acteurs privés engagés dans la justice socio-environnementale cherchent donc à valoriser des groupes qui ont historiquement souf-

fert d'un manque de reconnaissance. Suivant cette idée, il convient de mentionner les progrès apportés par le décret fédéral n° 9571 du 21 novembre 2018, qui a établi des lignes directrices nationales pour les entreprises s'agissant des droits de l'homme. Selon le décret, il appartient aux entreprises de faire face à la discrimination dans les relations de travail et de promouvoir le respect en leur sein. L'élément socio-économique renvoie quant à lui, à la question de la vulnérabilité. Il est

> « le produit de la structure économique de la société et peut prendre les formes de l'exploitation (voir les fruits de son travail appropriés par d'autres), de la marginalisation économique (être confiné à des emplois pénibles ou mal payés ou se voir dénié l'accès à l'emploi) ou du dénuement » (Fraser, 2011, p. 16).

7 La Charte de Rio de 1992 a présenté l'éradication de la pauvreté comme un impératif éthique, social et environnemental. Dans le même sens, l'accord-cadre du Mercosur sur l'environnement de 2003 met à la charge des États le devoir de contribuer à la promotion de conditions de travail écologiquement saines et sûres afin, dans le cadre du développement durable, d'améliorer la qualité de vie, le bien-être social et la création d'emplois. Enfin, l'élément environnemental (*stricto sensu*) ou écologique est lié aux injustices et aux inégalités tant dans l'accès aux biens environnementaux que dans la répartition des risques. Les inégalités environnementales se manifestent donc sous la forme d'une protection environnementale inégale ainsi que d'un accès inégal aux ressources environnementales (Acserald, Mello, Bezerra, 2009, p. 73). Les marchés environnementaux exigent pour leur part que les acteurs privés adoptent des processus productifs qui ne donnent pas lieu à la socialisation des externalités négatives et des risques, en particulier face à des groupes sociaux qui sont déjà vulnérables. Autrement dit, pour que le processus de production soit plus efficace économiquement, les risques et les externalités négatives (par exemple la pollution résultant de la production) ne peuvent pas peser sur la population la plus vulnérable. Dans ce sens, une production agricole socio-environnementalement équitable doit éviter que les travailleurs ruraux impliqués dans la production ne soient contaminés par les

intrants chimiques utilisés ou que les ressources en eau utilisées par les communautés ne soient polluées.

8 La mise en place d'une distinction entre les acteurs qui participent à un marché de l'environnement et ceux qui n'y participent pas nécessite une réglementation. Il convient de s'interroger sur le niveau d'exigence nécessaire en termes de responsabilité socio-environnementale pour que des acteurs privés puissent être considérés comme des acteurs d'un marché environnemental. Le droit brésilien, en termes macro, n'offre pas cette réponse. Certains éléments, néanmoins, peuvent être relevés, soit dans le champ de la régulation publique, soit dans le champ des initiatives nées dans l'espace économique privé. C'est le cas, par exemple, des certifications, présentées comme un ticket d'entrée dans les marchés environnementaux. Les scellés certifiés ISO se distinguent dans le scénario d'entreprise, établissant des exigences qui doivent être respectées par les systèmes de management environnemental. Toutefois, en raison des prix des audits, la certification est limitée aux grandes entreprises. La création d'un indice de durabilité environnementale (ISE) dans le cadre de la Bourse de São Paulo (BOVESPA) peut également être mentionnée. L'outil ISE propose de renforcer un contexte d'investissement compatible avec les exigences de développement durable de la société contemporaine, ainsi que d'encourager la responsabilité éthique des entreprises [2]. Cependant, l'instrument ne concerne que les sociétés cotées en Bourse (environ 300 sociétés brésiliennes), à l'exclusion des segments productifs dans lesquels les petits et moyens acteurs se distinguent. Actuellement, le portefeuille ISE comprend 30 entreprises, la plupart liées aux secteurs bancaire, énergétique et technologique.

9 Dans le domaine de la production agricole rurale, l'identification des marchés environnementaux est tout aussi complexe. Quels sont les éléments susceptibles d'aider à la caractérisation d'un marché agricole environnemental ? D'une manière générale, l'agriculture brésilienne se caractérise par l'exploitation intensive des ressources naturelles et l'utilisation excessive de pesticides. Ainsi, un modèle agricole plus responsable sur le plan socio-environnemental nécessite une transition des modes de production des acteurs privés. Ici, la certification semble jouer un rôle central. Les marchés environnementaux agricoles peuvent donc être conceptualisés comme des espaces de

circulation des produits agricoles issus de systèmes de production durables (socialement, culturellement et écologiquement). Ces marchés proposent de lutter contre un scénario caractérisé par différentes vulnérabilités (sociales, culturelles et écologiques). En ce sens, leur promotion, en établissant de nouvelles relations socio-économiques productives dans les zones rurales, contribue au dépassement d'un modèle d'injustice socio-environnementale. Il est possible d'affirmer, au regard du scénario rural brésilien, que l'injustice environnementale favorise les conflits territoriaux et matérialise les différences de conception de la nature entre les populations affectées et les structures de pouvoir/acteurs hégémoniques.

> « L'injustice environnementale comprend la condition d'expropriation des peuples, le refus d'accès aux biens de la nature, l'imposition de risques environnementaux et la non-reconnaissance culturelle des populations qui réexistent dans leurs territoires de vie. » (Jakimiu, 2023, p. 171)

10 Ces marchés visent donc à assurer au moins trois aspects fondamentaux du concept de justice socio-environnementale dans le cas du scénario latino-américain : (a) une production basée sur une interaction durable avec l'environnement naturel ; (b) une production basée sur des relations socio-économiques en harmonie avec les droits de l'homme ; et (c) une production basée sur des interactions qui reconnaissent les modes traditionnels (ou non hégémoniques) d'organisation culturelle. Par conséquent, l'accès aux marchés agroécologiques rapproche les acteurs ruraux privés de systèmes de production socio-environnementaux plus justes. Cet accès suppose une certification. Dans ce domaine, où les acteurs privés de petite et moyenne taille sont prédominants (face, par exemple, aux marchés boursiers, réservés aux grands acteurs), la législation brésilienne a adopté un système de certification biologique permettant à ces acteurs privés ruraux à faible pouvoir économique d'accéder aux marchés environnementaux. Comprendre le fonctionnement de ce système est l'objectif du la partie suivante.

1.2. La responsabilité sociale et environnementale des acteurs privés dans l'espace agricole : une transition vers les marchés agroécologiques

11 La production agricole joue un rôle de premier plan dans l'économie brésilienne. Bien qu'une grande partie de cette production soit caractérisée par la monoculture et l'utilisation intensive de produits chimiques, la diversité des modes de production et des acteurs impliqués décourage toute simplification des analyses. Il faut donc éviter les théorisations, parfois idéalisées, qui identifient dans l'agriculture familiale un empire de modèles productifs durables et, inversement, dans les grandes propriétés un modèle de production industrielle et mécanisée. Le développement des marchés de produits alimentaires écologiques nécessite une transition vers l'agroécologie, en particulier dans le domaine de l'agriculture familiale, responsable de l'essentiel de la production du marché intérieur. À partir des années 2000, un ensemble de règles ont été mises en place au Brésil pour encourager cette production agroécologique. C'est là le résultat d'un processus de revendications qui a émergé au sein des mouvements sociaux depuis la fin des années 1980 et atteint les arènes politiques au début des années 2000. Au moins trois de ces innovations législatives méritent d'être mentionnées.

12 La première est la loi 10.831, du 23 décembre 2003, qui introduit le concept d'agroécologie dans le droit brésilien. Selon cette loi, un système de production agricole biologique [3] est

> « tout système dans lequel des techniques spécifiques sont adoptées, en optimisant l'utilisation des ressources naturelles et socio-économiques disponibles et en respectant l'intégrité culturelle des communautés rurales, dans un objectif de durabilité économique et écologique ».

13 Le concept exprime en outre que les systèmes agroécologiques devraient chercher à maximiser les avantages sociaux, minimiser la dépendance à l'égard des énergies non renouvelables, en utilisant, dans la mesure du possible, des méthodes culturelles, biologiques et

mécaniques, par opposition à l'utilisation de matériaux synthétiques, d'organismes génétiquement modifiés à tout stade du processus de production, de transformation, de stockage, de distribution et de commercialisation (art. 1). Le concept d'agroécologie adopté par la loi englobe les éléments sociaux, culturels et environnementaux de la notion de justice socio-environnementale exposée dans la section précédente. Ainsi, l'identification d'un champ de responsabilité socio-environnementale par les acteurs privés en milieu rural nécessite un redimensionnement qui n'inclut pas seulement l'adoption de nouvelles techniques productives. Il faut inclure dans cette conception au moins six dimensions : une dimension écologique (maintien de la base des ressources naturelles) ; une dimension sociale (les produits générés dans les agroécosystèmes doivent être appropriés et utilisés de manière égale) ; une dimension économique (le système productif doit apporter un gain équitable aux acteurs impliqués) ; une dimension culturelle (respect des différentes formes de relations entre les communautés et leur environnement) ; une dimension politique et une dimension éthique (liées à la solidarité intra- et intergénérationnelle des acteurs avec le reste de la société) [Carporal, Costabeber, 2002, p. 71].

14 La deuxième innovation à souligner est le décret n° 6.232 du 27 décembre 2007 qui réservait un chapitre spécifique à la réglementation du marché intérieur des produits agroécologiques. Le décret établit la règle de certification comme une exigence pour participer à ce marché (sauf pour les ventes directes aux consommateurs, où la certification est assouplie). La norme définit trois instruments de certification. Le premier instrument est celui de la certification par audit, réalisée par une entreprise accréditée à cet effet. Le deuxième renvoie à des systèmes participatifs, où l'inspection est confiée à des Organismes d'évaluation participative de la conformité (OPAC), composés d'agriculteurs, de techniciens et de consommateurs. Le troisième instrument passe par une Organisation de contrôle social (OCS). Les OCS sont constituées par les agriculteurs familiaux eux-mêmes, mutuellement responsables de l'inspection, dans une relation d'engagement, de transparence et de confiance (art. 2, VIII). Dans ce cas, les producteurs se voient uniquement délivrer des autorisations de commercialisation directe auprès des consommateurs. La possibilité de certification participative *via* les OPAC et de

commerce direct avec le consommateur permet la participation de l'agriculture familiale au marché biologique sans qu'il soit nécessaire d'engager des sociétés d'audit pour la certification. Si cette stratégie réduit la bureaucratie dans la commercialisation locale des petits agriculteurs, elle interdit, en revanche, l'insertion de ces acteurs privés dans des marchés plus larges.

15 La troisième innovation à signaler est le décret n° 7.794 de 2012, qui a inséré le concept de transition agroécologique dans le système juridique. Cette transition est définie par le décret comme

> « le processus progressif de changement des pratiques et de gestion des agroécosystèmes, traditionnels ou conventionnels, à travers la transformation des bases productives et sociales de l'utilisation des terres et des ressources naturelles, qui conduisent à des systèmes agricoles intégrant des principes et des technologies écologiques » (art. 2, IV).

16 La transition agroécologique peut donc être vue comme un processus de conversion de moyens de production écologiquement intensifs vers un modèle plus juste socialement, culturellement et écologiquement (identifié ici comme le modèle agroécologique).

17 Comme exposé *supra*, la législation brésilienne a adopté, au cours des dernières décennies, des instruments importants pour la consolidation de la responsabilité socio-environnementale des acteurs privés dans l'espace de production agricole. Sur la base de cette réglementation, il y a eu une croissance de l'adhésion des producteurs ruraux aux marchés verts des produits agricoles, pratiquement inexistante au Brésil jusqu'au début des années 2000. Cependant, cette croissance demeure encore timide en comparaison avec celles des autres membres du Mercosur. Selon le Registre national des producteurs biologiques (CNPO), en avril 2020, le pays comptait 21 791 producteurs certifiés, contre 10 505 en mai 2015 et 6 719 en janvier 2014. Ces chiffres, bien que montrant une croissance régulière de la production certifiée biologique au Brésil, sont encore faibles par rapport aux autres pays du Mercosur. Le Brésil possède 351 289 millions d'hectares de terres agricoles réparties sur environ 5 millions d'établissements ruraux. Sur ce total, selon le rapport de l'Institut de recherche de l'agriculture biologique se référant à l'année 2018, seuls

1 188 255 hectares sont destinés à la production biologique (FIBL/IFOAM, 2020, p. 39). Le Brésil affiche également des résultats discrets, comparé notamment à l'Argentine (avec 3 629 968 hectares de production biologique) et à l'Uruguay (avec 2 147 083 hectares), qui occupent une place prépondérante dans le domaine sur le plan mondial, bien qu'ils aient beaucoup moins de surfaces agricoles que le Brésil. Il faut dire que, en Argentine, l'évolution de la production biologique remonte au début des années 1990. Jusqu'en 1987, il n'y avait pas plus de cinq agriculteurs biologiques dans le pays. La situation a évolué, surtout à partir de 1992, lorsque le gouvernement, par l'intermédiaire de l'Institut argentin pour la santé et la qualité des végétaux (IASCAV) et le Service national de santé (SENASA), a établi les lignes directrices d'un Système national de contrôle des produits biologiques. Depuis l'acceptation des produits biologiques argentins par la Communauté européenne, officiellement obtenue en 1996, l'expansion du secteur biologique s'est accélérée, avec des taux de croissance annuels de plus de 100 % au cours de la seconde moitié des années 1990 (IICA / SENASA, 2009). En outre, il convient de noter que l'Argentine dispose d'un cadre réglementaire pour l'agriculture biologique depuis 1999 (loi n° 25.127). Pour ce qui est de l'Uruguay, les débats sur l'agriculture biologique remontent aux années 1980. En 1990, avec le soutien du CLADES (Consortium latino-américain pour l'agroécologie et le développement), a été créé la Table de l'agriculture biologique, affiliée à l'IFOAM (International Federation of Organic Agriculture Movements) depuis 1994, intégrant plusieurs entités de la société civile. Toujours dans les années 1990, des discussions ont commencé dans la sphère politique afin que des normes de certification des produits biologiques soient établies, discussions qui se sont concrétisées par un décret en juillet 1992 (Venturini, Ugonm, 2007, p. 50). La participation aux marchés environnementaux agricoles étant conditionnée par l'adhésion aux systèmes de production agroécologiques par les acteurs ruraux, la certification constitue, nous l'avons vu, un ticket d'accès à ces marchés. Or, malgré le fait que la loi brésilienne ait avancé normativement pour permettre la certification agroécologique des petits et moyens acteurs privés, les résultats obtenus jusqu'à présent sont encore insignifiants. Il est donc nécessaire d'étudier quels sont les instruments juridiques qui peuvent être adoptés pour accélérer une transition agroécologique et, par conséquent, l'accès des acteurs privés aux marchés environnemen-

taux agricoles au Brésil. Si la première partie de cet article a été consacrée à la définition d'un modèle de production agricole socio-environnementalement équitable (identifié en agroécologie), la seconde partie cherche précisément à investiguer les mécanismes, tels les programmes de paiements pour services environnementaux (ci-après PSE), susceptibles d'accélérer et de redimensionner cette transition agroécologique.

2. Les programmes de paiement pour services environnementaux : opportunité d'un renforcement des marchés environnementaux agricoles

18 L'adoption de moyens de production responsables sur le plan socio-environnemental nécessite l'adhésion à des stratégies de transition productive par les acteurs privés. Dans le scénario de la production agricole, cette responsabilité sociale et environnementale se concrétise à travers une transition agroécologique. Malgré l'existence d'une réglementation juridique au Brésil, quoique tardive, sur la production biologique, il s'avère nécessaire de développer davantage d'instruments économiques et politiques pour encourager les acteurs privés. Les programmes de PSE apparaissent ainsi comme des candidats potentiels (2.1) et certaines expériences centrées sur l'agriculture familiale vont également déjà dans ce sens (2.2). La seconde partie de cet article a pour objectif de montrer en quoi les PSE sont un outil adéquat pour accélérer la transition agroécologique et, par conséquent, l'accès des acteurs ruraux privés aux marchés agricoles environnementaux.

2.1. Définition des programmes de PSE dans le contexte juridique brésilien

19 Les programmes de PSE ne sont pas nouveaux sur la scène internationale. Dans une étude comparative parue en 1998, Sven Wunder, Stefanie Engel et Stefano Pagiola soulignaient l'existence de certaines

initiatives menées dans le domaine aux États-Unis depuis 1985 et au Costa Rica depuis 1997 (p. 836-837). Cependant, la doctrine juridique ne traitera de ces innovations qu'à partir des années 2000, après la publication du rapport *Millennium Ecosystem Assessment* en 2005, qui a diffusé la notion de services environnementaux à l'échelle internationale. De manière générale, de tels programmes peuvent être définis comme des mécanismes visant à favoriser des externalités positives grâce à des transferts de ressources financières entre les bénéficiaires de certains services écologiques et les fournisseurs de ces services (Mayrand, Paquin, 2004, p. ii). Comme l'a établi Carlos Teodoro José Irigaray, les programmes de PSE sont une alternative pour corriger les défaillances du marché résultant de la non-évaluation économique des services environnementaux (2010a, p. 70-71). Selon l'auteur, le marché est incapable d'assimiler le coût total des biens et services dans le système de prix, ce qui implique l'octroi implicite de subventions aux activités polluantes (Irigaray, 2010b, p. 15).

20 Deux notions sont fondamentales pour une meilleure compréhension du système : la première est la notion économique d'externalité ; la seconde, résultat direct de la première, est l'idée du principe fournisseur-destinataire (Wienke, 2019, p. 197). Les activités polluantes qui provoquent des externalités négatives ne sont pas absorbées par la rationalité du marché. Une telle logique crée un scénario communément appelé « privatisation des bénéfices et socialisation des pertes » (un phénomène qui forme la base du principe pollueur-payeur). Alexandra Aragão a très bien analysé ce mécanisme aboutissant à un coût nul dans l'utilisation des biens environnementaux collectifs, puisque les effets externes sont transférés par des moyens non économiques sans aucun flux monétaire contraire :

> « [Les effets externes] étant un transfert à prix nul, le prix final du produit ne les reflète pas et pour cette raison ils ne pèsent pas dans les décisions de production ou de consommation bien qu'ils représentent des coûts réels ou des avantages sociaux résultant de l'utilisation privée des ressources communes. » (Aragão, 2014, p. 33)

21 Par conséquent, l'intériorisation des externalités par les acteurs privés est pertinente pour l'identification d'un champ de responsabilité socio-environnementale. En outre, de la même manière que le

droit de l'environnement a créé des mécanismes de lutte contre les externalités négatives, il est nécessaire de réfléchir aux instruments de valorisation des externalités positives (qui pourraient se traduire précisément par la notion de services environnementaux). L'internalisation des services environnementaux en faveur de leur fournisseur constitue la base du principe fournisseur-destinataire. Le principe, considéré comme l'inverse du pollueur-payeur,

> « fournit une juste compensation à tous ceux qui contribuent à la conservation de l'environnement par leur conduite, c'est-à-dire qu'il reconnaît les externalités positives de ceux dont le comportement environnemental réduit les dépenses publiques et profite à l'ensemble de la communauté » (Furlan, 2010, p. 211).

22 Parmi les différentes classifications apportées par la littérature, le cadre suivant semble le plus à même de dialoguer avec les particularités brésiliennes :

- PSE de type restrictions d'utilisation : les paiements visent à compenser un secteur productif renonçant à l'utilisation d'une ressource naturelle (par exemple un agriculteur qui cesse d'utiliser une zone couverte de végétation) ;
- PSE de type restauration : les paiements visent à contribuer aux coûts de restauration d'un espace naturel ;
- PSE du type valorisation des pratiques traditionnelles : les paiements visent à récompenser les techniques de gestion environnementale à faible impact, souvent utilisées par les populations locales ;
- PSE de type transitionnel : les paiements visent à encourager l'adoption de méthodes productives à faible impact en échange de l'abandon progressif de méthodes à plus grand impact.

23 Sur le plan normatif, la loi n° 12.651 de 2012, qui institue le nouveau Code forestier brésilien, a établi la possibilité d'instituer un programme de soutien à la conservation de l'environnement, y compris le « paiement ou incitation à la production de services environnementaux tels que rémunération aux activités de conservation et d'amélioration des écosystèmes » (art. 41). Parmi les services environnementaux soumis à rémunération, aux termes de la loi, figuraient (a) la séquestration, la conservation, l'augmentation du stock et la réduction du flux de carbone ; (b) la conservation de la beauté natu-

relle des paysages ; (c) la conservation de la biodiversité ; (d) la conservation des services d'eau ; (e) la régulation du climat ; (f) la valorisation culturelle et les connaissances traditionnelles des écosystèmes ; (g) la conservation et l'amélioration des sols ; et (h) le maintien d'espaces territoriaux spécialement protégés.

24 La mise en place des programmes de PSE tend à encourager les acteurs privés à adhérer aux normes de production favorisant les services environnementaux énumérés ci-dessus. Or la logique du marché, lorsqu'elle vise le développement de produits et services à prix réduits, engendre le maintien d'un statut qui empêche toute transition agroécologique. Cette lacune résulte de deux facteurs : l'absence de conditions économiques favorables à l'internalisation des externalités environnementales négatives dans les secteurs de forte concurrence économique et l'absence d'incitations juridiques pour la promotion des services environnementaux (externalités positives). Afin d'accélerer le développement des programmes de PSE, la loi n° 14.119, votée en janvier 2021, a établi des normes spécifiques pour la politique nationale de PSE visant à encourager

> « l'utilisation du paiement des services environnementaux comme instrument pour promouvoir le développement social, environnemental, économique et culturel des populations rurales et urbaines et des producteurs ruraux, en particulier les communautés traditionnelles, les peuples autochtones et les agriculteurs familiaux » (art. 5°, III).

25 Bien que cette nouvelle loi nécessite pour être mise en œuvre une prévision budgétaire au niveau fédéral, plusieurs expériences locales ont déjà été lancées, quoique sans articulations entre elles. Ces initiatives, destinées principalement à l'agriculture familiale, peuvent être qualifiées de programmes de PSE favorisant le développement de marchés environnementaux agricoles.

2.2. La croissance des marchés environnementaux agricoles grâce aux programmes de PSE : une approche de l'agriculture familiale

26 Comme mentionné précédemment, l'émergence des marchés verts est directement liée à la présence d'éléments qui favorisent la participation des acteurs privés au sein de cet espace. L'analyse qui suit vise à se demander quels sont les mécanismes permettant de surmonter les obstacles économiques. Comment développer un marché intérieur de consommation pour les produits à faible impact environnemental (les produits agroécologiques), alors que l'adoption de techniques moins intensives est connue pour avoir un impact direct sur le prix de ces produits ? Comment convaincre les consommateurs d'opter pour les marchés environnementaux alors qu'une bonne partie de la population ne dispose pas des moyens financiers lui permettant de choisir des produits ayant un moindre impact sur l'environnement (mais plus chers) ? Les programmes de PSE semblent faciliter ce processus dans le contexte de l'agriculture familiale. Que ce soit par le biais d'instruments de paiement direct ou de subventions indirectes, ils constituent une stratégie politique et juridique pertinente à cet effet. Bien qu'une politique nationale de paiement institutionnalisée des services environnementaux ne soit pas effective au Brésil (malgré l'approbation de la récente loi de janvier 2021), plusieurs avancées, dans des domaines isolés, ont contribué à la maturation de certains marchés environnementaux. Nous présenterons ici trois exemples de PSE développés dans le scénario brésilien qui visent à insérer des acteurs ruraux privés dans les marchés environnementaux agricoles. Le premier est lié aux stratégies des marchés publics ; le deuxième aux stratégies de financement agricole ; et le troisième à l'organisation logistique des réseaux d'économie solidaire.

27 Le droit brésilien possède un système d'achats publics basé principalement sur le critère du prix. En 2003, la loi n° 10.696 a institué le programme d'acquisition de produits alimentaires dans le but de promouvoir l'agriculture familiale, notamment par des achats publics destinés aux repas scolaires. En 2011, la loi n° 12.512 a introduit de

nouvelles spécifications pour ce programme. Parmi les avancées se démarque la possibilité pour l'administration publique (aux trois niveaux de la fédération) d'acheter des aliments biologiques issus de l'agriculture familiale à un prix jusqu'à 30 % plus élevé que celui des aliments conventionnels. En 2012, un décret a spécifié que le programme devait donner la priorité à l'achat d'aliments produits par des organisations composées de femmes et de peuples et communautés traditionnels. Le système d'achats publics a en effet vocation à améliorer la production agricole familiale locale, qui contribue à l'objectif de réalisation de la sécurité alimentaire et nutritionnelle. Ce programme d'acquisition de produits alimentaires s'est avéré une stratégie de transition écologique pertinente, car l'augmentation de la demande de l'administration publique en aliments biologiques (achetés à des prix plus élevés) a encouragé les acteurs productifs à rechercher une certification. L'augmentation récente du nombre d'agriculteurs certifiés témoigne d'ailleurs de la croissance des marchés environnementaux agricoles au Brésil, alors qu'ils étaient pratiquement inexistants jusqu'au début des années 2000.

28 Les financements agricoles intégrant des subventions visant la transition agroécologique peuvent également être classés dans la catégorie des programmes de PSE. Bien que prévu par la loi n° 12.651 de 2012, l'instrument manque toujours de réglementations fédérales. Cette lacune n'a cependant pas empêché le développement d'expériences novatrices. Ainsi, le programme Pronaf Agroecologia propose des crédits à des taux inférieurs à ceux d'autres lignes de financement dans le but de permettre le développement d'investissements favorisant l'adoption de systèmes basés sur l'agroécologie. Le Plan national d'agroécologie et de production biologique, élaboré en 2016, a réalisé un bilan de ce programme. Il en ressort que des barrières administratives et bureaucratiques ont fortement limité le développement de ce type de crédits. En raison du manque de données relatives au nombre de contrats conclus après 2015, il est impossible de préciser dans quelle mesure ce programme de crédits a eu un impact sur le nombre d'agriculteurs biologiques certifiés.

29 Le troisième instrument juridique, enfin, pouvant être identifié comme inducteur de marchés environnementaux concerne les stratégies d'encouragement des réseaux d'économie solidaire. La notion d'économie solidaire, largement débattue en économie et en socio-

logie, est également présente dans la loi n° 13839 votée en 2011 dans l'État du Rio Grande do Sul (région sud du Brésil). Cette loi définit l'économie solidaire comme l'ensemble des activités économiques de production, de distribution, de consommation et de crédit qui induisent une nouvelle logique de développement durable, associant la création d'offres d'emploi, la répartition des revenus, la croissance économique et la protection des écosystèmes (art. 3e, III). Les résultats économiques, politiques et culturels sont partagés par les participants, quels que soient leur sexe, leur âge et la communauté à laquelle ils appartiennent. Cette même loi de l'État du Rio Grande do Sul a introduit le concept d'arrangement productif local/APL, qui renvoie à des regroupements d'entreprises situées sur le même territoire qui ont une spécialisation productive et qui entretiennent des liens d'interaction, de coopération, de commerce, technologiques et d'apprentissage entre elles et avec d'autres institutions locales (telles que les agences publiques, les universités, les centres technologiques, les associations, etc.), générant des externalités positives et un environnement favorable au développement économique et social. Par exemple, l'Arrangement de production alimentaire locale dans la région sud du Rio Grande do Sul cherche à valoriser la production alimentaire durable en créant un contexte productif favorable à la production agroécologique et en encourageant la création de marchés environnementaux locaux. Bien qu'il n'y ait pas de transfert direct de ressources aux producteurs qui s'engagent dans l'Arrangement productif local, le système de subvention indirecte permet à cette initiative d'être classée comme un programme de PSE.

30 La croissance des marchés agricoles environnementaux nécessite par ailleurs une certaine planification de la politique environnementale. Or la transition des marchés conventionnels vers les marchés « verts » se heurte à au moins trois obstacles : (a) la croissance du marché d'exportation de certaines cultures, qui bénéficie également d'une forte subvention de l'État, normalement liée à la monoculture industrielle, ce qui décourage la transition agroécologique ; (b) l'absence de données systématiques sur le secteur, ce qui rend difficile l'élaboration de plans stratégiques (Lima *et al.*, 2020, p. 8) et, surtout, (c) les prix plus élevés des produits « verts » par rapport à ceux de l'alimentation conventionnelle, ce qui rend difficile le choix final des consommateurs.

31 La croissance des marchés agricoles environnementaux, avec l'adoption de la responsabilité sociale et environnementale des acteurs privés, nécessite donc à la fois l'adoption de mécanismes économiques qui induisent la transition des producteurs et celle de mécanismes qui induisent une plus grande demande de consommation. Si l'augmentation du nombre de producteurs certifiés biologiques peut être vue comme une réponse aux programmes de PSE – en particulier ceux liés à l'agriculture familiale, qui sont les principaux bénéficiaires des programmes de PSE développés à ce jour –, l'absence de politique fédérale avec un budget spécifique pour une transition nationale demeure un obstacle à la consolidation des marchés agricoles verts. Par comparaison, en Uruguay, le taux de croissance annuel moyen des terres arables biologiques au cours de la période 2007-2017 était de 7,2 %, tandis qu'il n'était que de 2 % au Brésil. Quant à l'Argentine, bien qu'elle ait également présenté un taux de croissance de 2 % sur cette même période, la superficie totale qu'elle a consacrée à l'agriculture biologique était environ trois fois plus grande que celle du Brésil, alors même que le pays dispose d'une plus petite proportion de terres agricoles (Lima *et al.*, 2020, p. 12-13). Ajoutons que les expériences privées, développées par des organisations non gouvernementales, voire par des réseaux de supermarchés, restent encore timides et ne semblent pas posséder le souffle nécessaire pour faire évoluer la situation nationale. Aussi le développement d'une politique centralisée, comme observé dans les pays voisins (et également dans la Politique agricole commune [PAC] européenne), se présente-t-il comme une condition de l'approfondissement des marchés environnementaux agricoles au Brésil.

Conclusion

32 Le scénario brésilien fait ressortir une augmentation de l'adhésion des acteurs privés ruraux aux marchés environnementaux, perçus comme plus équitables sur le plan socio-environnemental. La régulation de la production agroécologique au Brésil, développée depuis les années 2000, a permis d'identifier les acteurs privés impliqués, notamment à partir d'un cadre normatif de certification agroécologique. La croissance régulière du nombre d'acteurs privés adhérant aux marchés environnementaux demeure néanmoins modeste par rapport à celle d'autres pays du bloc du Mercosur, en particulier

l'Uruguay et l'Argentine, pays qui, bien que disposant de superficies agricoles inférieures au Brésil, ont une production agroécologique plus importante.

33 Ainsi que nous venons de le démontrer dans cet article, il existe un lien entre le renforcement des marchés environnementaux agricoles et la justice socio-environnementale, qui se matérialise par le fait que la participation à ces marchés exige des acteurs privés qu'ils adhèrent à des pratiques de production socialement, culturellement et écologiquement équitables. La transition agroécologique, en ce sens, invite les acteurs ruraux privés à adopter une responsabilité socio-environnementale dans leurs pratiques productives. Les programmes de PSE mis en place au Brésil ont indéniablement le potentiel de stimuler la croissance des marchés environnementaux agricoles, comme le prouvent les résultats positifs de certaines expériences, ainsi que de consolider la responsabilité sociale et environnementale des acteurs privés.

BIBLIOGRAPHY

Acserald H., Mello C. C. A., Bezerra G. N., 2009, *O que é justiça ambiental?*, Rio de Janeiro, Garamond

Aragão A., 2014, *O princípio do poluidor pagador. Pedra angular da política comunitária do ambiente*, São Paulo, Instituto o Direito por um Planeta Verde

Ballestero M. H., 2008, « Economía ambiental y economia ecológica: Um balance crítico de su relación », *Economía y Sociedad*, vol. 13, n° 33-34, p. 55-65

Bobbio N., 2007, *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*, Barueri, Manole

Carporal F. R., Costabeber J. A., 2002, « Análise multidimensional da sustentabilidade. Uma proposta metodológica a partir da agroecologia », *Agroecologia e Desenvolvimento Rural Sustentável*, vol. 3, n° 3, p. 75-85

Cechin A. D., Veiga J. E., 2010, « A economia ecológica e evolucionária de Georgescu-Roegen », *Revista de Economia Política*, vol. 3, n° 3 (119), p. 438-454

Chabot P., 2015, *L'âge des transitions*, Paris, PUF

Eloy L., Coudel E., Toni F., 2013, « Implementando pagamento por serviços ambientais no Brasil: Caminhos para uma reflexão crítica », *Sustentabilidade e Debate*, vol. 4, n° 1, p. 21-42

FIBL / IFOAM – Organics International, 2020, *The world of organic agriculture.*

Statistics and emerging trends 2020, Frick and Bonn, [https://www.fibl.org/fileadmin/documents/shop/5011-organic-world-2020.pdf], consulté le 2 octobre 2023

Fraser N., 2011, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, Paris, La Découverte

Furlan M., 2010, *Mudanças climáticas e valoração econômica da preservação ambiental: O pagamento por serviços ambientais e o princípio do protetor-recebedor*, Curitiba, Juruá

Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA) / Serviço Nacional de Sanidad (SENASA), 2009, *La producción orgánica en la Argentina: Compilación de experiencias institucionales y productivas*, Buenos Aires

Irigaray C. T. J., 2010a, « Pagamento por serviços ecológicos e o emprego do REDD para contenção do desmatamento na Amazônia », dans A. H. Benjamin, C. T. J. Irigaray, E. Lecey, S. Cappeti (dir.), *Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Irigaray C. T. J., 2010b, « Pagamento por serviços ecológicos e o emprego de REDD na Amazônia », dans P. Lavratti, V. B. Prestes (dir.), *Direito e mudanças climáticas: Serviços ecológicos*, São Paulo, Instituto o Direito por um Planeta Verde

Jakimiu C. C. L., 2022, « Injustiça ambiental e as lutas ecológicas no campo brasileiro », *Campo-Território. Revista de Geografia Agrária* », vol. 17, n° 46, p. 152-179

Lima S. K. et al., 2020, *Produção e consumo de produtos orgânicos no mundo e no Brasil: Texto para discussão* 2538, Brasília, IPEA

Maso T. F., Isaguirre-Torres K. R., 2023, « As lutas por justiça socioambiental diante da emergência climática », *Revista Direito e Práxis*, vol. 14, n° 1, p. 458-485

Mayrand K., Paquin M., 2004, *Le paiement pour les services environnementaux : étude et évaluation des systèmes actuels*, Montréal, Unisféra International Centre

Prieur M., 2011, *Droit de l'environnement*, 6e éd., Paris, Dalloz

Venturini R. B., Ugon F. Q. A., 2007, *Agricultura agroecológica – orgánica en el Uruguay. Principales conceptos, situación actual y desafios*, Montevideo, RAP-AL Uruguay

World Resources Institute, 2005, *Millennium Ecosystem Assessment* (MEA), Washington D. C., Island Press

Wienke F. F., 2019, *Pagamento por serviços ambientais: Uma estratégia para a transição agroecológica*, Rio Grande, Editora da FURG

Wunder S., Engel S., Pagiola S., 2008, « Taking stock: A comparative analysis of payments for environmental services programs in developes and developing countries », *Ecological Economics*, vol. 65, n° 4, p. 834-852

NOTES

1 Pour une compréhension de ces différents courants, voir Ballestero (2008).

2 Informations extraites du site [https://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/indices/indices-de-sustentabilidade/indice-de-sustentabilidade-empresarial-ise-b3.htm], consulté le 2 octobre 2023.

3 Il est important de souligner que la loi n° 10.831 de 2003 reconnaît que le concept de système de production agricole biologique englobe les expressions de l'agriculture écologique, biodynamique, naturelle, régénérative, agroécologique, permaculturelle et autres qui répondent aux principes établis par la loi (art. 2, § 2).

ABSTRACT

Français
Le développement des marchés agroécologiques au Brésil reste un défi. Caractérisé par une production agricole mécanisée et intensive, le secteur rural brésilien manque d'incitations juridiques et politiques pour une transition vers des systèmes de production durables. La notion de transition agroécologique se présente comme une possibilité pour les acteurs privés ruraux de s'engager dans des systèmes de production plus justes et respectueux de l'environnement. L'article cherche à étudier le potentiel des programmes de paiement pour services environnementaux (PSE) en tant qu'outils pour stimuler la transition agroécologique au Brésil. Bien que le pays manque encore d'une planification centralisée pour la transition socio-environnementale du secteur agricole, certaines expériences individuelles ont obtenu des résultats significatifs. Par ailleurs, une loi votée en 2021 pourrait accélérer le développement de nouveaux programmes de paiement pour services environnementaux destinés aux acteurs agricoles privés.

INDEX

Keywords
marchés environnementaux agricoles, paiement pour services environnementaux, PSE, marchés agroécologiques, justice socio-environnementale, Brésil

AUTHOR

Franz Felipe Wienke
Professeur, Université fédérale de Rio Grande (FURG), Brésil ;
felipewienke@furg.br

L'inconstitutionnalité sans l'effet utile : le paradoxe du grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement dans la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel

Maxime Charité

OUTLINE

1. Un grief, source d'une inconstitutionnalité particulière
   1.1. Une inconstitutionnalité conditionnée
   1.2. Une inconstitutionnalité négative
2. Une inconstitutionnalité, source d'une déclaration à l'effet inutile
   2.1. L'effet inutile, une conséquence de la restriction des effets temporels de la déclaration d'inconstitutionnalité
   2.2. L'effet inutile, une conséquence justifiée par des standards incantatoires

TEXT

1 Dans sa décision *Association Générations futures* du 19 mars 2021, le Conseil constitutionnel a donné un effet utile à une décision de censure pour méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement pour « la seconde fois[1] ». Ce faisant, il a réveillé le paradoxe du grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement dans sa jurisprudence QPC (Question prioritaire de constitutionnalité) : l'inconstitutionnalité sans l'effet utile.

2 L'article 7 de la Charte de l'environnement dispose que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Cet article a constitutionnalisé les principes d'information et de participation du public. Ces deux principes trouvent leur origine dans le droit international de l'environnement, dont l'instrument de protection le plus perfectionné est la Convention d'Aarhus sur l'accès à

l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement [2]. En 1995, de tels principes avaient été transposés en droit français avec la loi dite Barnier [3], qui les a introduits à l'article L. 200-1 du Code rural. Cinq ans plus tard, cet article a été transféré à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement [4]. La loi Barnier était néanmoins très trompeuse car sa « rédaction mélangeait droit à l'information et principe de participation » (Prieur, 2019, p. 157). La loi relative à la démocratie de proximité remédia partiellement à cette maladresse rédactionnelle en posant une nouvelle équation : principe de participation au sens large = principe d'information + principe de participation au sens strict [5]. En effet, à compter de son entrée en vigueur, l'article L. 110-1 du Code de l'environnement disposait que « le principe de participation [est celui] selon lequel chacun a accès aux informations relatives à l'environnement » et que « le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire ». C'est finalement l'article 7 de la Charte de l'environnement, puis la loi relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini par lui qui ont acté leur séparation [6]. En tout état de cause, au même titre que le principe de précaution, le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et le principe pollueur-payeur, les principes d'information et de participation relèvent des « principes généraux du droit de l'environnement » pionniers [7]. Avec l'accès à la justice, ils constituent également deux des trois faces du concept de « démocratie environnementale » [8].

3 Conséquence nécessaire de leur constitutionnalisation, les principes d'information et de participation du public sont invoqués devant le Conseil constitutionnel. D'ailleurs, dans sa jurisprudence, parmi les dix articles de la Charte, l'article 7 est celui qui est le plus invoqué [9]. Parmi les deux principes que cet article a constitutionnalisés, c'est néanmoins quasi systématiquement la participation qui est invoquée. Cette éclipse du principe d'information par le principe de participation du public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'explique essentiellement par le fait que les conditions et les limites du droit de toute personne d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques sont suffisamment définies par la loi [10]. Le principe de participation du public

défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement est donc la norme de référence principale du contrôle de « constitutionnalité environnementale » des lois. Il s'applique tant dans le cadre du contrôle de constitutionnalité selon l'article 61 de la Constitution [11], que dans le cadre des procédures prévues à ses articles 37, alinéa 2 [12], et 61-1. La QPC en constitue d'ailleurs le terrain d'application privilégié [13].

4 Le grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement dans la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel a déjà fait l'objet de commentaires sous les décisions constitutives de cette jurisprudence [14]. Il a également fait l'objet d'études plus générales portant, d'un côté, sur les rapports du Conseil constitutionnel à la Charte de l'environnement (Denoix de Saint-Marc, 2012 ; Prieur *et al.*, 2014 ; Chevalier, Makowiak, 2020 ; Rrapi, 2021), de l'autre, sur le principe de participation en général (Van Lang, 2014 ; Fonbaustier, 2015). En revanche, à notre connaissance, exception faite d'une étude récente articulée autour de la définition du droit de participer (Fleury, 2020), les articles spécifiques qui y ont été consacrés sont rares. C'est la raison pour laquelle la présente étude sera, quant à elle, construite autour du paradoxe relevé précédemment : l'inconstitutionnalité sans l'effet utile.

5 Ce paradoxe suppose, à titre liminaire, de définir l'effet utile. D'après le Conseil constitutionnel, l'effet utile signifie qu'« en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel [15] ». Cette conception de l'effet utile défini par référence au bénéfice que l'auteur de la QPC tire de la déclaration d'inconstitutionnalité est restreinte. En effet, une conception plus large peut amener à considérer que les déclarations d'inconstitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 ont un effet utile, non seulement dans la mesure où elles produisent des effets à compter d'une certaine date, mais également lorsqu'elles entraînent des changements de législation permettant, notamment, à la participation du public de se déployer là où elle n'existait pas. Mais, dans ces hypothèses, l'effet utile n'est qu'indirect et médiat. C'est la raison pour laquelle nous en retiendrons une définition restreinte au sens que lui donne la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans cette

mesure, l'inconstitutionnalité sans l'effet utile signifie, appliqué au grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement, que le Conseil constitutionnel tend à l'accueillir tout en privant l'auteur de la QPC du bénéfice de la déclaration d'inconstitutionnalité. La présente étude entend, à partir des décisions QPC du Conseil constitutionnel dans lesquelles ce dernier était saisi d'un grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement et de leurs commentaires officiels, systématiser non seulement la nature juridique spécifique de ce grief d'inconstitutionnalité, mais également la manière particulière dont le Conseil constitutionnel exerce ses pouvoirs afin de le traiter. Au-delà de cet intérêt juridique et théorique, cette étude présente également un intérêt pratique en ce sens qu'un tel paradoxe défavorise le contrôle de légalité externe des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

6 Nous démontrerons, dans un premier temps, que ce grief est source d'une inconstitutionnalité particulière (1), puis, dans un second temps, que cette dernière est elle-même source d'une déclaration à l'effet inutile (2).

1. Un grief, source d'une inconstitutionnalité particulière

7 Premier élément constitutif du paradoxe du grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement dans la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel, ce grief est source d'une inconstitutionnalité particulière. L'inconstitutionnalité est particulière, d'une part, parce que, proportionnellement, elle entache davantage les dispositions législatives que les autres inconstitutionnalités comme nous le verrons ultérieurement. Elle est particulière, d'autre part, en ce qu'elle est non seulement une inconstitutionnalité conditionnée, la Haute instance contrôlant préalablement la qualification constitutionnelle faite par le législateur (1.1), mais également une inconstitutionnalité négative, le Haut Conseil contrôlant subséquemment la carence du législateur (1.2). D'ailleurs, ces deux particularités du contrôle de conformité d'une disposition législative au principe de participation du public font parfois l'objet d'un examen dont la séparation est matérialisée par des intitulés spécifiques [16].

1.1. Une inconstitutionnalité conditionnée

8 Le principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte impose au Conseil constitutionnel de vérifier qu'une décision publique est « de nature à » avoir une incidence sur l'environnement. En d'autres termes, il lui impose de rechercher si une telle décision entre dans son champ d'application.

9 Il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que constituent des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement les décrets de nomenclature qui déterminent le régime applicable aux installations classées[17], les projets de règles et prescriptions techniques que doivent respecter les installations classées pour la protection de l'environnement et les projets de prescriptions générales que doivent respecter les installations classées pour la protection de l'environnement soumises à enregistrement[18], les dérogations aux mesures de préservation du patrimoine biologique[19], les décisions administratives délimitant les zones de protection d'aires d'alimentation des captages d'eau potable[20], le classement et le déclassement de monuments naturels ou de sites[21], le schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie et le schéma régional éolien qui en constitue une annexe[22], les décisions de classement des cours d'eau au titre de la protection aquatique[23], les décisions établissant les servitudes d'implantation de pylônes supportant une ligne électrique aérienne[24], les décisions réglementaires qui fixent les conditions d'exercice de l'activité d'élimination de certains déchets par leur producteur ou leur détenteur[25], la décision autorisant l'exploitation d'une installation de production d'électricité[26], ainsi que les chartes d'engagements départementales relatives à l'utilisation des produits phytopharmaceutiques[27].

10 La motivation de ces décisions est casuistique et ultra minimale. En règle générale, le Conseil constitutionnel se borne à rappeler la ou les dispositions législatives pertinentes et/ou leur signification, puis à considérer que les décisions résultant des dispositions contestées entrent dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement[28]. Cette motivation casuistique et ultra minimale est parfois précisée à la marge par les commentaires autorisés

des décisions [29]. Elle l'est parfois directement par les décisions elles-mêmes. C'est ainsi que, dans la décision du 28 mai 2020, le Conseil constitutionnel a ajouté une précision afin de répondre aux arguments présentés au soutien de la constitutionnalité des dispositions contestées [30], elle-même précisée par le commentaire autorisé de ladite décision [31]. C'est de même que, dans la décision du 19 mars 2021, il s'est référé non seulement aux « effets juridiques », mais également à l'« incidence directe et significative sur l'environnement » des chartes d'engagements départementales relatives à l'utilisation des produits phytopharmaceutiques résultant du paragraphe III de l'article L. 253-8 du Code rural et de la pêche maritime [32].

11 En revanche ne constituent pas des décisions ayant une incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement les décisions relatives aux emplacements de bâches comportant de la publicité et à l'installation de dispositifs publicitaires de dimensions exceptionnelles liés à des manifestations temporaires [33], la définition du régime applicable à l'installation des enseignes lumineuses [34], les autorisations de travaux de recherches [35], les délimitations du domaine public maritime naturel [36], la décision de fixation de normes techniques dans le bâtiment destinées à imposer l'utilisation de bois dans les constructions nouvelles [37], ainsi que la décision de rendre opposables par anticipation certaines dispositions du projet de plan de prévention des risques naturels prévisibles [38].

12 La motivation de ces décisions-là est légèrement plus approfondie [39] puisque le Conseil constitutionnel se réfère parfois aux caractères « non significatif [40] » ou « indirect [41] » de l'incidence sur l'environnement des décisions publiques résultant des dispositions contestées. Ce léger surplus de motivation s'explique sans doute compte tenu de la nature négative du refus de qualification de « décision publique ayant une incidence sur l'environnement » et de ses conséquences contentieuses. Un tel refus entraîne en effet la mise à l'écart ou l'inopérance du grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement – la jurisprudence du Conseil constitutionnel étant particulièrement confuse sur ce point. Mais, en tout état de cause, la référence à l'incidence « non significative » ou « indirecte » de la décision publique sur l'environnement n'est pas suffi-

sante dans la mesure où ces caractères, comme la notion de « décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » d'ailleurs, ne sont pas autre chose que des énoncés normatifs qui sont, par définition, indéterminés et qui justifient, à ce titre, une pleine motivation.

13 Indépendamment du degré de suffisance de sa motivation, la notion de « décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » fait l'objet d'une interprétation relativement large (Leost, 2013). Cette interprétation pourrait être encore davantage élargie si le Conseil constitutionnel osait y inclure les lois ainsi que les ordonnances auxquelles les pouvoirs publics ont (trop) fréquemment recours en la matière (Prieur, 2014, p. 15-16). Si elle était reprise par le Conseil, cette perspective proposée par M. Prieur serait néanmoins manifestement incompatible avec l'intention du législateur constitutionnel du 1er mars 2005 qui a utilisé le terme « décisions » à dessein pour que seuls les actes du pouvoir réglementaire soient concernés. Une telle extension aurait, en tout état de cause, pour effet de transformer le moyen tiré de la méconnaissance de la participation du public en moyen de constitutionnalité externe qui ne pourrait pas être invoqué dans le cadre de la procédure prévue à l'article 61-1 de la Constitution.

1.2. Une inconstitutionnalité négative

14 Le grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement est, par ailleurs, source d'une inconstitutionnalité négative, le Conseil constitutionnel contrôlant subséquemment la carence du législateur. Une telle affirmation appelle une brève observation théorique liminaire. En tant que normes juridiques caractérisées par la logique déontique, les normes constitutionnelles imposent deux grands types d'obligations à leur destinataire principal : le législateur. Les premières sont des obligations « négatives », « de ne pas faire ». Les secondes sont des obligations « positives », « de faire ». La méconnaissance des premières est source d'inconstitutionnalités positives. La violation des secondes est, quant à elle, source d'inconstitutionnalités négatives. Cette seconde catégorie « désigne la situation dans laquelle une disposition est inconstitutionnelle "non pas pour ce qu'elle dit" mais pour ce "qu'elle ne dit pas" » (Boulet, 2011, p. 759).

15 Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'inconstitutionnalité négative concerne traditionnellement les règles de compétence et prend le nom d'« incompétences négatives » (Cons. const., 2010 ; Garcia, 2015). Néanmoins, elle s'étend également aux règles de fond, dont fait partie le principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement. Ce dernier impose une obligation positive de faire au législateur, celle de prévoir ladite participation à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement en en définissant « les conditions et limites ». La méconnaissance de cette « obligation de légiférer » (Garrigou-Lagrange, 1999 ; Henry-Menguy, 2008), sanctionnable par le juge constitutionnel, est source d'inconstitutionnalité négative (Vallée, 2009).

16 Les griefs tirés de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement et de l'incompétence négative entretiennent une relation ambivalente.

17 D'une part, comme l'illustrent sept décisions précitées [42], le Conseil constitutionnel statue sur le grief tiré de la méconnaissance du principe de participation du public « en lien » avec celui tiré de l'incompétence négative du législateur [43]. Dans sa décision *Association France Nature Environnement et autre*, il a également statué sur ce premier principe « en lien » avec l'une de ses constructions jurisprudentielles, les garanties légales des exigences constitutionnelles (Vidal-Naquet, 2007), elle-même « en lien » avec celle relative aux incompétences négatives du législateur [44].

18 D'autre part, l'article 7 a une « double portée ». En effet, « il fixe la compétence du législateur et il énonce un droit matériel constitutionnellement garanti [45] ». Compte tenu de sa portée partiellement matérielle, le Conseil considère depuis sa première décision QPC en la matière que les dispositions de l'article 7 de la Charte « figurent au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit [46] ». Par voie de conséquence, ni le critère de l'affectation d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit [47] ni la « théorie de l'état de la législation antérieure » [48] ne lui sont transposables [49]. Preuve supplémentaire de leur différence, dans sa décision *Fédération environnement durable et autres*, le Conseil constitutionnel était saisi de deux griefs d'incompétence négative, l'un fondé sur l'article 7 de la Charte

de l'environnement qui a conduit à une censure partielle des dispositions contestées, l'autre fondé sur l'article 34 de la Constitution lequel confie au législateur le soin de fixer les principes fondamentaux « de la préservation de l'environnement » qui a été écarté [50]. C'est ainsi que, d'après le commentaire autorisé de la décision *Société Aprochim et autres*, « l'article 7 de la Charte est un cas particulier d'incompétence négative, particularité résidant dans le caractère mixte de cet article, à la fois règle de compétence et règle de fond [51] ».

19 Cette qualification résulte cependant d'une conception trop large du concept d'incompétence négative. Les décisions *M. Antoine de M.* et *Société Aprochim et autres* ne se réfèrent d'ailleurs pas à la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence mais à son abstention méconnaissant les exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement [52]. Il en ressort que le contrôle du Conseil constitutionnel porte, en réalité, sur la « carence du législateur [53] ». La référence à son considérant de principe sur l'incompétence négative est donc surabondante. Son abandon participerait au recentrage de la jurisprudence du Conseil sur l'incompétence négative, « sur ce qui fait son identité, à savoir la méconnaissance d'une pure règle de répartition des compétences appréciée d'un point de vue hiérarchique » (Vidal-Naquet, 2015, p. 17).

20 Indépendamment du degré d'autonomie du grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte, l'examen de cet article a déjà permis au juge de la QPC de déclarer inconstitutionnelles dix dispositions législatives [54], plus l'article L. 120-1 du Code de l'environnement [55]. Onze déclarations d'inconstitutionnalité sur dix-sept décisions (environ 65 %), c'est une fréquence environ deux fois supérieure à celle des déclarations de non-conformité sur l'ensemble des décisions QPC du Conseil constitutionnel (au 31 juillet 2023, environ 31 %). Cette propension supérieure du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement à frapper d'inconstitutionnalité les dispositions législatives déférées à la Haute Instance dans le cadre de la procédure prévue à l'article 61-1 de la Constitution est toutefois neutralisée par l'effet inutile que le Haut Conseil lui attache.

2. Une inconstitutionnalité, source d'une déclaration à l'effet inutile

21 Récemment mis en lumière par Théo Ducharme (2019), le concept d'« effet inutile des QPC » constitue la face opposée de celui d'effet utile au sens de la jurisprudence de la Haute Instance. Par symétrie, l'effet inutile signifie qu'à titre exceptionnel, la déclaration d'inconstitutionnalité ne doit pas bénéficier à l'auteur de la QPC et la disposition déclarée contraire à la Constitution peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Haut Conseil. Si l'effet utile est le principe et l'effet inutile l'exception, la jurisprudence QPC de la Haute Instance tend à inverser le sens de cette formule, spécifiquement lorsqu'elle est relative au grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte. En effet, sur les onze déclarations de contrariété au principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte, seules celles prononcées dans les décisions des 18 novembre 2016, *Société Aprochim et autres*, et 19 mars 2021, *Association Générations futures et autres*, bénéficient à l'auteur de la QPC [56]. Le bénéfice y est néanmoins limité. Dans la première décision, la déclaration d'inconstitutionnalité est une déclaration de « non-conformité de date à date » circonscrite temporellement à une période d'application de la loi contestée. Dans la seconde, les dispositions déclarées contraires à la Constitution dans leur rédaction contestée n'étaient plus en vigueur à la date de la décision. Les neuf autres déclarations ont été privées d'effet utile par le Haut Conseil qui a restreint leurs effets temporels. L'effet inutile des déclarations de contrariété de dispositions législatives au principe de participation du public est ainsi une conséquence de la restriction des effets temporels de la déclaration d'inconstitutionnalité (2.1), conséquence justifiée par des standards incantatoires (2.2).

2.1. L'effet inutile, une conséquence de la restriction des effets temporels de la déclaration d'inconstitutionnalité

22 Si l'effet utile des QPC est le principe, le Conseil constitutionnel a néanmoins considéré que les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent notamment à ce dernier le pouvoir de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration [57].

23 La restriction des effets temporels des déclarations de contrariété à l'article 7 de la Charte de l'environnement prend la forme, d'une part, de déclarations d'inconstitutionnalité « à effet différé ». La déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé signifie que le Conseil constitutionnel peut reporter dans le temps la date et les effets de l'abrogation. En principe, une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution est abrogée « à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ». Néanmoins, la Haute Instance a considéré que les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent notamment à ce dernier le pouvoir de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets [58]. C'est sur ce fondement que le Haut Conseil a différé l'effet des sept premières déclarations d'inconstitutionnalité prononcées pour méconnaissance du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte, restreignant ainsi leurs effets temporels. Dans un premier temps, il l'a fait implicitement [59]. Dans un second temps, il l'a fait explicitement en considérant « que les décisions prises, avant cette date, en application des dispositions déclarées inconstitutionnelles ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité [60] ».

24 La restriction des effets temporels des déclarations de contrariété à l'article 7 de la Charte de l'environnement prend la forme, d'autre part, de déclarations d'inconstitutionnalité « de date à date ». La déclaration d'inconstitutionnalité « de date à date » est une technique à laquelle le Conseil constitutionnel recourt depuis 2014 et qui consiste en une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi circonscrite à certains effets qu'elle a produits antérieurement à la décision de la Haute Instance. C'est ainsi que dans les décisions du 23 mai 2014

et du 28 mai 2020, le Conseil a prononcé une déclaration d'inconstitutionnalité « jusqu'à une certaine date », en considérant que les décisions prises sur le fondement des dispositions qui étaient contraires à la Constitution avant cette date ne peuvent plus être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité [61]. Dans la décision du 18 novembre 2016, le Haut Conseil a prononcé une déclaration d'inconstitutionnalité « de date à date » à proprement parler, estimant non seulement qu'il n'y avait pas lieu, en l'espèce, de reporter la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions contestées, mais également que cette dernière « peut être invoquée dans toutes les instances introduites et non jugées définitivement à cette date [62] ».

25 Cette déclaration d'inconstitutionnalité est la première qui a bénéficié à l'auteur de la QPC (la société Aprochim, spécialisée dans le traitement et l'élimination des déchets dangereux, dont le centre de traitement est une installation classée pour la protection de l'environnement soumise à autorisation…). C'est également la seule qui a été renvoyée au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation. En revanche, devant le juge administratif, cet effet inutile a pour conséquence la mise à l'écart des moyens tirés de la contrariété des dispositions législatives applicables aux litiges à l'article 7 de la Charte, qui sont relatifs à la légalité externe des actes administratifs attaqués [63]. L'effet inutile des déclarations de contrariété au principe constitutionnel de participation du public, combiné à la « logique procédurale » dans laquelle le juge administratif traite son équivalent législatif (Testard, 2020), participent ainsi au « déclin partiel du contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux » en général (sur cette expression, Mulier, 2019). Il lèse, aussi et surtout, les requérants. Selon qu'il s'agisse d'associations ou d'industriels pollueurs, cet effet utile est alternativement défavorable ou favorable à la protection de l'environnement. Le Conseil constitutionnel est tantôt « ennemi [64] » ou tantôt « ami » de l'environnement (Robert, 2011). Dans le premier cas, un tel effet inutile dénature la *ratio legis* de la Charte de l'environnement, dont le sixième alinéa liminaire dispose « que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation » (Prieur, 2019, p. 157). Dans le second cas, il évite le détournement du grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte en une stratégie conten-

tieuse (Chevalier, Makowiak, 2020). C'est dans la premier cas que l'effet inutile des déclarations de contrariété de dispositions législatives au principe de participation du public doit être critiqué, d'autant plus qu'il est justifié par des standards incantatoires.

2.2. L'effet inutile, une conséquence justifiée par des standards incantatoires

26 L'effet inutile des déclarations de contrariété de dispositions législatives au principe constitutionnel de participation du public est justifié par deux standards (Rials, 1980).

27 Le premier est relatif aux « conséquences manifestement excessives » de l'abrogation immédiate ou de la remise en cause des effets produits par la disposition législative déclarée contraire à la Constitution. Originaire du « grand arrêt » du Conseil d'État *Association* AC ! *et autres*[65], ce premier standard, qui justifie tant la modulation temporelle des effets que la restriction des effets temporels de la déclaration d'inconstitutionnalité à proprement parler, se caractérise par son abstraction. Néanmoins, lorsque le Conseil constitutionnel diffère l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité qu'il prononce, ce standard est parfois précisé. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel s'est référé au « seul effet de faire disparaître les dispositions permettant l'information du public sans satisfaire aux exigences du principe de participation de ce dernier[66] », à « la conséquence d'empêcher toute dérogation aux interdictions précitées[67] », aux « conséquences manifestement excessives pour d'autres procédures[68] ». Cette première tendance à la précision du standard des « conséquences manifestement excessives » n'est pas propre à la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel relative au grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte. Elle est d'ailleurs plus développée dans d'autres domaines, notamment en matière pénale[69]. En sens inverse, ce standard est parfois également formulé au conditionnel. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a considéré que l'abrogation immédiate de la déclaration d'inconstitutionnalité « pourrait avoir des conséquences manifestement excessives sans satisfaire aux exigences du principe de participation du public[70] ». Cette seconde tendance à la formulation condition-

nelle du standard des « conséquences manifestement excessives » est, quant à elle, propre à la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel relative au grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement.

28 Le second standard justifiant l'effet inutile des déclarations de contrariété de dispositions législatives au principe constitutionnel de participation du public est celui selon lequel « le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement[71] ». Contrairement au premier standard, celui-là, originaire du Conseil constitutionnel et qui lui sert par ailleurs afin de justifier son *self-restraint*, ne motive que la modulation temporelle des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel considère qu'il y a lieu de fixer à une date ultérieure la date d'abrogation des dispositions déclarées contraires à la Constitution afin de permettre au législateur « de remédier à l'inconstitutionnalité constatée[72] », « d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité[73] ». Dans la première décision, l'intervention du législateur « a mis fin à l'inconstitutionnalité constatée[74] ». Dans la seconde, son abstention, risque inhérent aux déclarations d'inconstitutionnalité « à effet différé », a eu pour effet de faire disparaître les dispositions législatives à la date d'abrogation fixée par le Conseil constitutionnel.

29 Incantatoires, ces standards gagneraient à être précisés. Le premier, les « conséquences manifestement excessives », pourrait faire l'objet d'une motivation plus approfondie afin que le Conseil constitutionnel ne s'y réfère plus dans le but de priver quasi systématiquement d'effet utile les déclarations d'inconstitutionnalité qu'il prononce. Le second standard, celui selon lequel « le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement », pourrait, quant à lui, être assorti d'une formule incitative à l'égard du législateur afin qu'il intervienne pour compléter la législation défaillante en prévoyant la participation du public pour l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement résultant des dispositions contestées. Un tel effort du juge constitutionnel lui permettrait de préciser les implications du principe de participation du public, d'autant plus lorsque les écritures des parties l'y invitent[75], dans le respect du pouvoir général d'appréciation du

Parlement, « autorité qui décide le “oui”, le “comment” et le “quand” » (Fernández Rodríguez, 1998, p. 344).

30 En définitive, c’est un approfondissement de la motivation des décisions QPC du Conseil constitutionnel relatives au grief tiré de la méconnaissance de l’article 7 de la Charte de l’environnement qui est nécessaire afin de remédier au paradoxe de la jurisprudence et de réserver l’effet inutile des déclarations de contrariété de dispositions législatives au principe de participation du public aux seuls cas où elles entraînent un vide juridique défavorable à la protection de l’environnement. Mais là où il y a un chemin, y aura-t-il une volonté du Conseil constitutionnel ? Rien n’est moins sûr.

BIBLIOGRAPHY

Alcaraz H., 2007, « La théorie de l’“état de la législation antérieure” et la protection des droits et libertés », dans *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, p. 1453-1487

Boulet M., 2011, « Questions prioritaires de constitutionnalité et réserves d’interprétation », *RFDA*, p. 753-760

Caballero F., 1984, « Le Conseil d’État, ennemi de l’environnement », *Revue juridique de l’environnement*, p. 3-42

Chevalier É., Makowiak J. (dir.), 2020, « Dix ans de QPC en matière d’environnement : quelle (r)évolution ? », *Titre VII*, hors-série

Conseil constitutionnel (Cons. const.), 2010, « Juillet-août 2010 : Les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel »

Conseil d’État (Cons. État), 2012, *La démocratie environnementale : un cycle de conférences du Conseil d’État*, Paris, La Documentation française

Crottet B., 2013, « L’ambivalence du Conseil constitutionnel sur la portée du droit de participer à la prise de décision environnementale », *Revue juridique de l’environnement*, n° 2, p. 302-311

Denoix de Saint-Marc R., 2012, « Le Conseil constitutionnel et la Charte de l’environnement », *Environnement*, n° 12, p. 37-39

Ducharme T., 2019, « L’effet inutile des QPC confronté aux droits européens », *Revue du droit public*, n°1, p. 107-131

Durand É., 2020, « Une lecture de la décision QPC *Force 5* au prisme du principe de participation du public », note sous déc. préc., *Droit de l’environnement*, n° 291, p. 243-250

Fernández Rodríguez J.-J., 1998, « Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles », *Revue belge de droit constitutionnel*, p. 333-354

Fleury M., 2020, « La QPC et l’article 7 de la Charte de l’environnement : une

définition en clair-obscur du droit de participer », *Politeia*, n° 37, p. 601-619

Fonbaustier L., 2015, « La participation du public », *Actualité juridique : Droit administratif*, n° 9, p. 517-522

Foucher K., 2013, « Un an de Charte de l'environnement au Conseil constitutionnel (novembre 2012 à octobre 2013) : les incertitudes d'une jurisprudence en voie de construction », *Constitutions*, p. 606-619

Garcia J., 2015, *Les incompétences négatives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Montpellier

Garrigou-Lagrange J.-M., 1999, « L'obligation de légiférer », dans *Droit et politique à la croisée des cultures : mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, p. 305-321

Henry-Menguy B., 2008, *L'obligation de légiférer en France : la sanction de l'omission législative par le Conseil constitutionnel*, thèse, Toulouse

Leost R., 2013, « Les décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement », *Droit de l'environnement*, n° 211, p. 132-139

Mamoudy O., 2020, « Insécurité juridique et modulation dans le temps des décisions de justice », *Titre VII*, n° 5, p. 20-29

Monteillet V., 2020, « Le droit constitutionnel à la participation du public : une "coquille vide" ? », note sous Cons. const., n° 2020-843 QPC, déc. préc., *Revue de droit rural*, n° 486, p. 42-43

Mulier T., 2019, « Le déclin partiel du contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux », *Revue du droit public*, n° 3, p. 579-607

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

Prieur M., 2014, « Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement », dossier, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 43, p. 5-24

Prieur M. *et al.*, 2014, « La Constitution et l'environnement », dossier, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 43, p. 5-95

Robert J.-H., 2011, « Le Conseil constitutionnel, ami de l'environnement », note sous Cons. const., n° 2011-183/184 QPC, déc. préc., *Droit pénal*, n° 12, p. 32-34

Rials S., 1980, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ

Rrapi P., 2021, « Le Conseil constitutionnel face à la Charte de l'environnement : vous avez dit hésitant ? », dans M.-A. Cohendet (dir.), *Droit constitutionnel de l'environnement*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin

Talon M., 2020, « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel », *Revue du droit public*, n° 1, p. 137-169

Testard C., 2020, « Pour une *sanctuarisation* du traitement contentieux du principe de

participation du public », *Droit administratif*, n° 7, p. 21-25

Vallée L., 2009, « Inconstitutionnalité négative et question préalable de constitutionnalité », *AJDA*, p. 1585-1587

Van Lang A., 2014, « Le principe de participation : un succès inattendu », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 43, p. 25-41

Vidal-Naquet A., 2015, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, p. 5-19

Vidal-Naquet A., 2007, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Éditions Panthéon-Assas

Villiers M. de, 1980, « La jurisprudence de l'"état de la législation antérieure" », *Actualité juridique : Droit administratif*, n° 7-8, p. 387-397

NOTES

1 Cons. const., comm. Cons. const., 19 mars 2021, n° 2021-891 QPC, *Association Générations futures et a.*, p. 1.

2 Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. Sur cette convention, voir, not., la *Revue juridique de l'environnement* numéro spécial, 1999.

3 Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *JORF* n° 29, 3 février 1995, p. 1840.

4 Ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de l'environnement, *JORF* n° 219, 21 septembre 2000, p. 14792.

5 Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, *JORF* n° 50, 28 février 2002, p. 3808.

6 Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JORF* n° 302, 28 décembre 2012.

7 La catégorie des « principes généraux du droit de l'environnement » a été enrichie par la loi dite biodiversité du principe de solidarité écologique, du principe de l'utilisation durable, du principe de complémentarité et du principe de non-régression (loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, *JORF* n° 184, 9 août 2016, t. n° 2).

8 Voir, not., Cons. État, 2012. Voir également, depuis 2017, la chronique « Démocratie environnementale » du professeur Jean-François Struillou et de Nicolas Huten dans la *Revue juridique de l'environnement*.

9 C'est ainsi que, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, au 31 juillet 2023, on comptait 22 références intégrales à l'article 7, contre 15 à l'article premier, 9 à l'article 6, 6 aux articles 2, 3 et 5, 5 à l'article 4, 1 à l'article 9 et aucune aux articles 8 et 10.

10 Comme en témoigne le droit d'accès à l'information relative à l'environnement qui constitue l'objet du chapitre IV du titre II du livre Ier du Code de l'environnement (articles L. 124-1 à 124-8).

11 Cons. const., 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, *Rec.*, p. 313 ; Cons. const., 13 août 2015, n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, JORF n° 189, 18 août 2015, p. 14376 ; Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, JORF n° 71, 24 mars 2019, texte n° 4 ; Cons. const., 3 décembre 2020, n° 2020-807 DC, *Loi d'accélération et de simplification de l'action publique*, JORF n° 296, 8 décembre 2020, texte n° 2.

12 Cons. const., 18 septembre 2008, n° 2008-211 L, *Nature juridique d'une disposition de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire*, *Rec.*, p. 365 ; Cons. const., 21 juillet 2015, n° 2015-256 L, *Nature juridique de dispositions relatives à divers organismes*, JORF n° 169, 24 juillet 2015, p. 12643.

13 Cons. const., 14 octobre 2011, n° 2011-183/184 QPC, *Association France Nature Environnement*, *Rec.*, p. 508 ; Cons. const., 13 juillet 2012, n° 2012-262 QPC, *Association France Nature Environnement*, *Rec.*, p. 326 ; Cons. const., 27 juillet 2012, n° 2012-269 QPC, *Union départementale pour la sauvegarde de la vie, de la nature et de l'environnement et a.*, *Rec.*, p. 445 ; Cons. const., n° 2012-270 QPC, 27 juillet 2012, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles du Finistère*, *Rec.*, p. 449 ; Cons. const., 23 novembre 2012, n° 2012-282 QPC, *Association France Nature Environnement et a.*, *Rec.*, p. 596 ; Cons. const., 23 novembre 2012, n° 2012-283 QPC, *M. Antoine de M.*, *Rec.*, p. 605 ; Cons. const., 26 avril 2013, n° 2013-308 QPC, *Association Ensemble pour la planète*, *Rec.*, p. 682 ; Cons. const., 24 mai 2013, n° 2013-316 QPC, *SCI Pascal et a.*, *Rec.*, p. 753 ; Cons. const., 24 mai 2013, n° 2013-317 QPC, *Syndicat français de l'industrie cimentière et a.*, *Rec.*, p. 756 ; Cons. const., n° 2014-395 QPC, 7 mai 2014, *Fédération environnement*

durable et a., JORF, 10 mai 2014, p. 7874 ; Cons. const., 23 mai 2014, n° 2014-396 QPC, *France Hydro Électricité*, JORF, 25 mai 2014, p. 8583 ; Cons. const., 9 septembre 2014, n° 2014-411 QPC, *Commune de Tarascon*, JORF, 12 septembre 2014, p. 15020 ; Cons. const., 2 février 2016, n° 2015-518 QPC, *Association Avenir Haute Durance et a.*, JORF n° 30, 5 février 2016, texte n° 75 ; Cons. const., 18 novembre 2016, n° 2016-595 QPC, *Société Aprochim et a.*, JORF n° 270, 20 novembre 2016, texte n° 31 ; Cons. const., 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC, *Association Force 5*, JORF n° 130, 29 mai 2020, texte n° 58 ; Cons. const., 19 mars 2021, n° 2020-843 QPC, *Association Générations futures et a.*, JORF n° 68, 20 mars 2021, texte n° 78 ; Cons. const., 18 février 2022, n° 2021-971 QPC, *France nature environnement*, JORF n° 42, 19 février 2022, texte n° 67.

14 Compte tenu de leur nombre, qu'il soit permis de renvoyer aux références listées dans les onglets « Références doctrinales » des pages des décisions précitées sur le site Internet du Conseil constitutionnel. Voir, not., Crottet, 2013 ; Durand, 2020 ; Monteillet, 2020.

15 Cons. const., 25 mars 2011, n° 2010-108 QPC, *Mme Marie-Christine D.*, *Rec.*, p. 155 ; Cons. const., 25 mars 2011, n° 2010-110 QPC, *M. Jean-Pierre B.*, *Rec.*, p. 162.

16 Cons. const., comm. Cons. const., n° 2016-595 QPC, déc. préc., p. 12-16 ; Cons. const., n° 2020-843 QPC, déc. préc.

17 Cons. const., n° 2011-183/184 QPC, déc. préc.

18 Cons. const., n° 2012-262 QPC, déc. préc.

19 Cons. const., n° 2012-269 QPC, déc. préc.

20 Cons. const., n° 2012-270 QPC, déc. préc.

21 Cons. const., n° 2012-283 QPC, déc. préc.

22 Cons. const., n° 2014-395 QPC, déc. préc.

23 Cons. const., n° 2014-396 QPC, déc. préc.

24 Cons. const., n° 2015-518 QPC, déc. préc.

25 Cons. const., n° 2016-595 QPC, déc. préc.

26 Cons. const., n° 2020-843 QPC, déc. préc.

27 Cons. const., n° 2021-891 QPC, déc. préc.

28 Voir cependant Cons. const., n° 2012-283 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2015-518 QPC, déc. préc.

29 Cons. const., comm. Cons. const., n° 2012-283 QPC, déc. préc., p. 7-8 : précision des arguments présentés par le gouvernement au soutien de la constitutionnalité des dispositions contestées ; Cons. const., comm. Cons. const., n° 2014-396 QPC, déc. préc., p. 8 : précision d'un motif par analogie avec les décisions de délimitation des zones de protection des aires d'alimentation des captages d'eau potable par référence à l'affaire n° 2012-270 QPC.

30 Cons. const., n° 2020-843 QPC, déc. préc.

31 Cons. const., comm. Cons. const., n° 2020-843 QPC, déc. préc., p. 12-13.

32 Cons. const., n° 2021-891 QPC, déc. préc. Cette notion est issue de l'article L. 120-1 du Code de l'environnement dans sa version en vigueur du 14 juillet 2010 au 1er janvier 2013 (« Sauf disposition particulière relative à la participation du public prévue par le présent code ou par la législation qui leur est applicable, les décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics sont soumises à participation du public lorsqu'elles ont une incidence directe et significative sur l'environnement »). Elle a été étendue aux décisions autres qu'individuelles (article L. 120-1-1) par l'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 (ord. n° 2013-714 du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JORF* n° 181, 6 août 2013). Ces dispositions ont été transférées aux articles L. 123-19-1 et L. 123-19-2 du même code par l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 (ord. n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JORF* n° 181, 5 août 2016 : « Ne sont pas regardées comme ayant une incidence sur l'environnement les décisions qui ont sur ce dernier un effet indirect ou non significatif. » Elles sont, en tant que dispositions législatives, utilisées par le juge administratif (voir, not., Cons. État, 23 novembre 2015, *Société Altus Energy et a.*, *Rec. T.*, p. 764).

33 Cons. const., n° 2012-282 QPC, déc. préc.

34 Déc. préc.

35 Cons. const., n° 2013-308 QPC, déc. préc. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, selon l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a également considéré que constituent des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement les décisions relatives aux projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement pour la

réalisation des extensions et constructions d'établissements pénitentiaires (Cons. const., n° 2019-778 DC, déc. préc.).

36 Cons. const., n° 2013-316 QPC, déc. préc.

37 Cons. const., n° 2013-317 QPC, déc. préc.

38 Cons. const., n° 2014-411 QPC, déc. préc.

39 Voir cependant Cons. const., n° 2013-316 QPC, déc. préc.

40 Cons. const., n° 2012-282 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2013-308 QPC, déc. préc.

41 Cons. const., n° 2013-317 QPC, déc. préc. ; Cons. const., comm. Cons. const., n° 2014-411 QPC, déc. préc., p. 11 : ledit commentaire se référant également aux caractères « interdictif », « provisoire et conservatoire » des effets environnementaux de la décision en cause.

42 Cons. const., n° 2011-183/184 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2012-262 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2012-269 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2012-270 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2014-395 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2014-396 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2021-891 QPC, déc. préc.

43 Cons. const., comm. Cons. const., n° 2012-283 QPC préc., p. 16.

44 Cons. const., n° 2012-282 QPC, déc. préc.

45 Cons. const., comm. Cons. const., n° 2011-183/184 QPC, déc. préc., p. 7. Voir Vidal-Naquet (2015, p. 18-19).

46 Cons. const., n° 2011-183/184 QPC, déc. préc., p. 509.

47 Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, *SNC Kimberly Clark*, *Rec.*, p. 114 ; Cons. const., 18 juin 2012, n° 2012-254 QPC, *Fédération de l'énergie et des mines. Force ouvrière* FNEM FO, *Rec.*, p. 292.

48 Cons. const., 17 septembre 2010, n° 2010-28 QPC, *Association sportive Football Club de Metz*, *Rec.* p. 236. Sur cette théorie, voir not. de Villiers (1980) et Alcaraz (2007).

49 Cons. const., comm. Cons. const., n° 2012-283 QPC préc., p. 14-18. Sur le premier point, voir Vidal-Naquet (2015, p. 18-19).

50 Cons. const., n° 2014-395 QPC, déc. préc. Voir Vidal-Naquet, *ibid.*

51 Cons. const., comm. Cons. const., n° 2016-595 QPC préc., p. 14. Voir également, Foucher (2013).

52 Cons. const., n° 2012-283 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2016-595 QPC, déc. préc.

53 Cons. const., comm. Cons. const., n° 2016-595 QPC préc.

54 Cons. const., n° 2011-183/184 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2012-262 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2012-269 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2012-270 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2012-283 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2014-395 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2014-396 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2016-595 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2020-843 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2021-891 QPC, déc. préc.

55 Cons. const., n° 2012-283 QPC, déc. préc.

56 Cons. const., n° 2016-595 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2021-891 QPC, déc. préc.

57 Voir, pour la première fois, Cons. const., n° 2010-108 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2010-110 QPC, déc. préc.

58 Voir, pour la première fois, déc. préc.

59 Cons. const., n° 2011-183/184 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2012-262 QPC, déc. préc. Le Conseil d'État considère « qu'alors même que […] la déclaration d'inconstitutionnalité doit, en principe, bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité, l'absence de prescriptions relatives à la remise en cause des effets produits par [… la disposition législative] avant son abrogation doit […] être regardée comme indiquant que le Conseil constitutionnel n'a pas entendu remettre en cause les effets que la disposition déclarée contraire à la Constitution avait produits avant la date de son abrogation » (Cons. État, 14 novembre 2012, *Association France Nature Environnement Réseau Juridique*, *Rec. T.*, p. 940 et 965).

60 Cons. const., n° 2012-269 QPC, déc. préc., p. 447 : « que les dérogations délivrées, avant cette date, en application des dispositions déclarées inconstitutionnelles, ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité » ; Cons. const., n° 2012-270 QPC, déc. préc., p. 451 ; Cons. const., n° 2012-282 QPC, déc. préc., p. 603 ; Cons. const., n° 2012-283 QPC, déc. préc., p. 611 ; Cons. const., n° 2014-395 QPC, déc. préc. : « que les mesures prises avant cette date sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité ».

61 Cons. const., n° 2014-396 QPC, déc. préc. ; Cons. const., n° 2020-843 QPC, déc. préc.

62 Cons. const., n° 2016-595 QPC, déc. préc.

63 Cons. État, 14 novembre 2012, arrêt préc. : « Considérant, d'une part, […] que le moyen tiré de ce que l'article L. 511-2 du Code de l'environnement […] méconnaîtrait les exigences constitutionnelles en matière d'information et de participation du public résultant de l'article 7 de la Charte de l'environnement et entacherait d'irrégularité la procédure d'élaboration du décret attaqué ne peut, dès lors, qu'être écarté ; […] Considérant, d'autre part […] que, dès lors, les moyens tirés par l'association requérante de ce que le décret aurait été pris au terme d'une procédure méconnaissant les exigences constitutionnelles résultant de l'article 7 de la Charte et serait entaché d'incompétence ne peuvent qu'être écartés » ; Cons. État, 4 décembre 2013, *Association France Nature Environnement et a.*, *Rec. T.*, p. 401, 710, 764, 777 et 786 : « Considérant, en premier lieu, […] que, par suite, alors même que les associations requérantes sont les auteurs de la question prioritaire de constitutionnalité, la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 120-1 du Code de l'environnement est sans incidence sur l'appréciation de la légalité du décret attaqué du 30 janvier 2012 ; […] Considérant, en deuxième lieu, […] que, par suite, les associations requérantes ne sont pas fondées à se prévaloir, pour soutenir que le principe de participation aurait été méconnu lors de l'adoption du décret attaqué, d'un moyen fondé directement sur les dispositions de l'article 7 de la Charte de l'environnement. »

64 Voir, à propos du Conseil d'État, Caballero (1984).

65 Cons. État, Assemblée, 11 mai 2004, *Association AC ! et a.*, *Rec.*, p. 197.

66 Cons. const., n° 2012-262 QPC, déc. préc., p. 329.

67 Cons. const., n° 2012-269 QPC, déc. préc.

68 Cons. const., n° 2012-270 QPC, déc. préc.

69 Cons. const., 29 novembre 2019, n° 2019-815 QPC, *Mme Carole L.*, *JORF* n° 278, 30 novembre 2019, texte n° 106 ; Cons. const., 28 février 2020, n° 2019-828/829 QPC, *M. Raphaël S. et a.*, *JORF* n° 51, 29 février 2020, texte n° 141 ; Cons. const., 30 avril 2020, n° 2020-836 QPC, *M. Maxime O.*, *JORF* n° 107, 2 mai 2020, texte n° 40. Sur ce point, voir Mamoudy (2020, p. 24).

70 Cons. const., n° 2014-395 QPC, déc. préc.

71 Cons. const., n° 2014-395 QPC, déc. préc. Ce dernier est formulé ainsi depuis 2000 (Cons. const., 27 juillet 2000, n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*,

Rec. p. 121), avant et depuis 1975, il existait mais l'expression « de même nature » était remplacée par l'adjectif « identique » (Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Examen de la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, *Rec.* p. 19). Sur ce standard, voir not. Talon (2020).

72 Cons. const., n° 2012-282 QPC, déc. préc.

73 Cons. const., n° 2014-395 QPC, déc. préc.

74 Cons. const., n° 2014-396 QPC, déc. préc.

75 Cons. const., n° 2012-283 QPC, déc. préc.

ABSTRACT

Français
Dans la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement souffre du paradoxe selon lequel il est source d'une inconstitutionnalité particulière, cette dernière étant elle-même source d'une déclaration à l'effet inutile. Le premier élément constitutif de ce paradoxe révèle la nature spécifique de l'inconstitutionnalité résultant de ce grief, qui est non seulement conditionnée, mais également négative. Le second traduit, quant à lui, la manière particulière dont le Conseil exerce ses pouvoirs afin de traiter un tel grief.

INDEX

Keywords
inconstitutionnalité, effet inutile, Charte de l'environnement, article 7, principe de participation du public, question prioritaire de constitutionnalité, QPC, Conseil constitutionnel

AUTHOR

Maxime Charité
Maître de conférences, Université Le Havre Normandie, Laboratoire LexFEIM (EA 1013) ; maxime.charite@univ-lehavre.fr

Les paradoxes de la prison dans l'œuvre de Michel Foucault

Benoît Auroy

OUTLINE

1. Les paradoxes de la prison révélés par Foucault
   1.1. L'émergence d'un système carcéral éloigné des idéaux révolutionnaires
   1.2. Le maintien d'un système carcéral dénoncé depuis ses origines
2. Les paradoxes de la prison expliqués par Foucault : la mise en œuvre d'une technologie de pouvoir
   2.1. La prison comme lieu de gestion efficace des illégalismes
   2.2. Une hypothèse partiellement dépassée

TEXT

Cet article a été rédigé à partir d'une communication réalisée le 9 novembre 2022 dans le cadre du cycle de conférences « Le droit selon… » à la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Rennes.

1 Constatant, en 2013, que la privation de liberté constituait toujours la « peine de référence », le législateur souhaita mettre un terme à ce qu'il décrivait comme une « hégémonie » persistante de l'emprisonnement [1] malgré l'affirmation portée par le Code pénal selon laquelle « toute peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine indispensable et si toute autre sanction est manifestement inadéquate [2] ». C'est ainsi que fut adoptée la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, qui donna notamment naissance à l'emblématique peine de contrainte pénale. Mais l'échec de cette dernière, présentée comme « un outil délaissé par les magistrats [3] », fut rapidement dénoncé [4]. Son abrogation eut alors lieu moins de cinq ans après son adoption, par une loi du 23 mars 2019 [5]. Assurément, la privation de liberté continue d'apparaître comme la clé de voûte du système répressif national : tout crime est ainsi puni de réclusion et bien rares sont les délits pour lesquels un emprisonnement n'est pas encouru. En dehors de la

matière contraventionnelle, la réponse des pouvoirs publics aux infractions semble donc, au premier chef, d'ordre carcéral. Sa durée est modulée par le législateur, mais, par nature, la peine privative de liberté aurait aujourd'hui vocation à sanctionner toute infraction un tant soit peu grave.

2 L'histoire de l'emprisonnement – au sens large – est pourtant récente puisqu'il faut attendre la fin du XVIIIe siècle pour voir la privation de liberté se généraliser en tant que véritable peine. Depuis le droit romain et jusque sous l'ancien droit en effet, l'emprisonnement n'était pas perçu comme une peine par les autorités séculières. C'est ainsi que ni la grande ordonnance criminelle de 1670 ni aucun autre texte royal ne le mentionnent au sein des listes de châtiments [6]. Bien sûr, la privation de liberté n'était pas inconnue. Mais elle avait alors une tout autre fonction. Elle intervenait soit en tant que mesure d'instruction destinée à s'assurer de la personne du suspect [7], soit en tant que mesure préventive – et donc indépendamment de tout crime déjà commis – afin d'enfermer des personnes jugées dangereuses à l'époque, telles que les mendiants, les vagabonds ou les aliénés mentaux [8]. À partir de la fin du XVIIIe siècle, en revanche, l'emprisonnement se généralise rapidement et durablement au cœur de l'ensemble des systèmes répressifs occidentaux.

3 Comment expliquer que la peine privative de liberté se soit ainsi généralisée ? Cette question est précisément l'objet de *Surveiller et punir*. Cet ouvrage de Michel Foucault – au sous-titre tout à fait révélateur : *Naissance de la prison* – est paru en février 1975. Or, cette date est loin d'être anodine, tant elle fait suite à deux séries d'événements marquants. Le premier, c'est bien sûr Mai-68, dont on sent un peu le vent contestataire dans la pensée du philosophe : Foucault était un philosophe engagé politiquement, qui avait adhéré au parti communisme en 1950 avant de prendre ses distances à la fin des années 1970, semble-t-il. Le second se situe à la fin de l'année 1971, lorsqu'une vague d'émeutes éclate dans les prisons en raison de la suppression des colis de Noël. C'est dire que *Surveiller et punir* était tout à fait d'actualité lors de sa parution. Pour cause, Michel Foucault connaissait bien l'univers carcéral et ses problématiques. Né en 1926, il est agrégé de philosophie en 1951. En parallèle de ses enseignements à l'École normale supérieure, il commence à travailler sur le terrain de la psychologie expérimentale à la prison de Fresnes. Après

divers postes à l'international, il est élu au Collège de France en 1970 en tant que professeur d'histoire des systèmes de pensées. En janvier 1971, il fonde le Groupe d'information sur les prisons – avec deux autres intellectuels, Jean-Marie Domenach et Pierre Vidal-Naquet –, lequel sera dissous dès le mois de décembre 1972 au profit, notamment, du Comité d'action des prisonniers. Entre autres objets d'études, Foucault s'est donc beaucoup intéressé au monde carcéral ainsi qu'à la psychologie et aux établissements hospitaliers, ce qui explique d'ailleurs les liens qu'il peut tisser entre ces deux univers. Dans un tel contexte, *Surveiller et punir* ne pouvait manquer de susciter un grand intérêt dès sa publication et s'est rapidement installé comme un ouvrage incontournable dans l'étude du système carcéral. Néanmoins, de vives critiques ont aussi pu être formulées à son encontre, en particulier de la part des historiens. Alors que Foucault entend appuyer sa réflexion sur une importante analyse historique de la pénalité de détention, plusieurs historiens n'ont pas manqué de souligner l'existence de nombreuses inexactitudes dont il pouvait faire preuve. Tout en reconnaissant en lui un esprit brillant, Jacques Léonard put ainsi le comparer à un « cosaque de l'histoire », parcourant « trois siècles, à bride abattue, comme un cavalier barbare » et gommant étrangement la période révolutionnaire (Léonard, 1977, p. 165 et p. 181)[9]. Il faut dire que Foucault s'est inscrit dans le mouvement structuraliste né à la suite du déclin de l'existentialisme et porté notamment par Saussure, Lévi-Strauss ou encore Lacan[10]. Pour reprendre une formule de Foucault lui-même, ce mouvement prétendait mettre en avant « une analyse non pas tellement des choses, des conduites et de leur genèse, mais des rapports qui régissent un ensemble d'éléments ou un ensemble de conduites » (Foucault, 2001a, p. 609). En somme, il s'agissait d'analyser tout objet d'étude comme une structure ou un système en s'attachant à la relation unissant ses composants et non à chacun d'entre eux pris individuellement[11]. S'attachant à dégager des relations constantes à partir d'éléments changeants, le structuralisme donnait la primauté à la synchronie au détriment de la diachronie, à l'étude d'un système à un moment donné plutôt qu'à celle de ses évolutions[12].

4 Dès lors qu'il prend les traits d'une peine moderne au sens propre du terme, l'emprisonnement ne saurait donc apparaître comme une

évidence « naturelle » pour Foucault. Celui-ci fixe d'ailleurs l'émergence du système carcéral contemporain à une période allant des années 1780 à 1840. Il prend alors comme date de fin de ce processus de construction la date symbolique du 22 janvier 1840. Ce jour-là ouvrait la colonie pénitentiaire pour jeunes délinquants de Mettray, perçue par le philosophe comme l'archétype de l'institution carcérale et de la généralisation de son système. Au contraire, l'existence du système carcéral serait même paradoxale. En réalité, celle-ci s'expliquerait alors par la mise en œuvre d'une nouvelle technologie de pouvoir apparue dans le contexte socio-politique bien particulier de l'époque. Loin d'être le résultat – ou en tout cas, pas au premier chef – d'une humanisation progressive de la répression pénale, la généralisation de l'emprisonnement serait en réalité destinée à assurer une gestion politique plus efficace des illégalismes. C'est dire que *Surveiller et punir* ne se contente de révéler l'existence de plusieurs paradoxes qui entourent le système carcéral moderne (1). Il en propose également une explication à travers l'identification d'une véritable technologie de pouvoir à l'œuvre à travers ce système (2).

1. Les paradoxes de la prison révélés par Foucault

5 Dans *Surveiller et punir*, Michel Foucault met en lumière l'existence de deux paradoxes, au moins, qui entourent le système carcéral moderne. Le premier a trait à son émergence. À bien des égards, le système carcéral, pourtant mis en place rapidement au lendemain de la Révolution, s'est avéré éloigné des idéaux portés par les réformateurs (1.1). Le second paradoxe concerne le maintien contemporain de ce système carcéral malgré la dénonciation dont il ne cesse de faire l'objet depuis ses origines (1.2).

1.1. L'émergence d'un système carcéral éloigné des idéaux révolutionnaires

6 Le premier paradoxe sur lequel s'attarde Foucault est d'ordre historique et tient à l'émergence du système carcéral. Débutée au lendemain de la Révolution, la généralisation de l'emprisonnement semble reposer sur une subversion des idéaux portés par les réformateurs du

XVIIIe siècle. Le système carcéral s'est imposé à la sortie de l'Ancien Régime alors qu'il est assez éloigné du modèle imaginé par les philosophes des Lumières. En réalité, trois systèmes répressifs se seraient affrontés au cours de cette période : celui en vigueur sous l'ancien droit ; celui, essentiellement théorique, prôné par les révolutionnaires ; et celui finalement mis en place et qui repose sur l'institution pénitentiaire.

7 Concernant le système répressif de l'Ancien Régime, Foucault le décrit essentiellement à partir des supplices. *Surveiller et punir* débute d'ailleurs par une mise en perspective de deux documents. Le premier est le compte rendu détaillé de l'exécution de Robert-François Damiens, condamné le 2 mars 1757 pour avoir tenté d'assassiner le roi Louis XV. La blessure infligée au monarque était bénigne ; le supplice ne le fut guère. Damiens devait être écartelé devant la foule après avoir subi diverses tortures. Mais les chevaux se montrèrent rétifs, ce qui obligea le bourreau à lui démembrer les cuisses et à lui couper les nerfs. Le second document, mis en perspective, est le règlement intérieur de la Maison des jeunes détenus à Paris, rédigé en 1838. Ce règlement régit de façon méticuleuse, heure par heure, toute la journée des prisonniers. Par cette comparaison, on perçoit combien le bouleversement dans l'art de punir a été brusque et radical. En à peine trois-quarts de siècle, un rituel d'inspiration monastique – le terme « cellule » vient des couvents –, discret et continu s'est substitué à un autre rituel, spectaculaire et violent. Certes, tous les crimes ne donnaient bien sûr pas lieu à un supplice public dans l'ancien droit. Mais cette catégorie de châtiments serait révélatrice de l'esprit du système. La pénalité d'Ancien Régime apparaît ainsi comme un acte de souveraineté du monarque. Elle n'est qu'un aspect particulier de son droit de faire la guerre. Par le crime, le condamné a défié le roi et attaqué sa personne même. Le châtiment apparaît en retour comme un rituel politique destiné à « reconstituer la souveraineté un instant blessée » (Foucault, 1975, p. 59). Il n'est que la seconde étape de la confrontation entre le criminel et le roi, la réponse du second au mépris du premier. C'est ce qui explique l'atrocité des supplices, eux-mêmes bien réglés et loin de constituer un déchaînement désordonné de violence : l'exécution du châtiment doit montrer toute la « dissymétrie entre le sujet qui a osé violer la loi et le souverain tout-puissant qui fait valoir sa force » (Foucault, 1975,

p. 59). Certains traits caractéristiques du système répressif de l'ancien droit en découlent. Tout d'abord, l'objet premier de la peine est le corps du condamné, qu'il s'agit de marquer ou d'annihiler. La peine, ensuite, procède d'un cérémonial éclatant et exceptionnel, ni permanent ni diffus dans la société. Enfin, elle est publique, puisqu'elle doit montrer le triomphe de la loi. Il en résulte que le peuple occupe une place ambiguë dans ce cérémonial. Il n'est pas seulement témoin de la punition. Il en est aussi le garant et pourrait la réclamer si le bourreau se montrait clément.

8 Au XVIIIe siècle, ce système de répression et, en particulier, les supplices vont être de plus en plus critiqués. Bien sûr, leur caractère inhumain est dénoncé. Mais, pour Foucault, le véritable objectif des réformateurs ne serait pas tellement de fonder un nouveau droit de punir sur des principes plus équitables. Il s'agirait plutôt d'établir une nouvelle économie du pouvoir de châtier, dans le but d'assurer une répression plus efficace. On souligne ainsi le caractère contre-productif des supplices et le risque de renversement qu'ils comportent : témoin de ce spectacle cruel, le peuple pourrait ressentir de la pitié ou de l'admiration pour le criminel courageux dans l'épreuve et, finalement, s'habituer à la violence. Plus largement, les réformateurs s'élèvent contre une distribution mal réglée du pouvoir née de la vénalité des offices. Les conflits de juridictions se seraient ainsi multipliés, tandis que les magistrats, devenus propriétaires de leurs charges, se seraient montrés « non seulement indociles, mais ignorants, intéressés, prêts à la compromission » (Foucault, 1975, p. 95). C'est donc ce mélange entre les excès des châtiments et les faiblesses dans l'administration de la justice qui aurait suscité l'ire des réformateurs. En outre, la contestation du système pénal de l'Ancien Régime serait également liée aux bouleversements socio-économiques qui se produisirent au cours des XVIIe et XVIIIe siècles. Avec le développement des appareils de production, les crimes perdent de leur violence. Une criminalité de fraude, moins grave mais aussi plus diffuse, se substitue progressivement à une criminalité de sang. Parallèlement, les peines tendent à s'alléger, alors qu'une justice plus fine et un quadrillage plus serré de la population sont réclamés.

9 Imaginé par opposition à l'Ancien Régime, le système répressif prôné par les réformateurs paraît sensiblement différent. Il s'en distingue

ainsi sur plusieurs points. Tout d'abord, chaque peine doit être utile à la société. Portée à son paroxysme, c'est l'utilitarisme revendiqué par Jeremy Bentham : dégagée de toute considération de justice, la légitimité de la peine est placée dans l'utilité qu'elle procure à la société. Le postulat de ce courant de pensée est que chaque action humaine serait guidée par un calcul – conscient ou non – entre plaisir et souffrance, entre l'avantage susceptible d'en être retiré et l'inconvénient qui pourrait en résulter. Pour lutter efficacement contre le crime, la peine devrait donc dépasser le gain espéré par le criminel ; mais sans excès. Elle devrait être légèrement supérieure à ce gain, car l'excès, par sa nature même, tendrait à devenir exceptionnel et cesserait d'être pris en compte rationnellement[13]. En revanche, le châtiment devrait être prompt et certain. Une peine proportionnée à l'infraction, certaine et rapide serait plus dissuasive qu'un supplice hypothétique. Les criminels devraient donc être condamnés rapidement et, idéalement, aucun ne devrait rester impuni. Dans le système imaginé par les révolutionnaires, ensuite, les crimes et les châtiments sont aussi peu arbitraires que possibles. La définition des infractions est bien sûr retirée des mains des tribunaux pour être entièrement confiée à la loi. Mais chaque peine prévue doit aussi correspondre étroitement au crime ou au délit qu'elle sanctionne. Le but est, notamment, qu'elle se présente facilement à l'esprit de celui qui pense à l'infraction. Chaque catégorie de crimes ou de délits reçoit ainsi une punition qui lui est propre. Ceux qui abusent des bienfaits de la loi et des privilèges que leur confèrent des fonctions publiques devraient être privés de leurs droits civils ; l'amende sanctionnerait les usuriers et ceux qui agissent par lucre ; la confiscation frapperait le voleur ; une humiliation répondrait à un crime de vaine gloire ; l'assassin serait mis à mort et l'incendiaire subirait le bûcher. Dans le système prôné par les révolutionnaires enfin, l'objet de la peine est déplacé. Avec l'essor de la théorie du contrat social, le criminel apparaît désormais comme un être « juridiquement paradoxal » (Foucault, 1975, p. 106). Par son acte, il a rompu le contrat qu'il est pourtant censé avoir accepté. Se plaçant hors du pacte, il devient l'ennemi de tous et se disqualifie comme citoyen : « Il apparaît comme le scélérat, le monstre, le fou peut-être, le malade et bientôt l' "anormal" » (Foucault, 1975, p. 120)[14]. La peine ne doit donc plus chercher à atteindre le corps du condamné. Elle doit marquer son esprit afin de le corriger, ainsi que celui de tous les citoyens pour les détourner du

crime. Il en découle tout un jeu de la représentation, une « économie savante de la publicité » (p. 129). Entièrement publique, l'exécution des peines prend la forme d'un rituel destiné à réactiver la loi. Il ne s'agit plus des « fêtes ambiguës » (p. 129) de l'Ancien Régime destinées à réaffirmer la toute-puissante du souverain et à susciter l'effroi de la population. Il s'agit de mettre en scène la moralité publique et de transformer l'exécution du châtiment en un discours pédagogique, en une leçon pour le peuple. La peine doit alors dire le crime tout en rappelant la loi ; montrer la nécessité *regrettable* de la punition tout en justifiant sa mesure. La guillotine en est d'ailleurs une illustration aux yeux de Foucault :

> « Presque sans toucher au corps, [elle] supprime la vie, comme la prison ôte la liberté, ou une amende prélève des biens. Elle est censée appliquer la loi moins à un corps réel susceptible de douleur, qu'à un sujet juridique, détenteur, parmi d'autres droits, de celui d'exister. » (p. 20)

10 En somme, Foucault résume ainsi l'idéal révolutionnaire :

> « À chaque crime, sa loi ; à chaque criminel, sa peine. Peine visible, peine bavarde qui dit tout, qui explique, se justifie, convainc : écriteaux, bonnets, affiches, placards, symboles, textes lus ou imprimés, tout cela répète inlassablement le Code. » (p. 131)[15]

11 On perçoit alors combien le système carcéral mis en place a pu s'être éloigné de ce projet des réformateurs. Plutôt qu'une peine adaptée à chaque infraction, la privation de liberté est rapidement devenue la réponse quasi-systématique à la criminalité. Seule la publicité du jugement de condamnation a été consacrée. L'exécution de la peine, au contraire, a été entourée de secret et reléguée dans l'ombre des enceintes pénitentiaires. À tel point que l'emprisonnement a d'abord dépendu entièrement de l'administration pénitentiaire, elle-même placée sous l'égide du ministère de l'Intérieur. Il faut attendre 1911 pour que cette administration soit confiée au ministère de la Justice, et 1958 pour voir un net mouvement de judiciarisation de la peine à travers la création du juge d'application des peines. L'émergence du système carcéral moderne serait donc paradoxale, apparaissant en contradiction avec les idéaux portés par les réformateurs à la même

époque. Toutefois, un second paradoxe, probablement plus profond, entoure la prison. Il tient au maintien de ce système malgré une dénonciation constante depuis ses origines.

1.2. Le maintien d'un système carcéral dénoncé depuis ses origines

12 Le second paradoxe autour de la prison que met en lumière Michel Foucault dans *Surveiller et punir* ne concerne plus l'apparition du système carcéral mais son maintien contemporain. De prime abord, la pénalité d'emprisonnement paraît aujourd'hui en crise. Il est devenu un lieu commun de remettre en cause les peines privatives de liberté en dénonçant les limites ou les défauts qui entourent leur exécution. Pourtant, à suivre le philosophe, cette critique est aussi ancienne ou presque que le système carcéral lui-même. On la trouve ainsi clairement formulée dès les années 1820-1845 dans des revues et par certains hommes politiques [16]. En d'autres termes, l'histoire de l'emprisonnement n'obéit pas à une chronologie progressive et rationnelle, au cours de laquelle la pénalité de détention serait d'abord mise en place avant que son échec soit constaté et donne lieu à des projets de réforme qui, à leur tour, seraient évalués : « Tout de suite, la prison, dans sa réalité et ses effets visibles, a été dénoncée comme le grand échec de la justice pénale » (Foucault, 1975, p. 308). En somme, la dénonciation de la détention paraît inhérente au système lui-même. L'un et l'autre semblent indissociables.

13 Quelles sont donc ces critiques formulées à l'encontre de la prison depuis ses origines jusqu'à aujourd'hui ? Elles portent à la fois sur les conditions de détention des condamnés et sur le bilan de l'institution pénitentiaire. En ce qui concerne les conditions de détention, les critiques ont immédiatement pris deux directions opposées. Pour les uns, le sort réservé aux prisonniers serait trop rigoureux. Au XIXe siècle, on regrette qu'ils soient isolés, soumis à un travail inutile et exposés à l'arbitraire de leurs gardiens. Aujourd'hui, les établissements pénitentiaires seraient devenus insalubres et surpeuplés, tandis que les détenus seraient contraints à l'oisiveté [17]. En somme, les conditions de détention seraient intolérables, de sorte que la prison ne pourrait être réellement corrective. Pour les autres, au contraire, ces mêmes conditions seraient trop favorables et coûte-

raient trop cher. En voulant être corrective, la prison perdrait sa force de punition et ne serait pas assez rigoureuse. S'appuyant sur les travaux de Moreau-Christophe, Foucault mentionne ainsi le témoignage du directeur de la maison centrale de Limoges dans une enquête réalisée en 1839, selon lequel « le régime actuel des maisons centrales qui dans le fait ne sont, pour les récidivistes, que de véritables pensionnats, n'est aucunement répressif » (Moreau-Christophe, 1840, p. 86). De même, pour le directeur de la maison centrale d'Eysses, « le régime actuel n'est pas assez sévère, et s'il est un fait certain, c'est que, pour beaucoup de détenus, la prison a des charmes et ils y trouvent des jouissances dépravées qui sont tout pour eux » (Moreau-Christophe, 1840, p. 86). Comment ne pas faire le parallèle avec la polémique qui a entouré l'organisation d'une course de *karting* à la prison de Fresnes le 19 août 2022 ? Aujourd'hui, la comparaison avec un célèbre centre de vacances n'est-elle pas devenue récurrente ? S'agissant du bilan de la prison, en revanche, les critiques semblent converger. Dès la première moitié du XIXe siècle, le constat était dressé que la prison ne diminuait pas le taux de criminalité. Pis, il lui était déjà reproché de provoquer la récidive et de favoriser l'organisation d'un milieu de délinquants, solidaires et hiérarchisés, en les regroupant tous en un lieu clos. En 1831 déjà, le député La Rochefoucauld constatait que 38 % des personnes détenues en maison centrale étaient à nouveau condamnées après leur libération (Mavidal, Laurent, 1889, p. 210). Entre 1828 et 1834, sur plus de 200 000 condamnés en correctionnelle, près de 35 000 étaient en état de récidive (Foucault, 1975, p. 309)[18]. En 2016, 31 % des personnes sortant de prison ont à nouveau été condamnées pour une infraction commise dans l'année suivant leur libération (Cornuau, Julliard, 2021). Depuis son apparition au cœur du système répressif, la prison constitue ainsi une véritable « école du crime », selon une formule passée dans l'usage. Il est donc tout à fait frappant de constater à quel point, malgré deux siècles d'intervalle, les critiques d'hier sont, en substance, les mêmes que celles d'aujourd'hui.

14 Pourtant, à suivre Foucault, ce constat d'échec de la prison n'aurait jamais conduit à une remise en cause profonde du système carcéral. Face aux critiques récurrentes de la prison, les pouvoirs publics se seraient toujours contentés de proposer de simples correctifs ou, au mieux, une réforme de l'institution pénitentiaire. Leur réponse aurait

donc, elle aussi, été invariablement la même, à savoir la reconduction et la réactivation de la technique pénitentiaire. En somme, la prison aurait toujours été donnée « comme son propre remède » (Foucault, 1975, p. 313). On pourrait néanmoins vouloir nuancer ce constat aujourd'hui. Depuis la seconde moitié du XXe siècle, en effet, de nouvelles peines alternatives à l'emprisonnement ne cessent d'être introduites par le législateur, de même que se multiplient les modalités d'exécution des peines et les aménagements permettant au condamné d'éviter la prison ou d'en sortir. Consacrée par le Code de procédure pénale de 1958, la semi-liberté a par exemple été élargie par une loi du 17 juillet 1970 [19]. Une loi du 19 décembre 1997 a également créé le placement sous surveillance électronique qui permet au condamné d'exécuter sa peine privative de liberté à domicile avec port d'un bracelet électronique [20]. Le sursis probatoire a encore été substitué aux anciens sursis avec mise à l'épreuve et sursis avec obligation d'effectuer un travail d'intérêt général par la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice [21]. Plus largement, l'emprisonnement est aujourd'hui présenté par le législateur comme une peine de dernier recours, puisqu'il impose au juge de ne la prononcer que « si toute autre sanction est manifestement inadéquate [22] ». Aussi dénombre-t-on aujourd'hui plus du double de personnes suivies par l'administration en milieu ouvert que de personnes détenues [23]. En l'état, cependant, cette évolution notable paraît insuffisante pour remettre radicalement en cause le constat dressé par Foucault. Dans le même temps, en effet, le nombre de personne détenues en France n'a cessé de croître au point d'avoir *doublé* entre 1980 et 2023 [24], ce qui révèle ainsi toute la difficulté de penser autrement la répression que par le prisme de l'incarcération. Pour l'instant, la privation de liberté semble bien demeurer la clé de voûte du système pénal national, tandis que les alternatives à la prison et les modes d'aménagement de peines peuvent encore être perçus comme des mesures permettant de corriger le système carcéral sans le renverser.

15 Loin d'être une évidence naturelle, la place centrale occupée par la privation de liberté au sein des systèmes répressifs modernes apparaît donc profondément paradoxale à la lecture de *Surveiller et punir*. Comment expliquer alors que l'emprisonnement se soit aussi rapidement installé au cœur des systèmes répressifs modernes au XIXe siècle

et que le système carcéral se perpétue malgré les critiques incessantes dont il fait l'objet ? Foucault tente précisément de répondre à ces paradoxes et propose une grille de lecture originale : l'existence de ce système moderne reposerait en réalité sur la mise en œuvre d'une technologie de pouvoir particulière.

2. Les paradoxes de la prison expliqués par Foucault : la mise en œuvre d'une technologie de pouvoir

16 Dès lors que Michel Foucault propose, tour à tour, une explication aux deux paradoxes autour de la prison qu'il met en lumière, il peut être tentant de présenter *Surveiller et punir* comme la simple succession de deux thèses, bien distinctes l'une de l'autre : la première serait d'ordre historique et s'attacherait à l'émergence du système carcéral, tandis que la seconde serait sociologique ou « socio-judiciaire » (Brodeur, 1976, p. 200) et concernerait le maintien de ce système malgré sa dénonciation. Une lecture plus « unitaire » de l'œuvre de Michel Foucault peut cependant être faite. L'existence même du système carcéral – c'est-à-dire son émergence comme son maintien – reposerait sur une « technologie de pouvoir ». Autrement dit, la pénalité de détention généralisée constituerait une technique particulière mise en œuvre par le pouvoir en place afin d'assurer sa pérennité par un contrôle de la population à moindres coûts – économiques et politiques. Plus précisément, la prison apparaîtrait ainsi comme un lieu de gestion efficace des illégalismes d'une société (2.1). Toutefois, aussi intéressante que soit la présentation du philosophe, son hypothèse – car c'est bien d'une hypothèse qu'il s'agit plutôt que d'une véritable démonstration – semble, à plusieurs égards, être dépassée aujourd'hui (2.2).

2.1. La prison comme lieu de gestion efficace des illégalismes

17 Loin de répondre au premier chef à des considérations humanistes, l'existence du système carcéral faisant de l'emprisonnement la reine des peines serait en réalité destinée à assurer la gestion la plus efficace possible des illégalismes auxquels serait confrontée la société. Ainsi comprise, cette technologie de pouvoir mise en œuvre reposerait sur un instrument particulier – la discipline – et suivrait une méthode bien précise – produire la délinquance. La discipline expliquerait l'émergence du système carcéral au XIXe siècle et la subversion de l'idéal révolutionnaire qui l'accompagne, tandis que la production de la délinquance éclairerait le maintien de ce système malgré sa dénonciation.

18 En effet, Foucault lie étroitement l'émergence du système carcéral à la généralisation des procédés disciplinaires qui s'opère peu avant dans l'ensemble du corps social. C'est l'avènement de cette société disciplinaire au cours des XVII et XVIIIe siècles qui expliquerait la mise en place du système carcéral. Nombre de ces procédés existaient bien avant. Mais ils se seraient généralisés à partir de cette époque. À l'hôpital et dans les écoles, à l'armée et dans les manufactures : partout on cherche à façonner les corps et à les rendre dociles afin de transformer l'individu en un « automate ». Les *raisons* en sont nombreuses. Il existe une croissance démographique qui rend nécessaire une meilleure gestion d'une multiplicité d'individus : à la fin du XVIIIe siècle, par exemple, l'armée compte plus de 200 000 hommes en tant de paix. L'appareil de production se développe tout en devenant plus complexe : il faut donc gérer soigneusement des masses d'ouvriers toujours plus importantes. Des innovations technologiques apparaissent également : le fusil, plus précis, supplante le mousquet à partir de la bataille de Steinkerque en 1699 et oblige un renouvellement des tactiques militaires. Quant au *but* des procédés disciplinaires, celui-ci est double. D'un côté, il s'agit de majorer l'efficacité de chaque individu, sa productivité. De l'autre, la discipline permet de diminuer les coûts économiques mais aussi politiques puisqu'elle diminue la nécessité de recourir à des forces contraignantes extérieures. Intériorisée, la norme est d'autant mieux respectée puisque

l'individu s'y soumet spontanément et sans réfléchir. Enfin, les procédés disciplinaires reposent sur trois *moyens* différents. L'un est la sanction, qui se veut normalisatrice. Par un système de gratification-sanction, de récompense-punition, une « infra-pénalité » se développe où tout comportement qui s'écarte du modèle voulu doit être corrigé (Foucault, 1975, p. 209). Un autre est l'examen, qui, en étant hautement ritualisé, permet de maintenir l'assujettissement de l'individu en faisant de lui un objet d'étude susceptible d'évaluation et de comparaison. Surtout, le dernier moyen sur lequel reposent les procédés disciplinaires est la surveillance, qui doit être hiérarchique – c'est-à-dire pyramidale et interne à l'institution elle-même – et constante. L'individu discipliné doit constamment pouvoir être surveillé. L'essor de cette société disciplinaire aurait ainsi donné naissance au « panoptisme », selon Foucault. Le terme provient du *Panopticon* de Jeremy Bentham. Dans l'esprit de ce dernier, il s'agissait du modèle architectural de prison le plus efficace. Schématiquement, les cellules y sont réparties dans un bâtiment périphérique de forme circulaire et, chacune, traversée de part et d'autre d'une ouverture. Au centre de l'édifice se trouve une haute tour. Par un jeu d'aménagement et de contre-jour, un gardien se trouvant dans la tour peut observer tous les prisonniers sans, lui-même, être vu. L'effet alors voulu est double : chaque prisonnier se sent en permanence observé – puisqu'il ne peut savoir s'il est effectivement regardé ou non – tandis que le nombre de gardiens nécessaires se trouve réduit au minimum. Mais, pour Foucault, le schéma décrit ne serait pas purement architectural. Il illustrerait en réalité une transformation de la société et du rapport au pouvoir. La société moderne n'est plus, en effet, une société de spectacle, comme dans l'Antiquité, mais une société de la surveillance permanente. Autrement dit, une inversion de la visibilité dans l'exercice du pouvoir s'est opérée. Traditionnellement, le pouvoir se montrait et c'était le peuple qui restait dans l'ombre ; le pouvoir se rendait visible de manière éclatante et en tirait sa force. Désormais, le pouvoir se fait plus discret. Il se rend invisible et impose, au contraire, la visibilité aux personnes sur lesquelles il s'exerce par le jeu d'une surveillance possible en permanence. Dans cette omniprésence des procédés disciplinaires, la prison serait alors apparue comme un simple prolongement logique. À la différence des supplices, elle ne représenterait pas « le déchaînement d'un pouvoir d'une autre nature, mais juste un degré supplé-

mentaire dans l'intensité d'un mécanisme qui n'a pas cessé de jouer » ; elle continuerait « un travail commencé ailleurs et que toute la société poursuit sur chacun par d'innombrables mécanismes » (Foucault, 1975, p. 353 et p. 354). Surtout, la prison permettrait une autolégitimation de ce vaste ensemble disciplinaire :

> « À la fois [elle] s'innocente d'être prison par le fait de ressembler à tout le reste, et [elle] innocente toutes les autres institutions d'être des prisons, puisqu'elle se présente comme étant valable uniquement pour ceux qui ont commis une faute. » (Foucalut, 2001b, p. 621)

19 C'est donc l'avènement de cette société disciplinaire qui expliquerait la construction au XVIIIe siècle d'un système carcéral en apparence éloigné des idéaux révolutionnaires.

20 Quant à la méthode suivie par la technologie de pouvoir à l'œuvre à travers le système carcéral, Foucault propose un véritable renversement de perspective. Ce qui est décrit comme l'échec du système carcéral ferait en réalité son succès. En réalité, la prison n'aurait pas vocation à faire disparaître l'intégralité des infractions, cet objectif étant sans doute impossible à atteindre. Elle aurait pour mission de mettre en place une criminalité particulière, peu dangereuse en termes politiques et économiques, mais aussi contrôlable et, éventuellement, utilisable : la délinquance. C'est le système carcéral qui aurait donné naissance au concept lui-même de délinquance, qui ne désigne, il est vrai, qu'une certaine forme d'illégalismes, tournée vers une criminalité d'habitude, de gravité modérée, et essentiellement violente ou dirigée contre les biens. La prison procéderait ainsi d'une véritable méthode de gestion des illégalismes. Plus précisément, on sait que la prison ne diminue pas la récidive – au contraire – et permet une certaine structuration de la criminalité. Ce faisant, elle aurait assuré l'avènement d'une délinquance refermée sur elle-même et marginalisée. Le double intérêt du procédé se perçoit alors aisément. D'une part, il permet de circonscrire la criminalité. Au lieu d'être diffuse à travers le corps social et susceptible d'une certaine complaisance, la délinquance se trouve cantonnée à un milieu relativement clos suscitant la crainte et l'hostilité de la population. D'autre part, en étant regroupés, les criminels deviennent plus faciles à surveiller et à contrôler. Leurs réseaux peuvent être connus de la police et infiltrés d'indicateurs. Mais l'émergence de la délinquance

présenterait d'autres intérêts. Tout d'abord, elle autoriserait une surveillance généralisée de la population, notamment grâce à la mise en place, par les autorités, de réseaux secrets d'information et l'instauration d'un ensemble documentaire composé du casier judiciaire et de tous les fichiers d'identification. Ces derniers ne se sont-ils pas multipliés ces dernières années[25] ? Ensuite, la délinquance offrirait l'opportunité d'une exploitation économique de certains illégalismes. Foucault prend l'exemple ancien de la prostitution, mais qui serait transposable au trafic de stupéfiants plus moderne notamment. Il relève que « les contrôles de police et de santé sur les prostituées, leur passage régulier par la prison, l'organisation à grande échelle des maisons closes, la hiérarchie soigneuse qui était maintenue dans le milieu […], son encadrement par des délinquants-indicateurs, tout cela permettait de canaliser et de récupérer par toute une série d'intermédiaires les énormes profits sur un plaisir sexuel qu'une moralisation quotidienne de plus en plus insistante vouait à une demi-clandestinité » (Foucault, 1975, p. 326). En somme, le milieu délinquant serait le complice d'un « puritanisme intéressé » (p. 326). Il serait le moyen de récupérer une partie du profit généré par cette sexualité moralement réprimée. Enfin, en spécifiant une certaine forme d'illégalismes, la délinquance permettrait d'occulter d'autres formes que le pouvoir serait plus réticent à réprimer. Il y a, ici, chez Foucault, l'idée d'une association de chaque classe sociale à une certaine forme d'illégalisme. Or, par la délinquance, le système carcéral mettrait en lumière les illégalismes essentiellement populaires (violence, vol et larcins). En revanche, il permettrait de laisser dans l'ombre ceux des classes sociales dominantes, davantage tournées vers une criminalité de fraude (fraude fiscale et infractions en droit des affaires notamment).

21 Finalement, l'émergence du système carcéral et son maintien s'expliqueraient donc, pour Foucault, par la mise en place d'une nouvelle technologie de pouvoir, qui reposerait sur la discipline tout en s'attachant à la structuration de ce milieu resserré de criminalité qu'est la délinquance dans le but d'assurer une gestion perçue comme efficace des illégalismes sociaux. Alors que penser de cette grille de lecture pour le moins originale ? Si elle ne peut que susciter l'intérêt tant elle met opportunément l'accent sur certains phénomènes, elle semble

toutefois reposer sur une hypothèse imparfaite ou, en tout cas, aujourd'hui dépassée.

2.2. Une hypothèse partiellement dépassée

22 Aussi intéressantes que soient les réponses proposées par le philosophe aux interrogations qui surgissent autour de l'existence du système carcéral, Foucault semble s'en tenir au stade de l'hypothèse. Bien sûr, l'auteur s'appuie sur de nombreuses sources bibliographiques [26] et construit son hypothèse à partir de véritables démonstrations préalables. C'est en particulier le cas lorsqu'il met en lumière la récurrence de la critique de l'emprisonnement. Ici, le philosophe construit une démonstration limpide et particulièrement étayée, de sorte que le lecteur ne peut qu'être convaincu par l'exposé. Mais, s'agissant de la proposition centrale de *Surveiller et punir* – la mise en œuvre, à travers la pénalité de détention, d'une technologie particulière de pouvoir –, la démonstration construite semble présenter une importante faille logique. De son aveu même, Foucault ne formule qu'une hypothèse lorsqu'il opère une inversion des rôles de la prison, puisqu'il énonce qu'« au constat que la prison échoue à réduire les crimes il faut *peut-être* substituer *l'hypothèse* que la prison a fort bien réussi à produire la délinquance » (1975, p. 323). Il propose donc une clé de compréhension du système carcéral afin de résoudre son paradoxe intrinsèque. Il est vrai que celle-ci peut sembler cohérente de prime abord : on sait depuis longtemps que la prison est incapable de prévenir la récidive et, au contraire, qu'elle produit de la délinquance ; or, cette délinquance semble utile à l'exercice du pouvoir par différents aspects ; peut-être cela explique-t-il que l'on perpétue ainsi un tel système carcéral et que l'on renonce à en envisager un autre malgré sa dénonciation constante [27]. Mais le philosophe ne démontre pas réellement le dernier temps de son raisonnement [28]. L'hypothèse proposée peut-elle alors prétendre expliquer, encore aujourd'hui, le maintien du système carcéral ?

23 Il faut bien reconnaître que certains éléments avancés par le philosophe trouvent actuellement un écho singulier. Il en est ainsi de ses réflexions relatives à la généralisation des procédés disciplinaires à

travers le corps social et à l'inversion moderne du rapport entre le pouvoir et la visibilité que ces derniers ont induite. Certes, le philosophe paraît excessif lorsqu'il prétend faire de cette généralisation de la discipline la cause de l'émergence du système carcéral. En particulier, il faut bien reconnaître que la pénalité généralisée de détention n'est pas aussi éloignée de l'esprit des réformateurs du XVIIIe siècle que le donne à penser Foucault. Bien sûr, il existe un décalage certain entre l'idéal révolutionnaire et le système mis en place. Mais, précisément, il s'agissait là d'un idéal. Alors que le système prôné pouvait sembler utopiste et trop complexe à réaliser, le système carcéral apparaît assez simple à mettre en œuvre. Surtout, la détention pouvait apparaître comme la peine par excellence pour les révolutionnaires, dès lors que les Lumières avaient érigé la liberté en bien suprême des individus. En privant le condamné de celle-ci, l'emprisonnement apparaît aussi comme une peine profondément égalitaire [29] tout en permettant une modulation très facile de la sanction selon les infractions [30]. En outre, s'il est incontestable que l'emprisonnement ne figurait pas dans les peines mises en œuvre par le pouvoir séculier, les juridictions ecclésiastiques – soucieuses d'assurer l'amendement du condamné – y recourraient volontiers depuis au moins le XIIIe siècle (Carbasse, 2009, n° 137, p. 270) [31]. Dans un tel contexte, il est contestable de percevoir la généralisation des procédés disciplinaires à travers le corps social comme la cause déterminante de l'émergence du système carcéral. Sans doute est-il plus prudent d'expliquer la corrélation mise en avant par Foucault en considérant que l'institution pénitentiaire se serait contentée de reprendre – de manière assez naturelle – des méthodes éprouvées en tant que modes de gestion efficaces d'une masse d'individus et auxquelles la société était déjà accoutumée [32]. Pour Foucault néanmoins, les procédés disciplinaires – et, par un effet d'autolégitimation, la prison – s'inscrivent dans un exercice du pouvoir qui se fait désormais discret et rend, au contraire, toujours plus visible les individus. Or, cette inversion du rapport entretenu par le pouvoir à la visibilité est particulièrement frappante aujourd'hui. Il suffit de songer au développement des technologies de surveillance de masse : les caméras urbaines – parfois pudiquement appelées « vidéoprotection » –, les écoutes téléphoniques ou encore l'accès aux données de connexion Internet ou de localisation sont autant de procédés permettant un contrôle des individus à leur insu [33]. Il ne

s'agit pas de prétendre que chaque citoyen serait en permanence scruté par les pouvoirs publics. Au contraire, l'encadrement législatif et judiciaire se renforce en la matière. Mais les affaires Wikileaks et, plus récemment, Pégasus ont révélé que des abus pouvaient être commis. Or, le « panoptisme » ne repose pas sur une surveillance effective constante mais sur le sentiment d'être visible et donc potentiellement vu :

> « Toute la puissance du pouvoir, à différentes échelles, vient du fait qu'il regarde mais que ceux qui sont observés ne le savent pas [...], les gens sont regardés, ils pensent qu'ils sont observés, ils craignent d'être scrutés, ils incorporent l'idée du regard, et ils n'osent commettre la moindre incartade. » (Perrot, 2023, p. 38) [34]

24 En outre, les techniques disciplinaires ne cessent de progresser au sein de la société, ne serait-ce qu'à travers la multiplication des obligations et codes déontologiques [35]. Le développement de cette infra-pénalité destinée à normaliser les comportements interroge plus que jamais.

25 S'agissant, en revanche, de la proposition centrale selon laquelle la prison servirait à produire la délinquance, plusieurs observations peuvent mettre en doute sa pertinence actuelle. Plus précisément, si l'explication avancée par le philosophe pouvait peut-être expliquer autrefois le maintien de la pénalité de détention malgré sa critique, trois facteurs au moins semblent quelque peu la disqualifier aujourd'hui. Le premier réside dans la mutation de la délinquance. L'inversion du rôle de la prison avancée par Foucault repose sur la possibilité d'une structuration de la délinquance en un milieu resserré, circonscrit à une petite partie du corps social et facilement perméable aux réseaux policiers d'informateurs. Mais ce schéma correspond-il encore à la réalité de la criminalité aujourd'hui ? On peut en douter. La délinquance semble aujourd'hui plus diffuse et plus difficilement contrôlable par la police qu'au XIXe siècle. En 1975, déjà, le célèbre criminologue Jean Pinatel relevait ainsi qu'« aujourd'hui, les choses ont changé, le milieu criminel s'est dilué, la délinquance s'est banalisée, la prison s'est prolongée par la semi-liberté et l'assistance post-pénitentiaire » (1975, p. 760) [36]. Surtout, est apparue une criminalité mondialisée et organisée à l'échelle internationale. Sur ce point, Foucault lui-même relève d'ailleurs que cette

mondialisation des réseaux criminels fait partie des processus qui ont d'ores et déjà commencé à remettre en cause la pertinence du système carcéral :

> « Avec la constitution à une échelle nationale ou internationale de grands illégalismes branchés sur les appareils politiques et économiques, note-t-il, il est évident que la main-d'œuvre un peu rustique et voyante de la délinquance se révèle inefficace. » (Foucault, 1975, p. 357)

26 Le deuxième facteur est le problème croissant du phénomène de radicalisation en prison. En admettant que la prison ait eu pour finalité l'organisation de la délinquance, le monstre pourrait être en train d'échapper à son créateur. Depuis les attentats de 2014, en effet, ce phénomène par lequel les délinquants se tournent progressivement vers des formes beaucoup plus graves de criminalité au cours de leur incarcération est largement mis en avant [37]. C'est ainsi que, dans son rapport du 26 juin 2019, la mission d'information sur les services publics face à la radicalisation ne manquait pas de rappeler que l'attentat de Strasbourg du 11 décembre 2018 avait été perpétré par un ancien détenu qui s'était radicalisé en prison et dénombrait entre 1 100 et 2 000 détenus pour des infractions de droit commun et signalés pour radicalisation [38]. Enfin, s'il est possible que le système carcéral ait permis, à l'origine, de stigmatiser la délinquance – réputée propre aux classes populaires – et de maintenir dans l'ombre les illégalismes « de droits » des classes dominantes, une telle dichotomie tend aujourd'hui à s'estomper. La réprobation sociale qui entoure la criminalité économique et financière s'est considérablement accrue, tandis que les moyens de lutte mis en œuvre par les pouvoirs publics en la matière se sont sensiblement renforcés. Il suffit de songer à l'instauration du Parquet national financier par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance et financière.

27 On le voit, l'hypothèse proposée par Foucault ne suffit probablement pas – ou plus – à expliquer la permanence de la prison et de sa critique concomitante. Il faut ajouter à cela que la dénonciation récurrente de la prison est, en réalité, symptomatique des hésitations qui ne cessent d'entourer la conception moderne du rôle de la répression pénale. Sur un plan philosophique, de nombreuses

approches de la responsabilité pénale se sont affrontées depuis le siècle des Lumières, allant de l'école de la Justice absolue – incarnée par Kant notamment – à celle de la Défense sociale – promue en France par le magistrat Marc Ancel –, en passant par le positivisme venu d'Italie. L'une prétendait fonder la répression sur le seul caractère immoral du crime et rejetait toute considération utilitariste de la peine. L'autre entendait réadapter l'auteur des faits à la société sans chercher à le blâmer. La troisième niait l'idée même d'une responsabilité subjective afin de préconiser une évaluation de la dangerosité de l'individu. Certes, l'article 130-1 du Code pénal énonce désormais les finalités et les fonctions qu'il entend attribuer à la peine. Mais, en affirmant qu'« afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1) De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2) De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion », il est rédigé en des termes suffisamment larges et consensuels pour éviter de prendre réellement parti. Aussi la politique menée par le législateur et les pouvoirs publics oscille-t-elle au gré des changements de majorité, mettant l'accent tantôt sur l'une, tantôt sur l'autre de ces deux fonctions. La prison se retrouve ainsi tiraillée entre deux objectifs souvent incompatibles, et les magistrats, destinataires d'injonctions contradictoires[39]. Entre le châtiment et la réinsertion du condamné, elle doit rechercher un équilibre particulièrement complexe à atteindre. Dans un tel contexte, il n'est plus surprenant que la pénalité de détention ait, dès l'origine, nourri de vives critiques venant de sens contraires. Un auteur relève ainsi que :

> « Il ne faut pas craindre de marquer une distance avec l'approche exclusivement carcérale des prisons de *Surveiller et punir* – cet édifice unique qui masque par son ampleur le déficit de notre réflexion sur la peine. La croissance aveugle des établissements pénitentiaires depuis vingt ans, loin de donner raison à Foucault, devrait au contraire nous inciter à mesurer notre incapacité à penser ultérieurement *le sens de la peine*. » (Salas, 1996, p. 299)[40]

28 Finalement, en révélant plusieurs paradoxes qui entourent l'existence du système carcéral, *Surveiller et punir* remet utilement en cause certaines vues de l'esprit trop vite perçues comme des évidences et

invite à une prise de distance nécessaire sur la prison. L'émergence de ce système ne saurait ainsi s'expliquer uniquement par un inéluctable mouvement d'humanisation de la répression, de même qu'il n'est guère plus « en crise » aujourd'hui qu'hier puisqu'il fait l'objet depuis ses origines de critiques constantes et parfois contradictoires. Sans doute faut-il alors cesser de voir dans la prison le remède à ses propres maux ; dans la construction de nouvelles places de détention, le remède au problème de la surpopulation carcérale. Foucault propose en outre une analyse originale de la reconduction incessante du système carcéral malgré la dénonciation constante de son échec. On admettra volontiers que la prison comme la délinquance peuvent être le lieu d'exercice d'une technologie de pouvoir [41] et le fruit d'une instrumentalisation au service d'un discours politique. La démonstration élaborée par le philosophe se heurte néanmoins à de nombreuses limites. Sur un plan historique, en particulier, la présentation de l'émergence du système carcéral semble éluder certains facteurs et repose parfois sur des approximations. La pénalité de détention n'était ainsi ni dans une contradiction avec l'esprit des Lumières aussi radicale que le prétend Foucault – car la liberté individuelle est alors érigée en bien suprême – ni totalement nouvelle – puisqu'elle était connue depuis plusieurs siècles des juridictions ecclésiastiques. Surtout, on peut regretter que Foucault ne s'attarde nullement sur les hésitations fondamentales qui ne cessent d'entourer la conception moderne du sens de la peine. Constamment tiraillé entre la recherche d'une rétribution du coupable et une volonté utilitariste, entre le châtiment du condamné et sa réinsertion, le législateur impose à la prison de concilier des impératifs parfois contradictoires et de rechercher entre eux un point d'équilibre qui se déplace au gré des changements politiques. Il n'en demeure pas moins que *Surveiller et punir* apparaît encore aujourd'hui comme un ouvrage majeur autour de la pénalité moderne de détention, tant la richesse des réflexions qu'il suscite est importante.

BIBLIOGRAPHY

Broder J.-P., 1976, « Surveiller et punir », *Criminologie*, vol. 9, n° 1-2, p. 196 et suiv.

Carbasse J.-M., 2009, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2e éd., Paris, PUF

Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), 2007, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme*, vol. 2, Paris, La Documentation française

Compagnon A., 1998, *Le démon de la théorie*, Paris, Seuil, p. 51 et suiv.

Constant B., 1874, « De la liberté des anciens comparée à celle des modernes », dans *Œuvres de Benjamin Constant*, annoté par C. Louandre, Paris, Charpentiers et c^{ie}, p. 258 et suiv.

Cornuau F., Julliard M., 2021, « Mesurer et comprendre les déterminismes de la récidive », *Infostat Justice*, Service statistique ministérielle de la justice, n° 183

Beaumont G. de, Tocqueville A. de, 1831, *Note sur le système pénitentiaire et sur la mission confiée par M. le ministre de l'Intérieur à MM. Gustave de Beaumont et Alexis de Tocqueville*, Paris, H. Fournier

Delas J.-P., Milly B., 2015, *Histoire des pensées sociologiques*, Paris, Armand Colin

Ewald F., 1975, « Anatomie et corps politique », *Critique*, n° 343, p. 1228 et suiv.

Foucault M., 2001a, *Dits et écrits*, tome 1 : 1954-1975, Paris, Gallimard

Foucault M., 2001b, *Dits et écrits*, tome 2 : 1976-1988, Paris, Gallimard

Foucault M., 1975, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard

Foucault M., 1966, « Entretien », *La quinzaine littéraire*, n° 5

Januel P., 2020, « La France incarcère de plus en plus », *Dalloz Actualité*

Léonard J., 1977, « L'historien et le philosophe. À propos de *Surveiller et punir*. Naissance de la prison », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 228

Lucas C., 1836, *De la réforme des prisons*, Paris, Éditions Legrand et Bergounioux, tome 1

Mavidal M.-J., Laurent M.-E. (dir.), 1889, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 72

Milburn P., 2007, « Surveiller et punir au xxie siècle. Les nouvelles technologies du contrôle social en France », *Journal des anthropologues*, n° 108, p. 159 et suiv.

Moreau-Christophe L.-M., 1840, *Polémique pénitentiaire extraite des divers écrits et des documents officiels publiés par la réforme des prisons tant en France qu'à l'étranger*, Paris, Marc Aurel Frères

Moreau-Christophe L.-M., 1839, *De la mortalité et de la folie dans le régime pénitentiaire, et spécialement dans les pénitenciers de Philadelphie, d'Auburn, de Genève et de Lausanne*, Paris, J.-B. Baillière

Perrot M., 2023, *Punir et comprendre. Entretiens avec Frédéric Chauvaud*, Paris, PUR

Pinatel J., 1975 « Chronique de criminologie et des sciences de l'homme : I. "Philosophie carcérale, technologie politique et criminologie clinique" », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, p. 753 et suiv.

Revel J., 2010, « Foucault et les historiens », propos recueillis par R. Bellour, *Le magazine littéraire*, n° 101, 1975, dans P. Artières *et al.*, Surveiller et

punir *de Michel Foucault. Regards critiques 1975-1979*, Caen, Presses universitaires de Caen, p. 83 et suiv.

Roustang F., 1976, « La visibilité est un piège », *Les temps modernes*, n° 356, p. 1567 et suiv.

Salas D., 1996, « Repenser la prison après *Surveiller et punir* », *Sociétés et représentations*, n° 3, p. 297 et suiv.

NOTES

1 Voir l'étude d'impact du 7 octobre 2013 accompagnant le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, NOR : JUSX1322682L/Bleue-1.

2 Article 132-19 du Code pénal (modifié en dernier lieu par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice ; la disposition trouve ses origines dans la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire et était initialement prévue à l'article 132-24 du Code pénal).

3 Voir l'audition de Mme Nicole Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la Justice, lors de la réunion du mardi 6 novembre 2018 à 8h30, retranscrite au sein du rapport fait par les députés Mme Laetitia Avia et M. Didier Paris au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur les projets de loi ordinaire et organique, adoptés par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice et relatif au renforcement de l'organisation des juridictions, tome 2.

4 Ainsi, en 2016 et en 2017, 1 232 et 1 750 peines de contrainte pénale furent respectivement prononcées, loin des chiffres de 8 000 à 20 000 espérés (voir le rapport précité, tome 1).

5 Loi du 23 mars 2019, précit. Plus précisément, la peine de contrainte pénale fut fusionnée avec le sursis avec mise à l'épreuve et le sursis avec obligation de réaliser un travail d'intérêt général en une unique modalité d'exécution de la peine, le sursis probatoire.

6 Voir, par ex., l'article 13 du titre 25 de l'ordonnance criminelle de 1670 qui énonce qu'« après la peine de mort naturelle, la plus rigoureuse est celle de la question avec la réserve des preuves en leur entier, des galères perpétuelles, du bannissement perpétuel, de la question sans réserve des preuves, des galères à temps, du fouet, de l'amende honorable et du bannissement à

temps » : on y chercherait en vain une mention de l'emprisonnement en tant que peine.

7 Sous le droit romain, un fragment du *Digeste* énonce ainsi que « la prison doit être considérée comme un moyen de contenir les hommes, non de les punir » (D. 48, 19, 8, 9 : « *Carcer ad continndos homines, non ad puniendos haberi debet* »).

8 Ainsi que l'illustre la politique du « grand enfermement » décidée par Louis XIV en 1656. Sur la question de la privation de liberté pratiquée sous l'ancien droit, voir not.Carbasse, 2009, n° 137 et suiv., p. 269 et suiv.

9 Dans le même sens, voir not. Revel, 1975, p. 10-13.

10 Pour une présentation du structuralisme et, en particulier, sur la place que ce mouvement réserve à l'auteur dans l'interprétation littéraire, voir not. Compagnon, 1988, p. 51 et suiv.

11 Foucault écrira ainsi que « le point de rupture s'est situé le jour où Lévi-Strauss pour les sociétés et Lacan pour l'inconscient ont montré que le sens n'était probablement qu'une sorte d'effet de surface, un miroitement, une écume, et que ce qui nous traversait profondément, ce qui était avant nous, ce qui nous soutenait dans le temps et dans l'espace, c'était le système » (1996, p. 14).

12 Pour une explication détaillée, voir not. Delas, Milly, 2015, p. 323 et suiv.

13 On est effectivement loin d'une considération humaniste ici.

14 C'est d'ailleurs à ce titre, relève Foucault, qu'« il relèvera un jour d'une objectivation scientifique » (1975, p. 120).

15 Foucault relève d'ailleurs que Le Peletier n'avait pas hésité à proposer devant la Constituante que le peuple puisse visiter les condamnés une fois par mois (p. 131).

16 Foucault construit ici sa démonstration en citant de nombreuses sources. Il évoque, notamment, les travaux de Beaumont et Tocqueville (1831), ceux de Lucas (1836) ou encore de Moreau-Christophe (1839 et 1840).

17 Si le travail en prison a probablement toujours été entouré d'une certaine ambiguïté, sa perception a évolué. Longtemps il a été obligatoire et était perçu comme participant de la dimension afflictive de la peine, en plus de permettre l'amendement du condamné en lui apprenant la « culture » du travail honnête. En 1987 (avec notamment l'adoption de l'article 66 des règles pénitentiaires décidées par le Conseil des ministres de cette même année), il cesse d'être obligatoire et se transforme donc en un droit pour le

condamné. Ce faisant, le travail cesse de participer de cette dimension afflictive de la peine et se trouve désormais exclusivement associé à une démarche de réinsertion du condamné. Du fait de la surpopulation carcérale et de l'insuffisance des offres d'emploi proposées aux détenus, ce droit prend de plus en plus les traits, en pratique, d'une récompense pour le condamné, qui lui permet de gagner un peu d'argent afin d'améliorer son quotidien et de justifier d'efforts de réinsertion lors d'une éventuelle demande d'aménagement de peine.

18 Soit près d'un condamné sur six.

19 Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

20 Loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté.

21 Loi n° 2910-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

22 Article 132-19 du Code pénal

23 Au 31 décembre 2021, par exemple, 81 989 personnes étaient placées sous écrous alors que 169 683 personnes étaient suivies par l'administration pénitentiaire en milieu ouvert (voir les statistiques trimestrielles de milieu ouvert au 31 décembre 2021 ainsi que celles de milieu fermé à la même date publiées sur le site Internet du ministère de la Justice par la Sous-direction des statistiques et des études du Secrétariat général).

24 Le nombre de personnes détenues en France est passé de 36 913 au 1er janvier 1980 à 72 173 au 1er janvier 2023 (voir « Les séries statistiques des personnes placées sous-main de justice 1980-2020 », publiées en ligne par le Bureau de la donnée de l'administration pénitentiaire, tableau n° 1, ainsi que les statistiques de la population détenue et écrouée pour les années 2022 et 2023, publiées en ligne par le ministère de la Justice. Pour une analyse détaillée de la période 1980-2020, voir not. Januel, 2020). Bien sûr, la population française s'est, elle aussi, accrue dans le même temps ; mais beaucoup moins rapidement. On comptait 67,7 personnes détenues pour 100 000 habitants en 1980. Ce taux est passé à 105,5 quarante ans plus tard.

25 Il existe aujourd'hui six fichiers entre les mains de la police : le TAJ (Traitement des antécédents judiciaires), le FNAEG (Fichier national automatisé des empreintes génétiques), le FIJAIS (Fichier des auteurs d'infractions

sexuelles ou violentes), le FPR (Fichier des personnes recherchées), le FAED (Fichier automatisé des empreintes digitales) et le FIJAIT (Fichier des auteurs d'infractions terroristes). Mais il faut encore ajouter les fichiers des services de renseignement, leur fiche S était d'ailleurs régulièrement mise en avant dans le discours politique et les polémiques autour de certains faits divers.

26 Sur l'analyse des références bibliographiques convoquées par le philosophe, voir Ewald, 1975.

27 D'emblée, cependant, on peut douter que la production de la délinquance soit la mission de la prison, ainsi que le propose Foucault. Comme le souligne, en effet, un auteur : « Que la délinquance, effet de la prison, soit utilisée stratégiquement par le pouvoir n'empêche pas que la détention demeure un échec de la surveillance jumelée à la punition. Le pouvoir, certes, récupère tout après coup, mais pourquoi produirait-il un ailleurs de son système [fondé sur la visibilité permanente] ? » (Roustang, 1976).

28 Dans le même sens, voir not. Brodeur, qui relève que cette thèse de Foucault « donne plutôt lieu à des illustrations qu'à une démonstration en règle » (1976, p. 205). Il faut bien reconnaître qu'une démonstration complète serait hautement complexe, dès lors que l'explication proposée est d'ordre systémique, mettant en œuvre des rapports sociaux et une mécanique de pouvoir dépassant le cadre d'une conscience individuelle. Pour le dire autrement, Foucault ne prétend bien évidemment pas que ce rôle de production joué par la prison aurait été secrètement réfléchi par les organes du pouvoir. En se montrant utile à l'exercice du pouvoir, la prison assurerait sa pérennité sans nécessairement que les personnes incarnant ce pouvoir en aient pleinement conscience.

29 Alors que l'amende, par exemple, produit des effets sensiblement différents selon la fortune du condamné.

30 Modulation par la durée de la privation de liberté.

31 Or Foucault ne dit rien quant à ce précédent historique.

32 Dans le même sens, voir Pinatel, 1975, p. 757.

33 Mais cette visibilité n'est pas toujours imposée à l'individu. Avec l'essor des réseaux sociaux, elle est aussi partiellement volontaire. La modernité avait vu le triomphe de la revendication de l'autonomie de l'individu dans sa sphère privée (Constant, 1874, spéc. p. 269). La post-modernité se caractériserait, en retour, par une rupture de la frontière entre vie privée et vie publique.

34 Plus précisément, le sociologue Philip Milburn estime qu'un cadrillage réticulaire serait en train de remplacer – ou de s'ajouter – à l'ancien cadrillage disciplinaire. La surveillance ne serait plus uniquement d'ordre pyramidal. Faisant intervenir une multiplicité d'informations, d'objets du quotidien (carte bancaire, carte de transport…) et d'acteurs (policiers, vigiles privés, citoyens volontaires), la surveillance s'exercerait désormais en réseau et de manière horizontale : chaque personne, publique ou privée, serait à la fois surveillant et surveillée (Milburn, 2007, p. 162 et suiv.).

35 N'a-t-il pas été proposé récemment un code de déontologie propre aux politiques ?

36 L'auteur poursuit : « Dans la métropole moderne, le "panoptisme" est anachronique, l'action policière plus complexe. La prison ne remplit pas, de nos jours, le rôle qui a pu être le sien au XIXe siècle. »

37 En février 2017, le premier quartier d'évaluation de la radicalisation (QER) a ainsi été ouvert à la prison d'Osny, afin de remplacer les anciennes unités de prévention de la radicalisation à la suite de l'agression de deux surveillants pénitentiaires en septembre 2016. Il en existe aujourd'hui sept en France.

38 Voir le rapport de la mission d'information sur les services publics face à la radicalisation pilotée par les députés Éric Diard et Éric Poulliat, déposé le 27 juin 2019. Le rapport relève l'existence d'une importante zone d'ombre en la matière.

39 En 2007, déjà, la Commission nationale consultative des droits de l'homme relevait que « les variations de textes et de discours ne permettent pas de dégager une politique pénale stable et lisible, en premier lieu pour les magistrats, auxquels il est fait grief, un jour, d'utiliser la détention de façon abusive et, le lendemain, d'incarcérer trop peu. Or, le développement d'une politique pénale efficace et compréhensible nécessite au plus haut point cohérence et pédagogie » (CNCDH, p. 9).

40 L'auteur conclut son propos par cette belle interrogation : « Ne devons-nous pas à notre tour faire le pari que la prison ne se résume ni à l'élimination de coupables, ni à la gestion de la délinquance ? Qu'elle contient des individus qui gardent un lien vivant avec la cité des hommes. Qu'il y a nécessité pour la justice de punir quand il y a faute mais aussi de redonner sens à cette mission car ces hommes qu'elle juge auront pour elle un visage, une identité, une histoire. Que la peine ne leur ferme pas définitivement le pacte social auquel ils appartiennent. »

41 Par exemple, le phénomène de concentration de la délinquance dans certains quartiers est intéressant. En pratique, il peut y avoir la tentation de ne pas chercher à lutter contre ce phénomène dans le but de circonscrire géographiquement la délinquance et d'éviter une dispersion de celle-ci à l'ensemble d'une commune ou d'un territoire.

ABSTRACT

Français
Apparue au lendemain de la Révolution de 1789, la pénalité de détention s'est rapidement imposée comme la clé de voûte des systèmes répressifs occidentaux. Fulgurant, le succès de la prison n'en a pas moins été en demi-teinte. Depuis l'origine, son échec fondamental est dénoncé : elle n'empêche pas le crime ni ne punit opportunément le criminel. Comment expliquer alors sa généralisation et sa reconduction ininterrompue depuis deux siècles ? Tel est précisément l'objet du célèbre ouvrage de Michel Foucault, *Surveiller et punir*, paru en 1975. Le philosophe y met ainsi en lumière les profonds paradoxes qui semblent entourer la naissance de la prison, afin de tenter de les résoudre. Loin d'être le fruit d'une humanisation progressive de la répression, le système carcéral procéderait, en réalité, de la mise en œuvre d'une véritable technologie de pouvoir, reposant sur la discipline et ayant pour finalité une gestion efficace des illégalismes. Élaborée il y a près de cinquante ans, la proposition est séduisante et continue d'interroger alors que le nombre de détenus ne cesse de croître en France. Sa pertinence actuelle peut cependant nous laisser dubitatif. Peut-elle encore expliquer la permanence de l'emprisonnement ? Ne néglige-t-elle pas, en outre, l'obscurité qui entoure la conception moderne de la peine et les contradictions fondamentales qui ne cessent de s'affronter sur ses finalités et ses fonctions ?

INDEX

Keywords
Michel Foucault, prison, système carcéral, peine, paradoxe

AUTHOR

Benoît Auroy
Maître de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ;
benoit.auroy@univ-rennes.fr

Les spécificités des parasports mésestimées par le droit français

Mai-Anh Ngo, Nathalie Pantaleon, Rémi Richard, Hélène Joncheray and Yann Beldame

OUTLINE

1. L'accessibilité des équipements sportifs et des pratiques : un chantier à parfaire
   1.1. La mise en œuvre délicate du principe d'accessibilité des équipements et des pratiques
   1.2. Des outils capables de soutenir la mise en accessibilité
2. La prise en compte limitée de la compensation en matière sportive
   2.1. La compensation humaine insuffisante dans le domaine sportif
   2.2. Une compensation technique réduite

TEXT

1 Le droit est omniprésent en matière sportive, d'abord par l'exécution des règles du jeu et le recours au juge (Collomb, 1995), mais aussi par l'organisation du monde sportif lui-même, très pyramidal et encadré (Miege, 2009), avec de forts enjeux économiques et sociétaux. Cependant, il existe un secteur sportif dans lequel la régulation juridique présente un certain retard. Il s'agit du domaine des parasports, défini par le Comité paralympique et sportif français (CPSF) comme la pratique d'activités sportives par des personnes en situation de handicap. Cela s'explique, en partie, par le caractère relativement récent des dimensions compétitives des parasports. Le haut niveau engendre plus de réglementations, au regard de l'accroissement des intérêts.

2 Cet article se focalisera essentiellement sur le droit français[1]. Une étude de la Commission européenne s'intéressant à la pratique du sport pour les personnes en situation de handicap souligne la complexité d'accès aux informations dans ce domaine à cause de la très grande hétérogénéité des politiques des pays de l'Union (Ecorys, 2018). De plus, pour une analyse juridique précise, il est nécessaire de pouvoir comprendre et maîtriser les architectures des différentes

branches du droit dans le secteur du sport, du handicap et de la santé.

3 Du point de vue juridique, un parasportif est titulaire de deux droits différents issus, d'une part, du droit du handicap et, d'autre part, du droit du sport. Le droit du handicap est abordé dans différents codes, mais se trouve pour l'essentiel dans le Code de l'action sociale et des familles. Le droit du sport est codifié à travers le code du même nom. Or, cette structuration en au moins deux codes distincts ne facilite pas la prise en compte des problématiques juridiques spécifiques au parasport et engendre des difficultés dans la pratique sportive quotidienne des parasportifs. Ainsi, par exemple, les para-athlètes ayant une déficience visuelle et les guides qui les assistent doivent pouvoir accéder simultanément aux équipements sportifs mais aussi avoir du temps libéré pour l'entraînement. Or, le Code du sport n'identifie pas cette nécessité de la présence d'un guide en athlétisme pour les para-athlètes ayant une déficience visuelle.

4 Le droit, par la loi du 15 février 2005[2], instaure deux leviers principaux pour permettre l'égalité des chances pour les personnes en situation de handicap : l'accessibilité et la compensation. En transposant cette logique au domaine sportif, il est possible de constater que les parasportifs se heurtent à des difficultés d'accessibilité et de compensation dans leur pratique sportive. Ces écueils sont particulièrement accrus pour les sportifs présentant une déficience physique ou sensorielle, c'est la raison pour laquelle l'étude se concentrera essentiellement sur ces publics pour lesquels l'accessibilité sportive reste limitée (1) et les possibilités de compensation demeurent restreintes (2).

1. L'accessibilité des équipements sportifs et des pratiques : un chantier à parfaire

5 La problématique de l'accessibilité à la pratique sportive est une question centrale. En effet, « l'accessibilité sert de clé pour déverrouiller les multiples constructions sociales qui conduisent à l'exclusion des personnes handicapées et au déni de leurs droits respectifs »

(Schulze, 2010). Sans accessibilité, l'égal accès à la pratique n'est pas assuré.

6 Le droit international[3] et le droit national[4] garantissent l'accessibilité. Cependant, en dépit de cette reconnaissance unanime, la mise en œuvre du principe d'accessibilité reste délicate (1.1). Il convient d'identifier des moyens pour soutenir la mise en accessibilité (1.2).

1.1. La mise en œuvre délicate du principe d'accessibilité des équipements et des pratiques

7 Une étude de 2011 réalisée par le ministère des Sports établissait que seuls 6 % des équipements sportifs étaient réellement accessibles en totalité et pour tous les types de handicap[5]. En 2022, même si la situation a évolué positivement, les difficultés perdurent comme le soulignent l'interview de Marie-Amélie Le Fur, présidente du CPSF, dans une tribune publiée dans le quotidien sportif *L'Équipe*[6] et les résultats de l'enquête menée par l'Observatoire de recherche sur les méga-événements : « Le manque d'équipements et leur faible accessibilité (transport, parking, chemin d'accès à l'équipement, l'accompagnement, etc.) demeurent des freins notables à la pratique d'un sport par les personnes en situation de handicap[7] ».

8 Face à cette difficulté de mise en œuvre de l'accessibilité, le droit français a élaboré, en 2014, les agendas d'accessibilité programmée[8]. Ces derniers doivent permettre la mise en œuvre du principe d'accessibilité avec réalisme en tenant compte des contraintes financières et/ou techniques. Ainsi, les agendas d'accessibilité programmée suspendent les sanctions de l'article L. 152-4 du Code de la construction et de l'habitation par le biais d'un contrat conclu entre le maître de l'ouvrage et les pouvoirs publics pour effectuer dans un certain délai la mise en accessibilité des bâtiments. Le délai maximum octroyé par un agenda d'accessibilité programmé est de neuf années. Par conséquent, il sera possible d'avoir une vision réelle de l'accessibilité en France à partir de cette année 2023.

9 Si les développements précédents montrent que l'accessibilité du cadre bâti doit être améliorée, il convient de souligner que certaines exceptions prévues par le droit constituent de réels freins à la

pratique des personnes en situation de handicap. Par exemple, la circulaire interministérielle n° 2007-53 DGUHC du 30 novembre 2007 relative à l'accessibilité des établissements recevant du public, des installations ouvertes au public et des bâtiments d'habitation précise que « les pistes de bicycle motocross ou de vélocross, skateparks, ne sauraient en revanche être considérées comme des installations ouvertes au public soumises à l'obligation d'accessibilité ».

10 Il convient également de souligner que certains aspects relatifs à la pratique sont entièrement négligés par la réglementation. Ainsi, l'encadrement technique relatif aux surfaces de jeu ne prend pas en considération les spécificités de la pratique des parasports en termes de résistance au roulement (Chua, Fuss, Subic, 2010). Cette omission est d'autant plus surprenante que les normes techniques existantes encadrent des exigences importantes, telles que l'absorption des chocs, pour les sportifs, valides. À titre d'exemple la norme NF P90-143, NF EN 14904 concernant les salles multisports intérieures n'évoque à aucun moment la propulsion en fauteuil roulant, alors que la qualité du revêtement est aussi fondamentale dans ce domaine. De même, le fait que les règlements techniques relèvent de la compétence des fédérations [9] peut multiplier les marquages dans les salles multisports. Or, l'augmentation du nombre de lignes sur un terrain peut nuire à l'accessibilité de ce dernier pour des sportifs présentant une déficience intellectuelle.

11 Les analyses précédentes montrent que l'accessibilité des équipements et des pratiques, en France, reste insuffisante pour permettre un égal accès à la pratique de tous les individus. Il est donc indispensable d'identifier des outils juridiques pour y remédier.

1.2. Des outils capables de soutenir la mise en accessibilité

12 La stricte application de la loi de 2005 pour les établissements neufs recevant du public doit permettre d'améliorer sensiblement l'accessibilité. Il reste toutefois à gérer les travaux de mise en accessibilité des bâtiments plus anciens, lorsque cette dernière est possible. Le Comité des droits des personnes handicapées, conscient de la difficulté, fait d'ailleurs la distinction en indiquant une obligation d'accessibilité pour les bâtiments neufs et une volonté d'encourager l'acces-

sibilité pour les bâtiments qui existent déjà (Comité des droits des personnes handicapées, 2014).

13 Pour permettre un meilleur accès des personnes en situation de handicap aux pratiques et aux équipements, une vision pragmatique peut être adoptée en favorisant les aménagements raisonnables et l'information autour des structures déjà accessibles.

14 Tout d'abord, il est possible de s'appuyer sur le concept juridique d'aménagement raisonnable[10]. Essentiellement utilisé en droit du travail (Dirringer, 2017 ; Défenseur des droits, 2018 ; Fillion, Guével, Roussel, 2016), il peut parfaitement être transposé à la question du sport. L'aménagement raisonnable présente l'avantage de répondre à un besoin individuel d'accessibilité. Il doit permettre à un individu dans une situation particulière d'exercer son droit (Comité des droits des personnes handicapées, 2014). Concrètement, il est envisageable d'assurer l'accès à un équipement sportif pour un individu ayant une pathologie précise, sans pour autant garantir l'accès à tous. Ainsi, par exemple, une piscine peut être considérée comme accessible à une personne en fauteuil roulant capable de se mettre à l'eau seule, alors qu'elle ne répond pas à la conception universelle en l'absence de dispositif de mise à l'eau.

15 L'utilisation de ce concept juridique de l'aménagement raisonnable assure ainsi une conciliation entre l'accès à un équipement et les contraintes techniques associées. Cela apparaît particulièrement pertinent pour les installations déjà existantes. L'aménagement raisonnable offre alors la possibilité d'une réponse individuelle, lorsque la conception universelle est trop délicate à mettre en œuvre[11].

16 En plus de l'aménagement raisonnable, les registres d'accessibilité assurent une information précise des conditions d'accessibilité des établissements recevant du public[12] et à ce titre facilitent l'accès aux équipements. Une personne en situation de handicap peut ainsi choisir, de façon éclairée, d'utiliser ou non un équipement en fonction de ses besoins d'accessibilité.

17 Partager l'information relative à l'accessibilité permet d'assurer la meilleure utilisation possible des équipements accessibles.

18 L'accès au registre d'accessibilité reste cependant difficile car ce n'est que sur place que l'usager peut le consulter. Or, pour un usager, il serait davantage pertinent de connaître le niveau d'accessibilité d'un lieu de pratique avant de s'y rendre. Dans cette perspective de préparation d'un déplacement vers un lieu de pratique, il apparaîtrait judicieux d'utiliser la labellisation pour informer sur l'offre d'accessibilité.

19 L'avantage des labellisations est qu'elles ajoutent une dimension qualitative aux informations fournies. À noter qu'il existe plusieurs formes de labellisations utilisables dans le domaine sportif. Par exemple, la norme AFNOR NF X50-783 a pour objectif d'identifier les bonnes pratiques des organismes afin de fixer un niveau d'exigence *a minima* pour être reconnu comme handi-accueillant, au travers de plusieurs recommandations allant de l'accessibilité à l'information au recrutement des personnes handicapées, en passant par l'accessibilité des locaux. De même, les fédérations sportives telles que la Fédération française handisport développent des politiques de labellisation (Fédération française handisport, 2023). Il est d'ailleurs regrettable que le Handiguide des sports [13] porté par l'État [14] n'ait pas choisi d'indiquer les structures labellisées, ce qui aurait pourtant permis d'ajouter une dimension qualitative à l'information.

20 Les pistes développées précédemment permettraient, dans une période transitoire, c'est-à-dire avant une mise en accessibilité complète, d'orienter de façon plus appropriée les personnes en situation de handicap vers les équipements et les pratiques sportives accessibles.

21 Cependant, se contenter d'aborder la question de l'accessibilité reste insuffisant pour prendre en compte de façon plus exhaustive les spécificités juridiques du parasport. Il est en effet tout aussi important de prendre en considération la problématique de la compensation, à l'image de ce que prévoit la loi de 2005. Or, si le principe de compensation est consacré par le droit, son usage reste trop limité dans le secteur sportif.

2. La prise en compte limitée de la compensation en matière sportive

22 Le droit à la compensation est fondé sur l'article L. 114-1-1 du Code de l'action sociale et des familles. Il vise à permettre à chaque personne de faire face aux conséquences de son handicap dans sa vie quotidienne en prenant en compte ses besoins, ses attentes et ses choix de vie.

23 La compensation peut être de différentes natures, mais elle a pour objectif de prendre en charge les surcoûts liés au handicap par des aides humaines, techniques ou animalières. Dans le domaine sportif, deux types de compensation présentent une importance particulière : les compensations techniques qui prennent la forme d'acquisition de matériel sportif et les compensations humaines qui se traduisent par de l'aide humaine nécessaire pour réaliser la pratique sportive. Même si ces deux aspects sont réglementés par le droit, leur usage reste trop limité pour pouvoir permettre à tous un égal accès à la pratique sportive. Il est donc à présent nécessaire d'aborder les raisons pour lesquelles la compensation humaine (2.1) et la compensation technique (2.2) sont insuffisantes.

2.1. La compensation humaine insuffisante dans le domaine sportif

24 Dans certaines disciplines, des parasportifs ont besoin d'une tierce personne à la fois pour aider à la réalisation du geste sportif, mais aussi pour les assister dans les gestes de la vie quotidienne. Par exemple, un guide en athlétisme court en binôme avec un parasportif déficient visuel, mais peut aussi l'accompagner dans ses déplacements quotidiens pour aller au stade lors d'un entraînement et/ou d'une compétition, ou encore pour mettre son dossard dans la chambre d'appel. Les rôles de ces tierces personnes sont très divers en fonction des besoins du sportif, mais aussi en fonction de la discipline.

25 Même si ce sont souvent les mêmes personnes qui réalisent ces différentes activités, il est indispensable de distinguer les différentes fonctions qu'elles accomplissent car elles ne bénéficient pas du même traitement d'un point de vue juridique. Nous utiliserons la terminologie suivante : « aidant » lorsqu'il s'agit de réaliser des gestes de la vie quotidienne et « assistant » pour l'accompagnement à la réalisation du geste sportif.

26 Pour ce qui concerne la compensation dans la vie quotidienne des personnes en situation de handicap, elle est prise en charge en droit français par la Prestation de compensation du handicap. Le cadre juridique de la Prestation de compensation du handicap est fixé par les articles L. 245-1 à L. 245-14 du Code de l'action sociale et des familles. La Prestation de compensation du handicap est une aide financière accordée lorsque le bénéficiaire rencontre une difficulté absolue ou grave en ce qui concerne la mobilité, l'entretien personnel, les exigences générales et la relation à autrui. Cette prestation est modulable et varie en fonction du handicap de l'individu et de son projet de vie. Cette compensation liée à la réalisation des actes de vie quotidienne peut être particulièrement mobilisée pour les sportifs présentant une déficience intellectuelle.

27 La difficulté en ce qui concerne la pratique sportive est liée au fait que cette dernière n'est pas spécifiquement prévue dans l'évaluation de la Prestation de compensation du handicap. La pratique sportive entre dans le cadre plus général des actes liés à la participation sociale, limitée à 30 heures par mois (CNSA, 2017), même si un déplafonnement des heures est exceptionnellement possible. Il n'en demeure pas moins que ce forfait reste faible pour une pratique régulière relativement intense et absolument insuffisant pour une pratique compétitive. De plus, la temporalité de la Prestation de compensation du handicap, fixée sur une durée de dix ans au maximum [15], est inadaptée au temps sportif. Il est en effet impossible de prévoir un calendrier de compétitions sur une telle durée puisque le principe de sélection soumet cette dernière à des résultats et donc à une forme de variabilité. Enfin, il faut souligner que les besoins de compensation sont souvent plus importants lors des compétitions sportives dans la mesure où les normes d'accessibilité ne sont pas conçues pour recevoir un nombre important de sportifs en situation de handicap. Ainsi, une personne en situation de

handicap peut ne pas avoir besoin d'une compensation concernant les actes essentiels de la vie à son domicile si celui-ci est pleinement aménagé. En revanche, elle peut avoir besoin d'une aide humaine lors de ses déplacements, notamment au regard du peu de chambres d'hôtel accessibles ou en raison des contraintes de temps liées à l'événement sportif. Ainsi, un sportif en situation de handicap peut être en mesure de s'habiller seul à l'entraînement mais peut avoir besoin d'une aide humaine lorsqu'il s'agit de se changer plus rapidement ou plus fréquemment en période de compétition.

28 S'agissant de l'assistance au geste sportif, elle n'est pas prise en compte dans le cadre de la Prestation de compensation du handicap car elle ne relève pas des besoins essentiels. Les parasportifs de haut niveau sont alors contraints de faire appel à d'autres modes de financement. Parfois, le coût de leur assistant est pris en charge dans le cadre des aides individuelles attribuées aux sportifs. Cependant, ce type de financement concerne souvent les parasportifs de haut niveau déjà médaillés mais pas les parasportifs qui débutent une carrière dans le haut niveau, ni même les parasportifs qui pratiquent leur discipline en loisir. Dès lors, il est évident que la réglementation actuelle de la compensation du handicap constitue un frein à la pratique sportive. Actuellement, la compensation humaine qui permet aux sportifs français en situation de handicap de pratiquer leur discipline repose encore beaucoup sur des sportifs valides bénévoles.

29 Pour toutes ces raisons, il nous semble qu'il serait pertinent de faire évoluer le droit français pour une meilleure prise en compte des spécificités sportives en matière de compensation. L'une des pistes pertinentes serait de nommer un référent sport dans les Maisons départementales des personnes handicapées (MDPH) car celles-ci ont notamment pour fonction d'évaluer la Prestation de compensation du handicap [16]. Actuellement, la composition de l'équipe pluridisciplinaire dans les MDPH qui évalue les besoins des personnes en situation de handicap est variable en fonction des dossiers aux termes de l'article L. 146-8 du Code de l'action sociale et des familles. Cependant, dans la majorité des MDPH, il existe déjà des référents éducation ou emploi. La transposition de ce dispositif en matière sportive apparaît pertinente. À ce titre, il est important de mettre en lumière l'initiative de la MDPH Belfort qui dispose d'un réfé-

rent sport[17]. Le rôle du référent sport sur la compensation humaine est de mutualiser les offres de sport pour lesquelles il existe déjà des bénévoles ou d'utiliser des réseaux de bénévoles fonctionnant déjà dans d'autres secteurs que le secteur sportif en les formant aux particularités du sport.

30 L'avantage de la présence d'un référent sport dans les MDPH serait aussi de permettre une meilleure prise en considération de la compensation technique en matière sportive, point qui va être développé dans les paragraphes suivants.

2.2. Une compensation technique réduite

31 La compensation technique en matière sportive concerne l'acquisition d'aides techniques devant permettre la réalisation de la pratique sportive. Il s'agit essentiellement des fauteuils roulants, orthèses et prothèses de sport.

32 La prise en charge des fauteuils roulants de sport est prévue par l'article L. 165-1 du Code de la Sécurité sociale, particulièrement par le biais de la Liste des produits et prestations remboursables (LPPR). À ce titre, un remboursement de 558,99 euros est prévu pour un fauteuil roulant manuel de sport[18]. Or, ces aides techniques sont très onéreuses. Décathlon, première enseigne française de matériel de sport d'entrée de gamme, propose des fauteuils à des prix d'environ 2 000 euros. Dans ces conditions, même si des compléments de financement peuvent être sollicités, notamment par le biais de la Prestation de compensation du handicap, il est évident que le prix des fauteuils reste un frein considérable à la pratique. L'État français, conscient de cette difficulté, a prévu dans la stratégie nationale sports et handicap des actions visant à la mutualisation du matériel.

33 L'instauration d'un référent sport au sein des MDPH pourrait résoudre une partie des difficultés liées à ces aides techniques. Par exemple, la MDPH Belfort, avec l'aide de son référent sport, a mis en place un parc de prêt de matériel. Au-delà de cet élément technique, l'étude du projet sportif par le référent sport permet d'évaluer si la pratique sportive envisagée est adaptée aux capacités de la personne en situation de handicap. Aujourd'hui, par manque de compétences

techniques, il peut arriver que du matériel soit acheté alors que la personne en situation de handicap ne sait pas encore si sa pathologie est adaptée à la pratique de la discipline. Cette dimension de conseil nécessite une expertise au regard de la diversité des pathologies et du développement des pratiques de parasports. La MDPH Belfort évalue que la présence d'un référent sport lui a permis de réaliser une économie d'environ 40 000 euros sur l'achat des aides techniques [19]. Ce delta s'explique d'une part par le choix d'un matériel adapté au handicap du sportif et d'autre part par la mutualisation du matériel entre les différents bénéficiaires de la Prestation de compensation du handicap.

34 Par ailleurs, si pour les fauteuils roulants, la problématique est le surcoût après remboursement de la Sécurité sociale, pour les orthèses et les prothèses, il y a une absence totale de remboursement. L'évolution la plus récente pour ces aides techniques concerne le passage en TVA réduite à 5,5 % de ce type de produit [20]. Il est à souligner que ce passage à taux réduit s'est réalisé seulement en 2021. L'absence de remboursement pour les orthèses et prothèses limite de fait la pratique des sportifs en situation de handicap.

35 Une certaine doctrine médicale commence à mettre en lumière cette discrimination liée au non-remboursement des appareillages orthopédiques de sport pour les personnes en situation de handicap. Ces médecins défendent le zéro reste à charge pour les personnes en situation de handicap pratiquant une activité physique. Cette position, fondée sur le principe de non-discrimination, se justifie aussi par l'importance de l'activité physique en matière de santé publique. En effet, celle-ci représente une prévention primaire et secondaire efficace permettant la hausse significative de l'espérance et de la qualité de vie (Genêt, Fourny, 2022).

36 À travers ce dernier exemple, il est possible de mesurer comment une évolution du droit peut participer très concrètement au développement des parasports et combien, à l'inverse, l'absence d'encadrement juridique des spécificités des parasports constitue un véritable frein à leur développement. Une réflexion sur l'encadrement juridique des parasports et les applications associées aurait pour avantage de garantir un changement plus systémique facilitant *de facto* l'accès aux sports pour les personnes en situation de handicap dont l'intérêt a

été souligné plusieurs reprises par l'Union européenne. La Commission européenne insiste sur cette question dans sa stratégie en faveur des personnes handicapées pour la période 2020-2030 (Commission européenne, 2021). La politique de l'Union européenne pourrait faciliter l'évolution du droit français dans le domaine sportif, comme cela a été le cas auparavant pour la définition même du handicap.

37 Cet article est l'illustration, dans le domaine sportif, de la difficile mise en œuvre des principes d'accessibilité et de compensation qui sont pourtant essentiels pour assurer l'égal accès aux droits fondamentaux des personnes en situation de handicap et plus généralement à leur bien-être (Ngo, 2020).

38 La tenue des Jeux paralympiques à Paris en 2024 offre sur ce point un possible accélérateur évident (Richard *et al.*, 2020 ; Kerroumi, Forgeron, 2021).

BIBLIOGRAPHY

Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA), 2017, *Accès à l'aide humaine : élément 1 de la Prestation de compensation du handicap*, [https://www.cnsa.fr/documentation/cnsa_guide_pch_aide_humaine_mars2017.pdf], consulté le 2 juin 2023

Chua J. J. C., Fuss F. K., Subic A, 2010, « Rolling friction of a rugby wheelchair », *Procedia Engineering*, vol. 2, n° 2, p. 3071-3076, [https://doi.org/10.1016/j.proeng.2010.04.113], consulté le 2 juin 2023

Collomb P., 1995, « Justice d'État et résolution des litiges sportifs par les institutions sportives », dans *Séminaire sur le sport et le droit. Rapport final*, Paris, Conseil de l'Europe, p. 11

Comité des droits de l'enfant, 2006, « Observation générale n° 9. Les droits des enfants handicapés », [http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vHrn2YtDgO4ZjHSiu4mMCNKoJwex0C14lTrrat2E2QgVwiCgg5%2f4E9CryHJykfeWSHuP0dVr3X7%2fO2Hf2cGPDPc], consulté le 2 juin 2023

Comité des droits des personnes handicapées, « Observation générale n° 2. Article 9 : Accessibilité », [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=16591], consulté le 2 juin 2023

Commission européenne, 2021, « Union de l'égalité : stratégie relative aux droits des personnes handicapées 2021-2030, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM:2021:101:FIN], consulté le 2 juin 2023

Défenseur des droits, 2017, *Guide. Emploi des personnes en situation de handicap et aménagements raisonnable*, [https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/guide_-_emploi_des_personnes_en_situation_de_handicap_et_amenagement_raisonnable.pdf], le 2 juin 2023

Dirringer J., 2017, « Les aménagements raisonnables à la croisée des chemins », *Les cahiers de la LCD*, vol. 3, n° 5, p. 147-161, [https://doi.org/10.3917/clcd.005.0147], consulté le 2 juin 2023

Drai L., 2020, « Travailleurs handicapés », *JurisClasseur Travail traité*, fasc. 8-10

European Commission, Directorate-General for Education, Youth, Sport and Culture (Ecorys), 2018, *Mapping on access to sport for people with disabilities. A report to the European Commission*, Publications Office, [https://data.europa.eu/doi/10.2766/061635], consulté le 2 juin 2023

Fédération française handisport, 2023, [https://www.handisport.org/labels-handisport/], consulté le 2 juin 2023

Fillion E., Guével M.-R., Roussel P., 2016, « Aménagements raisonnables et situations de handicap. Quels usages d'un nouveau cadre juridique ? », *Journée d'études organisée à l'EHESP*, 11 février 2016, La Plaine Saint-Denis

Genêt F., Fourny P., 2022, « Et si les personnes en situation de handicap bénéficiaient comme les valides accidentés d'un zéro reste à charge pour pratiquer une activité physique ? », dans Ph. Fourny (dir.), *Regards croisés sur le handicap et le sport*, Paris, Le Cherche Midi, p. 122-130

Kerroumi B., Forgeron S., 2021, « Le sport facteur d'inclusion sociale », dans B. Kerroumi, S. Forgeron (dir.), *Handicap : l'amnésie collective. La France est-elle encore le pays des droits de l'homme ?*, Paris, Dunod, p. 247-261

Miege C., 2009, *Les organisations sportives et l'Europe*, Paris, INSEP-Éditions

Ministère des sports, 2021 « Stratégie nationale sports et handicaps 2020-2024 », [https://www.sports.gouv.fr/media/2191/download], consulté le 2 juin 2023

Ministère des sports, 2011, « Politique ministérielle visant à favoriser la pratique sportive des personnes en situation de handicap »

Ngo M.-A., 2020, *Handicap, droit et bien-être*, Grenoble, UGA Éditions

Richard R. et al., S., 2020, « Construire et assurer l'héritage des Jeux olympiques et paralympiques. Pour une inclusion sportive durable des personnes vivant des situations de handicap », *Movement & Sport Sciences*, n° 107, p. 41-52, [https://doi.org/10.1051/sm/2019031], consulté le 2 juin 2023

Ruffié S., Ferez S. (dir.), 2013, *Corps, sport, handicaps. Tome 1 : L'institutionnalisation du mouvement handisport (1954-2008)*, Paris, Téraèdre

Schulze M., 2010, *Comprendre la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées*, Handicap International, [https://www.internationaldisabilityalliance.org/sites/default/files/documents/comprendrelacdph.pdf], consulté le 2 juin 2023

Sudre F., 2018, « Obligation d'aménagement raisonnable », *La*

semaine juridique. Édition générale, hors-série, p. 30

Triomphe A., 2005, « La compensation du handicap dans la loi du 11 février 2005 : du mythe à la réalité », *Revue de droit sanitaire et social*, n° 3, p. 391

NOTES

1 Cette étude est un résultat du projet ANR PARAPERF n° ANR-19-STPH-005, dirigé par le professeur Jean-François Toussaint et coordonné par Nicolas Fortsmann.

2 Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JORF* n° 36, 12 février 2005.

3 L'article 9 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées est entièrement consacré à la question de l'accessibilité. Une déclinaison particulière de la question de l'accessibilité en matière sportive est prévue par l'article 30 de la même convention.

4 L'article L. 161-1 du Code de la construction et de l'habitation dispose que : « Les dispositions architecturales, les aménagements et équipements intérieurs et extérieurs des locaux à usage d'habitation des établissements recevant du public, des installations ouvertes au public et des bâtiments à usage professionnel sont accessibles à tous au sens de l'article L. 111-1 (un bâtiment ou un aménagement qui, dans des conditions normales de fonctionnement, permet à l'ensemble des personnes susceptibles d'y accéder avec la plus grande autonomie possible, de circuler, d'accéder aux locaux, d'utiliser les équipements, de se repérer, de s'orienter, de communiquer et de bénéficier des prestations en vue desquelles il a été conçu, quelles que soient les capacités ou les limitations fonctionnelles motrices, sensorielles, cognitives, intellectuelles ou psychiques de ces personnes) dans les cas et selon les conditions déterminés par les articles L. 162-1 à L. 164-3. »

5 Handicap moteur, visuel, auditif ou intellectuel. Il ne nous a pas été possible de trouver des statistiques plus récentes.

6 *L'Équipe*, 3 décembre 2022, p. 33.

7 *Ibid.*

8 Ordonnance n° 2014-1090 du 26 septembre 2014 relative à la mise en accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées.

9 Article L. 131-16 du Code du sport.

10 Le préambule de la Convention internationale des droits des personnes handicapées (CIDPH) définit l'aménagement raisonnable comme : « Les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales. »

11 Plus que la non-discrimination, l'enjeu est ici de pouvoir permettre d'avoir un équipement sportif de proximité accessible pour un sportif en situation de handicap souhaitant pratiquer du sport.

12 Le registre public d'accessibilité contient aux termes de l'article R. 111-19-60 du Code de la construction et de l'habitation : « Les dispositions prises pour permettre à tous, notamment aux personnes handicapées, quel que soit leur handicap, de bénéficier des prestations en vue desquelles cet établissement a été conçu. 1° Une information complète sur les prestations fournies dans l'établissement ; 2° La liste des pièces administratives et techniques relatives à l'accessibilité de l'établissement aux personnes handicapées ; 3° La description des actions de formation des personnels chargés de l'accueil des personnes handicapées et leurs justificatifs. Les modalités du registre portent sur sa mise à disposition de l'ensemble du public et sur sa mise à jour régulière. »

13 Voir [https://www.handiguide.sports.gouv.fr], consulté le 2 juin 2023.

14 Mesure 6 de la Stratégie nationale sport et handicaps 2020-2024.

15 Décret n° 2021-1394 du 27 octobre 2021 relatif à la durée d'attribution de la Prestation de compensation du handicap, *JORF* n° 253, 29 octobre 2021.

16 Article 146-3, § 2 du Code de l'action sociale et des familles.

17 Entretien avec Sophie Knoepflin, directrice de la MDPH de Belfort, 24 septembre 2021.

18 Arrêté du 21 mars 2002 relatif à la nomenclature et aux tarifs du titre IV de la liste des produits et prestations remboursables prévue à l'article L. 165-1 du Code de la sécurité sociale, JORF n° 77, 31 mars 2002.

19 Entretien avec Sophie Knoepflin, *op. cit.*

20 *Bulletin officiel des finances publiques*, BOI-TVA-LIQ-30-10-50, 28 juillet 2021.

ABSTRACT

Français
Cet article a pour objectif d'analyser la réglementation du droit français en matière de handicap et en matière sportive, dans la perspective d'une application dans le domaine des parasports, défini comme la pratique d'activités sportives par des personnes en situation de handicap. L'étude se concentre en particulier sur la mise en œuvre des principes d'accessibilité et de compensation qui devaient permettre, comme le rappelle la loi du 11 février 2005, un égal accès aux équipements sportifs et aux pratiques pour les personnes en situation de handicap. Or, il s'avère que la mise en œuvre des obligations d'accessibilité, notamment aux équipements sportifs, reste problématique. Et que les droits à la compensation à travers l'obtention d'aide technique ou humaine restent limités en l'absence de considération explicite du domaine sportif. Ces difficultés constituent de véritables freins à la pratique sportive des personnes en situation de handicap. Pourtant, l'analyse du droit français démontre qu'il existe aussi des outils juridiques permettant un meilleur exercice des droits de l'accessibilité et de la compensation pour les personnes en situation de handicap. Au-delà d'une mobilisation différente du droit positif, des propositions sont faites pour améliorer la mise en œuvre des principes d'accessibilité et de compensation dans le domaine sportif, en particulier par le biais de la nomination de référents au sein des Maisons départementales des personnes handicapées.

INDEX

Keywords
sport, parasport, droit à l'accessibilité, droit à la compensation, aides techniques, aides humaines

AUTHORS

Mai-Anh Ngo
Ingénieure de recherche, Université Côte d'Azur, GREDEG (UMR CNRS 7321), docteure et HDR de droit privé ; mai-anh.ngo@gredeg.cnrs.fr

Nathalie Pantaleon
Maître de conférences, Université Côte d'Azur, LAPCOS (UPR 7278), docteure en STAPS option psychologie sociale ; nathalie.pantaleon@univ-cotedazur.fr

Rémi Richard
Maître de conférences, Université de Montpellier, SantTESiH (UR_UM211), docteur en sociologie ; remi.richard@umontpellier.fr

Hélène Joncheray
Maître de conférences, SEP (EA 7370, INSEP), associé à l'I3SP (UPR 3625, Université Paris Cité), docteure en sociologie et HDR en STAPS ; helene.joncheray@insep.fr

Yann Beldame
Chercheur contractuel, Université de Montpellier, SantTESiH (UR_UM211), docteur en anthropologie ; yann.beldame@free.fr

Modification de la mention de sexe à l'état civil : quand les juges remédient (ponctuellement) aux lacunes de la loi

Marie Mesnil

OUTLINE

Introduction
1. L'enfant trans, modification de la mention de sexe à l'état civil pour un mineur non émancipé
   1.1. Confirmation de l'interdiction législative implicite de changement du sexe pour les mineurs trans non émancipés
   1.2. Affirmation timide de la possibilité de changer de sexe à l'état civil pour les mineurs trans non émancipés
2. Le parent trans, établissement d'une filiation après modification du sexe à l'état civil
   2.1. L'établissement d'une filiation maternelle justifiée par l'identité sexuée du parent
   2.2. Deux filiations maternelles, en l'absence de contradiction
3. Le rôle limité du juge face aux lacunes du droit français
   3.1. La portée limitée du contrôle de proportionnalité
   3.2. L'auto-limitation des juges au profit du législateur

TEXT

Introduction

1 La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXIe siècle a défini, au niveau législatif pour la première fois en droit français, les conditions suivant lesquelles il est possible de demander à faire modifier, en l'absence d'erreur[1], la mention de son sexe à l'état civil (Mesnil, 2017). Ces nouvelles dispositions législatives, applicables aux personnes trans[2], remplacent ainsi les critères qui avaient été auparavant dégagés par la jurisprudence. Le régime juridique relatif au changement d'état civil pour les personnes trans était jusqu'à cette date le résultat d'une construction jurisprudentielle entamée au début des années 1990.

2 À la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH [3]), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (Cass.) a dégagé, dans deux arrêts en date du 11 décembre 1992, la règle selon laquelle :

> « Lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence [4]. »

3 Ces décisions ont été rendues au visa de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et des articles 9 et 57 du Code civil (C. civ.), mais surtout du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes qui était auparavant interprété comme faisant obstacle à une telle modification.

4 Pendant près de vingt-quatre ans, les juges ont ainsi, au regard des critères jurisprudentiels que la Cour de cassation a déterminés et affinés, permis à des personnes de modifier la mention de leur sexe à l'état civil afin que celle-ci soit en accord avec leur apparence (Catto, 2021). La discordance entre l'identité sexuée à l'état civil et l'identité sociale est en effet source de grande vulnérabilité, soumettant les personnes trans à des discriminations (Beaubatie, 2022) – qui dépassent la question de l'accès à un emploi ou à un logement – et à des violences, verbales, physiques et psychologiques, y compris dans la sphère familiale. À propos de la discordance entre le sexe juridique et l'identité sexuée apparente, la Cour européenne des droits de l'homme constatait, dans son arrêt de 1992, que la requérante à laquelle les autorités françaises refusaient un changement de la mention de son sexe à l'état civil, « se trouv[ait] quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée [5] ».

5 Au fil du temps, seuls deux critères de nature médicale sont demeurés, à savoir « la réalité du syndrome transsexuel dont [la personne qui demande le changement de mention de sexe est

atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence [6] ». Par conséquent, le principal « critère du changement n'est toujours pas l'apparence ou l'identification mais l'irréversibilité » de la transformation de l'apparence (Catto, 2021, p. 171), y compris des organes génitaux [7]. Derrière le critère de l'irréversibilité est en fait visée la stérilisation directe ou résultant de l'ablation des organes génitaux d'origine [8]. Cette exigence a donné lieu à une – nouvelle – condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 8 de la Convention relatif au droit au respect de la vie privée [9]. Comme le rappelle la Cour, la vie privée est, en effet,

> « une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre non seulement l'intégrité physique et morale de l'individu, mais aussi parfois des aspects de l'identité physique et sociale de celui-ci. Des éléments tels que, par exemple, l'identité ou l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention [10] ».

6 La loi du 18 novembre 2016 a mis explicitement fin à toutes les exigences médicales qui étaient auparavant nécessaires pour modifier la mention de sexe à l'état civil. D'une part, tous les critères retenus par le législateur pour obtenir un changement de mention de sexe à l'état civil concernent désormais uniquement la sphère juridique et sociale, à savoir « une réunion suffisante de faits [démontrant] que la mention relative [au] sexe [d'une personne] dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue [11] ». D'autre part, il est explicitement affirmé que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande [12] ». La définition législative de critères pour le changement de la mention de sexe à l'état civil ne dépossède toutefois pas les juges de leur pouvoir d'appréciation. Bien au contraire, la compétence des juges a été réaffirmée pour apprécier l'opportunité des demandes de changement de la mention de sexe alors que certain·e·s revendiquaient, en plus de la démédicalisation de la procédure, sa déjudiciarisation.

7 Par ailleurs, de nombreuses questions, pourtant posées lors des débats parlementaires, sont restées sans réponse. Tel est en particulier le cas du champ d'application personnel de ces dispositions, avec la question du changement de mention de sexe pour les mineurs trans, ou encore des conséquences d'un jugement en changement de sexe sur l'établissement de filiations postérieurement à celui-ci. Ces deux sujets ont donné lieu à des décisions inédites, rendues pour l'une par la Cour d'appel (CA) de Chambéry, le 25 janvier 2022[13], et pour l'autre par la Cour d'appel de Toulouse, le 16 avril 2022[14]. Elles posent indirectement la question de l'état familial des personnes trans, en tant qu'enfants mineurs d'une part (1) et en tant que parents d'autre part (2), et elles interrogent, plus généralement, le rôle des juges face à l'incurie du législateur (3).

1. L'enfant trans, modification de la mention de sexe à l'état civil pour un mineur non émancipé

8 L'article 61-5 du Code civil définissant les conditions suivant lesquelles une personne peut demander à changer la mention de son sexe à l'état civil vise « toute personne majeure ou mineure émancipée ». Cette énumération exclut-elle pour autant les personnes mineures lorsqu'elles ne sont pas émancipées ? C'est à cette question que les juges chambériens ont dû répondre à la suite d'une requête présentée par les deux parents, représentants légaux, d'un jeune homme transgenre[15] né en juin 2004[16]. Tant en première instance qu'en cause d'appel, les juges considèrent que le législateur a entendu interdire aux personnes mineures de modifier leur mention de sexe à l'état civil (1.1). Pour autant, à l'issue d'un contrôle de proportionnalité, la cour d'appel de Chambéry permet, dans sa décision du 25 janvier 2022[17], le changement de la mention de sexe d'un mineur non émancipé (1.2)

1.1. Confirmation de l'interdiction législative implicite de changement du sexe pour les mineurs trans non émancipés

9 Le 22 janvier 2021, des parents d'un enfant mineur non émancipé introduisent, en leur qualité de représentants légaux, une demande en changement de mention de sexe à l'état civil au nom de leur fils trans. Le tribunal judiciaire de Chambéry déclare la requête irrecevable aux motifs que la jeune femme (*sic*), mineure et non émancipée, n'a pas qualité pour agir[18]. Les parents interjettent alors appel en faisant valoir que le silence de la loi ne signifie pas l'exclusion des personnes trans mineures du dispositif mis en place par la loi du 18 novembre 2016 et que les représentants légaux d'un mineur peuvent agir en son nom. Ils soutiennent également que seule une telle lecture de l'article 61-5 du Code civil permet d'assurer le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit au respect de la vie privée qui consiste à être reconnu de sexe masculin à l'état civil conformément à son état de fait, son apparence physique et son appartenance sociale. Le ministère public requiert également l'infirmation du jugement en faisant valoir qu'un tel changement, même s'il n'est pas prévu par les textes, répond à la fois à l'intérêt de l'enfant et au respect de sa vie privée.

10 La Cour d'appel de Chambéry se prononce dans cette affaire le 25 janvier 2022 en procédant en deux temps. Dans un premier temps, la recevabilité de l'action est examinée. Les juges d'appel confirment qu'il existe une « interdiction pour les mineurs non émancipés d'agir en modification de l'état civil telle que découlant des dispositions de l'article 61-5 du Code civil ». Une telle interprétation est justifiée en ce que ces dispositions « ont pour objectif de protéger les mineurs non émancipés d'une décision ayant d'importantes conséquences pour leur avenir afin de leur laisser le temps de la maturation de leur démarche ». Un rapide rappel relatif au régime juridique de l'émancipation autant que l'analyse des débats parlementaires permettent de relativiser cette prise de position des juges.

11 Concernant l'émancipation d'abord, elle met fin au régime de représentation du mineur par ses représentants légaux, titulaires de l'autorité parentale. Selon l'article 371-1 du Code civil, « l'autorité parentale

est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » et « elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ». Autrement dit, l'émancipation – comme la majorité – mettent fin à ce régime protecteur des intérêts des mineurs. Pour Isabelle Corpart, « ni utile ni efficace, presque tombée en désuétude, [l'émancipation] mérite d'être supprimée » (Corpart, 2003).

12 Concernant l'analyse des débats parlementaires ensuite, il en ressort que la question du changement de mention de sexe par des mineurs trans, notamment du fait de leur prise en charge médicale par une équipe au sein de l'hôpital de la Pitié-Salpêtrière, a été discutée. Plusieurs amendements ont d'ailleurs été présentés pour que l'article 61-5 du Code civil ne désigne pas seulement les personnes majeures, comme cela était initialement prévu. Il a par exemple été proposé de supprimer le mot « majeures » afin de permettre également aux personnes mineures de demander à modifier la mention de leur sexe à l'état civil et, dans cette perspective, de viser explicitement les mineurs âgés de 6 à 16 ans, avec autorisation d'un des parents ou à partir de 16 ans, sans autorisation parentale. Ces amendements ont été présentés afin de permettre aux mineurs trans qui seraient en conflit avec leurs parents d'agir seuls (Carayon, Marguet, 2022).

13 *In fine*, l'article 61-5 du Code civil issu de la loi du 18 novembre 2016 vise, outre les personnes majeures, les personnes mineures émancipées. Cet ajout était-il nécessaire dans la mesure où, conformément à l'article 413-6 du Code civil, « le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile », sauf le mariage et l'adoption pour lesquels ce sont les mêmes règles que s'il n'était pas émancipé qui s'appliquent ? Les titulaires de l'action en justice doivent être distingués des conditions d'exercice de l'action en justice : en l'espèce, l'action étant attitrée, elle ne peut être mise en œuvre que par les catégories de personnes visées ; quant à l'exercice de l'action en justice, il nécessite lorsque l'on est mineur d'être représenté. Aussi, la seule mention des personnes majeures aurait-elle dû être interprétée comme une exclusion des personnes mineures et des personnes mineures émancipées. C'est d'ailleurs cette interprétation

qui s'impose à propos du Pacte civil de solidarité (PACS) qui ne peut être conclu que par des personnes physiques majeures. Certains auteurs s'interrogent sur l'incohérence de ce système qui permet à des mineurs de se marier – le mariage emportant leur émancipation de plein droit – mais pas de se pacser ou de vivre en concubinage (Labbée, 2018). Ces différences de régime s'expliquent par le contexte dans lequel a été adoptée la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au PACS, à savoir une hostilité à l'égard de la reconnaissance juridique des couples de même sexe, à une époque où il s'agissait de préserver le mariage comme institution familiale réservée aux seuls couples formés d'un homme et d'une femme (Borrillo, Fassin, Iacub, 1999). Cette époque est toutefois révolue depuis l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe par la loi du 17 mai 2013 : les mineurs peuvent par conséquent être autorisés à se marier, y compris avec une personne du même sexe mais ne peuvent pas, même à titre exceptionnel, conclure un PACS !

14 L'interdiction faite aux mineurs trans non émancipés de changer de mention de sexe à l'état civil est également discutable. Plusieurs amendements, bien que non-adoptés, visaient justement à permettre aux mineurs de demander, seuls, sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à l'émancipation ou au régime de représentation, à faire modifier la mention de leur sexe à l'état civil. Si ces dispositions avaient été adoptées, elles auraient permis d'accroître la sphère d'autonomie des personnes mineures, qui est déjà importante en matière sanitaire, médicale et de filiation, où la reconnaissance d'un enfant est définie comme un acte strictement personnel. L'identification sexuée des personnes n'est-elle pas, de la même manière que la filiation, une composante importante de l'identité personnelle ?

15 À l'issue des débats parlementaires, seuls les majeurs et les mineurs émancipés peuvent agir en justice pour demander à changer de mention de sexe à l'état civil. Les mineurs, qui ne sont pas visés par l'article 61-5 du Code civil, sont-ils alors exclus du bénéfice de ces dispositions ou ne peuvent-ils les mettre en œuvre que par le biais du régime de représentation ? C'est bien la première interprétation qui est retenue, autant par les juges de première instance que d'appel. Les personnes mineures n'étant pas mentionnées, elles ne peuvent pas demander à faire modifier leur mention de sexe à l'état civil. Autrement dit, l'action étant attitrée aux seuls majeurs et mineurs

émancipés, les mineurs non émancipés n'en sont pas titulaires et ne peuvent pas faire une telle demande en justice, que ce soit par le biais de leurs représentants légaux qui agiraient en leur nom, grâce au régime de représentation, ou *a fortiori* seuls.

16 En l'absence de déjudiciarisation de la procédure de modification de la mention de sexe à l'état civil, il s'agit d'une action en justice et non d'un acte juridique, au contraire du mariage et de la reconnaissance d'un enfant qui sont définis comme des actes strictement personnels. La comparaison semble toutefois plus pertinente avec les autres procédures visant à modifier un élément de l'état des personnes : le changement de prénom [19], déjudiciarisé par la loi du 18 novembre 2016, et le choix du nom [20] doivent être faits par le représentant légal du mineur et son consentement est nécessaire si ce dernier a plus de 13 ans.

1.2. Affirmation timide de la possibilité de changer de sexe à l'état civil pour les mineurs trans non émancipés

17 Pour la cour d'appel de Chambéry, la représentation par les parents, titulaires de l'autorité parentale, n'est pas suffisante pour que la requête en modification de la mention de sexe d'un mineur trans soit jugée recevable puisque l'action n'est pas ouverte aux mineurs non émancipés. Aussi, la recevabilité de la requête n'est-elle acquise qu'à l'issue d'un contrôle de proportionnalité. Les juges d'appel procèdent en effet à un contrôle de proportionnalité *in concreto* de leur interprétation de l'article 61-5 du Code civil : au regard des éléments de fait tenant à la parfaite intégration familiale, scolaire et sociale du jeune homme, à son apparence masculine ainsi qu'à son changement de prénom en 2019, il est jugé que l'interdiction d'agir en modification de son état civil « ne permet pas de garantir en l'espèce le droit d[u mineur] au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Il est plus particulièrement souligné qu'« en l'obligeant à révéler son parcours personnel particulier du fait notamment de la mention de son genre féminin qui sera portée sur ses diplômes sanctionnant la fin de sa scolarité », il s'agirait d'une atteinte disproportionnée à ses droits.

18 À l'issue de ce contrôle de conventionnalité *in concreto*, la demande faite par les deux parents, représentants légaux, du mineur trans est jugée recevable. La cour d'appel de Chambéry se prononce, dans un deuxième temps, sur le fond de la demande. Elle fait alors application des critères de l'article 61-5 du Code civil et reprend les éléments factuels déjà mobilisés au stade de l'examen de la recevabilité de la requête, à savoir le changement de prénom du mineur, son intégration sous « son identité masculine dans ses milieux familiaux, scolaires et sociaux, tel que cela ressort des photographies et attestations versées aux débats », son identification « sous son identité masculine qui est en concordance avec son apparence physique d'autant plus qu'il a entamé un traitement hormonal en parallèle de sa prise en charge médicale et psychologique ». Il est finalement fait droit aux demandes des parents, formées au nom de leur fils.

19 L'ouverture du changement de la mention de sexe à l'état civil pour les mineurs est timide : la recevabilité de l'action en justice, faite par les parents en représentation de leur fils mineur, repose sur un contrôle de conventionnalité *in concreto* de l'article 61-5 du Code civil. En l'espèce, l'interdiction de modifier la mention de son sexe emporterait des conséquences disproportionnées et plusieurs éléments sont mis en avant : l'âge du mineur, la constance de sa démarche et la prise en charge psychologique et médicale dont il fait l'objet, le soutien de ses parents, la mention de sexe sur le diplôme du baccalauréat qu'il obtiendra en fin d'année scolaire et qui va le suivre dans la suite de ses études. Autant d'éléments qui pourraient, au contraire, s'ils faisaient défaut, motiver une décision d'irrecevabilité de la demande. Autrement dit, le changement de mention de sexe à l'état civil pour les mineurs trans est loin d'être acquis, mais il peut intervenir, au cas par cas, en fonction de l'appréciation des éléments de fait présentés devant les juridictions du fond (Brunet, Mesnil, 2022b).

20 Il serait par ailleurs intéressant de se demander ce qu'il en serait si le mineur n'avait pas été soutenu par ses parents : s'il est peu probable qu'il puisse agir seul en justice sauf à considérer qu'il s'agit d'un acte strictement personnel, on peut se demander si l'action a toutefois besoin d'être introduite conjointement par les deux parents. L'accord des deux parents est nécessaire pour les actes non usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant : le changement de mention

de sexe à l'état civil peut difficilement être considéré autrement. S'il est nécessaire que les parents soutiennent leur enfant mineur dans son parcours de transition, qu'en serait-il en l'absence d'adhésion des parents à la démarche de leur enfant mineur : pourrait-il être envisagé que les intérêts du mineur, en opposition avec ceux de ses représentants légaux, justifient la désignation d'un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter[21] ? Qu'en est-il également de l'articulation de ces dispositions avec la création de la nouvelle infraction relative aux pratiques visant à modifier l'identité de genre par la loi n° 2022-92 du 31 janvier 2022 dite d'interdiction des thérapies de conversion ? Désormais l'article 225-4-13, alinéa 1 du Code pénal dispose que « les pratiques, les comportements ou les propos répétés visant à modifier ou à réprimer l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, vraie ou supposée, d'une personne et ayant pour effet une altération de sa santé physique ou mentale sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende » (Papillon, 2022). Dans l'hypothèse où les parents ne soutiendraient pas la démarche de leur enfant visant à modifier la mention de son sexe à l'état civil, voire s'y opposeraient vivement par des pratiques, comportements ou propos répétés qui auraient pour effet une altération de sa santé, l'infraction pourrait-elle être constituée ? L'alinéa 3, qui a pu être qualifié de « disposition interprétative » (Darsonville, 2022), précise que

> « l'infraction prévue au premier alinéa n'est pas constituée lorsque les propos répétés invitent seulement à la prudence et à la réflexion, eu égard notamment à son jeune âge, la personne qui s'interroge sur son identité de genre et qui envisage un parcours médical tendant au changement de sexe ».

21 Cet alinéa viserait *a fortiori* une personne qui envisage une action en changement de la mention de son sexe à l'état civil. Tant que la santé de leur enfant n'est pas en cause, les parents ne peuvent pas être contraints, y compris du fait de cette nouvelle infraction, d'introduire une action en justice au nom de leur enfant mineur. Dans ces situations conflictuelles, la nomination d'un administrateur *ad hoc* pourrait être envisagée afin de s'assurer de la préservation des intérêts du mineur.

22 Ces interrogations restent sans réponse tant la portée de la décision rendue par la cour d'appel de Chambéry est incertaine. Il conviendra de scruter avec attention les prochaines décisions rendues par les juges du fond ; il s'agira en particulier de s'assurer que l'examen de la recevabilité de l'action, au titre du contrôle de conventionnalité *in concreto*, ne conduise pas à réintroduire d'autres critères que ceux définis par le législateur pour les majeurs et les mineurs émancipés, en particulier en exigeant un suivi psychologique et/ou médical. Cette exigence ne contreviendrait pas directement à l'alinéa 3 de l'article 61-6 du Code civil qui dispose que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande ». En effet, il ne s'agit pas de traitements médicaux, opération chirurgicale ou stérilisation dont la mise en œuvre est discutée pour les mineurs (Brunet, Catto, 2022) mais d'un suivi psychologique et/ou médical. Au surplus, l'absence de prise en charge psychologique et/ou médicale n'entraînerait pas directement un refus de la demande de changement de sexe mais l'irrecevabilité de l'action en justice. Il nous semble peu probable que de tels éléments médicaux soient introduits compte tenu des controverses importantes qui existent en France à propos de la prise en charge médicale des enfants et adolescents trans (Condat *et al.*, 2022).

23 Par cette décision du 25 janvier 2022, la cour d'appel de Chambéry a précisé le champ d'application personnel de l'article 61-5 du Code civil en permettant, sous réserve d'un contrôle de conventionnalité *in concreto*, aux mineurs trans de demander à changer de mention de sexe à l'état civil. La demande doit alors être présentée par les parents du mineur trans, en qualité de représentants légaux de leur enfant. D'autres questions relatives au statut familial des personnes trans n'ont pas été tranchées par la loi du 18 novembre 2016 et, en particulier, celles relatives à l'établissement d'une filiation postérieurement au jugement de changement de sexe à l'état civil.

2. Le parent trans, établissement d'une filiation après modification du sexe à l'état civil

24 L'article 61-8 du Code civil détermine une partie des conséquences du jugement accordant le changement de la mention de sexe à l'état civil : « La modification de la mention de sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification ». *Quid* des filiations qui pourraient être établies après cette modification ? (Mesnil, 2021). C'est à cette question que les juges toulousains ont dû répondre à propos d'une femme trans qui a conçu un enfant en fécondant son épouse avec ses spermatozoïdes. La cour d'appel de Toulouse s'est prononcée, le 16 avril 2022, à la suite d'un renvoi après cassation : l'autorité de la chose jugée faisant obstacle à la transcription de la reconnaissance maternelle, elle établit judiciairement la filiation maternelle entre la femme trans et l'enfant qu'elle a conçu [22]. Avant de parvenir à une telle solution, les juges ont pris soin de justifier leur décision d'établir une filiation maternelle au regard de l'identité sexuée de la femme trans (2.1) et au regard des dispositions du Code civil, en particulier le principe chronologique qui est classiquement interprété comme faisant obstacle à l'établissement d'une double filiation maternelle (2.2).

2.1. L'établissement d'une filiation maternelle justifiée par l'identité sexuée du parent

25 Avant de présenter la solution de la cour d'appel de Toulouse, il convient de revenir sur les faits. En l'espèce, un homme marié a obtenu le changement de la mention de son sexe à l'état civil par un jugement en date du 3 février 2011. Même si le jugement est intervenu avant la loi du 18 novembre 2016 qui a mis fin à l'exigence d'avoir subi des traitements médicaux et opérations chirurgicales stérilisantes, la femme trans avait conservé ses organes sexuels masculins et leur fonctionnalité. Aussi a-t-elle a pu concevoir avec son épouse une

troisième enfant, née le 18 mars 2014, soit bien postérieurement à la modification de son état civil. Consciente des difficultés juridiques qui se posaient, elle a réalisé par acte notarié, le 14 mars 2014, soit quelques jours avant la naissance de sa fille, une « reconnaissance prénatale d'enfant, qu'elle déclare être de nature maternelle, non gestatrice ». La demande de transcription de la reconnaissance sur l'acte de naissance de l'enfant ayant été refusée par l'officier d'état civil de Montpellier, elle assigne le 31 juillet 2015 le procureur de la République devant le tribunal de grande instance de Montpellier. Le 22 juillet 2016, le tribunal rejette la demande de transcription de la femme trans qui forme alors un appel. La cour d'appel de Montpellier, dans un arrêt remarqué du 14 novembre 2018, confirme le jugement et, constatant le lien biologique unissant l'enfant à cette femme, ordonne de retranscrire la mention « parent biologique » sur l'acte de naissance de l'enfant. Insatisfaits de cette création prétorienne, le procureur général près la cour d'appel de Montpellier et la femme trans forment un pourvoi en cassation. Le 16 septembre 2020, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt précité, sauf en ce qu'il a rejeté la demande de transcription sur les registres de l'état civil de la reconnaissance de maternité de la femme trans [23]. Dans leur arrêt, les juges du Quai de l'Horloge invitent la cour d'appel de renvoi à faire application des « modes d'établissement de la filiation réservés au père » (§ 18). En effet, pour les juges de la Cour de cassation, les dispositions de l'article 320 du Code civil « s'opposent à ce que deux filiations maternelles soient établies à l'égard d'un même enfant, hors adoption » (§ 16) ; par ailleurs, elles ne portent pas atteinte à l'article 8 de la CEDH en ce qu'elles « poursuivent un but légitime, au sens du second paragraphe de l'article 8 précité, en ce qu'elles tendent à assurer la sécurité juridique et à prévenir les conflits de filiation » (§ 22).

26 Devant la cour d'appel de renvoi, la femme trans demande, tout comme la mère de l'enfant, la transcription de sa reconnaissance prénatale et, à titre subsidiaire, l'établissement judiciaire de sa maternité. Le ministère public, quant à lui, demande à la Cour de déclarer la demande de transcription irrecevable et d'établir judiciairement la maternité en mentionnant en outre, dans les événements relatifs à la filiation, le jugement du tribunal de grande instance de Montpellier du 3 février 2011 relatif au changement de mention de sexe. Les deux

femmes, la mère légale et la femme trans, s'opposent à l'inscription de cette mention marginale.

27 Dans son arrêt du 16 avril 2022, la cour d'appel de Toulouse écarte d'abord la transcription de la reconnaissance maternelle aux motifs de l'autorité de la chose jugée : en effet, la Cour de cassation a jugé conforme au droit le rejet de la demande de transcription sur les registres de l'état civil de la reconnaissance maternelle qui avait été effectuée en mars 2014. Aussi, la cour d'appel de renvoi estime-t-elle que, dans ces conditions, l'établissement de la filiation ne peut être que judiciaire. Il s'agit alors de déterminer le genre de la filiation : une filiation paternelle découle-t-elle nécessairement de la qualité de géniteur ou le sexe du parent, en l'espèce féminin, détermine-t-il le genre de la parenté, à savoir en l'espèce une maternité ? Pour répondre à cette question – qui semble première – pour la cour d'appel de Toulouse, les juges soulignent d'emblée que « l'ensemble des parties s'accorde sur l'exclusion de la filiation paternelle ». Il s'agit ensuite de justifier l'établissement d'une filiation maternelle, tant au regard des dispositions du Code civil relatives à la filiation que des engagements conventionnels souscrits par la France. Les dispositions du Code civil relatives à la présomption de paternité sont jugées inadaptées en ce qu'elles ne peuvent trouver à s'appliquer à l'égard d'une épouse. Quant à la reconnaissance de paternité :

> « [Elle] ne peut non plus être retenue dans la mesure où, d'une part, elle contraindrait [la femme trans] à nier sa nouvelle identité sexuelle, consacrée par le jugement définitif précité, et, d'autre part, serait contraire aux droits au respect de sa vie privée et à l'autodétermination sexuelle garantis par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

28 Les modes d'établissement de la filiation paternelle ainsi écartées, la cour d'appel de Toulouse considère les différentes manières d'établir une filiation maternelle : l'adoption est impossible du fait de l'opposition de la mère légale, la reconnaissance du fait de l'autorité de la chose jugée, la désignation de la femme comme mère dans l'acte de naissance du fait qu'elle suppose un accouchement… La maternité peut toutefois être reconnue en justice ; c'est la voie choisie par les juges toulousains qui se livrent à une analyse approfondie et originale

des dispositions législatives applicables (Mesnil, 2022). En effet, les hypothèses suivant lesquelles il peut exister une double filiation maternelle sont limitées (Mesnil, 2023).

2.2. Deux filiations maternelles, en l'absence de contradiction

29 Les juges toulousains justifient leur jugement tenant à établir judiciairement une double filiation maternelle en faisant une lecture actualisée de l'article 320 du Code civil. Deux évolutions juridiques sont en particulier mises en avant. La première évolution résulte de la loi du 18 novembre 2016 qui, en démédicalisant le changement de la mention de sexe à l'état civil, permet à des personnes trans de disposer de capacités reproductrices qui ne correspondent pas – précisément plus – à leur sexe à l'état civil. Il en résulte, selon l'expression des juges toulousains, que la loi du 18 novembre 2016 « fait coexister des réalités juridique et biologique distinctes » : une femme peut concevoir un enfant charnellement avec ses spermatozoïdes comme, en l'espèce et à l'inverse, un homme peut aussi disposer d'un utérus et/ou d'ovaires lui permettant d'être enceint et d'accoucher d'un enfant. Ces situations ont été ignorées par la loi du 18 novembre 2016 qui « laisse un vide juridique indéniable faute de disposition relative à la filiation des enfants nés postérieurement à la modification de la mention de sexe à l'état civil alors même que la maternité gestatrice n'est plus exclusive ». Par la suite, comme le souligne, à juste titre, la cour d'appel de Toulouse, « la loi de bioéthique du 2 août 2021 n'a pas apporté de précision sur ce point, laissant présumer que le législateur a préféré laisser au juge le soin de régler cette question dans le cadre de son appréciation souveraine de la situation des intéressés ». Les juges toulousains prennent alors acte de ce vide législatif et décident de le combler, au regard de

> « l'intérêt supérieur de l'enfant et [du] droit au respect de la vie privée respectivement consacrés par la Convention de New York et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, rend[a]nt impérative la nécessité de permettre à l'enfant né d'un couple dont l'un de ses membres est transgenre, de voir sa filiation doublement établie à l'égard de ses

> deux parents, dès lors qu'il n'est pas contrevenu aux principes fondamentaux du droit national ».

30 En effet, au regard du droit national, il est souligné d'un côté l'absence de fraude à la loi et de l'autre l'absence d'atteinte à l'ordre public, dans la mesure où le droit français permet à des couples de femmes d'être mères hors adoption, à la suite de l'ouverture par la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique de l'assistance médicale à la procréation (AMP) avec tiers donneur aux couples de femmes et la création de la reconnaissance conjointe anticipée (RCA). Les juges toulousains concluent

> « en l'absence de tout conflit et de toute contradiction entre les filiations des deux parents biologiques, toutes deux de sexe féminin à l'état civil, la filiation maternelle entre [la femme trans et l'enfant] sera judiciairement établie ».

31 Le raisonnement est intéressant à plusieurs titres. Après avoir fait primer le respect de l'identité de genre de la femme trans, l'établissement d'une double filiation maternelle est justifié par l'absence de contradiction : la filiation maternelle repose en effet, pour l'une, sur l'accouchement et pour l'autre, sur sa contribution biologique en tant que génitrice. Il n'existe pas de tiers pouvant revendiquer l'existence d'un lien de filiation à l'égard de l'enfant, fondé sur sa qualité de géniteur ou de coauteur du projet parental, et qui pourrait prétendre à compléter la branche de la filiation qui n'est pas fondée sur l'accouchement. C'est d'ailleurs parce que le géniteur est un tiers donneur auquel il est fait interdiction d'établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant que les couples de femmes peuvent établir un double lien de filiation maternelle à l'issue d'une AMP avec tiers donneur. La reconnaissance conjointe anticipée suppose toutefois le recours à un tiers donneur et ne devrait pas trouver à s'appliquer lorsque deux femmes procréent charnellement. Il ne s'agit par conséquent pas d'un mode d'établissement de la co-maternité mais bien de dispositions juridiques spécifiques et limitées à une seule hypothèse, celle du recours à une AMP avec tiers donneur. En l'absence de caractère rétroactif à la RCA, le législateur a été contraint d'envisager deux dispositifs de droit transitoire, valables uniquement pendant trois ans, et ne s'appliquant qu'aux couples ayant réalisé une AMP avec tiers donneur à

l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi (Brunet, Mesnil, 2022a). Ces dispositifs ignorent les autres hypothèses, comme la procréation charnelle par les couples de femmes dont l'une a changé de mention de sexe à l'état civil ou encore le recours à un donneur connu. En l'absence de dispositions législatives spécifiques, il reviendra aux juges, saisis de ces questions, de les trancher au regard du droit positif.

3. Le rôle limité du juge face aux lacunes du droit français

32 Plusieurs juges peuvent être amenés à se prononcer sur ces questions d'état des personnes et combler, notamment au regard des droits fondamentaux, les lacunes du droit existant. Dans les deux affaires étudiées, ce sont les juges ordinaires qui se sont prononcés en effectuant un contrôle de conventionnalité, mais le Conseil constitutionnel a également pu être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'accès à l'assistance médicale à la procréation des hommes trans. Si la portée de leurs décisions n'est pas comparable, il apparaît que les juridictions françaises font preuve d'auto-limitation (3.1) en renvoyant au législateur le soin de définir les règles de droit applicables à ces questions de société (3.2).

3.1. La portée limitée du contrôle de proportionnalité

33 Si le contrôle de proportionnalité a pu être présenté comme une révolution (Jestaz, Marguénaud, Jamin, 2014 ; Chénedé, 2016), force est de constater qu'il est réalisé avec précaution par la Cour de cassation. Dans l'affaire relative à la filiation de la femme trans, la première chambre civile juge ainsi que :

> « 24. En ce qu'elles permettent, par la reconnaissance de paternité, l'établissement d'un lien de filiation conforme à la réalité biologique entre l'enfant et la personne transgenre – homme devenu femme – l'ayant conçu, [l]es dispositions [du droit national] concilient l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée et familiale de cette personne, droit auquel il n'est pas porté une atteinte

> disproportionnée, au regard du but légitime poursuivi, dès lors qu'en ce qui la concerne, celle-ci n'est pas contrainte par là même de renoncer à l'identité de genre qui lui a été reconnue. »

34 Au contraire, pour la Cour d'appel de Toulouse :

> « La reconnaissance de paternité ne peut non plus être retenue dans la mesure où, d'une part, elle contraindrait à nier sa nouvelle identité sexuelle, consacrée par le jugement définitif précité, et, d'autre part, serait contraire aux droits au respect de sa vie privée et à l'autodétermination sexuelle garantis par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

35 Ces deux décisions donnent à voir deux interprétations très différentes du droit national et de sa compatibilité avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le point de divergence tient en fait à la caractérisation, par la Cour de cassation, du but légitime poursuivi par les dispositions du droit de la filiation, et en particulier l'article 320 du Code civil en ce qu'il exclut l'établissement de deux filiations contradictoires. Une telle approche permet à la Cour de cassation d'affirmer que son interprétation du droit ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de l'identité de genre de la femme, reconnue comme telle dans son acte de naissance et désignée comme le père de l'enfant dans l'acte de naissance de ce dernier. La désignation du parent, comme père ou mère, pourrait être perçue comme un élément secondaire dans la mesure où les droits attachés au statut de parent sont aujourd'hui strictement identiques – au contraire du droit allemand [24] –, même si leurs mises en œuvre par les juges, notamment à la suite d'une séparation sont encore nettement différenciées (Haut Conseil de la famille, 2014). Ce n'est donc pas sur le terrain du droit et de l'établissement de la filiation que la question se pose mais sur celle de l'identité personnelle et de l'infra-normatif. N'est-il alors pas paradoxal pour les juges de demander que la personne se présente publiquement et soit connue de son entourage familial sous le sexe revendiqué pour ensuite lui en dénier le bénéfice ?

36 La Cour de cassation garantit la bonne interprétation des règles de droit et contrôle que son application ne s'avère pas disproportionnée,

comme en l'espèce. Elle a ainsi refusé la mention de parent biologique et invité les juges du fond à établir une filiation selon les modes d'établissement de la filiation réservée au père. Les juges toulousains ont, quant à eux, adopté une approche différente sans que leur arrêt ne donne lieu à un second pourvoi, y compris dans l'intérêt de la loi comme l'y invitaient pourtant certains auteurs (Thevenot, Moron-Puech, 2022). La cour d'appel de renvoi, qui a très richement motivé sa décision, comble ainsi les lacunes de la loi, mais uniquement pour cette affaire : l'établissement judiciaire de la filiation maternelle n'est prononcé que pour cette famille. Le rôle créateur des juges du fond est limité par la Cour de cassation elle-même, mais aussi par le raisonnement et les solutions qu'ils adoptent, conformément à l'interdiction qui leur est faite de prendre des arrêts de règlement [25].

37 Dans l'affaire relative au changement de mention de sexe à l'état civil du mineur non émancipé, les juges de Chambéry ne changent pas la loi – contrairement à ce que certains auteurs ont pu avancer (Leroyer, 2022). Ils soulignent simplement les effets disproportionnés que l'application de l'interdiction posée par la loi produirait dans le cas d'espèce qu'ils tranchent. En adoptant un raisonnement fondé sur le contrôle de proportionnalité, le législateur est d'ailleurs privé de la possibilité de contrer une telle approche : même s'il le souhaitait, il ne serait pas possible, ni d'ailleurs nécessaire, d'adopter un texte de loi anti-changement de mention de sexe des mineurs trans. L'article 61-5 du Code civil est déjà interprété par les juges comme interdisant le changement de mention de sexe à l'état civil pour les mineurs et la décision rendue ne vaut que pour un seul mineur non émancipé, celui qui en a fait la demande.

3.2. L'auto-limitation des juges au profit du législateur

38 En dehors du contrôle de proportionnalité, lorsque leurs décisions pourraient avoir des conséquences bien plus importantes, les juges font preuve d'auto-limitation et renvoient au législateur le soin de faire évoluer l'état du droit. Avec l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), on s'attendait à une fondamentalisation importante du droit privé, mais il a été constaté au contraire, au fur et à mesure, un « étiolement […] du contrôle de

constitutionnalité pour le domaine du droit des personnes et de la famille » du fait du *self restraint* du Conseil constitutionnel (Gogos-Gintrand, 2020). Dès la décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 concernant l'adoption au sein d'un couple de personnes de même sexe, les juges de la rue de Montpensier expliquent que « cette question constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au législateur ». Le Parlement disposerait ainsi d'une compétence exclusive pour trancher les débats de société, sans que cette catégorie ne soit d'ailleurs définie.

39 Le gouvernement reprend lui-même cet argument pour appeler le Conseil constitutionnel à la réserve lors de l'instruction de la QPC relative à l'accès à l'assistance médicale à la procréation pour les hommes, plus spécifiquement pour certains hommes trans qui ont conservé leurs capacités gestationnelles et pourraient bénéficier d'un don de spermatozoïdes (Mesnil, Paricard, 2022) :

> « La doctrine a même pu considérer que, dans le domaine du droit des personnes et de la famille, [le Conseil] interdis[ait] tout contrôle des choix discrétionnaires faits par le législateur, au point de dessiner *une zone de non-contrôle constitutionnel* [26, 27]. »

40 Le Conseil constitutionnel semble avoir été sensible à cette position puisqu'il reconnaît effectivement que :

> « 8. Il ressort des travaux préparatoires que, en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu permettre l'égal accès des femmes à l'assistance médicale à la procréation, sans distinction liée à leur statut matrimonial ou à leur orientation sexuelle. Ce faisant, il a estimé, dans l'exercice de sa compétence, que la différence de situation entre les hommes et les femmes, au regard des règles de l'état civil, pouvait justifier une différence de traitement, en rapport avec l'objet de la loi, quant aux conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, d'une telle différence de situation [28]. »

41 Le Conseil constitutionnel ne se reconnaît pas, comme dans un certain nombre d'autres décisions, un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement. Certains juges ont

également pu, comme dans l'affaire relative au sexe neutre, faire valoir que les questions relatives à l'état des personnes relèvent de la compétence que tire le législateur de l'article 34 de la Constitution (Ingall-Montagnier, 2017). Faut-il rappeler que l'article 34 définit les domaines de la loi par rapport à ceux du règlement ? Autrement dit, les juges ne peuvent pas se déclarer incompétents au profit du législateur et refuser d'interpréter les textes sauf à commettre un déni de justice. Ainsi, le vide législatif n'est pas synonyme de vide juridique. L'article 4 du Code civil n'est qu'une autre manière de l'affirmer : « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

42 Dans les deux arrêts étudiés, les cours d'appel pallient l'absence de dispositions législatives spécifiques par une interprétation des dispositions existantes. Pour autant, l'absence de possibilité de changer de mention de sexe pour les personnes mineures non émancipées tout comme l'incertitude quant à la filiation établie postérieurement à la modification de la mention de sexe à l'état civil ne sont pas satisfaisantes. Ces vides législatifs sont sources d'insécurité juridique pour les personnes et remettent en cause la pleine jouissance de leurs droits fondamentaux. Il ne s'agit pas seulement d'une question de sources du droit mais d'une question plus générale, de fond, tenant à l'application des dispositions législatives spécifiques à un sexe aux personnes qui ont changé de mention de sexe à l'état civil. Les juges ne peuvent pas remédier entièrement à l'incurie du législateur et le législateur ne peut se contenter d'ajouter, au cas par cas, que « la modification de la mention de sexe à l'état civil ne fait pas obstacle à l'application du présent article[29] ». Faut-il, par un raisonnement *a contrario*, en déduire qu'en l'absence d'une telle précision, la modification de la mention de sexe à l'état civil fait obstacle à l'application des dispositions qui visent le sexe de naissance ?

43 Il semble difficile de continuer à faire l'économie d'une réflexion d'ensemble sur la question de l'application des règles de droit sexo-spécifiques aux personnes ayant changé de mention de sexe à l'état civil. Il faut s'assurer non seulement de la coordination des textes juridiques, mais surtout que toutes les personnes, y compris celles qui ont changé de mention de sexe à l'état civil, aient la pleine jouissance de leurs droits en matière procréative (interruption volontaire

de grossesse, contraception, stérilisation, autoconservation de gamètes, AMP…) et familiale (prestations sociales et établissement de la filiation). Le Parlement ne s'est pas saisi de ces questions en 2016. Sera-t-il disposé à le faire aujourd'hui, notamment à l'occasion de l'évaluation de la mise en œuvre des dispositions de la loi du 18 novembre 2016 ? Nous ne pouvons qu'encourager les parlementaires en ce sens, tant les enjeux en termes de droits fondamentaux autour de ces questions sont un peu plus criants chaque jour.

BIBLIOGRAPHY

Beaubatie E., 2022, « Apprendre à faire genre. Discriminations et stratégies d'usagers·ères trans dans les services publics », *Gouvernement et action publique*, vol. 11, n° 1, p. 109-130

Borrillo D., Fassin E., Iacub M. (dir.), 1999, *Au-delà du PACS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF

Brunet L., Catto M.-X., 2022, « Mineur·es trans. Intervenir sur les corps serait-il plus simple que sur l'état civil ? », *Délibérée*, vol. 15, n° 1, p. 50-56

Brunet L., Mesnil M., 2022a, « D'un bricolage à l'autre : l'adoption forcée de l'enfant conçu par AMP au sein d'un couple de femmes aujourd'hui séparées », AJ *Famille*, n° 4, p. 190

Brunet L., Mesnil M., 2022b, « Changement de la mention de sexe à l'état civil : les mineurs trans également concernés ! », note sous Chambéry, AJ *Famille*, n° 5, p. 286

Carayon L., Marguet L., 2022, « Changement de la mention de sexe à l'état civil pour un mineur trans », *Dalloz Actualité*

Catto M.-X., 2021, « Le critère de l'apparence physique dans les décisions de changement de sexe », p. 155-182, dans M.-X. Catto, J. Mazaleigue-Labaste (dir.), *La bicatégorisation de sexe, entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin

Chénedé F., 2016, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Recueil Dalloz*, p. 796

Chénedé F., Deumier P., 2013 « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, p. 5-18

Condat A. et al., 2022, « La prise en charge des enfants, adolescentes et adolescents transgenres en France : controverses récentes et enjeux éthiques », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, vol. 70, n° 8, p. 408-426

Corpart I., 2003, « Le déclin de l'émancipation des mineurs », *La semaine juridique notariale et immobilière*, p. 1523

Darsonville A., 2022, « Loi du 31 janvier 2022 : mettre fin aux thérapies de conversion », *Dalloz Actualité*

Gogos-Gintrand A., 2020, « La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité », *Recueil Dalloz*, p. 2409

Haut Conseil de la famille, 2014, *Les ruptures familiales. État des lieux et propositions*, rapport

Ingall-Montagnier Ph., 2017, « Quelle mention est-il possible de porter en face de la rubrique “sexe” sur les actes d'état civil ? », avis sous Cass., *La semaine juridique. Édition générale*, p. 696

Jestaz P., Marguénaud J.-P., Jamin C., 2014, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, p. 2061

Labbée X., 2018, « Faut-il repenser l'émancipation », *Gazette du Palais*, n° 6, p. 12-13

Leroyer A.-M., 2022, « Le mineur transgenre : quand la jurisprudence change la loi », *RTD Civ.*, p. 365

Mesnil M., 2023, « Les obstacles à la parenté des couples de femmes », *Revue française des affaires sociales*, n° 2, p. 89-106

Mesnil M., 2022, « Ni parent biologique ni père : la maternité d'une femme trans reconnue en justice », note sous Toulouse, *AJ Famille*, n° 4, p. 222

Mesnil M., 2021, « Quel genre pour la parenté trans ? Les trois lectures de l'identité sexuée », p. 201-224, dans M.-X. Catto, J. Mazaleigue-Labaste (dir.), *La bicatégorisation de sexe, entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin

Mesnil M., 2017, « La démédicalisation du changement de sexe à l'état civil : une conception renouvelée du sexe et du genre », *Journal du droit de la santé et de l'Assurance maladie*, n° 16, p. 62-69

Mesnil M., Paricard S., 2022, « L'assistance médicale à la procréation pour les hommes trans : une exclusion conforme à la Constitution », *AJ Famille*, n° 9, p. 435

Papillon S., 2022, « Thérapie de conversion, un Code pénal déjà converti », *AJ Pénal*, p. 111

Thevenot M., Moron-Puech B., 2022, « Parenté transgenre : la cour d'appel de Toulouse serait-elle devenue la Cour suprême de la France ? », *Recueil Dalloz*, p. 846

NOTES

1 Il existe une procédure de rectification des mentions du sexe à l'état civil, utilisée notamment par les personnes présentant une variation du développement génital (article 99 du Code civil modifié par la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique).

2 Par personnes trans, il convient d'entendre une personne dont l'identité de genre diffère du sexe qui lui a été assigné à la naissance sur la base de l'apparence de ses organes sexuels.

3 Cour EDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, n° 13343/87.

4 Cass., Ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-12.373.

5 Cour EDH, 25 mars 1992, précit., § 63.

6 Cass., 1re civ., 13 février 2013, n° 11-14515.

7 Cass., 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-22490 : « Mais attendu que, pour justifier une demande de rectification de la mention de sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ; que la cour d'appel, après avoir examiné, sans les dénaturer, les documents produits par Mme X... tendant à établir qu'elle présentait le syndrome de Benjamin, qu'elle avait subi une mastectomie totale avec greffe des aréoles et suivait un traitement hormonal, a estimé que le caractère irréversible du changement de sexe n'en résultait pas. »

8 Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, Ass. plén., 27 juin 2013, spéc. p. 4.

9 Cour EDH, 6 avril 2017, *A. P., Garçon et Nicot c/ France*, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

10 Cour EDH, 6 avril 2017, précit., § 92.

11 Article 61-5 C. civ.

12 Article 61-6, al. 3 C. civ.

13 CA Chambéry, 25 janvier 2022, n° 21/01282.

14 CA Toulouse, 9 février 2022, n° 20/03128.

15 Cette désignation tient compte de la mention de sexe revendiquée afin de respecter l'identité de genre du mineur.

16 Le Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles (GIAPS) a accompagné les requérants dans leur demande. L'autrice tient à signaler qu'elle a, à ce titre, contribué à la rédaction des conclusions.

17 CA Chambéry, 25 janvier 2022, n° RG 21/01282, inédit, [https://asso-giaps.org/2022/03/29/changement-de-la-mention-du-sexe-pour-une-perso

ne-trans-mineure/], consulté le 17 avril 2023.

18 Tribunal judiciaire de Chambéry, 19 avril 2021, n° RG 21/00137, inédit.

19 Article 60 C. civ.

20 Article 61-3-1 C. civ.

21 Article 388-2 C. civ.

22 Cour d'appel de Toulouse, 9 février 2022, précit.

23 Cass., 1re civ., 16 septembre 2020, n° 18-50.080.

24 Voir, en ce sens, CEDH, 4 avril 2023, *O. H. et G. H. c/ Allemagne*, n° 53568/18 et n° 54741/18 ; *A. H. et autres c/ Allemagne*, n° 7246/20.

25 Article 5 C. civ.

26 Chénedé, Deumier, 2013.

27 Service de la Première ministre, Observations relatives à la question prioritaire de constitutionnalité n° 2022-1003, 27 mai 2022 (non publiées).

28 Conseil constitutionnel, 8 juillet 2022, décision n° 2022-1003 QPC.

29 Article L. 2141-11, I., al. 6 du Code de la santé publique.

ABSTRACT

Français

La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXIe siècle permet aux personnes majeures et mineures émancipées de demander à changer de mention de sexe à l'état civil même sans « avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ». Il en résulte de nombreuses interrogations dans le silence de ce texte. Qu'en est-il des personnes mineures non émancipées : peuvent-elles prétendre à un changement de mention de sexe à l'état civil ? Qu'en est-il des conséquences du changement de la mention de sexe à l'état civil : une femme à l'état civil qui a conservé ses organes reproducteurs peut-elle être reconnue comme la mère de l'enfant lorsqu'elle a conçu l'enfant charnellement avec son épouse ? Qu'en est-il des hommes qui ont toujours la possibilité de mener une grossesse : peuvent-ils prétendre à un don de spermatozoïdes et être bénéficiaires, comme les femmes, d'une assistance médicale à la procréation ? Le législateur n'ayant apporté aucune réponse à ces questions, ce sont les juges qui ont été amenés à se prononcer dessus. Deux cours d'appel ont rendu des décisions remarquées au début de l'année 2022, dans lesquelles elles acceptent de pallier, ponctuellement, l'incurie du législateur. En dehors de ces deux cas d'espèce, la Cour de cassation, tout comme le Conseil constitutionnel refusent de se substituer au législateur et

lui renvoient le soin de définir, de manière générale, les règles applicables en la matière.

INDEX

Keywords
état civil, mention de sexe, trans, filiation, majeur, mineur, mineur émancipé, majorité, minorité, sources du droit, question prioritaire de constitutionnalité, contrôle de proportionnalité

AUTHOR

Marie Mesnil
Maîtresse de conférences, Université Paris-Saclay ; marie.mesnil@universite-paris-saclay.fr

L'élément moral de l'infraction à l'aune de la valeur protégée

Pierre Rousseau

OUTLINE

1. L'acceptation du résultat, dénominateur commun aux infractions intentionnelles
2. Imprudence, indifférence ou hostilité à l'égard de la valeur protégée

TEXT

1 En matière de crimes et délits[1], la psychologie de l'auteur joue un rôle majeur en ce qu'elle conditionne la possibilité de réprimer le fait infractionnel. La psychologie exigée chez l'auteur d'infraction est précisée à l'article 121-3 du Code pénal (CP), lequel dispose que, si les crimes sont toujours intentionnels, les délits le sont en principe, sauf lorsque la loi exige une faute d'imprudence simple ou qualifiée. La matière pénale distingue par conséquent les infractions intentionnelles et les infractions non intentionnelles.

2 La doctrine a pu analyser et catégoriser les différentes formes de fautes pénales en soulignant l'état d'esprit de l'auteur d'infraction à l'égard de la valeur protégée[2] par le texte d'incrimination. Cette approche, assez ancienne, est aujourd'hui parfois critiquée pour son « excès d'abstraction », l'état d'esprit de l'auteur n'étant pas apprécié de façon autonome, mais plutôt à travers la matérialité de l'infraction (Dreyer, 2021, p. 750). Néanmoins, l'analyse de l'élément moral à l'aune de la valeur protégée, pour ce qu'elle dit du degré d'antisocialité de l'auteur d'infraction, intéresse toujours une grande partie de la doctrine. Si l'infraction non intentionnelle suppose une faute d'imprudence de la part de l'agent et témoigne, selon un auteur, d'une « indifférence aux valeurs sociales » (Mayaud, 2021, p. 313), l'infraction intentionnelle suppose l'intention coupable chez l'agent et extériorise une « hostilité » (Garraud, 1913, n° 287 ; Mayaud, 2021, p. 292 ; Dana, 1982, n° 454 et suiv.) à ces mêmes valeurs. L'intention (Bernardini, 1976 ; Wagner, 1976 ; Giudicelli, 2005 ; Ferreira 2018) est une notion

difficile à cerner en soi, voire « introuvable » (Moine-Dupuis, 2001), car elle se définit par référence aux composantes variables de l'infraction. Selon l'expression de certains auteurs, l'infraction intentionnelle est celle d'un agent qui a agi « exprès » (Dreyer, 2021, p. 752 ; Mayaud, 2021, p. 292). L'intention est souvent conçue comme la volonté chez l'agent d'adopter le comportement incriminé en vue d'obtenir le résultat redouté par le législateur (Dreyer, 2021, p. 752[3] ; Mayaud, 2021, p. 301 ; Pageaud, 1950 ; Roux, 1927, p. 156 ; Rassat, 2017, n° 315 ; Pin, 2022, n° 205) : l'agent agit dans l'objectif de porter atteinte à la valeur pénalement protégée. Néanmoins, la volonté d'atteindre le résultat redouté n'est pas toujours[4] exigée pour les infractions formelles, ce qui a conduit un auteur à définir plus prudemment l'intention comme « une volonté tendue vers tout ce qui participe des données de définition de l'incrimination » (Mayaud, 1995 ; Garçon, 1956, article premier, n° 77 ; Decocq, 1971, p. 208 ; Puech, 1988, n° 515 et suiv.). Par exemple, le meurtre[5] est une infraction matérielle en ce qu'elle exige pour sa consommation la caractérisation du résultat redouté[6] qu'est la mort d'autrui. Au titre de l'intention, l'auteur devra par conséquent avoir eu la volonté d'atteindre ce résultat. En revanche, la non-assistance à personne en danger[7] est une infraction formelle en ce qu'elle n'exige pas la survenance du résultat redouté (la mort par exemple, si tel était le danger) pour être consommée. Au titre de l'intention, il n'est donc pas exigé que l'auteur ait voulu ce résultat.

3 La variabilité de ces données de définition de l'incrimination a pu conduire la doctrine à décomposer l'intention en un dol général et un éventuel dol spécial. La difficulté de cerner la définition de l'intention serait ainsi contournée par le biais d'une définition de ses composantes. Le dol général est souvent considéré comme le reflet de la matérialité de l'infraction dans l'esprit de l'auteur (Dreyer, 2021, p. 750 ; Merle, Vitu, 1997, p. 741). D'autres auteurs (Pereira, 2017 ; Detraz, 2014, p. 63 et suiv.) le qualifient comme « la volonté et la conscience de l'acte », ce qui semble exclure du dol général la volonté du résultat redouté. Quant au dol spécial, il suppose selon certains auteurs la prise en compte d'un mobile spécifique chez l'agent (Rousseau, 2009, n° 151)[8], alors que d'autres auteurs le définissent comme la volonté chez l'agent d'atteindre le résultat redouté (Dreyer, 2021, n° 950). Au regard de cette dernière conception, un auteur précise

que « le dol spécial est inclus dans le dol général » pour les infractions matérielles, et se « distingue du dol général » en s'ajoutant à lui pour les infractions formelles (Dreyer, 2021, n° 950). Cela témoigne d'un attachement de la doctrine à l'idée selon laquelle, pour les infractions matérielles ou formelles, l'intention devrait toujours supposer une volonté chez l'agent d'atteindre le résultat redouté (Mayaud, 2021, n° 254).

4 Or, il ressort de la jurisprudence que, pour certaines infractions intentionnelles, l'élément psychologique est caractérisé dès lors que l'agent a volontairement adopté son comportement et qu'il ne pouvait ignorer les conséquences qui en ont résulté. Il ne s'agit donc pas d'exiger la volonté du résultat redouté, mais seulement l'acceptation de sa survenance certaine. Il est vrai que la jurisprudence fait parfois preuve d'une certaine souplesse dans la façon d'établir la preuve de l'intention, ce qui l'amène à en réduire le contenu. D'après un auteur (Dreyer, 2021, n° 938), « la Cour de cassation finit par conclure qu'il suffit que la matérialité des faits ne soit pas contestée pour que l'intention coupable puisse être admise » dès lors que l'agent a agi en « connaissance de cause »[9]. Cette dernière expression renvoie à l'idée d'une vision éclairée de la situation, laquelle implique la conscience chez l'agent des conséquences de son action. Néanmoins, cela ne signifie pas nécessairement que l'agent a agi en recherchant ces conséquences. Il n'est bien évidemment pas question d'imprudence lorsque l'agent adopte un comportement infractionnel en ayant la certitude du résultat qui en découlera, quand bien même ce n'est pas ce résultat qui a motivé son action. Mais, en cette hypothèse, faut-il vraiment parler d'hostilité à la valeur protégée par l'incrimination ? La distance qui sépare la pratique et cette théorie témoigne peut-être d'un besoin de revenir sur la seconde pour mieux rendre compte de la première.

5 Si le dénominateur commun aux infractions intentionnelles est davantage l'acceptation du résultat redouté que la volonté de ce résultat (1), il est possible d'envisager une classification tripartite de la psychologie infractionnelle à l'aune de la valeur protégée (2).

1. L'acceptation du résultat, dénominateur commun aux infractions intentionnelles

6 Bien que l'intention soit souvent considérée dans la doctrine comme impliquant la volonté du résultat redouté chez l'agent, elle est souvent réduite à l'acceptation de ce résultat dans la jurisprudence. Certains auteurs ont d'ailleurs pu considérer que l'intention engage davantage l'intelligence que la volonté de l'agent (Donnedieu de Vabres, 1947, n° 126 ; Rousvoal, 2011, n° 297[10]).

7 S'agissant des infractions formelles, cette réduction du contenu de l'intention est en réalité assez cohérente. Dès lors que la survenance du résultat redouté n'est pas une donnée constitutive de l'infraction (et si la loi n'exige pas expressément une volonté chez l'agent d'atteindre ce résultat), seule la volonté du comportement est théoriquement exigée (Mayaud, 1995). Pour le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical, la Cour de cassation a bien précisé que « l'élément intentionnel du délit poursuivi se déduit non du but recherché par l'intéressé, mais du caractère volontaire des mesures qu'il a prises[11] ». Or, si la volonté du comportement n'implique pas nécessairement la volonté du résultat, elle implique au moins l'acceptation du résultat chez l'individu suffisamment éclairé, lorsque ce résultat est la conséquence logique du comportement adopté. En matière d'entrave aux institutions représentatives du personnel, la Cour de cassation a ainsi approuvé l'arrêt d'une cour d'appel n'ayant pas retenu l'élément psychologique de l'infraction car l'auteur n'avait « pas pensé porter atteinte au fonctionnement régulier des institutions représentatives du personnel[12] ». Certes, la matérialité d'une infraction formelle permet parfois d'extérioriser une volonté du résultat redouté[13] mais, selon la jurisprudence, elle doit à tout le moins mettre en lumière une conscience de ce résultat chez l'auteur pour faire jouer la répression.

8 Dans le cadre des infractions matérielles, le résultat redouté est une donnée constitutive de l'infraction. Si le dol général suppose un reflet du résultat dans l'esprit de l'agent, est-il exigé que ce résultat ait été recherché par l'auteur ? Autrement dit, l'auteur doit-il avoir eu la volonté du résultat, ou avoir seulement accepté qu'il se produise ?

Lorsque le comportement adopté ne peut avoir eu d'autre motif que l'atteinte à la valeur qui en a résulté, il est certain que la volonté du comportement implique chez l'agent une volonté du résultat. En matière de meurtre, celui qui porte volontairement un coup dont il sait qu'il est mortel ne peut qu'avoir souhaité porter atteinte à la vie d'autrui. La question se pose surtout dans l'hypothèse d'un comportement qui, bien que de nature à léser la valeur protégée, n'est pas motivé par la lésion de cette valeur. Tel peut être le cas de celui qui procure de la drogue à un ami afin de passer un moment festif avec lui, et non dans l'objectif de léser son intégrité. Ce comportement, susceptible d'entrer dans les prévisions de l'incrimination d'administration de substances nuisibles[14], doit-il impliquer la volonté chez l'agent de léser l'intégrité de la victime pour être punissable ? En la matière, deux arrêts de la Cour de cassation de 2019 et de 2021 illustrent une hésitation entre l'intention « volonté du résultat » et l'intention « acceptation du résultat ». Dans l'affaire de 2019[15], une personne avait fourni de la drogue dans un cadre festif à l'une de ses amies. Cette dernière est décédée pour en avoir trop consommé, et la personne ayant fourni le produit a été mise en examen pour administration de substances nuisibles ayant entraîné la mort sans intention de la donner. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en se fondant sur l'appréciation souveraine des juges du fond, selon lesquels l'auteure devait plutôt être renvoyée devant un tribunal correctionnel pour le délit d'homicide involontaire, car elle n'avait eu aucune « intention malveillante ». Quand bien même l'intention de donner la mort n'est pas exigée ici, l'administration de substances nuisibles suppose en toute hypothèse la volonté d'atteindre le résultat commun à l'ensemble des violences, à savoir l'atteinte à l'intégrité de la victime. Telle est bien la conception de l'intention retenue par la Cour dans cet arrêt de 2019, car l'intention malveillante supposerait que l'auteure ait fourni les produits dans l'objectif de léser l'intégrité de son amie. En revanche, dans l'affaire de 2021[16] et pour des faits assez similaires[17], la Cour de cassation a considéré que la « connaissance, par l'auteur des faits, du caractère nuisible de la substance qu'il administre » suffit pour caractériser l'intention exigée. Cette connaissance du caractère nuisible de la substance permet de déduire l'acceptation par l'auteur de l'atteinte à l'intégrité de la victime, mais n'implique nullement la volonté de cette atteinte. S'il ne s'agit pas réellement en cette hypothèse d'une hostilité à la valeur

protégée, ni davantage d'une imprudence, c'est qu'il existe une troisième forme d'état d'esprit chez l'auteur d'infraction.

2. Imprudence, indifférence ou hostilité à l'égard de la valeur protégée

9 Au regard de ce qui distingue les infractions intentionnelles et non intentionnelles, certains auteurs ont précisé que les premières supposent chez l'agent une hostilité à la valeur protégée par l'incrimination, tandis que les secondes supposent une indifférence à cette valeur (Decocq, 1971, p. 207 et suiv. ; Mayaud, 2021, p. 313). Or, il a été souligné qu'au vu de la jurisprudence, les infractions intentionnelles englobent en réalité deux états d'esprit possibles chez l'agent : la volonté du résultat ou l'acceptation de ce résultat. S'il ne fait aucun doute que la volonté du résultat redouté témoigne d'une hostilité à la valeur protégée, il semble que l'indifférence à la valeur doive concerner les hypothèses dans lesquelles l'agent accepte le résultat sans l'avoir pour autant recherché. Les infractions non intentionnelles supposent alors davantage une imprudence à l'égard de la valeur.

10 Si les notions d'hostilité, d'indifférence ou d'imprudence semblent utiles afin de qualifier l'état d'esprit d'un auteur d'infraction à l'aune de la valeur protégée, encore faut-il s'entendre sur ce qu'elles signifient. L'hostilité à la valeur suppose que l'auteur d'infraction agisse dans l'objectif de léser cette valeur. Son comportement n'est qu'un moyen d'y parvenir. Tel est le cas de celui qui, souhaitant la mort d'une personne, lui donne un coup de couteau dans le cœur. L'indifférence à la valeur caractérise plutôt l'état d'esprit de celui qui, ayant conscience de l'atteinte à la valeur que son comportement va engendrer, décide malgré tout d'adopter ledit comportement. En cette hypothèse, l'objectif de l'auteur d'infraction n'est pas de léser la valeur, il est ailleurs. Néanmoins, l'auteur sait que la valeur sera atteinte et l'accepte. L'imprudence à l'égard de la valeur caractérise enfin l'état d'esprit de celui qui, ayant conscience du risque d'atteinte à la valeur que son comportement va engendrer, décide tout de même d'agir en espérant que la valeur ne sera pas atteinte. Ici,

l'auteur d'infraction agit en prenant le risque de léser la valeur en jeu, mais s'abstiendrait d'agir s'il était certain de l'atteinte à cette valeur. C'est en cela que l'agent imprudent se distingue de l'agent indifférent.

11 Il paraît alors excessif d'évoquer une indifférence à la valeur protégée chez l'auteur d'une infraction non intentionnelle, car cela signifierait par exemple que la vie d'autrui n'importe pas pour l'agent ayant causé un décès par négligence ou imprudence. Même en l'hypothèse d'une faute d'imprudence délibérée ou caractérisée, il y a lieu de penser que les conséquences susceptibles d'en résulter pourraient être perçues comme tragiques pour l'auteur de la faute. L'on peut alors s'interroger sur le délit de mise en danger d'autrui[18], souvent considéré comme non intentionnel[19] (Rousseau, 2009, n° 22), dont un auteur (Mayaud, 1995) considère qu'à l'instar du crime d'empoisonnement, il suppose chez l'agent une « vue du dommage ». Cela semble renvoyer aux infractions intentionnelles pour lesquelles l'agent, en adoptant son comportement, a conscience du résultat sans pour autant l'avoir recherché. Or, l'auteur (Mayaud, 1995) précise bien qu'il ne s'agit que de la vision d'un risque, et non d'un résultat certain. D'après un autre auteur (Besse, 2019), le délit de mise en danger est l'infraction d'un agent qui, « sans chercher la production d'un résultat dommageable, a cependant envisagé celui-ci comme étant éventuellement réalisable et a persisté dans son action en comptant sur son adresse ou sur la chance ». Or, compter sur son adresse ou sur la chance, c'est préférer éviter le dommage. L'agent qui préfère éviter de porter atteinte à une valeur n'est pas indifférent à cette dernière. L'on peut en revanche affirmer que l'agent est imprudent – voire gravement imprudent – à l'égard de la valeur en question.

12 L'on pourrait tenter d'illustrer l'indifférence à la valeur avec l'exemple de l'agent qui, se sachant porteur du virus de l'immunodéficience humaine (VIH) et n'en avertissant pas son partenaire, a une relation sexuelle non protégée avec lui. Bien que la doctrine (Rousseau, 2013 ; Ollard, 2016 ; Besse, 2019) ait souligné l'incertitude d'une contamination en cette hypothèse, l'infraction généralement appliquée dans la jurisprudence est l'administration de substances nuisibles[20]. Il est fort possible que l'agent agisse pour le plaisir d'avoir une relation sexuelle non protégée, et non dans l'objectif de porter atteinte à l'intégrité du partenaire (Besse, 2019)[21]. Si le délit d'administration de substance nuisible est retenu – ce qui suppose une contamination

effective de la victime –, l'on peut tout au plus considérer que l'agent avait accepté le dommage qui allait résulter de son comportement (encore faut-il que, dans l'esprit de l'agent, la contamination ne soit pas probable mais certaine). L'agent qui est certain de contaminer son partenaire est à tout le moins indifférent à l'intégrité de ce dernier [22]. Il en va de même s'agissant du délit de non-assistance à personne en danger [23], pour lequel l'omission peut être motivée par le seul souhait de ne pas s'impliquer : face à une personne dont il est certain qu'elle périra si aucune aide ne lui est apportée (une personne en train de se noyer, par exemple), l'agent qui s'abstient d'intervenir directement ou d'appeler des secours est à tout le moins indifférent à la vie de cette personne [24].

13 En résumé, la distinction entre imprudence, indifférence et hostilité à l'égard de la valeur permet de refléter la distinction entre conscience d'un risque, acceptation de sa réalisation et volonté qu'il se réalise. Or, ce n'est pas toujours cette dernière qui est sanctionnée au titre d'une infraction intentionnelle, sauf à considérer que de l'acceptation du résultat pourrait toujours se déduire une volonté du résultat. À propos d'une affaire [25] dans laquelle un individu ayant laissé aboyer ses chiens a été condamné pour délit d'agressions sonores en vue de troubler la tranquillité d'autrui [26], un auteur a précisé que, « même s'il n'agissait pas dans ce seul but, le caractère inévitable des aboiements interdisait au prévenu de soutenir qu'il n'avait pas accepté la nuisance et donc voulu qu'elle se produise » (Dreyer, 2021, n° 951). Un auteur a également pu souligner, s'agissant de la transmission du VIH par voie sexuelle, qu'« agir en ayant la certitude d'administrer le VIH, c'est avoir la volonté de contaminer la victime » (Ollard, 2016). Bien qu'un tel raisonnement permette de redonner au contenu de l'intention une dimension uniforme, il consiste à assimiler l'acceptation d'un dommage au désir de sa survenance [27], et partant à considérer que l'indifférence équivaut à l'hostilité envers la valeur protégée. Cette assimilation peut se comprendre lorsqu'il s'agit de rapporter la preuve de l'intention, sachant que la matérialité n'extériorise pas toujours un désir chez l'agent de léser la valeur en jeu. Ainsi, sauf à ce qu'un mobile spécifique soit exigé par la loi, l'intention est établie dès lors que l'agent, qui ne conteste pas la matérialité, a agi en connaissance de cause. Mais plutôt qu'assimiler l'acceptation d'un dommage au désir qu'il se produise, ne devrait-on pas considérer que c'est à

tout le moins l'indifférence à l'égard des valeurs protégées[28] qui est sanctionnée au titre des infractions intentionnelles ?

BIBLIOGRAPHY

Bernardini R., 1976, *L'intention coupable en droit pénal*, thèse, Nice

Besse T., 2019, « Répression pénale des conduites sexuelles à risque dissimulé : une situation (toujours) satisfaisante ? », *Recueil Dalloz*, p. 1149

Conte Ph., 2019, *Droit pénal spécial*, 6e éd., Paris, LexisNexis

Dana A.-C., 1982, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, LGDJ

Decocq A., 1971, *Droit pénal général*, Paris, Armand Colin

Detraz S., 2014, « L'intention coupable est-elle encore le principe ? », dans L. SAENKO, *Le nouveau Code pénal vingt ans après : état des questions*, Paris, LGDJ

Donnedieu de Vabres H., 1947, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3e éd., Paris, Sirey

Dreyer E., 2021, *Droit pénal général*, 6e éd., Paris, LexisNexis

Ferreira V., 2018, *Essai sur l'intention coupable en droit pénal*, thèse, Rennes 1

Garçon E., 1956, *Code pénal annoté*, Paris, Sirey

Garraud R., 1913, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, 3e éd., Paris, Sirey

Giudicelli A., 2005 « Incertitudes sur les frontières de l'intention », dans *Dix and après la réforme de 1994, quels repères dans le Code pénal ?*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. XXIV, Paris, Éditions Cujas

Leroy J., 2020, *Droit pénal général*, 8e éd., Paris, LGDJ

Mayaud Y., 2021, *Droit pénal général*, 7e éd., Paris, PUF

Mayaud Y., 1995, « L'empoisonnement, une logique de mort », *RSC*, p. 347

Merle R., Vitu A., 1997, *Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7e éd., Paris, Éditions Cujas

Moine-Dupuis I., 2001, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », *Recueil Dalloz*, chron. 2144

Ollard R., 2016, « De l'opportunité de la pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle : analyse de droit comparé », *RSC*, p. 37

Pageaud P.-A., 1950, « La notion d'intention en droit pénal », *JCP*, I, n° 876

Pereira B., 2017, « Responsabilité pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, p. 1-18

Pin X., 2022, *Droit pénal général*, 13e éd., Paris, Dalloz

Puech M., *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988

Rassat M.-L., 2017, *Droit pénal général*, 4e éd., Paris, Ellipses

Rousseau F., 2013, « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des "scandales sanitaires" », *Dr. pén.*, étude 11

Rousseau F., 2009, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, thèse, Paris, Dalloz

Rousvoal L., 2011, *L'infraction composite. Essai sur la complexité en droit pénal*, thèse, Rennes 1

Roux J.-A., 1927, *Cours de droit criminel français*, t. 1, 2e éd., Paris, Sirey

Wagner E., 1976, *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, thèse, Clermont-Ferrand

NOTES

1 La psychologie de l'auteur est en principe indifférente en matière contraventionnelle. Il existe cependant une exception, lorsque la contravention se rattache à un type d'infraction pour lequel une volonté est exigée (Mayaud, 2015, p. 279). Tel est notamment le cas des violences contraventionnelles (art. R. 624-1 et R. 625-1 CP), lesquelles sont rattachées aux violences.

2 Il s'agit de la valeur que le législateur souhaite protéger en rédigeant l'incrimination. Par exemple, l'incrimination du meurtre vise à protéger la valeur vie.

3 Selon E. Dreyer (2021), cette exigence s'applique aux infractions matérielles et formelles, en ce qu'elles sont définies « par référence à un résultat » (pour les infractions obstacle, seule l'intelligence et la volonté du comportement suffisent).

4 Car la survenance du résultat redouté n'est pas exigée pour les infractions formelles. Si la Cour de cassation (Cass.) exige la volonté de tuer chez l'auteur d'un empoisonnement (voir Cass. crim., 18 juin 2003, *JCP*, 2003, II, 10121, note M.-L. Rassat), elle n'exige pas la volonté d'une dégradation des conditions de travail de la victime chez l'auteur d'un harcèlement moral au travail (voir, notamment, Cass. crim., 19 juin 2018, n° 17-86.737).

5 Article 221-1 CP.

6 Il convient de distinguer entre le résultat redouté et le résultat légal. Le résultat redouté suppose l'atteinte effective à la valeur que le législateur souhaite protéger et n'est exigé que pour les infractions matérielles. Par exemple, dans le cadre de l'empoisonnement (art. 221-5 CP), qui est une infraction formelle visant à protéger la valeur « vie », le résultat redouté (la

mort) n'est pas exigé pour que l'infraction soit pleinement consommée. En revanche, cette infraction suppose la survenance du résultat légal qu'est l'ingestion de la substance par la victime. Le résultat légal permet de distinguer entre l'infraction pleinement consommée et l'infraction tentée (Mayaud, 2021, n° 288).

7 Article 223-6, al. 2 CP.

8 Selon cette conception, le dol spécial n'est exigé que pour certaines infractions intentionnelles telles que l'abus de biens sociaux.

9 Voir, par exemple, Cass. crim., 8 mars 2006, n° 08-85.276. La Cour de cassation précise que, pour le délit de favoritisme prévu à l'article 432-14 du Code pénal, l'élément intentionnel suppose « l'accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics ».

10 Pour cet auteur, l'intention suppose moins une volonté du résultat qu'une conscience de ce résultat.

11 Cass. crim., 15 février 1994, n° 92-84088.

12 Cass. crim., 8 octobre 2002, n° 02-81177, *Droit social*, 2003, p. 143, obs. F. Duquesne.

13 Un auteur (Mayaud, 1995) considère qu'en matière d'empoisonnement, la conscience chez l'agent du caractère mortel de la substance volontairement administrée extériorise assez logiquement la volonté de tuer. La Cour de cassation a néanmoins pu considérer dans un arrêt que « la seule connaissance du pouvoir mortel de la substance administrée ne suffit pas à caractériser » l'intention homicide, voir Cass. crim., 2 juillet 1998, n° 98-80.529, *Bulletin criminel* (*Bull. crim.*), n° 211, *Dalloz*, 1998, p. 457, note J. Pradel.

14 Article 222-15 CP.

15 Cass. crim., 7 août 2019, n° 19-83395, non publié au *Bulletin*.

16 Cass. crim., 23 mars 2021, n° 20-81713, *Droit pénal* (*Dr. pén.*), 2021, n° 86, obs. Ph. Conte ; *AJ Pénal*, 2021, p. 261, obs. S. Douider.

17 Dans l'affaire de 2021, la victime pensait néanmoins boire un thé normal et n'avait donc pas conscience d'ingérer de la drogue. Cette différence pourrait expliquer la moindre sévérité des juges dans l'affaire de 2019, si l'on considère qu'une substance nuisible ingérée sciemment exclut tout acte d'administration. Ce n'est cependant pas sur le terrain de la matérialité que

se sont placés les juges dans l'affaire de 2019 pour écarter l'administration de substances nuisibles, mais plutôt sur celui de l'objectif visé par l'auteure.

18 Article 223-1 CP.

19 La nature de ce délit – intentionnel ou non intentionnel – fait néanmoins débat dans la doctrine. Cela dépend du risque – abstrait ou concret – que l'on prend en considération (Conte, 2019, n° 25 ; Rousseau, 2009, n° 22).

20 Voir, par exemple, Cass. crim., 10 janvier 2006, n° 05-80.787 ; Cass. crim., 5 mars 2019, n° 18-82.704, *Dr. pén.*, 2019, n° 80, obs. Ph. Conte.

21 Il reste néanmoins possible qu'un agent ait une relation sexuelle non protégée dans l'objectif de contaminer son partenaire. En ce cas, l'acte sexuel serait un moyen et non une fin.

22 En revanche, l'agent ayant conscience du caractère seulement potentiel de la contamination pourrait être considéré comme imprudent à l'égard de cette valeur. En cette hypothèse, un auteur (Ollard, 2016) a souligné qu'il serait contestable d'évoquer une infraction intentionnelle.

23 Article 223-6, al. 2 du CP.

24 En revanche, si l'agent a seulement conscience d'un risque de mort pour la personne en danger, il est contestable d'évoquer une infraction intentionnelle. Voir, par exemple, Cass. crim., 16 septembre 1992, *Dr. pén.*, 1993, n° 78, obs. M. Véron, concernant des participants à un jeu de « roulette russe » n'ayant pas fait cesser le jeu alors que l'un d'eux était en danger de mort. Cela s'apparente à la faute caractérisée définie à l'article 121-3 CP que commet celui qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer.

25 Cass. crim., 2 juin 2015, *Bull. crim.*, n° 135, *Dr. pén.*, 2015, comm. 135, obs. Ph. Conte ; *Gazette du Palais*, 9-11 août 2015, p. 24, obs. S. Detraz.

26 Article 222-16 CP.

27 Sauf peut-être à considérer, d'après un auteur (Rousseau, 2009, n° 77), qu'il n'est pas question d'une « volonté/désir », mais plutôt d'une « volonté/liberté », laquelle renvoie à la « faculté de se déterminer librement à l'action ».

28 Dans le cadre des infractions intentionnelles, un auteur (Leroy, 2020, n° 415) évoque le « mépris » de la valeur protégée. Ce terme semble plus proche de l'idée d'une indifférence que de celle d'une hostilité.

ABSTRACT

Français
L'intention en droit pénal est généralement considérée comme la volonté du résultat de l'infraction. Elle témoignerait donc d'une hostilité à la valeur protégée par le texte d'incrimination. Or, l'intention est parfois réduite à la seule conscience de la survenance de ce résultat chez l'auteur d'infraction, ce qui témoigne davantage d'une indifférence à la valeur protégée. L'infraction non intentionnelle suppose quant à elle une imprudence à l'égard de la valeur. Il semble alors possible d'établir une classification tripartite de la psychologie d'un auteur d'infraction à l'aune de la valeur protégée par l'incrimination : l'imprudence, l'indifférence ou l'hostilité à l'égard de la valeur protégée. Cette classification refléterait la distinction entre conscience d'un risque, acceptation de sa réalisation et volonté qu'il se réalise.

INDEX

Keywords
infraction, intention, élément moral, responsabilité pénale, valeur protégée, volonté du résultat, acceptation du résultat

AUTHOR

Pierre Rousseau
Docteur en droit privé et sciences criminelles, enseignant-chercheur contractuel, Université de Nantes, Droit et changement social (DCS – UMR CNRS 6297) ;
pierre.rousseau@univ-nantes.fr