

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

1 | 2022

https://lodelpreprod.univ-rennes2.fr/amplitude-droit/index.php?id=85

Référence électronique
« 1 », *Amplitude du droit* [En ligne], mis en ligne le 18 mars 2022, consulté le 26 septembre 2026. URL : https://lodelpreprod.univ-rennes2.fr/amplitude-droit/index.php?id=85

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

: https://v.calameo.com/?bkcode=0069682465bd0ad56a75e

Le comité de rédaction est heureux de vous présenter le premier numéro de la revue *Amplitude du droit* dont le sommaire traduit l'ambition : la diversité thématique et des objets de recherche, l'ouverture disciplinaire et internationale, la liberté des regards et des formats. Au sommaire, deux entretiens, un dossier thématique et plusieurs articles *varia*.

Entretiens

Jean-Romain Ferrand-Hus, Claire Visier et Anne Hamonic
Entretien croisé à propos du Sofagate

Jean Danet
Entretien avec M. Jean Danet, membre de la mission Guigou sur la présomption d'innocence

Dossier - Covid-19, droit(s) et action publique

Sous la coordination de Josépha Dirringer et Marie Mesnil

Josépha Dirringer et Marie Mesnil
Introduction. Covid-19, droit et action publique

Sophie Dumas-Lavenac
Les recherches impliquant la personne humaine à l'épreuve de la crise sanitaire

Hélène Muscat
Le télétravail dans la fonction publique : la poussée liée au contexte Covid-19

Katell Richard
La négociation collective des congés payés dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire

Josépha Dirringer, Marie Mesnil, Philip Milburn et Laurent Rousvoal
L'incidence de la crise sanitaire sur l'activité des praticiens du droit. Enjeux, méthodes et premières hypothèses d'une enquête interdisciplinaire

Josépha Dirringer
Regards sur les petites sources du droit du travail en temps de crise sanitaire

Fulgence Koffi
Mesures de lutte contre la Covid-19 et droits de l'homme en Afrique de l'Ouest : de l'insuffisance de la protection à l'exacerbation des violations des droits de l'homme

Louis Hill
L'exception deviendra-t-elle la règle ? Analyse juridique du phénomène de pente glissante

Varia

Romain Juston Morival
L'amplitude du droit, ressource pour la sociologie ? Réflexions à partir d'une enquête sur la médecine légale

Pierre Rousseau
Réflexions autour de la distinction entre nécessité et proportionnalité

Florent Berthillon
La RSE au cœur de la concurrence normative : pour une approche intégrée de ses sources

Serge Surin
Le renouveau de la promesse du vote électronique. Étude du vote par chaîne de blocs au regard du système électoral français

Stéphanie Berthomé-Lelaure
Une convention d'expérimentation territoriale, soutien aux parcours professionnels des personnes en situation de handicap

Entretiens

Entretien croisé à propos du Sofagate

Jean-Romain Ferrand-Hus, Claire Visier et Anne Hamonic

PLAN

1. La représentation internationale complexe de l'Union européenne à la lecture des traités
2. Comment, dès lors, analyser l'épisode du Sofagate ?

TEXTE

« Sofagate ». C'est le nom donné à l'épisode qui, lors d'une rencontre officielle en Turquie le 6 avril 2021, a vu la présidente de la Commission européenne, Ursula von der Leyen, contrainte de s'installer sur un canapé, à l'écart, alors que le président du Conseil européen, Charles Michel, occupait le siège positionné à côté de celui du président de la République de Turquie, Recep Tayyip Erdoğan. Reflet de la complexité juridique de la représentation internationale de l'Union européenne (UE ou Union), le Sofagate a également donné lieu à diverses interprétations dans le contexte des relations tendues entre l'Union européenne et la Turquie. Simple incident de protocole diplomatique ou véritable affront politique, aux relents sexistes ?

Après une rapide présentation par Anne Hamonic (A. H.) des règles applicables en matière de représentation de l'UE sur la scène internationale, Jean-Romain Ferrand-Hus (J. R. F. H.) et Claire Visier (C. V.) vous proposent leur analyse, à l'occasion d'un entretien croisé.

1. La représentation internationale complexe de l'Union européenne à la lecture des traités

A. H. : Dans les années 1970, le secrétaire d'État américain Henry Kissinger ironisait : « L'Europe, quel numéro de téléphone ? » En 2012, c'est un trio de présidents (du Parlement européen, de la Commission européenne et du Conseil européen) qui est venu recevoir le prix

Nobel de la paix décerné à l'Union, mais la présence de la Haute représentante de l'UE pour les affaires étrangères et la politique de sécurité (HR) et du président de l'État membre assurant alors la présidence du Conseil de l'UE (la Grèce) avait aussi été suggérée…

Au carrefour du juridique et du politique, et comportant une part de symbolique, la représentation internationale de l'Union est une question complexe. En dépit d'une volonté affichée de simplification, le traité de Lisbonne, entré en vigueur en 2009, a maintenu une représentation multicéphale de l'Union, corollaire de sa nature juridique sui generis En effet, tout en constituant l'archétype de l'organisation d'intégration supranationale disposant de compétences propres importantes (en matière commerciale par exemple), l'Union continue d'exercer l'une de ses compétences – la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) – selon la méthode de la coopération intergouvernementale. De cette hybridité découle une double représentation selon les traités : dans le domaine de la PESC, le représentant de l'Union sur la scène internationale est issu de ses institutions intergouvernementales (le Conseil européen et le Conseil de l'Union) ; dans les autres champs de compétence, l'Union est représentée par la Commission européenne (art. 17, § 1, TUE [1]).

Intervient ensuite la détermination de l'identité du représentant, qui va dépendre du « niveau » de l'événement. Pour les réunions et rencontres « au quotidien », l'Union est représentée à l'étranger par les membres de ses délégations (art. 221 TFUE [2]). Pour les rencontres de niveau ministériel, en principe, c'est le haut représentant (HR) qui incarne l'Union et s'exprime en son nom sur les questions relevant de la PESC ; pour les autres domaines de compétences de l'Union, c'est en revanche le rôle des commissaires, chacun sur les sujets relevant de son portefeuille. Enfin, pour les rencontres « de haut niveau », c'est-à-dire celui des chefs d'État ou de gouvernement, l'Union est habituellement représentée par le président du Conseil européen sur les sujets PESC (art. 15, § 6, TUE) et par la présidente de la Commission européenne pour les autres thématiques. Ainsi, du point de vue du droit, président du Conseil européen et présidente de la Commission européenne sont des représentants officiels de l'UE, qui peuvent être présents tous les deux lorsque, à l'occasion d'une rencontre de haut niveau, doivent être abordées différentes questions qui relèvent

à la fois de la PESC et d'autres politiques de l'Union. Ils sont alors deux représentants de l'Union de même niveau.

Encadré : La question de la représentation dans les traités

Article 15, § 6, al. 2, TUE
« Le président du Conseil européen assure, à son niveau et en sa qualité, la représentation extérieure de l'Union pour les matières relevant de la politique étrangère et de sécurité commune, sans préjudice des attributions du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité. »

Article 17, § 1, TUE
« […] À l'exception de la politique étrangère et de sécurité commune et des autres cas prévus par les traités, [la Commission européenne] assure la représentation extérieure de l'Union. »

Article 27, § 2, TUE
« Le haut représentant représente l'Union pour les matières relevant de la politique étrangère et de sécurité commune. Il conduit au nom de l'Union le dialogue politique avec les tiers et exprime la position de l'Union dans les organisations internationales et au sein des conférences internationales. »

Article 221 TFUE
« Les délégations de l'Union dans les pays tiers et auprès des organisations internationales assurent la représentation de l'Union. »

2. Comment, dès lors, analyser l'épisode du Sofagate ?

Amplitude du droit : On a parlé pour le Sofagate d'un incident de protocole. Qu'est-ce que le protocole en relations internationales et quel poids revêt-il dans l'action diplomatique ?

J. R. F. H. : Si elle peut donner matière, sur le plan de l'analyse politique, à une multitude de réactions, d'interprétations voire de prédictions – ce qu'elle n'a d'ailleurs pas manqué de faire –, l'affaire du Sofagate n'est pas difficile à caractériser du point de vue strictement diplomatique : elle constitue en effet un exemple typique d'incident protocolaire, de nature à générer – ce qu'elle n'a pas manqué de faire non plus – un incident diplomatique. La diplomatie, classiquement entendue comme science et pratique des relations entre États, s'est construite en s'appuyant sur un corps de règles imposant à ses acteurs un « code des relations » intéressant aussi bien leur corps, leur expression orale et écrite que les biens mobiliers et immobiliers qui interviennent dans l'exercice leur activité. C'est cet ensemble de règles et de pratiques que l'on désigne classiquement sous le nom de protocole diplomatique. Le protocole diplomatique a pour fonction de contenir au maximum l'expression parfois brutale des rapports de force. Pendant très longtemps, le protocole diplomatique, quoiqu'extrêmement réglé, était de nature coutumière. Ce n'est qu'au milieu du XXe siècle que des codes des relations et immunités diplomatiques ont vu le jour pour les agents diplomatiques et consulaires.

Si l'on s'intéresse précisément au cas de la Turquie, l'on notera d'abord que la présence de représentants européens dans l'Empire ottoman (on ne parle pas encore de diplomates, ce terme n'étant généralisé qu'à la fin du XVIIIe siècle) remonte au milieu du XVe siècle. Il reste de cette première période le souvenir d'usages que les diplomates et observateurs européens du XIXe et XXe – qui ne les ont pourtant pas connus –, ont complaisamment rapportés. De nombreux récits font ainsi ressortir que, jusqu'au début du XVIIIe siècle, le protocole auquel ceux-ci devaient se plier était assez humiliant. Le sultan estimant n'avoir aucun équivalent parmi les princes européens, l'un de ces usages consistait, lors d'une audience mettant en présence un représentant européen et le sultan, à présenter au premier une

chaise très basse au dossier inconfortable, voire un simple tabouret. Là est toute la subtilité du protocole : canaliser l'expression brutale des rapports de force certes, mais rendre néanmoins perceptible, à travers le protocole même, l'existence d'un rapport de force.

C. V. : « L'étiquette », nous paraît aujourd'hui un concept désuet, renvoyant à des mœurs d'un autre temps. Pourtant, le protocole tel que le définit Jean-Romain demeure essentiel en tant que symbolique qui exprime les hiérarchies et les classements de l'ordre politique, contribuant ainsi à le mettre en scène et à le légitimer. Or, des recherches [Foret, 2003] ont montré que, dans le système polycentrique de l'Union européenne où le partage des compétences a été pensé pour qu'aucune institution ne puisse prendre le pouvoir sur l'autre, la question de la hiérarchie s'avère particulièrement complexe. C'est pourquoi le protocole reste faiblement codifié. Une analyse comparée des photos des Conseils européens révèle par exemple que les préséances tacitement admises peuvent être bousculées. Cette flexibilité permet une adaptation aux réalités d'un système original, fait d'un enchevêtrement d'ordres politiques. Elle a toutefois un coût diplomatique. Ainsi, la présence de multiples visages pour incarner l'Union européenne sur la scène internationale est souvent considérée comme une faiblesse, en ce qu'elle donne à voir un ordre inachevé. Cela peut être problématique au niveau international comme ce fut le cas à l'occasion du Sofagate.

Loin d'être laissée à la seule organisation de la puissance invitante et au bon vouloir de son dirigeant, toute visite diplomatique est précédée d'une mission préparatoire. Le réglage jusque dans les moindres détails des déplacements, de la disposition des lieux, de la taille et de l'emplacement des sièges, de la place autour d'une table pour un repas, de l'emplacement des caméras et des lumières, donne lieu à une véritable négociation, parfois emprunte de rapports de force entre la puissance invitante et la puissance invitée. Que s'est-il passé en amont du Sofagate ? Chaque institution européenne dispose de son propre service du protocole mais, en raison de la Covid-19, le service de la Commission européenne ne s'est pas déplacé, laissant au service du Conseil le soin de la préparation de la rencontre. Ce dernier n'a pas eu accès à la salle avant la réunion officielle, s'il y avait eu accès, il aurait sans aucun doute été alerté par cette question du siège manquant. Il n'en reste pas moins qu'il ne s'est pas assez assuré

du rang réservé à l'autre institution européenne. Quant aux services protocolaires turcs, rien aujourd'hui ne permet de savoir s'il s'agit ou non de leur part d'une erreur intentionnelle. Certains commentateurs ont toutefois noté que jamais une telle situation ne s'était produite lors des différentes visites officielles en Turquie de la chancelière allemande Angela Merkel.

Quoi qu'il en soit, l'épisode a été considéré comme un camouflet international pour une Union européenne, incapable d'être unie face à l'adversité.

Amplitude du droit : Parmi les nombreuses réactions qui ont suivi l'incident du Sofagate, certaines ont pointé l'existence d'un sexisme. Quels sont la place et le rôle dévolus à la femme dans la diplomatie ?

J. R. F. H. : La question de l'existence ou non, en droit des gens, de coutumes ou d'usages régissant la place et le rôle tenus par les femmes dans le fonctionnement de la diplomatie est un angle mort persistant des études historiques consacrées aux acteurs des relations internationales. Il apparaît que la doctrine internationaliste est, au XIXe siècle – période à laquelle les grands traités et manuels se développent –, très silencieuse sur la question de la place et plus encore du rôle tenus par les femmes dans la diplomatie. Cette dernière étant exclusivement composée d'hommes, la doctrine internationaliste naissante décrit un univers et une pratique entièrement masculins.

Lorsque les femmes sont mentionnées, ce n'est qu'eu égard au protocole. Tout juste trouve-t-on dans le célèbre Guide diplomatique ou traité des droits, des immunités et des devoirs des ministres publics, des agents diplomatiques et consulaires d'Hoffmanns (paru en 1837) des modèles de dépêches, de lettres de créances, de lettres au souverain, de demande d'audience, de réponses, de congés, d'excuses (etc.) distincts selon que le destinataire est un prince ou une princesse régnante.

Il faut également souligner que, bien que le métier de diplomate ne cesse tout au long du XIXe siècle de se professionnaliser et d'être encadré par des statuts au sein de chaque État, les règles régissant le rapport des femmes avec l'institution diplomatique continuent à

relever de l'usage. Par ailleurs, une approche institutionnelle de la question du rôle et de la place des femmes dans la diplomatie n'est probablement pas suffisante pour rendre compte du rôle et de la place effectivement tenus par ces dernières. Jusqu'à la nomination d'Alexandra Kollontaï à la tête de la légation de l'Union soviétique à Oslo, en 1924, le rôle tenu par les femmes dans l'institution diplomatique paraît mineur puisqu'aucune femme n'assume la direction d'un poste diplomatique (ambassade, légation) ou consulaire. Ne pouvant bénéficier de lettres de créances, non accréditées et partant non soumises au statut de diplomates, les femmes ne sont, hormis les souveraines, princesses de sang, jamais des protagonistes officiels de la diplomatie. Elles y prennent évidemment part, mais soit indirectement, comme parentes ou épouses de diplomates et parce qu'elles ont leur place dans les lieux et formes de sociabilités où se pratique la diplomatie (salons, cercles, réceptions, etc.), soit très ponctuellement, à travers l'exercice de missions diplomatiques officieuses ou extraordinaires. Dans le premier cas, on peut citer l'exemple de la baronne Marie Durand de Fontmagne, à laquelle on doit des informations d'une rare précision sur l'état des rapports entre les agents diplomatiques français et anglais à Istanbul. Parente d'Édouard Thouvenel, qui représente alors le gouvernement de Napoléon III auprès du sultan, cette femme de la bonne société française réside de longs mois à l'ambassade de France. Elle est de la plupart des réceptions qui voient l'ambassadeur de France et son homologue anglais s'entretenir sur les réformes à préconiser au gouvernement ottoman. Elle rencontre parfois les ministres du sultan. Le récit de son séjour à Istanbul offre un témoignage personnel et critique sur les relations diplomatiques entre la Turquie et ses puissances garantes. La baronne, très libre d'esprit, dont la prose rappelle celle de Germaine de Staël, y discute les choix des agents diplomatiques, rapporte sur la base de ses propres observations ou du témoignage de l'ambassadeur de France les impairs et les accros qui ponctuent les audiences réunissant diplomates européens et ministres ottomans. Il est justement un de ces accrocs protocolaires qui n'est pas sans rappeler quelque peu notre affaire. L'auteure y narre avec délectation un épisode survenu dans le bureau de l'ambassadeur d'Angleterre, Lord Stratford de Redcliffe. Celui-ci a alors pour habitude, contrairement aux codes de conduite en la matière, de ne disposer dans son cabinet que d'un seul fauteuil à son propre usage. De telle sorte que toute

personne reçue par l'ambassadeur se doit, par la force des choses, de rester debout… jusqu'à ce que l'audace d'un de ses propres collaborateurs, un certain M. Alison, mette un jour fin à cette singulière pratique.

Ainsi, raconte la baronne :

> « La première fois qu'il fut appelé devant son chef, [M. Alison] commença par le saluer, puis regarda à droite et à gauche, et ne voyant aucun siège pour lui, il s'approcha de la table à écrire, écarta les papiers de la main et se fit une place qu'il occupa avec le plus grand sérieux. Le lendemain, il y eut des chaises dans le Cabinet de milord. » (Durand de Fontmagne, 1902).

La preuve que l'on peut être offensé et avoir un sens de l'à-propos. Mme Van der Leyen, piquée au vif, aurait-elle dû se lever pour venir se faire une place sur le fauteuil du président du Conseil européen ? L'incident n'en aurait certainement eu que plus d'éclat !

Quant aux missions diplomatiques confiées à des agents féminins, plusieurs exemples sont restés célèbres. Pour la période du Second Empire, la personnalité haute en couleur de la comtesse de Castiglione n'a jamais cessé de passionner les historiens [Craveri, 2021]. Chargée officieusement par Cavour de devenir la maîtresse de Napoléon III – mission dans laquelle elle triomphera notoirement – pour mieux vaincre les dernières réticences de l'empereur à soutenir la cause nationale italienne – tâche pour laquelle l'ampleur de son succès est plus discutée –, « la Castiglione » offre l'exemple typique d'une représentation désuète et sexiste du rôle tenu par les femmes dans la diplomatie. S'il est donné à ces dernières d'intervenir dans un monde où elles n'ont pas habituellement leur place, c'est en jouant de leurs « qualités » prétendument féminines, comprendre ici de leurs charmes. La figure de la « femme diplomate » se confond alors avec celle de l'aventurière. Elle suscite au sein de la société pudibonde du XIXe siècle tout un imaginaire où se mêlent réprobation et fascination. Plus intéressant car moins attendu est à mon sens l'exemple d'Hortense Cornu. Cette femme brillante et discrète, amie intime de Napoléon III, sera chargée par celui-ci de mobiliser ses réseaux d'influence en faveur de la candidature de Charles de Hohenzollern au trône de Roumanie en 1866 [Clivetti, 2012 ; Émerit, 1937 et 1939].

Fer de lance de cette ingérence française, Hortense Cornu a sans doute joué, dans l'ombre, un rôle plus conséquent dans l'histoire politique de la Roumanie et de l'Europe que certains diplomates et consuls français en poste à Bucarest à la même époque.

C. V. : Ce que je trouve intéressant dans l'épisode du Sofagate, c'est que la question de la place de la femme dans la diplomatie européenne ait été en quelque sorte mise en lumière par le truchement de R. T. Erdoğan. **L**es commentaires ont tous mis en exergue le sexisme du président turc, considéré comme rétrograde sur la question des femmes, et qui, quelques semaines avant l'incident, avait annoncé la sortie de la Turquie de la convention de lutte contre les violences faites aux femmes. Mais, loin de s'arrêter au président turc, la critique a rapidement englobé le président du Conseil européen, qui n'a rien fait pour remédier à l'erreur protocolaire. Bien que l'incident révèle avant tout le problème de la représentation de l'Union européenne à l'étranger, c'est sur le combat pour l'égalité homme/femme que U. Van der Leyen est revenue trois semaines plus tard, dans le discours qu'elle a prononcé au Parlement européen à propos de l'épisode. Elle y critique fermement la Turquie, mais ne dédouane à aucun moment C. Michel et s'en prend à un certain fonctionnement européen :

> « Je ne trouve rien dans les traités européens qui justifie la manière dont j'ai été traitée. Je suis donc forcée de conclure que c'est arrivé parce que je suis une femme. Pensez-vous cela se serait produit si j'avais porté un costume et une cravate ? Sur les photos des réunions précédentes, je n'ai pas vu qu'on ait manqué de siège. Mais de nouveau, je n'ai pas vu non plus la moindre femme sur ces images. […] Mesdames et Messieurs les Députés, beaucoup d'entre vous auront déjà vécu des expériences similaires. En particulier les femmes membres de cette assemblée, j'en suis certaine, savent exactement ce que j'ai ressenti. Je me suis sentie blessée. Et très seule : en tant que femme et en tant qu'Européenne […]. »

La faute protocolaire permet donc à la présidente de la Commission de se saisir d'une problématique qui a aussi sa raison d'être dans l'Union européenne.

Amplitude du droit : Quelle est la position européenne vis-à-vis d'un projet européen de la Turquie ?

J. R. F. H. : On remarque qu'au XIXe siècle déjà, la nécessité d'un soutien des gouvernements européens à l'entreprise réformatrice ottomane (Tanzimat), censée permettre l'inclusion de la Turquie au concert européen, fait débat. La politique de rapprochement de la Porte ottomane et de l'Europe par l'exportation en terre ottomane de modèles juridiques et institutionnels puisés dans les systèmes européens n'a pas que des zélateurs. Nombre d'hommes d'États et de diplomates – français, britanniques, autrichiens, russes – sont sceptiques face au mouvement ottoman d'ouverture à l'Occident, en remettent en cause la sincérité, voire doutent de sa pertinence. En réalité, et cela est intéressant à observer, la question du soutien apporté à la réforme intérieure de l'Empire ottoman et celle de l'inclusion de cette dernière au concert européen ne vont pas de pair chez tous les observateurs. Certains soutiennent l'une sans forcément soutenir l'autre, en vertu d'un raisonnement assez simple : il est possible et même nécessaire d'aider à la réforme de l'Empire à des fins de stabilité, mais il est utopique de croire en son aptitude à s'aligner politiquement, juridiquement et socialement sur les grandes puissances européennes. Le relativisme est une forme d'esprit que certains observateurs ont résolument fait leur dans leur appréhension de la question d'Orient. Ce relativisme affiché dissimule parfois une complète indifférence. Napoléon III, par exemple, dont on ne saurait aujourd'hui contester l'esprit européen, montrait peu de dilection pour les « affaires orientales », qu'il déléguait aux spécialistes du Quai d'Orsay. Le mépris de l'empereur pour la Turquie et son régime était connu ; il n'envisageait pas un instant l'idée d'une association des nations européennes (idée qui lui était chère) intégrant l'Empire ottoman. Seules certaines provinces, européennes par leur langue ou leur religion, étaient à ses yeux susceptibles de revenir dans le giron européen. L'empereur des Français expliquera d'ailleurs avoir engagé la France dans la guerre de Crimée au côté du sultan « pour empêcher la Russie de dominer à Constantinople et par conséquent dans la Méditerranée [...] » et « non pour soutenir aveuglément le gouvernement stupide, immoral, barbare, païen des Turcs ». Le point de vue sans concessions de Napoléon III s'inscrit dans la lignée de ceux de Montesquieu, Condorcet, Chateaubriand et même Renan. Ce point de vue n'est pas proprement français. À la même époque, Metternich a pu écrire que, de toutes les causes de la décadence ottomane, « celle qui a complété la source de ses maux

c'est l'esprit des réformes à l'européenne que le sultan a poussées sans autre appui qu'une profonde ignorance et une immense somme d'illusions ». Et le chancelier ajoutait :

> « Voici ce que nous conseillons à la Porte : établissez votre gouvernement sur le respect pour vos institutions religieuses qui forment l'assise fondamentale de votre existence comme puissance, respect qui est le premier lien entre le sultan et ses sujets musulmans [...]. Mettez de l'ordre dans votre administration mais n'allez pas la renverser pour y substituer des formes qui ne vous vont pas et qui, dès lors exposent le monarque au reproche de ne connaître ni la valeur de ce qu'il détruit, ni ce qu'il met à la place. N'empruntez pas à la civilisation européenne des institutions qui ne cadrent pas avec les vôtres, car les institutions occidentales reposent sur des principes différents de ceux servant de fondement à votre Empire. La base occidentale est la loi chrétienne. Restez Turcs ! [...] »

Derrière cette ultime exhortation s'exprime la certitude d'une altérité irrémédiable, d'une divergence civilisationnelle fondamentale : la Turquie et l'immense empire qu'elle s'est constituée ne seront jamais européens ; elle ne saurait, au mieux, qu'être en paix avec l'Europe.

C. V. : Le Sofagate met à jour la spécificité de l'ordre européen, marqué depuis le début de sa construction par une tension forte entre logique intergouvernementale, ici figurée par le président du Conseil européen, et logique supranationale, aujourd'hui incarnée par la présidente de la Commission européenne. L'épisode est révélateur des rivalités entre institutions européennes et pourrait en l'occurrence symboliser les divergences de positionnements qui ont pu surgir entre les États membres et la Commission à propos de l'élargissement en général et du projet d'élargissement de l'Union européenne à la Turquie en particulier.

Selon les textes, si la Commission émet des avis préalables à chaque étape de la procédure d'adhésion, c'est toutefois le Conseil qui, sans être lié par ces avis, décide de l'acceptation de la candidature puis de l'ouverture et de la fermeture des négociations. Au-delà des textes, les positions de la Commission et du Conseil, de même que leur rapport de force au sujet de l'élargissement, ont évolué en fonction des pays candidats et des conjonctures.

Ainsi, pour la première vague d'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale (finalisée en 2004), la Commission est parvenue à se constituer un véritable leadership dans l'invention et la mise en œuvre d'une politique de pré-adhésion, tandis que les États membres ont fait le choix de lui sous-traiter en quelque sorte l'élargissement. Forte de son autorité, la Commission a œuvré à un débordement géographique vers la Turquie (reconnue comme candidate en 1999) et vers les pays des Balkans (à partir de 2003). Toutefois, la politisation dans certains pays européens de l'élargissement puis du traité constitutionnel dans la première moitié des années 2000, est venue rompre cet équilibre institutionnel. À partir de 2004, les États membres ont cherché de nouveau à affirmer leurs prérogatives dans les processus d'élargissement.

De fortes dissensions sont alors apparues entre le Conseil et la Commission. Le Conseil a tenu à accélérer le processus avec la Bulgarie et la Roumanie (les deux pays adhèrent en 2007) pour en finir rapidement avec l'élargissement à l'Est et ne pas avoir à considérer la Turquie sur les mêmes critères, dont la candidature est bien plus contestée. Il a refusé de suivre les avis de la Commission européenne qui étaient pourtant de plus en plus critiques quant à l'état de préparation de ces pays et qui soulignaient le décalage entre le sort réservé à ces pays et la gestion bien plus drastique du cas turc.

Les tensions entre les deux institutions se sont résorbées en 2006 autour d'un compromis qui a scellé un nouvel équilibre institutionnel. Celui-ci s'est avéré largement en faveur du Conseil qui, de plus en plus circonspect à l'égard de l'élargissement, a pris le contrôle de toutes les étapes du processus de pré-adhésion. Peu connue, cette transformation des équilibres institutionnels intra-européens n'a pas joué en la faveur de la candidature de la Turquie.

Par la suite, la dérive autoritaire de la Turquie a pu ressouder les institutions européennes. Si elles n'ont pas mis juridiquement fin au processus d'élargissement à la Turquie, elles ne considèrent plus aucunement aujourd'hui l'option de l'adhésion.

Amplitude du droit : La médiatisation de cet incident vise-t-elle à marquer l'identité non européenne de la Turquie ? Est-elle en même temps une façon d'énoncer implicitement les valeurs constitutives d'une identité européenne ?

C. V. : En novembre 2002, trois ans après l'acceptation de la candidature de la Turquie à l'Union européenne, V. Giscard d'Estaing, alors président de la Convention pour l'avenir de l'Europe, déclarait « non, la Turquie n'est pas européenne ». Cette affirmation a marqué, en particulier en France, le début d'une controverse relative à « l'identité européenne » de la Turquie qui est venue s'immiscer dans les débats passionnels sur le devenir de l'Union européenne. Les questionnements à l'égard de la Turquie sont alors apparus en quelque sorte en miroir des questionnements européens, de plus en plus cadrés en terme identitaires : comment conçoit-on notre communauté politique ? qu'est-ce qui nous unit ?… Ces interrogations avaient déjà surgi au moment du traité de Maastricht dont l'objectif était de dépasser le projet fonctionnel de la Communauté européenne pour établir un véritable ordre politique. Le processus de production puis de ratification du traité constitutionnel pour l'UE (rejeté en 2005), de même que l'élargissement aux pays de l'Europe centrale et orientale, de Chypre et de Malte (avec l'adhésion de dix pays en 2004) sont largement venus réactiver le débat sur « l'identité de l'Union européenne ». Toutefois, alors que l'élargissement de 2004 ne pouvait plus être remis en cause, le débat s'est déplacé vers la candidature de la Turquie dont le nouveau gouvernement élu en 2002 était issu du mouvement islamiste. Tandis que la question européenne divisait, l'altérité turque (définie en termes géographique, historique, religieux et finalement culturel) a été mise en exergue par certains pour tenter de définir en négatif les contours, si difficiles à saisir, de ce que serait l'Europe, et par extension l'Union européenne.

En 2021, la dimension virale prise par la vidéo du Sofagate peut être analysée comme un processus identitaire, qui à la fois énonce les valeurs européennes (en l'occurrence l'égalité de genre) et dénonce ceux qui, en dehors de l'Union, les bafouent. Cependant, la non-réaction du président du Conseil et les accusations de sexisme qui en ont découlé, ont largement sapé cette tentative d'affirmation identitaire.

J. R. F. H. : Plus que de savoir si la Turquie revêt ou non une identité européenne, il me semble que la question que vous nous posez est de savoir ce que les discours et les appréciations des observateurs européens sur la Turquie révèlent en creux d'une identité européenne supposée. Le terme d'identité me paraît à lui seul source de diffi-

cultés. Il est, certes, couramment employé dans la littérature politique contemporaine. Mais il n'en recouvre pas moins un contenu fuyant, de sorte qu'il est sujet à bien des interprétations et utilisations. On doit notamment à Bertrand Badie d'avoir mis en exergue dans plusieurs de ses ouvrages certaines des difficultés soulevées par son emploi, insistant – à mon sens à juste titre – sur le fait que l'identité signifie d'abord l'existence d'un processus d'identification [Badie 2011, 2014 et 2020]. Existe-t-il des identités naturelles ? Certainement pas. Des identités culturelles ou construites par l'œuvre du temps ? Probablement. Des identifications fruits de constructions stratégiques de plus ou moins long cours ? Certainement.

Pour qui considère attentivement les échanges et discussions qui ont eu lieu, par exemple, à l'issue de la guerre de Crimée, lors du Congrès de Paris de 1856, il est possible de dégager, sinon des critères, du moins des marqueurs d'une identité européenne invoquée : le premier est confessionnel, il a trait au christianisme, présenté comme la religion de l'Europe et qui justifie la sollicitude des plénipotentiaires envers les chrétiens d'Orient ; le second est politique : le concert européen du milieu du XIXe siècle ne saurait abriter en son sein des régimes dits arbitraires, sans limitation ou encadrement des pouvoirs souverains ; le troisième est juridique : le droit doit répondre à des exigences d'accessibilité et de clarté quand l'administration de la justice ne peut échoir à des clercs ou des docteurs de la loi. À l'aune de ces trois marqueurs, la Turquie des réformateurs du Tanzimat demeure sur le palier de l'Europe. Des objectifs de réformes que ses gouvernements n'ont jusqu'alors pas su atteindre lui sont rappelés sans ménagement. Mais les plénipotentiaires européens ne sont pas à une contradiction près. Ils oublient – ou feignent d'oublier – que le concert européen alors organisé autour des cinq grandes puissances (Angleterre, France, Autriche, Russie, Prusse) n'affiche que peu d'unité s'agissant du respect de ces mêmes marqueurs. Sur le plan religieux, les différences en matière d'organisation des sociétés, de législation et de mœurs entre pays catholiques, protestants ou orthodoxes sont loin d'être marginales ; sur le plan politique, la Russie et l'Autriche restent attachées à une forme absolutiste que l'on reproche pourtant à l'Empire ottoman ; sur le plan juridique, le recours à la codification, la méthode, les modèles à partir desquels celle-ci doit s'opérer, fait encore débat, et certains

États du continent affichent en matière de tolérance religieuse, de liberté publique et individuelle, une législation bien plus restrictive que celle de l'Empire ottoman.

Aujourd'hui, les Européens semblent toujours éprouver des difficultés à s'entendre sur les critères de leur identité commune. Le christianisme, lui-même dépositaire du legs de l'Empire romain et dont le rôle dans la construction intellectuelle, politique, juridique et artistique de l'Europe fut fondamental, demeure qu'on le veuille ou non au soubassement de nos sociétés européennes. En attestent les débats sur la mention des racines chrétiennes de l'Union européenne dans le traité constitutionnel de 2005. Quand les critères géographiques ne semblent plus aussi rigides et incontestables, au regard des élargissements des années 1990 et 2000, et alors que le critère religieux ne saurait être mis aussi aisément en avant qu'au XIXe siècle, il s'est agi de dégager d'autres critères, juridiques, politiques et économiques, rappelés à Copenhague. De ces critères, il ressort la croyance en la primauté d'un modèle, celui de la démocratie libérale fondée sur l'économie libre de marché. La médiatisation de « l'événement » Sofagate est peut-être l'indice d'une volonté plus globale et plus inconsciente des opinions publiques européennes de mettre en scène l'éloignement de la Turquie d'avec ce « modèle » que l'on peine par ailleurs à définir très précisément.

BIBLIOGRAPHIE

Badie B., 2020, *Inter-sociabilités. Le monde n'est plus géopolitique*, Paris, Éditions du CNRS

Badie B., 2019, *Le temps des humiliés. Pathologie des relations internationales*, nouvelle éd., Paris, Odile Jacob

Badie B., 2013, *La diplomatie de connivence. Les dérives oligarchiques du système international*, Paris, La Découverte

Clivetti G., 2011, « La politique rhénane de Napoléon III et la candidature Hohenzollern au trône de la Roumanie », dans G. Leanca (dir.), *La politique extérieure de Napoléon III*, Paris, L'Harmattan, p. 55-73

Craveri B., 2021, *La Contessa*, Paris, Flammarion

Durand de Fontmagne M., 1902, *Un séjour à l'ambassade de France à Constantinople sous le Second Empire*, Paris, Plon

Émerit M., 1939, « Une ingérence française dans la politique intérieure

roumaine au début du règne de Charles Ier », *Revue historique du Sud-Est européen*, vol. XVI, n° 1-3, p. 53-73

Émerit M., 1937, *Madame Cornu et Napoléon III. D'après les lettres de l'Empereur et d'autres documents inédits*, Paris, Les Presses modernes

Ferrand-Hus J.-R., 2020, *La diplomatie du Second Empire, vecteur d'influence et de réforme des systèmes politiques et juridiques étrangers*, thèse, Université de Rennes 1, 2 vol.

Foret F., 2003, « Le protocole de l'Union européenne ou la mise en forme d'un ordre politique », *Annuaire français des relations internationales*, Bruxelles, Bruylant, vol. 4, p. 410-425

Visier C., 2016, « De la carte routière à l'itinéraire obligé. La transformation de la politique européenne d'élargissement dans les années 2000 », *Politique européenne*, vol. 2, n° 52, p. 146-175

NOTES

1 Traité sur l'Union européenne.

2 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

INDEX

Mots-clés
Union européenne, Turquie, représentation internationale, diplomatie, femme, Sofagate

AUTEURS

Jean-Romain Ferrand-Hus
Maître de conférences en histoire du droit, Université de Lorraine, Institut François Gény (EA 7301) ; jean-romain.ferrand-hus@univ-lorraine.fr

Claire Visier
Maître de conférences HDR en science politique, Univ Rennes, CNRS, ARÈNES – UMR CNRS 6051 ; claire.visier@univ-rennes1.fr

Anne Hamonic
Maître de conférences en droit public, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ; anne.hamonic@univ-rennes1.fr

Entretien avec M. Jean Danet, membre de la mission Guigou sur la présomption d'innocence

Jean Danet

PLAN

1. Présentation de M. Jean Danet
2. Les méthodes au sein du groupe de travail
3. L'économie générale du rapport

TEXTE

Cet entretien avec M. Jean Danet été réalisé à Rennes le 2 décembre 2021, puis relu en janvier-février 2022. Il a été préparé et mené par Laurent Rousvoal, maître de conférences. Y ont également participé Benoît Auroy, maître de conférences, et Marion Del Sol, professeur. Tous trois sont membres de l'université de Rennes 1, Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE – UMR CNRS 6262).

1. Présentation de M. Jean Danet

La vie professionnelle de M. Jean Danet est toute d'ouverture(s) et de complémentarité(s)[1]. Elle combine pratique, enseignement et recherche. Après avoir été longuement avocat, il a rejoint l'université de Nantes, dont il a notamment dirigé l'Institut d'études judiciaires, et l'UMR CNRS Droit et changement social. Ce cheminement se déploie également sur le plan institutionnel, du Syndicat des avocats de France (qu'il présida en 1999-2000), au Conseil supérieur de la magistrature (2015-2019), en passant par plusieurs commissions de réforme (Comité d'organisation de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive présidée par Mme Nicole Maestracci en 2012 ; Commission sur l'évolution du ministère public, présidée par M. Jean-Louis Nasal en 2013) et un observatoire (Observatoire de la récidive et de la désistance entre 2015 et 2019).

La vie professionnelle de M. Jean Danet traverse les branches du droit. Soutenue en 1982 devant un jury présidé par Jean Carbonnier, la thèse de doctorat d'État de Jean Danet, dirigée par Jean-Denis Bredin, portait sur Droit et disciplines de production et de commercialisation en agriculture. Progressivement, ses travaux ont davantage porté sur le champ pénal. Explorant celui-ci dans des directions multiples, ils épousent des modes de réalisation variés, de l'écriture individuelle (voir par exemple le récent Les droits de la défense, 2020, et un recueil d'articles, La justice pénale entre rituel et management, 2010) à la recherche collective (voir par exemple La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits, 2013), éclairant systématiquement la technique juridique par la compréhension fine de ses enjeux, grâce notamment à une attention constante à la profondeur historique des questions envisagées et à l'apport d'autres disciplines que le droit, en particulier la sociologie.

Amplitude du droit l'a sollicité pour un entretien à l'occasion de sa dernière mission en date : sa participation au groupe de travail décidé par la Chancellerie sur la présomption d'innocence, groupe présidé par Mme Élisabeth Guigou, ancienne ministre de la Justice. Cette commission a remis son rapport, intitulé La présomption d'innocence : un défi pour l'État de droit (https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/281978.pdf), au garde des Sceaux, M. Éric Dupond-Moretti, le 14 octobre 2021. À l'occasion de cet entretien, M. Jean Danet revient tout à la fois sur les méthodes de travail du groupe présidé par Mme Guigou et l'économie générale du rapport.

2. Les méthodes au sein du groupe de travail

Amplitude du droit : La commission a travaillé dans un temps très contraint : missionnée au printemps, elle a rendu son rapport le 14 octobre 2021. Le résultat, ample, est assez étonnant quand on le rapproche des conditions matérielles dans lesquelles il a dû être produit. Cela a-t-il été permis par des méthodes de travail originales en termes matériels ?

Jean Danet : Les questions de méthode sont en effet importantes. Je les crois intéressantes pour les chercheurs juristes mais aussi pour

ceux d'autres disciplines puisqu'on sait bien que, notamment au ministère de la Justice sur les dernières années, il a été fait un grand usage de ce type de groupes de travail même si leur genèse peut différer. Il se trouve que j'ai eu l'occasion de travailler dans différents groupes de travail. Il y eut d'abord la Commission sur l'évolution du parquet présidée par Jean-Louis Nadal [Nadal, 2013], il y a déjà quelques années. Ensuite, ce fut le Comité d'organisation de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive sous la présidence de Nicole Maestracci (https://www.qwant.com/?client=brz-moz&q=nicole+maestracci&t=web) [Tulkens, 2013] et, là, ce groupe de travail sur la présomption d'innocence placé sous la présidence d'Élisabeth Guigou.

Aujourd'hui, bien entendu, l'agenda politique, qu'on le veuille ou non, que cela nous plaise ou non, commande les délais dans lesquels on demande à ces groupes de mener leurs travaux. Ici, on nous a installés le 31 mai, autant dire début juin, et il était prévu initialement que le rapport soit rendu le 15 septembre. Or, si les uns et les autres nous étions certes prêts à travailler tout l'été, il était en revanche inenvisageable de pouvoir bâtir un calendrier d'auditions à compter du 15 juillet et pratiquement jusqu'à la fin août. Donc, cela veut dire que, globalement, nous avions deux mois et demi pour procéder à des auditions : c'était vraiment très court. Madame Guigou a donc obtenu qu'il y ait une petite prolongation mais qui n'a été que d'un mois et encore, *in fine*, il y a eu une accélération du processus : entretemps, les États généraux de la justice[2] avaient été installés ou, en tout cas, le projet en avait été posé avec un calendrier. La Chancellerie souhaitait donc que notre rapport soit déposé avant le démarrage réel des États généraux de la justice. Nous avons ainsi failli devoir rendre notre copie le 12 octobre mais, finalement, l'agenda s'est modifié *in extremis* et nous l'avons rendue au garde des Sceaux le 14. Ce sont des délais effectivement très courts, mais qui nous ont permis de procéder à 81 auditions sauf erreur de ma part – des auditions d'une heure, d'une heure et demie, parfois de deux heures. Aurait-on été beaucoup plus loin, sur ce mode-là en tout cas, si nous avions eu plus de temps ? Peut-être, mais nous n'avons pas eu l'impression d'être empêchés de mener des auditions essentielles.

En revanche, ce qui me paraît plus problématique, c'est le décalage entre le temps et les moyens immédiatement disponibles. J'entends

bien que le Ministère, quand il installe un groupe de travail de ce type, veuille un résultat rapidement – encore une fois, l'agenda politique est ce qu'il est : on n'imagine pas à notre époque d'accélération permanente d'installer des groupes de travail pour deux ans et demi. Mais alors il faut que les groupes de travail puissent trouver en arrivant toutes les données utiles à leurs analyses. Or, sur ce point, j'ai pu faire, à plusieurs reprises, le constat que ce n'était pas le cas. Personne n'est particulièrement responsable de cette situation mais il faut l'avoir en tête, c'est très important.

Je vais donner un exemple. Lorsqu'en 2012, nous avons commencé nos travaux au Comité d'organisation de la Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, nous nous sommes demandé – c'était presque une question préalable – quelle pouvait être la population concernée par la politique publique que nous devions concevoir. La question était toute simple : il s'agissait d'identifier les multirécidivistes dont on nous rebat les oreilles, dont les syndicats de police qui s'expriment au micro des télévisions nous disent qu'ils sont multitudes et que ce sont des gens qui sortent de prison et recommencent. Mais combien sont-ils ? Combien de multirécidivistes ayant à leur casier judiciaire, par exemple, dix condamnations ? Nous étions également intéressés de savoir combien en ont cinq ou vingt. De même, combien ont dix condamnations dont la dernière a moins de cinq ans d'ancienneté (c'est-à-dire ceux pour lesquels on peut s'interroger sur le point de savoir si un parcours de désistance est ou non engagé) ? Figurez-vous que personne n'était capable de nous répondre parce que personne ne l'avait demandé avant nous. Nous l'avons vérifié auprès du Casier judiciaire national dont vous savez qu'il n'est pas libre d'établir ses statistiques. Pour le Casier judiciaire national, il n'y avait pourtant rien de plus simple à compter. Il y avait certes un biais à un pourcent près à cause du délai de report des condamnations dans le fichier mais cela n'était pas un problème : nous n'avions pas besoin d'un chiffre à 100 unités près. Nous voulions savoir si les multirécidivistes sont 10 000, 20 000, 100 000 ou 200 0000. L'intérêt est évident : selon qu'ils sont 20 000 ou 200 000, ce n'est pas du tout la même politique publique qu'il faut envisager. Par exemple, s'agissant de la peine de contrainte pénale qu'il s'agissait de créer, on pouvait bien entendu en faire quelque chose de central et même se passer du sursis avec une mise à l'épreuve s'ils sont

20 000. En revanche, c'était exclu s'ils sont 200 000. Dans cette dernière hypothèse, il fallait sans doute conserver les deux dispositifs, le nouveau et celui qui lui préexistait. Vous voyez que ce sont des données fondamentales qui gouvernent la politique publique envisagée.

Un autre exemple. Ce n'est pas lors d'un groupe de travail que je l'ai vécu mais au Conseil supérieur de la magistrature. 2015 : installation d'un nouveau Conseil auquel j'ai eu l'honneur de participer. À l'époque, 500 postes sont vacants dans la magistrature. Or, lorsqu'on veut mettre fin à une vacance de poste, cela entraîne souvent quatre mouvements en série, par ricochet – dixit le directeur des services judiciaires de l'époque. Nous avons ainsi dépassé les 2 500 mouvements de magistrats cette année-là : 2 500 mouvements sur 8 000 magistrats : une folie ! C'était, pour la très grande majorité, des mouvements dits en équivalence, c'est-à-dire des mouvements volontaires : pour que tous ces mouvements se fassent, il avait fallu que des gens aient coché des cases – sinon d'ailleurs on se serait trouvé dans une situation difficile (remarquez que, dans certains cas, il y avait un candidat et dans d'autres 95). Nous avons interrogé le directeur des Services judiciaires : « Vous avez sûrement des études sur la mobilité dans la magistrature, etc. Que signifie ce désir de mobilité massif ? » Réponse : « Je n'ai rien. » Et il n'avait en effet pas une seule étude. On ne peut s'empêcher de rapporter ce phénomène au malaise qui cette année est constaté partout dans les juridictions. Cette recherche frénétique de mobilité était un signe. Un signal faible resté à l'époque en dessous des radars.

S'agissant de la présomption d'innocence, nous avons constaté que ce qui nous manquait était d'une autre nature. Bien sûr, des exemples d'atteinte à la présomption d'innocence sont très connus. Nous avions tous en tête Marguerite Duras dans l'affaire du petit Grégory, qui traite la mère de « coupable, forcément coupable ». De même pour l'affaire qui a valu à Dominique Baudis d'être traîné dans la boue. Nous avions tous cela en tête. D'autant que, dans ce dernier cas, Élisabeth Guigou avait associé au groupe de travail Pierre Baudis, son fils.

En revanche, *quid* des études pluridisciplinaires sur les atteintes à la présomption d'innocence en France ? Réponse : rien, strictement

rien. Autrement dit, les données utiles au constat, nous ne les avions pas. Sur ce point, ne regrettons donc pas d'avoir eu quatre mois plutôt que huit parce que, dans cette dernière hypothèse, nous n'aurions de toute façon pas pu, même si nous nous y étions attelés nous-mêmes, produire en temps utile des études sur la question. Mais ce manque de données de fond demeure très problématique.

La question de la méthode est donc finalement très compliquée parce qu'au-delà de ce qu'on peut attendre d'un groupe, il y a aussi ce qui existe ou n'existe pas en amont. De quelles données dispose-t-on quand on se met au travail ?

Dans bien des cas, la justice française est assez démunie. Un rapport de l'Inspection générale de la justice vient d'en faire le constat sur les attentes des justiciables. Jean-Marc Sauvé vient de s'exprimer sur le fait qu'il serait utile que les États généraux de la justice se prolongent et ce pour les mêmes raisons.

Amplitude du droit : Vous avez parlé de 81 auditions, ce qui est quand même considérable. En amont, y avait-il une liste déjà à peu près déterminée ?

Jean Danet : Non. Élisabeth Guigou a dû composer son groupe d'abord. Elle a fait en sorte qu'il y ait des magistrats bien sûr, qu'il y ait des avocats et qu'il y ait des journalistes, cela paraissait une évidence. Mais il était très intéressant, aussi, qu'il y ait un commissaire de police et qu'il y ait une lieutenante-colonelle de gendarmerie. Donc, voilà un peu la composition sociologique du groupe. J'étais le seul universitaire, à supposer que je me trouve là en raison de mon profil universitaire plutôt que de mon profil d'ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature ou de celui d'avocat honoraire. On pourrait s'interroger là-dessus : une faible présence universitaire mais faut-il s'en étonner sur un sujet… qui ne fait pas tellement non plus l'objet de travaux universitaires, du moins pas en tant que tel : il est croisé dans quelques travaux plus que traité.

Ensuite, lorsque nous nous sommes réunis, Élisabeth Guigou nous a demandé de dire qui il nous paraissait utile d'entendre. Nous avons donc, ensemble, composé ce panel de 81 personnes. Il y a certes une ou deux personnes qui ont demandé à être entendues mais, sauf ces exceptions, c'est nous qui les avons sollicitées. Les profils, comme

vous pouvez le voir en allant sur le site du ministère de la Justice lire le rapport, sont incroyablement variés. Notre idée, c'était qu'il n'y avait pas que des questions de textes de lois à modifier dans cette affaire. Nous étions persuadés qu'il y avait vraiment bien d'autres choses en cause et qu'il fallait donc que nous soyons très ouverts sur les auditions. Ce fut le cas et ce fut d'ailleurs tout à fait passionnant. Nous avons ainsi pu recueillir des opinions parfois très documentées auprès de praticiens sur des questions très différentes.

Je vais prendre un exemple parce que je trouve qu'il est très symptomatique. Nous avons été très intéressés, par exemple, par ce que nous a dit le président de l'Association française des juristes d'entreprise. Ce n'est pas à proprement parler celui que l'on attendrait le plus sur la question de la présomption d'innocence, mais nous avons pris conscience de l'importance de ce sujet pour le monde de l'entreprise. Les atteintes à leur image par l'évocation d'une culpabilité sur des sujets d'environnement, de fraudes, par exemple, sont monnaie courante et cela cause d'énormes préjudices. Les entreprises sont très inquiètes sur la manière dont ces sujets sont traités, *a fortiori* dans le contexte des réseaux sociaux. Ainsi, vous le voyez, c'était intéressant d'entendre tout le monde. À défaut, le risque était de restreindre la présomption d'innocence au champ des violences sexuelles notamment. Nous aurions réduit complètement le sujet à une question dont l'importance n'échappe à personne mais qui ne doit pas nous empêcher de penser tout le reste. Voilà un peu comment nous avons travaillé pour le choix des auditions. C'est dire que les personnes qui veulent à tout prix soupçonner le Ministère d'avoir par ce groupe de travail voulu aider les personnalités mises en cause pour des infractions sexuelles, et qui l'écrivent dans des interviews, versent dans un complotisme qui ne les grandit pas.

Sur le plan concret, les auditions ont commencé très vite. Nous avons sollicité les premiers intéressés immédiatement. Une magistrate de la Direction des affaires criminelles et des grâces organisait l'agenda. Nous le recevions chaque semaine, il fallait être très réactif. Il n'y avait pas moyen de faire autrement.

Nous avons fait des auditions en visioconférence et des auditions en présentiel – beaucoup d'auditions en présentiel. Nous avons utilisé la visioconférence notamment avec des personnes qui étaient loin de

Paris, à l'étranger par exemple – ainsi un ancien *attorneygeneral* de Grande-Bretagne : c'était très intéressant. Dans un cas, nous nous sommes déplacés : nous sommes allés au Conseil constitutionnel pour y être reçus par M. Fabius.

Quant aux membres du groupe, nous pouvions, au choix, être en visioconférence ou en présentiel. Pour ma part, j'ai très peu pratiqué la visioconférence parce qu'au ministère de la Justice, elle n'est pas toujours d'une grande qualité.

Amplitude du droit : Vous l'évoquiez tout à l'heure, à propos notamment de l'affaire qui toucha Dominique Baudis, le rapport fait une large part à une étude par cas, notamment de faits divers souvent très médiatisés. Ce faisant, c'est la question du rapport entre fait divers et fait social en droit qui est ici posée. Comment les affaires ont-elles été sélectionnées ? Par qui ? Pour quelles méthodes d'analyse ? Était-ce simplement des exemples ou de vrais objets de réflexion ?

Jean Danet : Nous avons d'abord voulu mettre ces éléments à la disposition des lecteurs du rapport. En ayant conscience de ce qu'aux plus jeunes l'affaire Allègre, par exemple, ne dit pas grand-chose. Je ne dirai donc pas que nous avons travaillé à partir d'études de cas. Ce serait peut-être un peu excessif. La raison en est la suivante : c'est que nous avons constaté l'extrême difficulté de raisonner par l'exemple. Notre ambition première était de faire une typologie des atteintes à la présomption d'innocence. Toutefois, faute d'étude pluridisciplinaire, faute même d'un échantillon déjà disponible, l'objectif était hors d'atteinte. De manière plus pragmatique, nous avons demandé à un certain nombre de gens de nous faire remonter des exemples. Nous n'avons pas été accablés de retours (disons-le ainsi). Il est vrai qu'il y avait aussi des problèmes compliqués, notamment en termes juridiques tout simplement. Et nous avions exclu d'évoquer des affaires en cours. Or ce sont celles-là que les praticiens ont en tête.

Bref, c'est resté essentiellement une démarche d'illustration. Cela étant, nous nous sommes arrêtés sur quelques cas et, bien entendu, même si c'était un cas ancien, même si c'était un cas d'avant les réseaux sociaux, réfléchir sur ce qui s'est passé dans l'affaire Allègre pour Dominique Baudis, ce n'était pas rien [3]. Je crois que cela nous a

permis à tous de comprendre à quel point de telles atteintes pouvaient être dévastatrices pour la vie de ceux qui y étaient confrontés.

En un mot, il ne faut pas exagérer la place prise dans notre groupe par les cas qui sont cités en annexe : ils sont là principalement pour accompagner l'analyse.

Amplitude du droit : La Commission a une approche très large de la présomption d'innocence, d'où de nombreuses recommandations, pour des destinataires très variés. Le rapport a été commandé par le garde des Sceaux mais certaines propositions ne s'adressent pas à lui. Elles concernent, par exemple, les organismes de formation, ainsi les écoles de journalisme ou les facultés de droit – la Conférence des doyens est citée de même que le Conseil national des universités. Quelle était la visée de cette pluralité de destinataires ? Était-ce envisagé initialement, avec des effets peut-être sur la composition du groupe de travail, ou cela s'est-il imposé au fil des travaux de la Commission ? Quelles conséquences cela a-t-il eues en termes de méthodes de rédaction et de communication ?

Jean Danet : C'est vraiment une idée qui a été, dès le départ, présente dans le groupe et à laquelle chacun des membres a immédiatement adhéré et totalement.

Les choses étaient très claires : si nous voulions être efficaces, il ne fallait pas nous préoccuper simplement de ce qu'il y avait à modifier dans le Code pénal, dans le Code de procédure pénale ou dans le Code civil ; il allait falloir aussi parler prévention, formation à tous les niveaux, depuis l'Éducation nationale jusqu'à l'École nationale de la magistrature. Nous étions tous conscients de cela avant même la première réunion. Donc, cela a été d'emblée quelque chose d'important.

Ensuite, cela a, bien entendu, guidé nos auditions. Par exemple, nous avons entendu M. Édouard Geffray, conseiller d'État et directeur général de l'Enseignement scolaire. Évidemment, son audition n'avait de sens que par rapport aux questions que nous nous posions sur les possibilités d'améliorer les choses sur le parcours des collégiens et des lycéens.

Pour le reste, en termes de retombées de cette variété de recommandations, les choses étaient claires. C'est un rapport commandé par la Chancellerie. Ce qu'il advient de l'interministériel et de la capacité du garde des Sceaux et de Matignon d'obtenir qu'un certain nombre de réunions aient lieu entre tout ce monde pour voir ce que l'on en fait ne dépend pas de nous.

Nous n'avions pas en charge de proposer des réformes des pratiques ou des textes clés en main. En quatre mois, c'était difficile ! Nous avons essayé d'analyser, d'expliquer et de faire des propositions très ouvertes. Il y a eu d'ailleurs à ce titre un choix de plan, par exemple : mettre les questions de formation en début de rapport. C'était souligner que, pour nous, c'était fondamental et que ce n'était pas le petit plus qu'on ajoute *in extremis* pour faire joli. Non, c'était vraiment central dans notre approche.

Amplitude du droit : Au sujet de la formation précisément, c'est la formation au pluriel qui est l'objet des recommandations faites par le rapport : « enseignement », « formation », « sensibilisation ». Plusieurs mots sont employés par le rapport, avec des publics très nombreux et dans des perspectives multiples. En particulier, l'enseignement et la recherche universitaires dans le champ du droit font l'objet d'un développement spécifique. Il est ainsi question du retard français en la matière, de classe inversée, de soutien à la recherche interdisciplinaire… Comment la Commission est-elle arrivée à ces propositions ?

Jean Danet : Compte tenu de l'accélération *in fine* du dépôt du rapport, nous avons dû travailler à la rédaction dans des délais raccourcis par rapport à ce que nous avions envisagé au départ. Par conséquent, les rapporteurs, le maître des requêtes au Conseil d'État et la magistrate de la Direction des affaires criminelles des grâces, ont sollicité un certain nombre de membres du groupe de travail pour rédiger des projets, sur des points particuliers, suivant les compétences des membres du groupe ou selon leurs centres d'intérêt. Ensuite, évidemment, ces parties ont été reprises par les rapporteurs, soumises au groupe et validées par lui dans son ensemble.

Il y a un choix de méthode qui mérite d'être souligné. Sur un point – c'est l'article 9-1 du Code civil –, il n'y a pas eu de consensus et vous

avez vu que la décision qui a été prise fut d'exposer les deux points de vue, pour ou contre une extension du champ de la protection civile de la présomption d'innocence, et dire simplement qu'il fallait continuer le travail sur la question.

S'agissant de tout ce qui concerne la recherche universitaire, cela débouche sur des préconisations qui sont dans l'esprit de ce qui est précédemment exposé pour les écoles d'application ou pour l'enseignement général. De même, sur le plan de la recherche, la nécessité de travaux inter-pluridisciplinaires était un constat unanimement partagé, dès le début de nos travaux.

Amplitude du droit : Sur ce point-là, est-ce qu'il y a eu des échanges particuliers ?

Jean Danet : Il y a eu une proposition qui concernait les lycées et les facultés et elle a très vite été retenue et validée par tout le groupe. C'est l'idée que, s'agissant de l'enseignement secondaire, nous proposions d'y faire des interventions en binôme : un avocat honoraire ou un magistrat honoraire, d'une part, et un étudiant en droit, de niveau master, d'autre part, iraient dans les collèges ou les lycées faire des interventions pour expliquer ce qu'est la présomption d'innocence. Ce choix du binôme procède d'une idée simple : si on envoie seulement des vieux barbons dans les lycées et collèges, il est douteux que les élèves soient très réceptifs. L'idée est que, si on veut être entendu sur cette question, il faut des intervenants qui soient perçus par l'auditoire comme des pairs. Les étudiants en droit sont sans doute ceux qui feront le mieux passer le message. Par ailleurs, c'est aussi intéressant pour eux d'y aller en sécurité, sans avoir besoin de trop approfondir tout cela, puisqu'ils seront accompagnés d'un praticien qui pourra donner des exemples sur tout ce que l'on sait là-dessus et assurer sur le plan technique.

L'idée a retenu l'attention du directeur général de l'Enseignement scolaire. Il nous a expliqué que l'Éducation nationale avait essayé de lancer des choses et que cela marchait. Ainsi d'Initiadroit, association d'avocats [4], mais c'est surtout dans la région parisienne. Le directeur général nous a donc dit qu'il fallait changer de braquet si on voulait que le message passe.

Or il est sans doute important que le message passe à un moment où l'on craint (et cela nous ramène au fond) de voir se développer, parallèlement aux questions de harcèlement – ce n'est pas la même chose –, des questions qui vont relever de l'atteinte à la présomption d'innocence entre collégiens ou lycéens : des accusations de ceux-ci ou de ceux-là sur les réseaux sociaux. Il est grand temps de faire quelque chose pour les mettre en garde sur ces risques, qu'ils soient victimes ou éventuels auteurs. Il y a là des explications fondamentales à donner, notamment sur le fait que la justice est la justice, et les médias sont les médias, et que ni les médias ni les tribus d'Internet ne rendent la justice.

3. L'économie générale du rapport

Amplitude du droit : Nous l'avons déjà un peu évoqué à travers la pluralité de destinataires des recommandations : le rapport fait le choix d'une approche globale qui met donc en perspective la présomption d'innocence comme un élément d'un vaste système juridique mais aussi et surtout social. Il y a, par exemple, ce mouvement d'instabilité actuelle, notamment le développement du numérique et des réseaux sociaux qui sont largement évoqués dans le rapport. Le rapport souligne également le contraste entre ce qu'il nomme un arsenal procédural complet et la réalité des atteintes qui sont non seulement persistantes mais prennent une nouvelle ampleur. Le choix ainsi fait d'une approche globale a-t-il été arrêté dès l'origine par la Commission ou s'est-il opéré au fil de son travail ?

Jean Danet : Je dirai qu'il y a eu trois réflexions en tension.

La première que nous n'avons pas encore abordée ici est à mon avis très importante dans la réflexion du groupe. Avec le recul, je pense que cela est assez central parce que cela gouverne beaucoup de choses. C'est l'idée que les atteintes à la présomption d'innocence ne sont pas seulement des atteintes qui font des victimes parmi les personnes physiques ou morales. Les atteintes à la présomption d'innocence font partie – c'est central pour Élisabeth Guigou et je partage totalement ce point de vue – d'un certain nombre de phénomènes dont on peut dire aujourd'hui, sans jouer les Cassandre, qu'ils sont susceptibles de miner l'État de droit. C'est très important. Toute

personne – je ne parle pas ici des victimes – qui, dans un tweet de 200 caractères, dit que tel ou tel est coupable de tel fait, est quelqu'un qui se substitue à la justice. C'est quelqu'un qui finalement nous dit implicitement que la justice aura peut-être une opinion sur la question mais que ce ne sera qu'une opinion parmi d'autres et que la sienne propre la vaut bien.

Xavier Gorce, alors dessinateur du *Monde*, a fait un dessin très fort là-dessus. Je le dis parce qu'il fait partie des personnes que nous avons entendues. Ce sont deux « givrés » dont l'un dit à l'autre : « les faits sont totalement démentis par mon opinion ». Malheureusement, nous sommes largement dans cette société et peut-être de plus en plus. On est donc devant un phénomène qui ne concerne pas seulement les victimes des atteintes à la présomption d'innocence mais qui concerne aussi l'État de droit.

En deuxième lieu, on peut avoir une approche seulement processuelle de la présomption d'innocence : il faut faire en sorte qu'à l'intérieur du temps du procès, à l'intérieur du temps de la procédure, il n'y ait pas d'atteinte à la présomption d'innocence. Au fond, c'est ce à quoi s'est attaché le législateur depuis 1958, avec l'entrée explicite dans le Code de procédure pénale du secret de l'enquête et de l'instruction, en 1993, les demandes d'actes de la défense, puis en 2000, avec l'interdiction de montrer des gens menottés, la création du juge des libertés et de la détention, etc.

C'était le principe processuel qui était alors en cause mais on voit bien qu'aujourd'hui la présomption d'innocence peut être pensée de manière plus large comme un droit substantiel et cela consiste à penser que chacun a droit à la présomption d'innocence avant même de faire l'objet d'une enquête et, là, on s'éloigne du temps purement processuel mais on voit bien que cela a un rapport aussi avec la question de l'État de droit.

Peut-être faut-il penser la présomption d'innocence plus largement que dans le strict temps de la procédure pour assurer aussi qu'il n'y ait pas une sorte de substitution systématique à la justice. Il faut éviter que l'on en vienne à penser (je me demande s'il n'y a pas des gens qui en sont déjà rendus là) que, désormais, il est non seulement utile pour la personne plaignante mais tout à fait justifié et nécessaire d'aller d'abord « déposer » dans les médias, d'y recueillir des soutiens,

avant d'aller au commissariat ou de déposer une plainte en ligne. Je ne dis pas qu'il n'y a pas au sein des pratiques policières et judiciaires des raisons à cela. Mais on a l'impression que cela constitue désormais un chemin jugé logique et que ce sont les journalistes qui vont prendre soin d'accompagner la personne et dire : est-ce que vous êtes prêt pour l'émission de télévision ? Et prêt pour la plainte ? Avant le temps processuel, voici un temps médiatique de mise en cause qui ne manque pas de poser des questions au regard du contradictoire, de la publicité, de la déontologie des intervenants.

Une troisième tension s'est confortée au fil du temps alors que les deux premières étaient assez présentes dès le début. On est quand même dans un moment un peu paradoxal. On ne peut pas dire que l'on manque d'outils processuels pour faire respecter la présomption d'innocence, au pénal et au civil : diffamation, article 9-1 du Code civil, etc. Et pourtant, c'est très peu utilisé, même dans les cas où, après débat au fond, la culpabilité est écartée et même encore dans les cas où l'accusation est purement imaginaire et ne donnera même pas lieu à une procédure d'enquête.

On a l'impression que les victimes desdites atteintes à la présomption d'innocence renoncent, font le dos rond, encaissent, de peur que le remède ne soit pire que le mal. Ce serait bien entendu à vérifier par des études, des enquêtes de victimisation en particulier (cela manque cruellement), mais on a quand même repéré ce phénomène important. S'agissant des réseaux sociaux, il y a quelque chose qui s'est transformé à raison d'un effet de meute. Lorsque quelqu'un est accusé d'avoir commis un délit ou un crime (quel qu'il soit, pas seulement dans la sphère des atteintes aux personnes et encore moins dans la seule sphère des atteintes sexuelles), il ou elle s'entend dire, y compris par des conseils compétents : « Réfléchissez bien avant de réagir car vous allez remettre 100 sous dans la machine. Il vaut peut-être mieux ne rien dire et réserver sa parole pour la justice. » Il est des personnes qui se sentent et sont victimes d'une atteinte à la présomption d'innocence – des personnes parfaitement innocentes – et qui s'abstiennent de recourir aux armes juridiques dont elles disposent parce qu'elles ont peur que cela relance la machine. Sans doute, est-ce une partie de l'explication à la faible utilisation des outils juridiques, très faible même quand il s'agit de l'article 9-1 du

Code civil, qui permet pourtant de faire cesser par la voie du référé lesdites atteintes [5].

Mais il y a sûrement d'autres explications. Combien, dans les villes de province, d'avocats spécialisés dans le droit des médias, dans le droit de la presse ? Qui sait faire une assignation qui échappe aux chausse-trappes de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse [6] ? Combien y a-t-il de décisions rendues par an qui disent : « C'est prescrit » ou « Vous n'avez pas délivré l'assignation dans les formes requises (et il est maintenant trop tard, la prescription est acquise) ». On a là un contentieux qui est largement réglé par des questions de forme, de pure forme. Il y a une question là-dessus : est-ce que cette situation est saine ? Est-ce sain qu'autant d'affaires se terminent comme cela en queue de poisson ?

Cela étant, on n'a pas eu des réponses à tout. On a eu des réponses partielles. On ne sait pas les proportions des explications de ceci ou cela. Personne ne le sait.

Amplitude du droit : Les premières pages du rapport mettent immédiatement en lumière la tension entre deux niveaux d'analyse : la présomption d'innocence, objet *a priori* réduit envisagé isolément, d'une part, les enjeux que sa mise en contexte révèle, d'autre part, par exemple la crise de l'autorité de l'État en général et celle de la décision judiciaire en particulier. Cette tension qui pourrait écraser l'objet sous les enjeux peut-elle être gérée ? Comment ?

Jean Danet : Il nous semblait que l'on pouvait à la fois réfléchir et faire des propositions précises, concrètes sur l'enjeu précis de la présomption d'innocence (et il y en a quand même de très concrètes sur le sujet), mais qu'on ne devait pas manquer non plus la mise en perspective de l'ensemble des enjeux, étant entendu que l'objectif du groupe de travail était surtout de dire un certain nombre de choses, de faire réfléchir, de les dire nettement, clairement. Ensuite, les gens prennent leurs responsabilités, à commencer par le législateur. On sait bien que tout cela passera dans la moulinette du processus parlementaire, etc.

Il nous semblait qu'il fallait tenir une espèce de dualité entre le souci de parler précisément de cas très concrets et, en même temps, de

bien replacer cela dans un ensemble car cela ne fait véritablement sens et on ne prend conscience de la gravité de la situation au regard de l'État de droit que si l'on le remet en perspective.

Si on prend un seul exemple, certains nous diront : « Bien sûr, il y a ceux qui de toute façon hurlent à l'atteinte à la présomption d'innocence mais dont on sait qu'un an après ils seront condamnés etc. Les vraies victimes de la présomption d'innocence, celles qui sont ensuite reconnues innocentes sont rares. » Peut-être et alors ? C'est le nombre qui seul compterait ? L'argument devait déjà être utilisé au temps de l'affaire Calas ! Et il est irrecevable dans un État de droit. Certes, va-t-on nous dire : « La presse écrit : "auteur présumé" mais, au demeurant, tout le monde sait bien qu'en réalité, quand on dit "auteur présumé", c'est que les gens n'ont pas été encore condamnés. Les gens raisonnables savent qu'ils sont présumés innocents. Les autres, on n'y peut rien s'ils ne comprennent pas. Est-ce vraiment si grave ? »

Or, il est à craindre que si on ne raisonne ainsi tout soit relativisé. Certes, sur une situation comme l'affaire Baudis, les gens se disent : « C'est très grave. » Et effectivement, ce qui s'est passé est vraiment très grave. La dérive des médias a été totale. Dans l'affaire d'Outreau, il y a eu également une dérive des médias. Le public en a conscience. Mais, en dehors de ces cas emblématiques, la critique est relativisée : les gens ont dans l'idée que les médias ont leur travers et qu'ils sont d'autant moins graves qu'ils sont connus et donc ne trompent personne.

Quand on rassemble des histoires précises, survenues dans des domaines très différents, et qui n'ont pas fait la une des journaux, on reprend conscience de la gravité des conséquences sur la vie de ceux qui ont été accusés à tort.

On a ainsi eu une histoire qui nous a été rapportée. En province, un architecte construit un bâtiment. Dans le bâtiment, il y a un rideau qui est censé fermer un accès à un parking ou quelque chose comme cela mais le rideau lâche, tombe et fait deux morts. Immédiatement, l'architecte est présenté par un média comme responsable. Or, en droit, s'il est un domaine complexe c'est bien celui des délits involontaires d'atteinte aux personnes. De quoi rendre les médias prudents.

L'architecte fut mis en examen. Une presse régionale qui n'a pas les qualités déontologiques de Ouest-France le traite comme s'il était déjà coupable. Le non-lieu viendra trois ans plus tard et, entre-temps, professionnellement, il perd tout. Il n'avait rien à voir avec cette affaire. C'était un défaut de conception du rideau sur lequel il ne pouvait rien.

Un autre exemple, plus connu, plus médiatisé : la maladie de Creutzfeldt-Jakob et l'affaire Buffalo Grill, si vous vous souvenez de cette histoire. On met en examen les dirigeants de la société de restauration Buffalo Grill, on les place même en détention provisoire pendant quelques semaines. La presse sans trop de prudence en fait ses choux gras. Évidemment, cela ne fait pas de bien à l'entreprise. C'est catastrophique. Ordonnance de non-lieu… seize ans plus tard. Peut-être y a-t-il des circonstances particulières, tenant à la manière de fonctionner de tel ou tel magistrat mais enfin quand même !

Le temps médiatique, bien sûr, peut être remis en cause. Par ailleurs, les médias pointent à raison la longueur du temps judiciaire. On est dans toutes ces problématiques-là, compliquées, mais il nous semblait qu'il fallait à la fois mettre en annexe des exemples, à la fois parler clair sur un certain nombre de points très techniques et en même temps, replacer le tout dans son ensemble pour ceux qui, après nous, réfléchiront à ces choses. Nous ne leur aurons pas donné un projet clé en main mais des pistes qui nous ont semblé importantes.

Amplitude du droit : Sur cet aspect, vous disiez tout à l'heure que, finalement, il y avait très peu de matériaux, d'études ou de travaux sur cette question. Est-ce que, à travers la Mission de recherche Droit et Justice notamment, il y a des velléités de faire évoluer, d'orienter le programme pour susciter des travaux pluridisciplinaires par exemple ?

Jean Danet : La Mission de recherche Droit et Justice, d'abord, a des moyens limités mais peut-être s'emparera-t-elle de cela pour essayer de lancer quelque chose. On verra ce que pourra faire l'Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice qui vient de lui succéder. Encore faut-il pouvoir constituer une équipe pluridisciplinaire de la taille suffisante et ce n'est vraiment pas rien, vous le savez bien.

Dans le contexte français d'une interdisciplinarité assez rare, il faudra constituer un groupe, avec sociologues et juristes bien sûr mais pas seulement. On n'est pas loin de l'aire de l'anthropologie et de l'ethnologie. Les psychologues peuvent être utiles pour les conséquences de tout cela, des sociologues aussi, à la fois des sociologues de la justice mais aussi des spécialistes de la sociologie des professions, côté médias en particulier, des historiens. Il y a beaucoup de travail à faire. Qui peut dire aujourd'hui qu'une telle équipe peut facilement être constituée ?

On aurait besoin de travaux sur des points précis. Par exemple, il y a un discours qui consiste à dire : « Le respect de la présomption d'innocence ? Cela s'améliore plutôt globalement. Il y a un certain nombre de médias qui font attention, etc. Le problème, ce sont les réseaux sociaux, nous médias nous avons chacun notre charte de déontologie. » Et puis, on a entendu aussi des gens des médias qui nous disaient : « C'est quand même très compliqué, notamment la gestion de la terminologie, la vigilance sur le mot "présumé" qui devient d'une ambiguïté folle. » Les médias peuvent tout à la fois nous dire, d'un côté, que cela va mieux et, d'un autre côté, qu'on les prend régulièrement la main dans le sac.

Un exemple qui s'est passé pendant notre temps de réflexion. Un quotidien national fait un article absolument irréprochable sur l'affaire Benalla. On en est, à ce moment-là, aux réquisitions du parquet contre cet ancien collaborateur du président de la République. Rien à dire. Mais, dans l'édition numérique du quotidien en question, l'article paraît avec un titre problématique. Car vous savez que c'est la rédaction qui fait les titres. Celui-ci pouvait surprendre : « Benalla condamné à 18 mois. » Vous allez me dire que ce n'était sans doute pas la préoccupation de M. Benalla mais c'est tout de même fâcheux ce raccourci, cette erreur de vocabulaire : juste avant que la défense ne s'exprime !

Par ailleurs, nous avons pris conscience que très souvent les atteintes à la présomption d'innocence sont le résultat d'une espèce de coproduction. Je m'explique. Les médias classiques (télévisuel, radiophonique ou presse écrite) font dans une affaire qui intéresse l'opinion (people, puissants, etc.) un article plutôt à charge, ce pour une raison très simple : la personne mise en cause a refusé de s'exprimer dans le

média en question. Le média peut dire à juste titre : « Ne me reprochez pas d'avoir fait un article avec ce que l'on avait ; c'est de l'information, c'est une question qui intéresse tout le monde. » C'est vrai. On a donc un article de ce type qui paraît. Et un nouvel acteur intervient alors : les réseaux sociaux, parfois sous la forme, comme je le disais, d'une meute. On ne peut certes pas dire que l'article de presse a franchement manqué au principe de la présomption d'innocence. Toutefois, ce qu'en ont tiré les commentateurs anonymes est très simple : « Il est coupable. » Et d'ailleurs, plus on est sur des infractions complexes, comme c'est souvent le cas dans le domaine du droit pénal des affaires ou en matière politico-financière, et plus le lecteur est tenté de se dire que, de toute façon, il n'y a pas de fumée sans feu… Et ce sont les réseaux sociaux qui, à la suite d'un article, vont déclarer coupable quelqu'un qui sera mis hors de cause cinq ans plus tard. Ce qui prendra la forme d'une brève de cinq lignes.

C'est souvent cette coproduction qui s'observe aujourd'hui. C'est cela qui fait sans doute toute la différence avec la situation d'il y a trente ans.

Cela justifie à mon sens – mais là, c'est une opinion qui m'est personnelle ; le groupe était partagé – l'évolution nécessaire des outils juridiques de défense. Pour saisir cette évolution, j'ai construit un exemple sur l'article 9-1 du Code civil. Je voulais soulever la question de savoir s'il fallait maintenir la condition actuelle prévue par ce texte de l'existence d'une enquête ou d'une instruction en cours. J'ai pris l'exemple suivant, soufflé partiellement par un avocat. On est dans une entreprise en province : 150 personnes, essentiellement des hommes, trois femmes. L'une, qui est mère célibataire, fait l'objet d'un harcèlement sexuel de la part de deux ou trois machos de l'entreprise qui font leur loi. Elle dépose une plainte pour harcèlement sexuel. L'apprenant, les trois machos puis certains de leurs amis lancent des messages qui évidemment vont circuler dans l'entreprise en disant : « C'est une balance et une menteuse : elle est coupable de dénonciation calomnieuse. » Si cette femme veut aller voir le juge des référés pour faire cesser ces messages, elle ne le peut pas car il n'y a pas d'enquête sur la dénonciation calomnieuse. C'est quand même le monde à l'envers. Cela ne va pas. Je suis très attentif à cette histoire de dénonciation calomnieuse parce que l'on voit qu'en ce moment, cela se multiplie. Si on allait y regarder de près, il y a sans doute une

bonne part des atteintes à la présomption d'innocence qui sont liées à une dénonciation calomnieuse imputée à une personne qui s'est plainte de telle ou telle infraction. Et on aura la même chose demain, si on ne l'a pas déjà, avec des lycéens ou lycéennes qui seront peut-être en même temps – mais pas toujours – l'objet d'un harcèlement. Qu'est-ce qu'ils/elles peuvent faire ? Car se pose également le problème de la prescription. La gamine qui a peur de ses parents, avec lesquelles elle a des relations peut-être un peu tendues ou qui sont très autoritaires, ne parlera pas de ces messages accusateurs. Quand les parents découvriront cela, le délai de prescription de trois mois aura expiré. C'est fini.

Et là, ils seront totalement démunis. Il y a un vrai problème. Je le crains, cela finira par un fait divers monstrueux avec une gamine qui se sera suicidée, puis on découvrira l'épisode sous-jacent ; alors on poussera des cris d'orfraie, on dira « quelle horreur ! », etc. Cela fait longtemps hélas que, sur la prescription, des autorités insoupçonnables de vouloir attenter à la liberté d'expression, à commencer par MM. Badinter et Dreyfus-Schmidt, sont montées au créneau et ont essayé de faire porter le délai à un an. Sans succès. Le lobby des médias est là.

Il faut donc peut-être élargir le champ de l'article 9-1 du Code civil aux cas où il n'y a ni enquête ni instruction ouverte sur les accusations constitutives d'atteintes à la présomption d'innocence et allonger le délai de prescription à un an.

Amplitude du droit : S'agissant de technique juridique, il est question des fenêtres de communication, prévues à l'article 11 du Code de procédure pénale comme des aménagements au secret de l'enquête et de l'instruction. Le rapport analyse l'application de ce mécanisme. Il fait des propositions concrètes et précises pour améliorer le dispositif sur différents points, notamment des points très pratiques en termes d'organisation de l'institution judiciaire. Néanmoins n'est pas mis en cause, ni dans l'analyse ni dans les propositions, le fait que le dispositif actuel présente une faiblesse institutionnelle : il est entre les mains du procureur de la République, partie au procès pénal. S'agissant du secret de l'enquête, cela ne pose pas de difficultés puisque l'enquête de police est placée sous sa direction et son contrôle. En revanche, s'agissant de

l'instruction préparatoire, c'est plus gênant puisqu'il est partie à l'instruction, non le maître de celle-ci. Il n'est pas le maître de l'instruction mais le maître de l'enquête. Or, le rapport n'en dit rien. Il y a simplement une proposition pour une meilleure articulation entre procureur et juge mais il n'est pas question de changer le titulaire du pouvoir de décision.

Jean Danet : Certes, ce brouillage des fonctions qui remet en cause la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement est l'exemple même de ces maladresses normatives qui font que le système judiciaire peut être difficile à lire pour le public, ce qui favorise des atteintes à la présomption d'innocence. À cela, il y a une réponse globale et des éléments de détail.

Une première réponse pouvait nous amener à revisiter la totalité non seulement de la procédure mais de l'organisation institutionnelle de la justice pénale. Or, cela, il fallait absolument nous l'interdire. Nous refusions de partir là-dessus : nous ne pouvions pas réécrire le Code de procédure pénale dans les trois mois d'été !

On a eu par ailleurs un débat sur le secret de l'enquête et de l'instruction. Un membre du groupe était partisan d'un changement net : supprimer le secret de l'instruction mais non celui de l'enquête. Le problème ne se pose pourtant pas comme cela. La raison en est simple : il est des instructions qui font suite à une enquête, d'autres non. Des instructions sont ouvertes sur des constitutions de partie civile et alors qu'aucune enquête n'a encore été diligentée. C'est la question des rapports entre ces phases procédurales qui se trouve posée dans la dissociation du secret. Bref, on n'a pas voulu s'engager dans ce débat-là.

On n'a pas voulu s'engager sur le débat du secret de l'enquête et de l'instruction d'autant que certaines auditions très importantes de hauts magistrats, particulièrement compétents sur ces questions, nous ont convaincus que, s'agissant des violations du secret de l'enquête et de l'instruction, malheureusement, il ne fallait pas trop espérer que la justice progresse dans l'élucidation des conditions de violation de ce secret. On nous a expliqué comment les choses se passent, comment elles *semblent* se passer parce qu'on est obligé d'être prudent. Il semble que ce sont rarement les enquêteurs chargés du dossier qui soient les auteurs de violation du secret de

l'enquête et de l'instruction. Il se pourrait bien que ce soient des gens qui ont accès à un certain nombre de procès-verbaux *via* la numérisation des procédures par exemple. Dans ces conditions, on a peu de chances de retrouver qui que ce soit. À partir de là, évidemment, la difficulté est considérable.

Sur la communication institutionnelle, nous avons entendu des choses tout à fait intéressantes et assez innovantes. D'ailleurs, une de nos préconisations s'en fait l'écho. Il faut distinguer deux choses, nous a-t-il semblé. La communication actuelle, centrée sur les éléments de l'affaire en cours, et confiée au procureur, pourrait, sans bien entendu disparaître, laisser une place à une communication différente de par son objet, une communication sur le principe général de la présomption d'innocence. Des magistrats du siège disent pouvoir l'assurer. Des chefs de juridictions importantes disent que, dans une affaire où les réseaux sociaux se déchaînent, il serait possible que le président du tribunal intervienne pour rappeler ce qu'est la présomption d'innocence, pourquoi elle existe et pourquoi on n'a pas à se substituer au juge. Il ne s'agirait pas pour eux de donner la moindre information sur l'affaire en cours, mais simplement de faire un rappel aux principes. Voilà une piste qui me paraît intéressante. Le procureur, les juges d'instruction, les juges des libertés et de la détention ne peuvent pas faire cette communication-là parce que l'on va analyser leurs déclarations, leurs motivations à l'aune du dossier dont ils ont la charge. Cela se prêterait à toutes les instrumentalisations. En revanche, le président du tribunal, lui, ne touche pas au dossier et c'est un magistrat du siège. Il a toute l'autorité pour faire une telle mise au point, un rappel à l'ordre. Ce qui n'empêcherait pas le procureur de communiquer sur l'affaire dans le cadre de l'article 11 du Code de procédure pénale. Il y a là une avancée possible à procédure constante. Au-delà, c'était s'engager dans la réécriture du Code : c'était impossible.

Amplitude du droit : Autre question technique, s'agissant des box vitrés [7], le rapport semble en retrait. Il fait essentiellement un état des lieux en termes de jurisprudence européenne, administrative et judiciaire pour conclure que, en l'état du droit tel qu'il est fixé par cette combinaison de jurisprudence(s) à différents niveaux, les choses sont satisfaisantes. Est ainsi mis en avant le pouvoir du juge de placer ou non la personne dans un tel box. Ainsi centrée sur

le droit strict, l'argumentation contraste avec l'attention portée par le rapport, sur nombre d'autres points, à l'(in)application concrète de la norme abstraite. Or, l'affirmation du pouvoir du juge et du devoir qui l'accompagne, de motivation notamment, ne répond pas à la question de savoir quel usage il en fait concrètement.

Jean Danet : Le rapport évoque cela tout de même, quoique d'une manière discrète. La raison est très simple : nous avons constaté que cette question est compliquée à penser par suite de la diversité même des formes du box vitré. Il y a des box vitrés qui sont problématiques par rapport à l'exercice des droits de la défense mais il y en a d'autres qui le sont fort peu. Cela dépend de l'architecte et, là aussi, le ministère de la Justice pourrait peut-être quand même… bref. La situation n'est pas du tout la même suivant la salle du tribunal dont on parle. C'est un premier point qui rend l'exercice compliqué. On aurait pu prendre une position de principe mais c'eût été à partir de certaines situations seulement. Il nous aurait alors été rétorqué que nous avions exagéré, que nous avions commis une erreur factuelle.

Pour autant, nous n'ignorons pas la difficulté. Notre analyse est dite en termes choisis mais elle sera comprise par les premiers concernés, les magistrats. À notre sens, la question de l'usage des box vitrés renvoie à une question de pratique et donc de déontologie. J'insiste en tant qu'ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature : pour moi, c'est une question de déontologie, c'est-à-dire qu'il y a des affaires dans lesquelles je peux très bien comprendre que la juridiction pense utile que le suspect soit derrière la vitre. En matière de terrorisme, on peut comprendre l'utilité du box vitré pour des militants d'ultra-droite ou des djihadistes. Il y a aussi des affaires dans lesquelles il y a un tel niveau de violence interindividuelle qu'on peut l'admettre. J'ai d'ailleurs toutes les bonnes raisons du monde de reconnaître que le box vitré peut avoir des justifications. J'étais l'un des avocats présents au moment du procès de la prise d'otages de Nantes en 1985. Je sais ce que c'est que la garde désarmée et le fusil sur la tempe de l'avocat général. Il ne faut pas se raconter d'histoires.

Ensuite, c'est le président qui a la police de l'audience et c'est là qu'est le problème déontologique : certains présidents vont dire « on a un box et il ne faut pas tendre nos relations avec la garde qui veut qu'on l'utilise systématiquement », etc. Donc le juge va céder au service de

sécurité, évidemment plus tranquille quand tout se passe derrière le box. C'est là un problème déontologique. Est-ce que le président est sous la pression du service de sécurité ou est-ce que, véritablement, il apprécie au cas par cas, y compris après avoir entendu les parties sur la nécessité d'utiliser le box ? C'est cela la question, c'est vraiment une question d'effectivité mais d'effectivité dans tous les sens du terme. Mesurer les besoins ; dans la même audience, il y aura peut-être des cas différents.

Vous voyez que, là, c'est plutôt la formation des magistrats qui est en jeu. La question est de savoir comment on fait pour qu'ils aient conscience du fait que c'est un enjeu, que c'est un problème, pour qu'ils écoutent la défense quand elle leur dit : « Dans cette salle telle qu'elle est, vous savez bien monsieur le Président, c'est très compliqué ; j'ai beaucoup de difficultés parce que l'on nous a fait une minuscule ouverture en bas de la vitre et qu'il faut que je me penche pour parler à mon client. »

Amplitude du droit : N'y a-t-il pas quand même un décalage aujourd'hui entre la pratique des box vitrés et, avec l'arrivée de la télévision aussi dans les cours d'assises, l'interdiction qui est faite de filmer quelqu'un menotté ou même d'être menotté en cour d'assises ?

Jean Danet : Vous savez que le texte qui a été voté sur l'entrée des caméras est très verrouillé [8]. Nous avons tiré de l'entretien que nous avons eu avec M. Fabius que le Conseil constitutionnel serait particulièrement vigilant sur la question. Autrement dit, à la première question prioritaire de constitutionnalité qui remonte, le Conseil constitutionnel veillera à ce que la médiatisation ne soit pas à l'origine de dérapages en tous genres. Ils peuvent être de nature différente d'ailleurs mais notamment tenir en des atteintes à la présomption d'innocence.

Tout cela est très compliqué parce que, effectivement, on est dans une société paradoxale qui veut toujours plus de transparence et, en même temps, toujours plus de sécurité. Or, il y a un moment où l'injonction de sécurité est compliquée à mettre en parallèle avec tout cela. La complexité est réelle, vous avez raison.

Amplitude du droit : Le rapport s'intéresse particulièrement aux droits des victimes dont la montée en puissance dans la législation est retracée. Cependant, la lecture du rapport suggère qu'il voit une tension entre présomption d'innocence et droits des victimes. Or, en termes procéduraux, quelle contradiction pourrait exister entre les deux ? Elle n'apparaît guère. Où est alors le conflit ?

Jean Danet : Ce n'est pas seulement en termes processuels que cela se pose. C'est aussi une question de société. Mais, vous avez raison, il y a quand même un volet sémantico-processuel. Car il y a un travail à faire sur certains textes. Ce n'est pas le tout de faire la leçon aux médias en leur reprochant la formule « auteur présumé » ; encore faut-il que la loi ne donne pas elle-même l'exemple de travers comparables !

Dans un entretien télévisé faisant suite à la remise du rapport, Élisabeth Guigou a cité un exemple des problèmes sémantiques de notre code actuel, qui n'est pas indiqué dans le rapport et j'en étais heureux parce que c'est quelque chose qui me tient à cœur. Quand on fait prêter aux jurés le serment de ne pas trahir les intérêts de la « victime », c'est un peu tôt pour user de cette qualification de « victime ». À ce stade, ce sont les intérêts des parties civiles. À ce stade, on parle de « l'accusé » et pas du « condamné ». Il y aura des « victimes » quand il y aura un « condamné ». Certes, il y a ici une ambivalence puisque l'on peut dire que les intérêts civils ne sont pas de la compétence des jurés. De même, s'il y a mort d'homme, on peut penser que la victime est déjà certaine et que le dire n'implique pas d'affirmer la culpabilité de la personne poursuivie. C'est vrai. Il y a une ambiguïté et on peut discuter à perte de vue sur l'usage du mot « victime ». Toutefois, globalement, il serait prudent de ne pas dire « victime » dans ce contexte.

S'agissant des droits des victimes en particulier, les rapporteurs ont été prudents et je peux le comprendre. Nous voulions éviter les interprétations malveillantes qui auraient cherché à nous opposer aux victimes. Pour le reste, le droit des victimes tel qu'il a été pensé peut tout à fait s'accorder avec la présomption d'innocence. Tel était d'ailleurs l'esprit de la loi du 15 juin 2000 adoptée sous l'impulsion d'Élisabeth Guigou : « loi renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes », les deux envisagés ensemble.

Prenons un autre exemple, également tiré de la législation même : l'article 144 du Code de procédure pénale sur le motif de placement en détention provisoire. C'est cité dans le rapport. Il y a un petit souci. L'un des motifs envisagés est d'empêcher « le renouvellement de l'infraction ». Ce qui préjuge de la culpabilité. Mais de quelle « infraction » parle-t-on à ce stade de la procédure antérieur à tout jugement sur sa réalité ? En plus, c'est idiot parce que, dans la plupart des cas, quand on place ou on maintient en détention provisoire, ce n'est pas le renouvellement de l'infraction le plus souvent que l'on craint, c'est la commission d'une *autre* infraction, liée peut-être à la première telle que la pression sur les témoins. Nous avons donc dit qu'il faut remédier à ces dérives sémantiques.

En revanche, c'est beaucoup plus compliqué d'un point de vue sociétal. Quand on voit l'émergence d'un slogan comme « Victimes, on vous croit », cela peut soulever des difficultés. Cela pose la question de savoir comment on entend ce slogan, le sens qu'on lui donne. Si on l'entend dans une perspective d'ouverture, de soutien, de compréhension face à la détresse exprimée, on peut assurément y adhérer. Il serait simplement plus pertinent de dire alors « On vous entend ». En la matière, la nécessité est d'entendre, d'écouter, de prendre en compte cette parole et non de « croire ». En revanche, s'il s'agit de dire « On vous croit sur parole et donc la personne que vous dénoncez peut être condamnée sans procès et traitée comme coupable sur tous les réseaux sociaux par n'importe qui », c'est inacceptable. Il faut raison garder. J'observe d'ailleurs que, souvent, le glissement est moins le fait de victimes que de justiciers anonymes ; les victimes sont généralement plus raisonnables. Reste que c'est une vraie difficulté.

Nous avons été cependant très prudents sur ces questions dans le rapport et je crois que nous avons eu raison. Comme d'autres, j'ai été très marqué par le sort d'un rapport, il y a quelques années. C'était le rapport Varinard sur la justice des mineurs [Varinard, 2008].

Monsieur Varinard avait composé un groupe de travail autour de lui, extrêmement pluraliste en termes d'opinions. Ses membres étaient d'accord sur la totalité des propositions, sauf une qui avait été prise à la majorité et qui concernait l'âge de la minorité pénale. Le rapport est arrivé à la Chancellerie. Apparemment, il y avait des gens à qui

cette proposition déplaisait, peut-être le reste aussi leur déplaisait-il, je n'en sais rien. Le rapport a fuité avant sa remise officielle. Les médias s'en sont emparés mais se sont focalisés sur cette seule proposition, l'âge de la minorité, quand les 34 autres sont passées à la trappe. Le rapport a été éreinté. L'enseignement que j'en ai tiré est simple : attention aux chiffons rouges, attention à ne pas se trouver ensuite laminé parce que les médias ne vont retenir qu'une seule proposition, éclipsant l'essentiel du travail accompli. En l'occurrence, si nous avions, pour revenir sur cet exemple, dit : « Il faut supprimer les box vitrés », nous étions certains de partir dans le décor.

Amplitude du droit : Faisons un petit retour en arrière… qui pourrait nous rapprocher de la conclusion ! Nous évoquions tout à l'heure la question de la formation des magistrats qui est un fil rouge du rapport. Certaines recommandations suggèrent, par induction, le constat suivant : il y aurait un décalage entre la réalité du droit légiféré, pour raisonner sur la loi, et l'ineffectivité de celui-ci. Ce n'est pas simplement l'ineffectivité du côté de ceux qui ignorent ou qui font abstraction de la loi. C'est aussi (surtout ?) celle qui procède de la complexité de la vie sociale et politique, ainsi des défis posés par les réseaux sociaux évoqués précédemment. Faut-il rapprocher ces éléments et considérer qu'il y a un besoin de formation des magistrats sur ces questions (alors que l'on pourrait penser que la chose va de soi) ? Si tel est le cas, faut-il faire porter le regard en amont de leur formation professionnelle pour considérer le cursus proposé par les facultés de droit ? Une difficulté dans la perception, par les magistrats, des enjeux de la présomption d'innocence ne serait-elle pas liée à une approche trop technicienne du droit ? C'est tout de même le modèle qui, de longue date, est largement suivi dans les facultés de droit, que ce soit en termes de recherche ou en termes d'enseignement. Cela conduit à négliger l'épaisseur sociale, politique, psychologique (on l'évoquait à l'instant), du droit, en l'occurrence de la présomption d'innocence.

Jean Danet : Il ne vous a pas échappé que le rédacteur de la partie consacrée à l'Université semble partager ce point de vue !

Cela dit, je vais quand même modérer la critique. Ce n'est pas seulement affaire de technicité. Je crois que c'est un petit peu plus compliqué que cela. Je peux comprendre d'où cela vient. C'est que la

présomption d'innocence, franchement, c'est une question que l'on évoque en première année de droit. C'est évoqué en introduction au droit, en introduction aux sciences criminelles (pour les facultés qui proposent cet enseignement). C'est là, en arrière-fond qui plus est, que le professeur parlera peut-être de la question, expliquant notamment l'article 9-1 du Code civil. Il va en parler mais sans trop en avoir le temps, sans s'arrêter, *a fortiori* sans re-contextualiser tout cela parce que ce n'est pas possible. En procédure pénale, ensuite, le professeur a en tête et, les étudiants aussi, la présomption d'innocence. Mais cela n'est pas, alors un sujet d'étude en tant que tel. D'ailleurs, avec un peu de malice, nous avons remarqué que ce n'est pas non plus un sujet d'examen dans les écoles d'application. C'est donc dire que l'on a là un sujet qui n'a jamais trop attiré l'attention en lui-même : la présomption d'innocence. On n'a pas non plus de rapport déjà déposé et centré sur la question. Je crois que l'on est devant tout cela. Les écoles d'application ont le même problème. Les écoles de journalisme ont le même problème. C'est très largement partagé.

Maintenant, voici ce que je pense et je regrette un peu que cela n'ait pas été dit de manière assez nette dans le rapport. Je crois que la solution pourrait tenir dans des modules de formation sur tout ce contexte de la présomption d'innocence, sur tout ce que l'on vient de dire là. Ces modules seraient communs ; ils seraient faits *à la fois* pour les écoles de journalisme, pour les écoles d'avocat, pour l'École nationale de la magistrature, de telle manière que chacun entende ce que l'autre dit sur le sujet.

Le module pourrait permettre d'entendre ce que disent les journalistes, les magistrats et les avocats. Qu'ils s'écoutent sur la question, qu'ils comprennent la manière dont l'autre approche cela. Je pense qu'un tel module pourrait utilement être mis à disposition des étudiants de master 2 (ou 1) dans les facultés de droit. Parmi nos étudiants, il y a des gens qui rêvent d'être avocats pénalistes, d'être magistrats, etc. ; c'est dire si un tel module les intéresserait aussi. C'est cela sans doute le moyen de faire bouger les choses pour, l'année suivante, introduire dans le module telle affaire, faire une analyse de cas. Pour le coup, les analyses de cas seraient utiles. On réunit un journaliste, un magistrat, un avocat ou un policier et on leur dit alors : « Comment avez-vous appréhendé cette histoire qui a

quand même totalement dérapé ? Qu'est ce qui s'est passé pour vous ? »

Il paraît que dans les écoles de journalisme, on leur parle des dérapages sur la présomption d'innocence. J'en suis persuadé. On leur en parle et il paraît – je peux tout à fait le croire – que les jeunes futurs journalistes sont scandalisés de cas qui leur sont rapportés. Mais, c'est *ensuite* que cela dérape. Et en fait, on s'aperçoit que cela dérape pour des raisons qui sont bien plus systémiques que personnelles. L'organisation du travail dans les rédactions est souvent en cause. Comment y travaille-t-on concrètement ? Sous quelle pression ? Les médias traditionnels vivent un modèle en crise même si certains s'en défendent haut et fort. Beaucoup reconnaissent que c'est compliqué avec les réseaux sociaux. Or, les jeunes journalistes, biberonnés aux réseaux sociaux, sont mentalement sous la pression de ceux-ci, y compris pour choisir les angles d'attaque d'une affaire. Il y a tout cela qui est en train de bouger.

Il faut sans doute réfléchir tous ensemble aux moyens de sortir de cette situation, les facs de droit avec leurs forces ou les écoles d'avocat avec leurs petites forces, etc. Tout seul, chacun dans son coin, je crains que cela ne fasse pas l'affaire. Il y a une prise de conscience nécessaire de tout cela. Et ce n'est pas propre à un type de délinquance, les infractions sexuelles en l'occurrence. Notre grand souci, au sein du groupe de travail, c'était très clair pour Élisabeth Guigou dès le départ, était de ne surtout pas nous laisser enfermés sur les seuls exemples des infractions sexuelles ; c'était fondamental. La réception du rapport l'a montré au demeurant. Cette réception a été un peu percutée, un entretien télévisé récent d'Élisabeth Guigou l'illustre bien malgré elle, par l'affaire Hulot [Cazi, Dassonville, Zappi, 2021]. Le média a voulu évoquer l'affaire Hulot face au rapport Guigou et le rapport Guigou face à l'affaire Hulot. Ce n'est pas très raisonnable. Cela ne permet pas de comprendre à quel point la question est beaucoup plus générale.

Amplitude du droit : Ultime question pour préciser un point évoqué plus tôt : quel sort pour l'article 9-1 du Code civil, instrument de défense du droit à la présomption d'innocence offert à ceux qui en ressentent personnellement la mise en cause ?

Jean Danet : Une question difficile est le rapport de l'article 9-1 à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. J'ai déjà évoqué comment l'article 9-1 pourrait évoluer dans son champ d'application – la condition d'une enquête ou d'une instruction en cours ne serait plus requise – et sur le délai de prescription. La crainte chez certains grands défenseurs de la loi de 1881, c'est que si on fait bouger l'article 9-1 sur le délai de prescription et sur les conditions requises, on dévitalise totalement le droit de la diffamation. J'entends la crainte mais une objection me vient aussitôt : rechercher des solutions civiles à des conflits de ce genre, n'est-ce pas quand même un peu le sens de l'histoire plutôt que de s'accrocher au droit pénal comme la bernique au rocher ? C'est un pénaliste qui le dit ! Aller devant le juge des référés pour faire en sorte que la pression retombe est quand même plus simple que de lancer un procès en diffamation qui, à la 17e chambre correctionnelle du tribunal judiciaire de Paris, est jugé deux ans plus tard.

Il y a à mon sens vraiment un problème mais on sent une crispation des médias traditionnels sur le droit spécial de la diffamation parce qu'il les protège d'une manière extraordinaire. Cela nous a amenés à travailler sur ce que l'on peut faire de spécifique sur les réseaux sociaux. Se pose le problème sur le plan technique de l'articulation entre l'article 9-1 du Code civil et la loi sur l'économie numérique [9] avec notamment l'extension aux atteintes à la présomption d'innocence du nouveau dispositif qui a été voté au mois d'août dernier, ce qui permettrait tout simplement de savoir qui sont les auteurs des messages accusateurs [10]. Il ne s'agit pas nécessairement de supprimer l'anonymat mais de faire en sorte qu'au premier geste d'enquête, on puisse obtenir immédiatement et de façon certaine l'identité de l'auteur du message.

Il faut prendre en compte aussi l'angle européen qui, évidemment par principe, tenait beaucoup à cœur à Élisabeth Guigou et elle a raison parce que c'est sans doute un moyen aussi d'avancer.

Bref, on ne doit rien négliger, la situation est trop difficile. Un dernier exemple des idées que nous avons lancées. Lisez la recommandation sur l'attribution au parquet d'engager, sur le plan civil, l'action fondée sur l'article 9-1 du Code civil ! Si nous prenons au sérieux l'idée que les atteintes à la présomption d'innocence remettent en cause le rôle

de la justice, tant celui de l'accusation que celui du juge, alors il faut que le parquet puisse s'y opposer de manière à rappeler le rôle de chacun, en particulier le sien propre. C'est à lui et à lui seul de défendre ensuite l'intérêt de la société en exerçant s'il y a lieu l'action publique, fort des informations documentées que les services compétents auront collectées. Il est donc bien placé pour rappeler, dans l'intérêt de la société, que ce n'est pas aux médias, pour ne citer qu'eux, de s'octroyer ce rôle. Et il n'y a pas de contradiction entre le fait de faire respecter la présomption d'innocence et ensuite, s'il y a lieu, d'exercer les poursuites.

BIBLIOGRAPHIE

Cazi E., Dassonville A., Zappi S., 27 novembre 2021 « Nicolas Hulot accusé de viol et d'agressions sexuelles », *Le Monde*, p. 17

Danet J., 2020, *Les droits de la défense*, Paris, Dalloz

Danet J., 2013, *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, Rennes, PUR

Danet J., 2010, *La justice pénale entre rituel et management*, Rennes, PUR

Guigou É. (dir.), 2021, *La présomption d'innocence : un défi pour l'État de droit*, rapport du groupe de travail sur la présomption d'innocence, [http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport%20pr%E9somption%20innocence%2020211015.pdf], consulté le 3 février 2022

Marot P.-Y., 2020, « L'abécédaire de Jean Danet », dans *Les mots du droit, les choses de justice. Mélanges en l'honneur de Jean Danet*, Paris, Dalloz, p. 505-525

Nadal J.-L., 2013, *Refonder le ministère public*, rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice, [https://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_JLNadal_refonder_ministere_public.pdf], consulté le 3 février 2022

Tulkens F., 2013, *Conférence de consensus. Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Principes d'action et méthodes*, rapport du jury de consensus remis au Premier ministre, [https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/134000120.pdf], consulté le 3 février 2022

Varinard A., 2008, *Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs*, rapport remis à Mme la garde des Sceaux, ministre de la justice, [http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/1_RapportVarinard.pdf], consulté le 3 février 2022

NOTES

1 Pour une autre subjectivité, voir l'entretien réalisé par M. P.-Y. Marot (2020).

2 [https://www.justice.gouv.fr/etats-generaux-de-la-justice-13010/], consulté le 12 avril 2022.

3 Sur cette affaire, voir les références dans le rapport, p. 216-217.

4 [https://initiadroit.com], consulté le 3 février 2022.

5 Code civil, art. 9-1, al. 2 : « Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte. »

6 « La citation précisera et qualifiera le fait incriminé, elle indiquera le texte de loi applicable à la poursuite. Si la citation est à la requête du plaignant, elle contiendra élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie et sera notifiée tant au prévenu qu'au ministère public. Toutes ces formalités seront observées à peine de nullité de la poursuite. »

7 Voir p. 57 du rapport.

8 Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, article premier.

9 Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

10 *Ibid.*, art. 6-I-7, al. 3.

RÉSUMÉ

Français
Le 14 octobre 2021, quelques jours avant l'ouverture des États généraux de la justice, Mme Élisabeth Guigou a remis au garde des Sceaux le rapport rédigé par une commission de réflexion qu'elle a présidée sur la présomption

d'innocence. Il s'agit d'un texte riche, qui s'attache à une approche globale de cet objet en procédure pénale et, au-delà, en droit. Il articule une réflexion d'ensemble qui nourrit quarante propositions, dont la diversité est à la mesure de l'approche précitée : de la suggestion de modifications de dispositions du Code de procédure pénale à des recommandations très concrètes en matière de formation des différents protagonistes. Pour mieux comprendre ce rapport, notamment par un éclairage sur les méthodes de travail qui ont présidé à sa rédaction, *Amplitude du droit* a sollicité un entretien avec M. Jean Danet, membre de la commission Guigou.

INDEX

Mots-clés
mission Guigou, présomption d'innocence, État de droit, autorité de la justice, médias, formation, déontologie

AUTEUR

Jean Danet
Maître de conférences, Université de Nantes, avocat honoraire au barreau de Nantes ; jean.danet@univ-nantes.fr

Dossier - Covid-19, droit(s) et action publique

Introduction. Covid-19, droit et action publique

Josépha Dirringer et Marie Mesnil

PLAN

1. Le normal, le pathologique et l'exceptionnel
2. Le regard du juriste
3. L'adaptation du système de santé
4. L'adaptation de la vie sociale
5. L'adaptabilité des normes et la gouvernementalité des corps

TEXTE

1. Le normal, le pathologique et l'exceptionnel

1 L'appel à contributions lancé à la fin du premier confinement lié au virus de la Covid-19, en mai 2020, soulignait le caractère inédit de la crise sanitaire. Nous étions sous le coup de la sidération. Deux ans plus tard, l'épidémie est toujours présente, mais nous ne vivons plus au gré des restrictions sanitaires et des gestes barrières. La sidération et l'anxiété ont laissé la place à une forme de lassitude face à l'installation durable de ce temps exceptionnel. Le soulagement d'un retour à la normale ne doit pas en effet masquer l'importance de la rupture créée par cette crise inédite. Le système de santé a été et reste encore en première ligne. De même, l'ensemble de notre organisation, politique, économique et sociale, sommée de répondre à ce défi mondial, a été fortement ébranlé. Pour autant, il est difficile d'appréhender la mesure exacte des conséquences de cette pandémie et les transformations qui en résulteront de manière plus durable.

2. Le regard du juriste

2 Il est important que le juriste participe à ce travail de mise en lumière des conséquences de la crise sanitaire sur le droit. L'arsenal mis en

branle pour faire face à la pandémie mondiale de Covid-19 a aussi et surtout été juridique. Il a fallu habiliter les acteurs publics et privés à agir autrement et urgemment. Consécutivement, la densification normative s'est accrue, confinant parfois à une forme de gesticulation stroboscopique. Il est alors nécessaire de disposer de quelques guides juridiques. D'abord, le juriste spécialiste est à même de comprendre le sens et la portée des mesures d'exception qui ont été déployées dans les différents champs de la société. Ensuite, l'analyse juridique permet de décrire les techniques et les procédés employés au cours de la crise sanitaire par les pouvoirs publics. En somme, l'analyse juridique de (x) [Encinas de Munagorri, Herrera, Leclerc, 2019], (x) étant ici la crise sanitaire, contribue à n'en pas douter à une meilleure compréhension de nos sociétés éprouvées par cet événement global.

3. L'adaptation du système de santé

3 Le regard s'est porté en premier lieu sur le système de santé. De nombreuses questions juridiques et éthiques ont émergé autour des recherches médicales sur les personnes malades, les usages hors autorisation de mise sur le marché de certains médicaments, la confidentialité des données de santé, l'accès de tous les patients aux soins – que cela soit à l'hôpital ou en ville. La contribution de Sophie Dumas-Lavenac ouvre la réflexion sur les enjeux éthiques liés aux recherches impliquant la personne humaine. Ainsi s'interroge-t-elle sur la capacité des principes éthiques de résister face à l'impératif de lutte contre l'épidémie et de ne pas entièrement ployer devant.

4. L'adaptation de la vie sociale

4 Le système de santé n'est pas seul à avoir été mis à l'épreuve. La crise sanitaire de la Covid-19 est en effet une crise de santé globale qui oblige à prendre en compte l'ensemble des déterminants sociaux et environnementaux présents aux différentes échelles de la vie sociale, de l'échelle transnationale au niveau le plus local. Elle questionne le modèle économique actuel, l'organisation de la production mondiale et leurs effets délétères sur la santé et l'environnement. Elle questionne aussi la capacité des pouvoirs institués à agir, à s'adapter, voire

à se remettre en cause, interrogeant les fondements de la démocratie et de l'État de droit.

5 Chacun a pu appréhender ce caractère global. La crise a rejailli sur tous les aspects de la vie sociale. Depuis des mois, elle est devenue le motif et la justification de la plupart des décisions prises pour organiser la vie à l'école, dans les commerces, dans les transports, dans les lieux de culture et de loisirs tels que les théâtres, les musées et les salles de sport. En particulier, elle a affecté profondément les conditions de travail, que ce soient celles des travailleurs salariés du secteur privé, des travailleurs indépendants et libéraux ou des agents du secteur public.

6 Katell Richard analyse ainsi de nombreux accords collectifs conclus au cours de la crise sanitaire qui ont modifié, dans des conditions dérogatoires à la loi et sur la base d'une ordonnance prise dans le cadre de l'état d'urgence, les droits aux congés des salariés du secteur privé. Hélène Muscat revient pour sa part sur les impacts de la crise sanitaire sur le développement du télétravail dans la fonction publique, ce contexte ayant agi comme un accélérateur d'une modalité de travail qui a été imposée de manière massive et brutale et a mis largement à l'épreuve la capacité d'adaptabilité des services publics et de leurs agents. Enfin, avec Laurent Rousvoal et Philip Milburn, nous livrons les premiers résultats, encore sous forme d'hypothèses, d'une enquête menée à l'égard des praticiens du droit qu'ils soient avocats, magistrats du siège ou du parquet et dont l'objet est d'apprécier l'impact du premier confinement sur leur activité. S'intéressant au point de vue des acteurs du service public de la justice, l'enquête montre que la crise révélerait et/ou actualiserait des fragilités préexistantes, mais serait marquée néanmoins par des évolutions affectant l'activité des praticiens du droit, en particulier celles liées à l'envahissement du numérique du fait de la porosité entre télétravail et modification de la procédure judiciaire elle-même.

7 À la lecture de ces contributions, on mesure mieux comment la crise sanitaire et la nécessité de préserver la santé de tous ont été de puissants mots d'ordre pour justifier une réorganisation rapide des conditions de travail. Surtout, lues ensemble, ces contributions donnent à voir quelques-uns des procédés juridiques auxquels les pouvoirs publics ont eu recours pour imposer les changements attendus des

rapports et des comportements sociaux, tout en se souciant de les rendre acceptables par les destinataires de ces normes.

5. L'adaptabilité des normes et la gouvernementalité des corps

8 Les domaines étudiés offrent en effet des exemples de la densification normative déjà évoquée. Celle-ci consiste non seulement dans une accélération de la production normative, mais aussi dans une diversification et une dispersion des normes produites, voire parfois dans leur liquéfaction. À cet égard, la contribution de Josépha Dirringer consacrée aux petites sources du droit du travail s'attache à analyser l'essor au cours de la crise sanitaire de nouvelles catégories de normes. Élaborées par le ministère du Travail, ces normes prétendument non contraignantes renvoient aux acteurs de l'entreprise le soin de les transcrire au sein de normes internes. Sous couvert d'autonomie des acteurs et suivant une logique éprouvée de déconcentration de la production normative, c'est sur eux que repose la responsabilité de la mise en œuvre effective des mesures de santé publique. Dans ce contexte, le comportement attendu résultant de la règle déontique est le résultat d'un complexe de normes dont l'application en bout de chaîne semble constituer moins une contrainte imposée par l'État qu'un assujettissement volontaire de la part des individus qui, à défaut d'avoir été convaincus de la nécessité de se comporter conformément aux recommandations, y sont incités. En d'autres termes la crise a admirablement mis en lumière cet alliage de normativités où non seulement l'impératif de santé se mêle à l'impératif de continuité des activités sociales, que ce soient celles organisées au sein des services publics ou que ce soient les activités économiques des entreprises, où les injonctions à respecter les gestes barrières et la distanciation physique consistent dans un mélange entre logique disciplinaire et logique incitative et où l'on peine à démêler ce qui relève de la responsabilité collective et de la responsabilité individuelle de chacun.

9 Les procédures d'implication des acteurs dans l'élaboration et l'application des normes sont des rouages importants des politiques de santé globale. Il y va de l'effectivité des mesures prescrites. Il importe au maximum d'acculturer les individus à ces nouvelles normes, de les

normaliser et de faire en sorte qu'elles s'incorporent aux activités humaines, et ce au sens plein du terme. En dépit de l'urgence, ce processus d'acculturation s'inscrit dans la durée. Le temps passe et progressivement les individus font leurs les normes et les concepts charriés par les politiques de santé publique. La contribution de Louis Hill offre sur ce point des clés très précieuses pour comprendre les mécanismes et les modes de raisonnement qui sont à l'œuvre. Ainsi voit-on se dessiner la « pente glissante » suivant laquelle les individus sont conduits, doucement mais sûrement, à considérer qu'une règle d'exception et exceptionnelle puisse être érigée en règle.

10 Le caractère global de la crise sanitaire s'appréhende d'autant mieux que l'on ne perd pas de vue la dimension internationale de l'événement. Une perspective internationale est une invitation à la comparaison. Cela conduit tantôt à porter un regard plus critique sur les mesures décidées au niveau national, tantôt à mieux se rendre compte de l'éventail des mesures possibles, tantôt encore à mesurer l'importance que recouvre le contexte juridico-politique et socio-économique dans lequel se déploie une politique de santé globale. Pointant les risques que cette crise fait peser sur les droits humains, la contribution de Fulgence Koffi montre ainsi ce qu'il y a d'universel dans les interrogations et les craintes suscitées par la manière dont les pouvoirs publics luttent contre la Covid-19. On aurait préféré observer que le caractère universel de cette crise justifie un élan de solidarité à l'échelle internationale et non, comme on peut le déplorer, un repli sur soi des États-nations.

BIBLIOGRAPHIE

Encinas de Munagorri R., Herrera C. M., Leclerc O., 2019, « Qu'est-ce que l'analyse juridique de (x) ? Pour une explicitation », *Droit et société*, vol. 103, n° 3, p. 609-628

RÉSUMÉ

Français
L'appel à contributions lancé à la fin du premier confinement lié au virus de la Covid-19, en mai 2020, soulignait le caractère inédit de la crise sanitaire.

Deux ans plus tard, le soulagement d'un retour à la normale ne doit pas masquer l'importance de la rupture créée par cette crise inédite. Le système de santé a été et reste encore en première ligne. De même, l'ensemble de notre organisation, politique, économique et sociale, sommée de répondre à ce défi mondial, a été fortement ébranlé. L'introduction de ce dossier revient sur le caractère global des politiques qui ont été menées au cours de ces deux dernières années mettant ainsi en perspective les différentes contributions qui composent ce dossier.

INDEX

Mots-clés
crise sanitaire, Covid-19, pandémie, droit, action publique, gouvernementalité, santé publique

AUTEURS

Joséphа Dirringer
Maîtresse de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ;
josepha.dirringer@univ-rennes1.fr

Marie Mesnil
Maîtresse de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ;
marie.mesnil@gmail.com

Les recherches impliquant la personne humaine à l'épreuve de la crise sanitaire

Sophie Dumas-Lavenac

PLAN

1. L'affaiblissement du contrôle des recherches relatives à la Covid-19
   1.1. L'adaptation à l'urgence des procédures d'autorisation
   1.2. L'inefficacité des mécanismes habituels de régulation
2. L'amplification de questionnements éthiques encore irrésolus
   2.1. La revendication par les patients de l'accès aux traitements expérimentaux
   2.2. L'incursion du modèle de la recherche translationnelle

TEXTE

1 Il est un secteur d'autant plus bousculé par la crise sanitaire qu'il est regardé comme détenant la clé de la lutte contre le virus. Il s'agit bien sûr de la recherche médicale, sommée dès les premiers temps de l'épidémie de fournir à l'humanité les traitements contre la maladie puis, au plus vite, un vaccin. Avec presque deux ans de recul, il est déjà possible de dresser quelques constats, d'observer les bouleversements de la régulation de cette pratique. En revanche, quant à l'analyse des mesures prises et particulièrement de leurs effets, elle ne peut qu'aboutir à des suppositions. Certes, certains éléments ne laissent pas d'inquiéter en ce que l'édifice de nos principes éthiques paraît ébranlé. Les principes éthiques régissant la recherche médicale et, plus précisément, les essais thérapeutiques sur l'être humain, peuvent facilement être perçus comme des freins au progrès des connaissances et à la diffusion des traitements. Dans le « monde d'avant », ils faisaient toutefois l'objet d'un consensus en ce qu'ils garantissaient la sécurité des produits de santé, dans une société où le risque médical était difficilement toléré. Cette appropriation collective de l'éthique de la recherche sur l'être humain avait non seulement conduit le législateur à en doter les règles d'une valeur normative, mais elle était aussi observée, assez spontanément, par les médecins et les acteurs de la recherche eux-mêmes. Désormais,

l'urgence et l'importance de l'enjeu sociétal attaché à la maîtrise de l'épidémie imposent de revoir les priorités et poussent à appréhender différemment le risque médicamenteux et vaccinal.

2 Ainsi, les principes éthiques souffrent-ils d'une mise en tension, et il est bien difficile de ne pas adopter une posture utilitariste. Les règles mises en place depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, du Code de Nüremberg à la Convention d'Oviedo en passant par les lois Huriet-Sérusclat et Jardé, ont toujours été dans le sens d'un refus de voir dans la personne sujet de l'essai thérapeutique un moyen au service de la fin qu'est le progrès médical. Néanmoins, aujourd'hui, il semblerait que les moyens à mettre en œuvre aux fins de contrôler l'épidémie soient très facilement perçus comme bons. Par exemple, des atteintes aux différentes libertés fondamentales (liberté d'aller et venir, liberté de réunion, liberté d'entreprendre ou liberté du travail), inimaginables en dehors d'un tel contexte, sont-elles admises, à défaut d'être pleinement acceptées. La protection de la santé, et particulièrement de la santé publique, paraît devenir une valeur supérieure à toutes les autres. Dans le contexte des recherches impliquant la personne humaine (RIPH), la hiérarchisation des valeurs est plus complexe. En effet, la lutte contre l'épidémie, dont le but est de préserver la vie et la santé du plus grand nombre, est directement confrontée à la vie et à la santé, non seulement de quelques individus (ceux participant aux essais cliniques) mais aussi de la population en général, en cas de diffusion d'un médicament – curatif ou préventif – plus dangereux qu'efficace. Résoudre ce paradoxe devrait conduire à appliquer avec la plus grande rigueur les règles encadrant les essais cliniques et qui garantissent la sécurité des produits de santé. Toutefois, l'urgence rendant toute attente insupportable, il faut accélérer les procédures, ce qui emporte de les rendre moins contraignantes.

3 Si la protection de l'intégrité physique de l'individu participant à la recherche n'est évidemment pas abandonnée, les contrôles sont assurément affaiblis, tant du côté normatif que de celui des acteurs mêmes de la recherche (1). En outre, des questionnements éthiques seulement sous-jacents en dehors du contexte de la crise sanitaire prennent, du fait de cette crise, une ampleur inédite (2).

1. L'affaiblissement du contrôle des recherches relatives à la Covid-19

4 L'abandon des principes éthiques gouvernant les RIPH n'a fort heureusement jamais été évoqué, et le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) a, très tôt, attiré l'attention sur la nécessité de les respecter malgré la crise. Pour autant, le respect en pratique de l'éthique dans le cadre de telles recherches repose sur des contrôles humains, susceptibles d'être perturbés par le contexte sanitaire. S'il est impossible de dire si le contrôle assuré par les comités de protection des personnes (CPP) a effectivement été moins rigoureux, il est en revanche manifeste que celui réalisé par les autres acteurs du contrôle de la recherche s'est révélé défaillant. Concernant le contrôle par les CPP, la modification des textes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire est de nature à gêner sa sérénité (1.1). Quant au second type de contrôle, bien qu'il ne soit pas juridique et repose exclusivement sur les pratiques habituelles de ses acteurs, la façon dont il a été exercé durant l'année 2020 renvoie à l'idée de dérégulation (1.2).

1.1. L'adaptation à l'urgence des procédures d'autorisation

5 Dès les premiers temps de l'épidémie, il s'est agi de faciliter la recherche. En effet, la loi du 23 mars 2020 a, dans son article 11, 2°, m, autorisé le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance afin de prendre toute mesure permettant aux autorités compétentes, « dans le respect des meilleures pratiques médicales et de la sécurité des personnes, de simplifier et d'accélérer la recherche fondamentale et clinique visant à lutter contre l'épidémie de Covid-19 ». Cette volonté de simplification et d'accélération induit que la recherche rencontre habituellement des freins, qu'il est nécessaire de lever. Poursuivant le raisonnement, cela signifierait que ces freins ne sont pas légitimes. Il pourrait aussi être soutenu, et c'est très certainement l'esprit du texte, qu'à circonstances exceptionnelles, mesures exceptionnelles, et qu'il devient légitime, dans le contexte d'une crise sanitaire, de

fournir un effort inhabituel. Pour autant, l'encadrement des RIPH est tout entier tourné vers la protection des personnes sur lesquelles les recherches seront menées, mais aussi de celles auxquelles les résultats seront appliqués. Aussi, la modification des règles légales risque-t-elle fort d'emporter que l'effort consiste à restreindre cette protection.

6 Néanmoins, il est affirmé que la protection des personnes ne doit pas être amoindrie. Dans sa contribution antérieure à la loi, le CCNE rappelle dans le huitième point d'attention que « même en situation d'urgence, les pratiques de la recherche impliquant l'être humain doivent respecter le cadre éthique et déontologique, notamment à l'égard des patients qui sont inclus dans les protocoles de recherche clinique ». D'ailleurs, la loi d'habilitation impose « le respect des meilleures pratiques médicales et de la sécurité des personnes ». La simplification et l'accélération ne pouvaient donc se faire au détriment de la protection. Les textes pris en application de cette loi ne l'ont, il est vrai pas, directement remise en cause. L'accélération a été réalisée au moyen d'un raccourcissement des procédures, dont une étape en particulier a été modifiée. Les mesures prises ont visé, sans surprise, l'organe de contrôle des RIPH que sont les comités de protection des personnes (CPP), pour faciliter leurs délibérations mais aussi pour modifier leur désignation. Toutefois, il est permis de se demander si de telles mesures, d'apparence anodine, ne risquent pas d'avoir un impact sur le contrôle lui-même, susceptible d'être déjà influencé par le contexte.

7 Deux ordonnances ont été élaborées sur le fondement de la loi du 23 mars 2020. La première, du 27 mars 2020, a une simple vocation organisationnelle. Elle autorise les délibérations à distance pour « toute instance collégiale administrative ayant vocation à adopter des avis ou des décisions », au nombre desquelles il faut certainement compter les comités de protection des personnes, dont la qualification reste un mystère mais qui sont assurément des instances collégiales ayant vocation à adopter des avis, d'ailleurs contraignants. La seconde, pour sa part, touche à la procédure applicable devant les CPP puisqu'elle supprime la désignation aléatoire du comité imposée par la loi du 17 octobre 2018 pour les protocoles de recherches visant à lutter contre l'épidémie de Covid-19. En effet, pour ces protocoles et jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire (le texte renvoie à une

date fixée par décret, en posant la limite ultime du 31 décembre 2021), le CPP appelé à examiner le projet est désigné par le ministre chargé de la Santé. S'il a été mis fin par un décret du 3 décembre 2020 à cette procédure dérogatoire de désignation, l'ordonnance du 9 décembre 2020 a réintroduit ce dispositif, en le modifiant légèrement. En effet, l'article 17 de l'ordonnance du 22 avril 2020 s'est vu ajouter une précision qui restreint les protocoles soumis au régime dérogatoire à ceux identifiés comme relevant d'une priorité nationale, dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de la Santé. Si l'arrêté n'a, semble-t-il, pas été publié, le site du ministère de la Santé et des Solidarités précise les modalités de cette priorisation, réalisée par un comité *ad hoc* ayant pour mission de coordonner et de réguler la recherche sur le virus afin d'accélérer uniquement un nombre limité de protocoles. Si la présentation de ce comité affirme que la participation de représentants de l'Agence nationale de sécurité des médicaments (ANSM) et des CPP, sans pouvoir décisionnaire, ne conditionne pas l'avis qui sera rendu par ces instances, il n'en reste pas moins que cela ne peut que nuire à leur impartialité. Dès lors qu'ils ont été saisis directement par le ministre chargé de la Santé de protocoles estampillés « priorité nationale », on peut imaginer que les CPP, quand bien même ils ont continué à assurer leur contrôle habituel, ont sans doute hésité à imposer des modifications de nature à différer le démarrage de la recherche et encore plus à refuser des protocoles.

8 Cette régulation spécifique a été rendue nécessaire par le très grand nombre de protocoles de recherches consacrés à la Covid-19 élaborés au cours de l'année 2020. Ce foisonnement des protocoles a conduit à deux écueils : une difficulté à réaliser rapidement leur évaluation, au risque de rendre les dispositions dérogatoires inefficaces, d'une part, et un obstacle à l'inclusion des patients, le nombre de recrutements à effectuer étant multiplié par celui des études, d'autre part. Si ce repositionnement et cette recrudescence des expérimentations est aisément compréhensible, ils montrent aussi que les acteurs même de la recherche n'ont pas fait preuve de beaucoup d'autodiscipline. Plus encore, il est apparu que les acteurs, primaires ou secondaires, garants habituels de la qualité et de la diffusion des recherches, ont mal joué leur rôle de régulateurs.

1.2. L'inefficacité des mécanismes habituels de régulation

9 Au-delà des aménagements réalisés par les acteurs institutionnels, du législateur au ministère de la Santé, la crise a donné à observer des changements de comportements chez les acteurs mêmes de la recherche (médecins investigateurs, éditeurs scientifiques, journalistes), dont certains ont parfois semblé oublier la déontologie. Les conséquences de ces manquements ont été largement amplifiées par la surexposition médiatique des recherches, relayées auprès d'un grand public légitimement avide de la moindre information. Si l'ensemble des acteurs semble désormais être revenu à une certaine raison, quoique l'habitude paraisse prise de relayer dans les médias généralistes des études non encore publiées, il faut se remémorer l'emballement du printemps 2020. Cet emballement a donné lieu à ce qu'il est sans doute permis d'appeler « l'affaire » de l'hydroxychloroquine, dont les multiples rebondissements démontrent qu'il est dangereux, en matière de traitements expérimentaux et particulièrement dans le contexte d'une urgence sanitaire telle que nous l'avons vécue (et la vivons encore), de se départir de rigueur scientifique et journalistique, autant que de patience.

10 Trois types d'acteurs, primaires ou secondaires, de la régulation de la recherche ont adopté un comportement inhabituel, ajoutant à la crise sanitaire celle de la confiance dans les résultats de la recherche. Les premiers acteurs de la recherche en cause dans cette affaire sont les médecins, ou plus précisément certains d'entre eux qui, ne se contentant pas de mener des études, ont largement médiatisé leur travail, attirant l'attention du public et des autorités de santé du monde entier sur une molécule déjà connue qu'il était question de repositionner pour en faire un traitement contre la Covid-19. Les médias généralistes constituent le second type d'acteurs impliqués. Ils ont certainement joué leur rôle en relayant les propos des médecins et chercheurs évoqués précédemment, mais cette très large diffusion de la parole scientifique, inhabituelle, n'a peut-être pas toujours été suffisamment accompagnée d'informations précises et rigoureuses sur les méthodes et les critères de fiabilité des essais thérapeutiques. Certes, les médias traditionnels ne sont de nos jours

pas les seules sources d'information, et les sources alternatives, bien souvent, n'emploient pas les méthodes journalistiques de nature à garantir la fiabilité des informations. Quoi qu'il en soit, cette couverture médiatique a probablement contribué à l'attitude du public. Il faut mentionner un troisième type d'acteurs de la recherche, bien plus impliqué et habituellement garant de la qualité des études, dont les manquements ont produit des conséquences tout à fait remarquables.

11 Il s'agit des éditeurs de revues scientifiques, au premier rang desquelles les deux revues de référence que sont *The Lancet* et *The New England Journal of Medicine*.

12 Ces revues, en raison de la méthode rigoureuse d'évaluation par les pairs des articles qui leur sont soumis, sont garantes de la qualité scientifique des études qu'elles publient. Cette évaluation fait toute la différence entre les études pré-publiées (ou *pre-print*) et les études publiées, seules ces dernières devant être considérées comme fiables. Pourtant, dans un contexte de grande incertitude, où le foisonnement des études et la diffusion importante de *pre-prints* créant la confusion nécessitaient plus que jamais de pouvoir se référer à des sources fiables, les deux plus grandes références de la littérature médicale ont publié une étude présentant l'hydroxychloroquine comme dangereuse, sans suffisamment vérifier son sérieux, ce qui les a conduites à la retirer par la suite. Cela n'a pas été sans conséquences, puisqu'immédiatement après la publication de cette étude, l'ANSM, suivant l'Organisation mondiale de la santé (OMS), a demandé la suspension des inclusions de patients dans les protocoles utilisant cette molécule. À la suite de la rétractation, les essais ont repris, pour finalement aboutir à la conclusion de l'inefficacité de la molécule. Cet épisode démontre à quel point la recherche médicale s'accommode très mal de l'urgence. L'ampleur de la pandémie explique sans doute qu'il soit si difficile de continuer à appliquer les contrôles habituels de l'information scientifique, en ce qu'ils ralentissent naturellement leur diffusion. Pourtant, les enjeux de santé publique imposent au contraire le plus grand sérieux. Cette affaire révèle d'ailleurs ces enjeux : il se trouve que la molécule concernée ne constitue pas un traitement efficace contre la Covid-19, sans pour autant produire, d'après ce que l'on comprend, d'effets néfastes sur les patients atteints de cette maladie auxquels elle est administrée. Toutefois, s'il

en avait été autrement, ces errements auraient pu engendrer des conséquences autrement plus graves, en faisant perdre du temps sur les essais en cours, autrement dit soit en retardant l'accès de tous à un traitement efficace, soit en prolongeant des essais faisant courir un risque à leurs participants. Car peu importe le résultat de l'étude mal conduite : son effet délétère réside dans la paralysie qu'elle provoque sur les essais correctement menés, qui seuls peuvent convertir les hypothèses en connaissances, puis en thérapies éventuelles.

13 En outre, tant ce constat d'un bouleversement de la régulation des RIPH que le contexte pandémique lui-même révèlent à quel point il est en pratique délicat de distinguer recherche et soins et, au-delà, que les questions éthiques soulevées par les essais thérapeutiques sur l'être humain ne sont pas définitivement résolues.

2. L'amplification de questionnements éthiques encore irrésolus

14 L'ampleur de la crise génère un sentiment d'urgence conduisant à mettre de côté la prudence pour permettre au plus vite l'accès au plus grand nombre à des traitements ou des vaccins. D'une part, certaines personnes revendiquent l'accès aux traitements encore expérimentaux alors que, d'autre part, l'espoir placé dans la vaccination de masse pousse à diffuser très largement dans la population des produits sans le recul permettant d'évaluer tant leur efficacité que leur innocuité. Ainsi, en plus de bousculer le modèle des RIPH quant à l'implication des patients (2.1), la réponse à l'épidémie de Covid-19 évoque-t-elle un modèle émergent : celui de la recherche ou plutôt de la médecine translationnelle (2.2).

2.1. La revendication par les patients de l'accès aux traitements expérimentaux

15 La crise a encore amplifié et révélé un phénomène déjà présent depuis de nombreuses années, mais qui mériterait sans doute d'être mieux questionné. Il s'agit de la revendication par les patients de bénéficier de traitements expérimentaux, voire, particulièrement

pour les patients atteints de maladies orphelines, la velléité chez les malades eux-mêmes d'organiser des essais thérapeutiques, avec l'intention d'y être inclus. Cette revendication est très peu audible, tant elle ne correspond pas au paradigme de la régulation des essais cliniques, avant tout centré sur le risque que courent les personnes se prêtant à l'expérimentation (Amiel, 2011). Pourtant, l'intérêt des patients inclus dans les études de phase 2 ou 3 est présent depuis longtemps dans le système de régulation et de mise en œuvre des RIPH, depuis l'ancienne distinction entre recherches avec ou sans bénéfice individuel direct jusqu'à la mise en place de protocoles dits compassionnels. Toutefois, c'est la protection des personnes contre le risque inhérent à l'essai thérapeutique qui l'emporte. Si la distinction entre absence et présence d'un bénéfice individuel direct a été abandonnée, c'est bien parce que ce bénéfice n'est par définition qu'éventuel et, s'il existe encore des protocoles compassionnels, c'est parce qu'il est des situations dans lesquelles un bénéfice éventuel est encore préférable à un échec thérapeutique certain. L'information préalable à l'entrée dans l'essai ne doit d'ailleurs jamais être rédigée de façon incitative en présentant, même implicitement, le traitement comme une possibilité certaine d'améliorer son état pour la personne. Ce qui est plus récent et remarquable ces derniers mois, c'est l'expression bien plus forte de leurs exigences par les personnes se prêtant aux essais et par celles qui demandent à bénéficier de traitements encore expérimentaux.

16 Ainsi, les études contre placebo, randomisées et en double aveugle, seules à même de déterminer si un traitement est efficace ou non, et donc s'il est justifié de faire prendre au patient le risque que présentent ses effets secondaires, ont été rendues fort difficiles par le refus des patients d'intégrer les groupes des personnes auxquelles les traitements à l'étude ne seraient pas administrés. Parallèlement, les juges ont eu à connaître d'actions exercées par des syndicats de professionnels de santé, mais aussi par des personnes physiques, aux fins d'obtenir l'accès à des traitements encore au stade expérimental. Ainsi, les juges se sont vu demander d'enjoindre aux autorités de santé locales d'approvisionner un établissement en hydroxychloroquine et en azithromycine, au ministre de la Santé d'élargir l'autorisation de prescription et d'administration de ces deux molécules aux patients à risques, y compris hors hospitalisation, ou encore

d'annuler la disposition du décret qui en réservait l'administration aux cas graves. Toutes ces requêtes en référé se fondaient sur des essais thérapeutiques en cours et revendiquaient l'accès au traitement étudié avant même que les recherches aient livré leurs résultats. Il est tout à fait remarquable que cette revendication ait été portée en justice, tant le contentieux en matière de recherches médicales sur la personne humaine est excessivement rare. Il est tout aussi remarquable que les juges, pour statuer, se soient posés en véritables évaluateurs de ces essais en cours, pointant notamment leurs insuffisances méthodologiques pour rejeter les demandes. Il est d'ailleurs notable que si le constat de la nécessité d'adopter une conduite prudente face à ces molécules a été partagé, il n'a pas conduit le juge des référés du tribunal administratif de Guadeloupe et celui du Conseil d'État à la même conclusion. En effet, là où le premier estimait que la précaution consistait à constituer des stocks des deux molécules en question, le second a au contraire considéré que, bien que l'inquiétude quant à ces stocks était légitime, il ne relevait pas d'une carence des autorités de n'assurer l'accès à ces traitements que pour une petite part de la population.

17 L'impression laissée par ces observations est celle d'un malaise. L'incertitude inhérente aux recherches sur l'être humain paraît intolérable dans le contexte qui est le nôtre. Si l'attitude prudente des juges doit sans doute être saluée, reste qu'une prise de position juridictionnelle sur un traitement qui, au jour de cette prise de position, peut être tout autant salutaire que délétère est tout sauf souhaitable. La lecture des motifs laisse entendre que, si les études avaient été solides et optimistes, la solution aurait été différente, alors même que l'évaluation du traitement n'en aurait pas moins été en cours. Le même malaise saisit face à la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché des vaccins, alors même que des études continuent d'être menées sur leur efficacité et leur sécurité. S'il est assurément illégitime de remettre en cause le sérieux des essais menés sur ces vaccins, il semblerait toutefois que ces essais ne fassent que se poursuivre, ce qui ne laisse pas d'évoquer la notion de médecine translationnelle.

2.2. L'incursion du modèle de la recherche translationnelle

18 La notion de recherche translationnelle implique des échanges plus importants entre recherche et soins, autrement dit de gommer la frontière entre ces deux pratiques (Bernelin et Supiot, 2015) là où, au contraire, autant les réflexions que les normes législatives ou conventionnelles depuis la deuxième moitié du XXe siècle ont conduit à la souligner. Il s'agit d'un modèle d'organisation de la recherche dont l'idée est apparue dans les années 2000 aux États-Unis et qui vise à la diffusion la plus rapide possible dans les pratiques de soins des découvertes de la recherche fondamentale. Ce modèle a pour vocation première de rationaliser les coûts économiques de la recherche fondamentale en la rendant plus efficace car conçue dans la perspective de ses applications (Desmarteau et Salves, 2012). Il est également présenté par ses défenseurs comme bénéfique pour les patients qui profitent au plus vite des avancées scientifiques, d'autant mieux adaptées aux besoins des malades que la clinique guiderait la recherche. On parle d'ailleurs aussi bien de recherche translationnelle que de médecine translationnelle, ce qui induit que les soins courants puisent dans la recherche aussi bien que la recherche diffuse vers la clinique. La distinction, somme toute fort récente, entre recherche et soins est remise en cause, comme faisant perdre du temps aux malades autant qu'elle augmente les coûts des industriels (Canselier, 2015).

19 La réponse vaccinale apportée à la pandémie actuelle évoque certainement ce modèle. En effet, s'il serait excessif de dire que les essais n'ont pas été distingués de l'application à la population générale quant aux vaccins contre la Covid-19, il semble permis d'affirmer que les étapes entre la mise au point d'un candidat vaccin et la vaccination de masse se sont succédé d'une façon extraordinairement rapide. En témoigne la délivrance par l'Agence européenne du médicament (EMA) d'une autorisation de mise sur le marché conditionnelle. Une telle autorisation de mise sur le marché est prévue par l'article 14 bis du règlement européen du 31 mars 2004, qui prévoit que, dans le cas de besoins médicaux non satisfaits, des médicaments visant au traitement, au diagnostic ou à la prévention de maladies

invalidantes ou mettant la vie en danger peuvent bénéficier d'une autorisation de mise sur le marché avant que les données cliniques exhaustives ne soient communiquées. Une telle autorisation ne peut être délivrée que si la balance bénéfice-risque du produit est favorable, et si le bénéfice que représente sa disponibilité immédiate l'emporte sur le risque inhérent au fait que les données soient incomplètes. Cette autorisation est conditionnelle en ce qu'elle engendre des obligations pour celui qui l'obtient, notamment celle de conduire ou de mener d'autres études, et qu'elle n'est maintenue que si la balance bénéfice-risques reste, à la lumière de ces études postérieures à la délivrance de l'autorisation, favorable. Cette autorisation de mise sur le marché conditionnelle existait avant l'apparition du virus SARS-CoV-2 et a été conçue pour apporter des réponses aux maladies orphelines, pour lesquelles il est difficile de mener des essais thérapeutiques, ainsi que pour les cas d'urgence de santé publique, auxquels correspond indubitablement la pandémie de Covid-19.

20 En effet, au-delà de causer directement ou indirectement, par la saturation des systèmes de santé, de nombreux décès et invalidités, cette pandémie a gravement perturbé la vie sociale et économique pendant plus d'un an. L'enjeu est tel qu'un risque accru est certainement acceptable. Toutefois, si l'épidémie, conduisant à questionner à nouveau l'éthique des recherches impliquant la personne humaine, peut mener à des progrès, cela ne doit pas être au mépris du risque que le nouveau médicament fait courir, non seulement aux personnes participant à l'essai mais aussi à l'ensemble de la population. Aussi, dans le contexte exceptionnel qui est le nôtre actuellement, ce modèle de la recherche translationnelle présente-t-il d'indéniables avantages. Néanmoins, en dehors d'un contexte pandémique, et si tant est que ce modèle soit opérationnel (Helleboid, 2015), il n'est pas certain que les avantages l'emportent encore sur les risques.

BIBLIOGRAPHIE

Amiel P., 2011, *Des cobayes et des hommes. Expérimentation sur l'être humain et justice*, Paris, Les Belles Lettres

Bernelin M., Supiot E. (dir.), 2015, *Les frontières entre recherche et soin. Diagnostics et pronostics juridiques*, dossier thématique, *Cahiers Droit, sciences et technologies*, n° 5

Canselier S., 2015, « Recherche et médecine “translationnelle” : questions juridiques à propos d'un programme de politique scientifique », dans M. Bernelin, E. Supiot (dir.), *Les frontières entre recherche et soin. Diagnostics et pronostics juridiques*, dossier thématique, *Cahiers Droit, sciences et technologies*, n° 5, p. 61-72

Chetomb-Concé M.-C., 2004, « Le nouvel encadrement juridique et éthique de la recherche biomédicale en France », *Revue générale de droit médical*, n° 14, p. 255-272

Desmarteau R. H., Salves A.-L., 2012, « La bio-industrie est-elle condamnée ? », *Entreprendre & Innover*, vol. 1, n° 13, p. 48-55

Helleboid M.-A., 2015, « Examen des présupposés épistémologiques de la recherche translationnelle », dans M. Bernelin, E. Supiot (dir.), *Les frontières entre recherche et soin. Diagnostics et pronostics juridiques*, dossier thématique, *Cahiers Droit, sciences et technologies*, n° 5, p. 115-138

RÉSUMÉ

Français

La pandémie de Covid-19 a mobilisé de manière exceptionnelle les recherches impliquant la personne humaine, bousculant son modèle de régulation. S'il apparaît que la régulation étatique, législative et réglementaire a tenu, les aménagements ayant été avant tout organisationnels, l'autorégulation par les acteurs de la recherche elle-même a, semble-t-il, rencontré ses limites. La première a maintenu l'objectif de la préservation des principes éthiques, même s'il faut souligner que certaines procédures protectrices de ces principes ont dû céder le pas face à l'urgence. La seconde, en revanche, s'est comme disloquée sous la pression engendrée par les conséquences socio-économiques de la situation sanitaire. Les effets de cet échec des mécanismes de régulation habituels révèlent d'ailleurs leur rôle dans la production d'une recherche de qualité. Mais, au-delà de la nécessaire adaptation des modèles à l'urgence, la crise a rendu plus visibles des questionnements éthiques qui, tout en étant déjà présents, restaient dans l'ombre. Ces questionnements sont, d'une part, l'accès des patients aux essais cliniques et aux résultats de la recherche et, d'autre part, l'émergence de la notion de recherche translationnelle. Quant à l'accès des patients, mêmes potentiels, aux essais et aux résultats de la recherche, sa revendication par certains a poussé le juge à se positionner en évaluateur des essais en cours, ce qui n'est pas sans susciter une certaine inquiétude. Quant à la recherche, ou plutôt quant à la médecine translationnelle, si la crise révèle

ses avantages, il ne faudrait pas qu'elle masque pour autant ses potentiels inconvénients.

INDEX

Mots-clés
RIPH, Covid-19, personne humaine, patient, crise sanitaire, régulation, protocole

AUTEUR

Sophie Dumas-Lavenac
Maîtresse de conférences en droit privé, Institut François Gény (EA 7301), Université de Lorraine, membre associé, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ; sophie.dumas@univ-rennes1.fr

Le télétravail dans la fonction publique : la poussée liée au contexte Covid-19

Hélène Muscat

PLAN

1. Le contexte Covid : facteur d'un développement accéléré mais trop partiellement encadré du télétravail dans la fonction publique
   1.1. Un développement réel des hypothèses de télétravail
   1.2. L'insuffisante précision des modalités d'exercice du télétravail
2. Le contexte Covid : révélateur des défis liés au développement du télétravail dans la fonction publique
   2.1. Les défis du point de vue des agents
   2.2. Les défis du point de vue de l'employeur

TEXTE

1 Le télétravail dans la fonction publique est un sujet jusqu'à présent rarement traité, à tout le moins par des universitaires, dans le champ du droit ; sans doute parce que le sujet ne semblait pas soulever de difficulté de ce point de vue. La thématique a intéressé les spécialistes de l'organisation du travail, du management mais peu les juristes. Pourtant, le droit de l'emploi public peut difficilement être déconnecté des enjeux liés à l'organisation du travail et au management au regard des répercussions de cette modalité d'exercice de l'activité professionnelle, ne serait-ce que sur les droits et obligations des agents.

2 Le télétravail est défini aujourd'hui comme toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication (article L. 1222-9 du Code du travail). Il peut être organisé de manière pérenne ou ponctuelle ; l'essentiel étant qu'il résulte d'une volonté de l'agent.

3 Certes, son développement dans le secteur public, s'il ne constitue pas un phénomène récent (Taillefait, 2019), n'a été encadré plus

précisément que depuis peu. Sur ce point, une fois de plus, le droit de la fonction publique témoigne d'un double phénomène, de retard mais aussi de rapprochement par rapport au droit privé du travail.

4 Rapprochement, car le concept de télétravail auquel il fait référence a été construit sur le modèle de celui inscrit dans le Code du travail.

5 Retard, car si le droit de la fonction publique évoque, comme le droit du travail, le télétravail depuis 2012, son développement y a été lent. Cette lenteur s'explique non pas par une absence de volonté politique ou par un obstacle juridique – le conseil d'État ayant précisé que le télétravail pouvait être mis en œuvre même en l'absence de mesures réglementaires – mais, outre les difficultés d'ordre technique, par des freins internes bien connus, notamment au sein de l'administration d'État : essentiellement la logique de contrôle et la pratique d'un management vertical (Turbé-Suetens, 2011).

6 Certes, le télétravail n'était pas ignoré du secteur public. Bien au contraire, la Direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) a publié, dès 1998, un guide d'information à son sujet. Dès lors, l'intérêt des pouvoirs publics ne s'est pas démenti, même si les collectivités territoriales, essentiellement les départements, tout comme le ministère des Finances ont fait office de précurseurs (Turbé-Suetens, 2011). Pour autant, à la différence de l'approche développée dans certains États qui l'ont envisagé comme un outil permettant d'assurer la continuité des opérations gouvernementales dans les situations d'urgence, le développement du télétravail dans le secteur public ne semblait pas appréhendé comme un projet stratégique ou comme un instrument d'amélioration du service rendu aux usagers mais comme un moyen, d'une part, de modernisation de l'action publique davantage en phase avec les exigences des agents de conciliation de leur vie professionnelle et de leur vie privée et, d'autre part, de procéder à des aménagements de poste pour des raisons de santé. Alors même que le droit de l'Union européenne avait posé les principes du développement du télétravail dans le secteur public comme dans le secteur privé et qu'un certain nombre d'institutions avaient conclu des conventions visant à encadrer cette pratique, l'administration française est restée en retrait. Un premier accélérateur a consisté dans l'adoption du décret du 11 février 2016 qui a permis une forte progression entre 2017 et 2018 ; même si le télétra-

vail souffre, dans le secteur public, d'un important décalage entre le droit et la pratique (Jean-Pierre, 2020).

7 C'est beaucoup plus récemment, dans l'élan de transformation de la fonction publique inscrit avec la loi du 6 août 2019, que les pouvoirs publics ont souhaité élargir son recours et assouplir son cadre d'exercice. Si l'on doit admettre que nombre des décrets d'application de cette loi ont été pris rapidement, celui sur le télétravail a vu son adoption accélérée en raison précisément du contexte lié la crise sanitaire liée à la Covid-19 et du premier confinement.

8 Le travail « hors les murs » s'est ainsi développé à « marche forcée » dans des administrations et auprès d'agents qui n'en avaient souvent ni la culture ni les moyens. De cette évolution résultent des conséquences tant pour l'organisation des services que pour les agents eux-mêmes.

9 L'objet de cette étude est de cerner les impacts du contexte Covid sur le télétravail dans la fonction publique. Pour une raison de cohérence, le propos se concentrera sur la fonction publique civile et exclura l'administration de la défense, qui a néanmoins pratiquée le télétravail avec des exigences de sécurité particulièrement renforcées.

10 La crise sanitaire a constitué un accélérateur brutal du développement du télétravail dans le secteur public (1). Toutefois, les réactions qui s'en sont suivies et qui continuent de s'ensuivre contribuent à l'identification des défis qu'il pose dans la fonction publique (2).

1. Le contexte Covid : facteur d'un développement accéléré mais trop partiellement encadré du télétravail dans la fonction publique

11 L'impératif constitutionnel de continuité du service public a impliqué une organisation des activités à distance qui est passée par la mise en place de plans de continuité de l'activité (PCA) et la généralisation du travail à distance. Le décret 2020-524 du 5 mai 2020 a fourni une

nouvelle définition du télétravail. Ont également été développées les hypothèses selon lesquelles il peut être mis en œuvre (1.1) et précisées ses modalités, même si l'encadrement demeure perfectible (1.2).

1.1. Un développement réel des hypothèses de télétravail

12 Le télétravail peut aujourd'hui bénéficier à l'ensemble des agents publics, quelle que soit leur place dans la hiérarchie administrative, qu'ils soient titulaires ou non, dès lors qu'ils sont régis par la loi du 13 juillet 1983. Son champ excède néanmoins celui du statut général puisque peuvent également en bénéficier les magistrats de l'ordre judiciaire. Le droit l'organise désormais qu'il soit exercé de manière régulière ou ponctuellement.

13 La principale limite qu'il rencontre dans sa mise en œuvre tient à la nature des activités exercées.

14 La liste des activités qui y sont éligibles est précisée soit par arrêté ministériel ou du Premier ministre pour la fonction publique d'État, soit par une délibération de l'organe délibérant pour la fonction publique territoriale, soit par une décision de l'autorité investie du pouvoir de nomination pour la fonction publique hospitalière. Ces dispositions doivent, par principe, être prises après avis du comité technique ou du comité consultatif national compétent. L'examen de la situation dans la fonction publique d'État montre un décalage entre le droit et la pratique en contexte Covid. Le droit en effet limite les fonctions éligibles notamment lorsqu'elles impliquent l'accueil du public, qu'elles nécessitent une présence sur des lieux d'inspection et de contrôle ou encore qu'elles portent sur des documents confidentiels ou des données à caractère sensible si leur confidentialité ne peut être assurée en dehors des locaux de travail. Néanmoins, la simple référence à l'accueil, qui caractérise la plupart des services publics puisqu'ils constituent des services au public, réduit considérablement les fonctions pouvant faire l'objet de télétravail, même à l'heure de la généralisation de l'e-administration (Delaunay, 2020) ; cela d'autant que le contexte de la crise sanitaire a mis en exergue le phénomène de l'illectronisme. Par ailleurs, les missions de contrôle qui sont assurées par de nombreuses administrations, telles que les

douanes, les services déconcentrés du ministère du Travail ou celles de sécurité assurées par TRACFIN, ne sont pas « télétravaillables ».

15 Le contexte Covid a pourtant élargi la liste des activités éligibles au télétravail. Ainsi, le service public de l'enseignement, scolaire comme universitaire, a été largement pratiqué à distance. Tel a également été le cas du service public de la justice, sans que cela ne soit alors cantonné à la durée de la crise sanitaire. Sont aussi éligibles, en matière judiciaire, la direction d'un établissement pénitentiaire ou d'un service pénitentiaire d'insertion et probation ; pour les juridictions financières, l'encadrement d'équipe, la participation ou l'assistance aux délibérés ou l'utilisation de systèmes d'information contenant des données personnelles. Progressivement, le champ des fonctions non éligibles au télétravail s'est réduit tandis que les modalités d'exercice du télétravail ont été précisées, même si elles l'ont été de manière insuffisante.

1.2. L'insuffisante précision des modalités d'exercice du télétravail

16 Les modalités pratiques d'exercice du télétravail figurent désormais dans le décret du 5 mai 2020. Elles se caractérisent par une relative souplesse. D'abord, l'autorisation de télétravail peut être délivrée pour un recours régulier ou ponctuel et prévoir l'attribution de jours de télétravail fixes mais aussi celle d'un volume de jours flottants par semaine par mois ou par an ; les deux modalités pouvant être prévues dans la même autorisation. Ensuite, le télétravail peut être organisé indifféremment au domicile de l'agent, dans un autre lieu privé ou dans tout lieu à usage professionnel ; cette dernière possibilité autorise l'utilisation de bureaux externalisés mis en commun. Enfin, les dérogations à l'obligation de présence de l'agent concernent désormais, outre l'état de santé, les situations de handicap et d'état de grossesse de l'agent – elles peuvent alors être renouvelées sans limite de durée –, la survenance d'une situation exceptionnelle perturbant le travail en présentiel. L'agent doit formuler une demande écrite précisant les modalités d'organisation souhaitée. Une réponse écrite doit y être apportée dans un délai d'un mois maximum ; cela alors que l'état du droit antérieur ne fixait pas de terme et partant permettait des différences de traitement selon les administrations. Bien que le

décret ne le précise pas, le silence dans cette hypothèse vaut décision implicite de rejet, conformément à la règle qui s'applique dans les relations entre l'administration et ses agents. Il apparaît donc que le télétravail a un caractère volontaire et qu'il ne pourrait être imposé, en dehors de l'hypothèse où il serait rendu nécessaire pour garantir la continuité de l'activité et la protection des agents ; or cette situation correspond notamment à celle d'une menace épidémique.

17 Si l'autorisation de télétravailler est fonction des nécessités du service, le refus opposé à une demande tout comme l'interruption du télétravail à l'initiative de l'administration constituent des décisions administratives qui, d'une part, doivent être motivées et qui, d'autre part, doivent être précédées d'un entretien avec l'agent.

18 Toutes les précisions apportées ici sont d'importance. Néanmoins, le décret demeure silencieux sur deux points non négligeables. En premier lieu, il ne dit mot de l'accompagnement pratique du passage au télétravail qui a pourtant soulevé d'importantes difficultés, notamment dans la fonction publique d'État, lors du premier confinement. Certes, cet aspect relève des conventions passées au sein de chaque administration mais il aurait été intéressant qu'un principe commun soit posé, conformément à la pratique d'autres États vertueux en termes d'administration à distance. En deuxième lieu, il n'indique pas les droits et obligations des parties prenantes. Pourtant, le contexte du télétravail semble nécessiter de préciser les modalités et le contenu de l'expression numérique de l'agent, dans l'intérêt tant de ce dernier que de son administration. Son droit de retrait ou encore à la protection fonctionnelle en cas de menace numérique semblent devoir être précisés tout autant. Certes, la note de la DGAFP « Covid 19. Télétravail occasionnel » rappelle que le régime des accidents de service s'applique sur le lieu où est exercé le télétravail pendant l'exercice de l'activité professionnelle. Toutefois, l'on peut estimer qu'une présentation plus générale aurait été de nature à sécuriser les agents comme les employeurs publics ; cela d'autant que les droits et obligations de ces derniers ne sont pour leur part pas même mentionnés.

19 L'accord-cadre signé le 13 juillet 2021 sur le télétravail dans la fonction publique, qui consacre des principes tels que le volontariat, la réversibilité, le droit à la déconnexion ou encore le respect des règles

du temps de travail, constitue néanmoins un véritable progrès sur le chemin de l'élaboration d'un régime général. Cet accord, qui constitue le premier accord national négocié dans le cadre de l'ordonnance du 17 février 2021, fixe un socle commun aux trois versants de la fonction publique (État, territoriale et hospitalière) et sert de base à l'élaboration d'accords locaux.

20 Si la crise sanitaire a entraîné une véritable poussée du télétravail dans le secteur public, les réactions qui s'en sont suivies ont contribué à révéler les défis que le développement du télétravail dans la fonction publique appelle à relever.

2. Le contexte Covid : révélateur des défis liés au développement du télétravail dans la fonction publique

21 Les retours d'expérience qui ont été rapidement réalisés ont permis d'identifier des enjeux qui ne pouvaient que difficilement l'être dans l'urgence. Ceux-ci concernent le télétravail exceptionnel comme le télétravail régulier. Ils se présentent tant du point de vue des agents (2.1) que de celui des employeurs publics (2.2).

2.1. Les défis du point de vue des agents

22 Les enquêtes, qu'elles soient réalisées par les administrations, des organisations syndicales ou des instituts de sondage, montrent que, malgré le caractère inédit de cette pratique pour la plupart des agents publics, la brutalité de la transition, l'accompagnement parfois réduit et les faibles moyens mis en œuvre, ceux-ci ont pris goût au télétravail, puisque les trois quarts d'entre eux souhaitent désormais télétravailler régulièrement, et qu'ils sont nombreux à considérer que l'adaptation aux nouvelles formes d'organisation du travail doit constituer une priorité de leur employeur en termes de ressources humaines. Les bénéfices soulignés tiennent à un gain de temps, en efficacité et en confort dans le travail, mais aussi à une amélioration de l'équilibre vie professionnelle/vie privée. Le télétravail apporte des

avantages sur les problématiques de santé et de qualité de vie au travail en limitant les déplacements et donc en réduisant la fatigue, le stress, les accidents de trajet et en permettant le maintien dans l'emploi d'une personne affectée d'un trouble de la santé. Toutefois, des études montrent l'existence d'un seuil à partir duquel le télétravail est délétère (Pennequin, 2020). Parmi les risques psycho-sociaux (Planchard, Velagic, 2020), il faut d'abord mentionner la sensation d'isolement que peut éprouver l'argent lorsque l'équipe ne se réunit plus physiquement et qu'elle n'est pas mobilisée à distance, l'empiètement trop important de l'activité professionnelle sur la vie privée et le risque de *burn-out* ou encore celui de développer des troubles musculo-squelettiques en raison de l'utilisation d'un matériel inadapté. L'ensemble de ces risques constitue autant de points de vigilance pour les employeurs. Si d'ores et déjà certaines administrations les prennent en compte pour reconnaître des droits aux agents, tels que celui de ne pas être isolé, d'autres sont insuffisamment affirmés. Ainsi, le droit à la déconnexion n'est pas encore reconnu par la loi aux agents publics ; même s'il peut être inscrit dans une charte du temps de travail dans le cadre d'une démarche « Qualité de vie au travail ».

23 Parmi les autres écueils qu'il faut souligner figurent des discriminations, volontaires ou non, pouvant être subies par les agents en télétravail – qui peuvent être d'autant plus importantes que l'ensemble de l'équipe ne bénéficie pas de ce type d'organisation – et le sentiment d'une injustice pour les agents en étant écartés à raison de leur fonction – situation qui vise prioritairement les agents de catégorie C. Ces raisons devraient logiquement amener les employeurs publics à repenser la liste des activités éligibles ainsi que l'organisation du travail et à préciser les droits des télétravailleurs.

24 D'autres enjeux sont prégnants pour les employeurs.

2.2. Les défis du point de vue de l'employeur

25 Le premier défi tient aux moyens d'exercice du télétravail. Les retours d'expérience ont, en effet, montré à la fois des limites tenant au matériel mis à disposition des agents mais aussi aux difficultés d'accès aux données permettant le traitement des dossiers. Sur ce

point, il semble nécessaire que la dématérialisation des procédures et des pratiques soit accélérée.

26 Le deuxième défi tient au management. En effet, le développement du télétravail suppose un management collaboratif, beaucoup moins directif, laissant une plus grande latitude aux agents et une propension à l'initiative (Ruiller, Dumas, 2018) ; bref : une logique de confiance malgré la « déspatialisation » (Taskin, Gomez, 2015) qui n'est pas la caractéristique première de nombreuses institutions publiques largement marquées par un management stratifié de type bureaucratique (Giauque, 2016), très éloigné du schéma de « l'entreprise libérée », qui peut induire une surveillance accrue (Charbonneau, Doberstein, 2020). Une telle évolution passe d'une part par une politique active de formation ; tant des managers à l'encadrement des télétravailleurs et à l'adoption d'une nouvelle posture, que des télétravailleurs eux-mêmes. Elle passe d'autre part par la reconnaissance d'une responsabilité accrue des agents, corollaire de la prise d'initiatives, mais aussi de leur droit à l'erreur ; ce qui implique une évolution tant du rapport hiérarchique que de la posture qu'il peut induire.

27 Le troisième défi tient à la cybersécurité ; les attaques informatiques ayant été multipliées avec le recours accru au télétravail, quel que soit le type d'administration publique, et dans une proportion analogue à l'augmentation constatée dans le secteur privé. En découlent des questionnements sur les chaînes de responsabilités ainsi que sur leur partage en cas de préjudice.

28 La crise sanitaire liée à la Covid-19 a permis un développement massif et brutal du télétravail. Elle a conduit à voir son régime clarifié et précisé à la suite de négociations collectives, sur le schéma suivi dans le secteur privé, par des accords pouvant être dotés de portée contraignante qui fixent un cadre commun aux trois versants de la fonction publique. Ce procédé témoigne à la fois de la volonté d'adapter l'organisation du travail aux nécessités de l'activité, dans une démarche qui est celle du droit commun du travail, et de la nécessité de conserver le régime réglementaire et statutaire qui vient d'être consacrée avec la publication, au terme d'un très long périple, du Code général de la fonction publique. Plus largement, le recours au télétravail en période d'urgence sanitaire nourrit de nombreuses réflexions sur les modalités de l'action publique. Cette évolution est

elle-même inhérente à l'un des principes fondamentaux du service public : l'adaptabilité.

BIBLIOGRAPHIE

Giauque D., Emery Y. (dir.), 2016, L'acteur et la bureaucratie au xxie siècle, Laval, PUL

Charbonneau E., Doberstein C., 2020, « An empirical assessment of the intrusiveness and reasonableness of emerging work surveillance technologies in the public sector », *Public Administration Review*, vol. 80, n° 5, p. 780-791

Delaunay B., 2020, « La dématérialisation des relations entre le public et l'Administration : quel encadrement juridique ? », *Revue de droit public*, n° 5, p. 1131

Jean-Pierre D., 2020, « Recours au télétravail dans la fonction publique : un pas supplémentaire pour aligner le droit sur la pratique », *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, n° 20, act. 274

Pennequin N., 2020, « L'irruption du télétravail pendant la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19 », *Les cahiers* SMT, n° 37, p. 19-23

Planchard J.-H., Velagic Z., 2020, « Évaluation de l'impact psychologique du télétravail », *Références en santé au travail*, n° 161, p. 49-58

Ruiller C., Dumas M., 2018, « Quelles formes de régulation pour une mise en place réussie du télétravail dans la fonction publique territoriale ? », *Politiques et management public*, vol. 35, n° 1-2, p. 5-26

Taillefait A., 2019, « Déconnexion et télétravail dans la fonction publique : quelles contradictions ? », dans *Droit à la déconnexion et télétravail : quelle(s) contradiction(s) ?*, Lexbase vol. 7181BXA, n° 768 p. 1-7

Taskin L., Gomez P.-Y., 2015, « Articuler la théorie de la régulation sociale et l'approche conventionnaliste en gestion pour comprendre l'échec d'un projet de changement organisationnel ? Illustration par la mise en place du télétravail dans deux administrations publiques belges », *@GRH*, vol. 1, n° 14, p. 99-128

Turbé-Suetens N., 2011, « Le télétravail cherche sa place dans le secteur public », *L'Expansion Management Review*, vol. 3, n° 142, p. 34-41

RÉSUMÉ

Français

Le télétravail en tant que mode d'organisation du travail intéressait relativement peu les spécialistes de droit de la fonction publique. S'il n'était pas

ignoré, il était relativement peu encadré. Cette situation a été amenée à évoluer sous l'effet conjugué de la loi de transformation de la fonction publique et du premier confinement à tel point que les situations dans lesquelles le télétravail est admis n'ont cessé de se développer. Progressivement, le droit fait sien cette nouvelle pratique de l'activité des agents publics. Il en précise les modalités en recourant à des outils tels que les chartes et à des accords au niveau des administrations. Ces procédés témoignent de la constance du rapprochement du droit de la fonction publique et du droit du travail. Le développement du télétravail met néanmoins en exergue de nombreux enjeux, que ce soit en termes de santé au travail, de discrimination ou encore d'organisation de l'activité, de pratiques managériales ou de responsabilité. Autant de défis qu'il importe désormais de relever.

INDEX

Mots-clés
télétravail, fonction publique, Covid-19, organisation du travail, travail à distance

AUTEUR

Hélène Muscat
Maître de conférences HDR, Univ Rennes, IDPSP – UR 4640 ;
helene.muscat@univ-rennes1.fr

La négociation collective des congés payés dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire

Katell Richard

PLAN

1. Un outil aux finalités divergentes, adaptable aux besoins des commanditaires
   1.1. La négociation collective comme outil de mise en œuvre des politiques publiques
   1.2. Un outil organisationnel de l'entreprise légitimé par la mise en œuvre du dialogue social
2. Les normes d'exception issues d'une situation exceptionnelle
   2.1. La négociation collective en renfort du pouvoir de direction de l'employeur
   2.2. La négociation dans un contexte contraint face aux droits des salariés
Conclusion

TEXTE

1 La crise sanitaire liée à la pandémie de la Covid-19 a trouvé certains de ses remèdes dans la mise en place d'un appareillage législatif conséquent. Tout d'abord, la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 promulguant l'état d'urgence pour faire face à l'épidémie autorisait le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure permettant d'agir sur différents points. Le titre 2 de cette loi, relatif aux mesures d'urgence économique et d'adaptation à la lutte contre l'épidémie de la Covid-19 autorise le gouvernement à prendre par ordonnance, « afin de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales », toute mesure relative, entre autres, au droit du travail et notamment au temps de travail.

2 Dès le 25 mars, l'ordonnance n° 2020-323 venait préciser les mesures relatives au temps de travail conditionnant la mise en œuvre de certaines d'entre elles à la négociation d'accords collectifs.

> « Afin de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation [de la] Covid-19, [...] un accord d'entreprise, ou, à défaut, un accord de branche peut déterminer les

> conditions dans lesquelles l'employeur est autorisé, dans la limite de six jours de congé et sous réserve de respecter un délai de prévenance qui ne peut être réduit à moins d'un jour franc, à décider de la prise de jours de congés payés acquis par un salarié, […] ou à modifier unilatéralement les dates de prise de congés payés. L'accord […] peut autoriser l'employeur à fractionner les congés sans être tenu de recueillir l'accord du salarié et à fixer les dates des congés sans être tenu d'accorder un congé simultané à des conjoints ou des partenaires liés par un Pacte civil de solidarité travaillant dans son entreprise. La période de congés imposée ou modifiée en application du présent article ne peut s'étendre au-delà du 31 décembre 2020. »

3 Ce sont donc de nombreux accords qui ont ainsi été négociés et feront l'objet de cet article.

4 Dès lors que l'étude d'un sujet nécessite d'analyser un certain nombre de sources conventionnelles, il apparaît important de présenter, même en quelques mots, la méthodologie retenue pour l'obtention du corpus d'analyse. De nombreux critères ont été mis en corrélation afin de procéder au choix du panel.

5 Celui-ci est donc déterminé en fonction des critères quantitatifs tels que la représentativité en nombre de salariés, et qualitatifs, comme le dynamisme de la négociation évalué au regard de la production normative au sein des branches.

6 Ont ainsi été sélectionnées les conventions collectives du bâtiment et travaux publics (BTP), du commerce de gros et de détail à prédominance alimentaire, de la plasturgie et de l'assurance, ainsi que, crise sanitaire oblige, une convention collective issue du secteur médico-social.

7 D'un point de vue pratique, le recueil des accords s'est ensuite effectué sur le site Internet Légifrance, en filtrant la recherche avec les identifiants de convention collective (IDCC) des secteurs pré-identifiés et l'utilisation simultanée des mots-clés « congés payés » et « coronavirus » ou « Covid-19 » pour une période de signature allant du 24 mars au 11 mai 2020. Ainsi, 193 accords collectifs ont été dénombrés et 62 d'entre eux ont fait l'objet d'une première analyse.

8 À titre de comparaison, une recherche plus large que celle axée autour des congés payés, incluant tous les thèmes relatifs à la durée

du travail, a dénombré 371 accords collectifs sur l'année 2019 et 14 pour la période précise de mars à mai 2019 ; la même recherche sur l'année 2020 dénombre 670 accords collectifs négociés autour de la durée du travail, dont 212 sur la période du premier confinement. Cette production normative n'est pas sans soulever un certain nombre de questions.

9 Rappelons que, dès les années 1970, dans un contexte de crise économique durable à la suite des différents chocs pétroliers, la réduction du temps de travail est apparue pour le législateur comme un levier de lutte contre le chômage. Quant aux « relations étroites entre cette réglementation (de la durée du travail) et le droit de la négociation collective » (Barthélémy, 1998), elles sont avérées depuis les lois Auroux. Désormais, un accord collectif n'a plus seulement vocation à améliorer les conditions de travail mais est également créateur de normes, y compris dérogatoires à la loi.

10 Pour inédite que cette crise sanitaire puisse être, le législateur a essayé d'atténuer ses effets par la mise en œuvre dans les entreprises de processus de négociation collective déjà éprouvés depuis plusieurs années. En effet, le droit de la durée du travail est un des leviers organisationnels des politiques d'emploi du législateur. Ainsi, « la création d'emplois, leur sauvegarde ou leur stabilisation peuvent [...] être favorisées par un aménagement de la durée du travail[1] ». Il ressort des débats parlementaires que le gouvernement a poursuivi cette même finalité. Les « mesures de dérogations temporaires au droit du travail [...] prévues, s'agissant notamment [...] du recours aux congés payés, [...] ont pour seul et unique objectif de permettre la poursuite du travail et d'endiguer les licenciements massifs ainsi que les faillites de milliers d'entreprises qui ruineraient des millions de Français[2] ». Si la crise liée à la pandémie de la Covid-19 est donc bien inédite, les moyens juridiques employés demeurent donc bien connus du droit négocié.

11 Dès lors, nous analyserons le produit de cette négociation collective d'exception au regard des finalités qu'on lui prête, notamment de ses fonctions réglementaires, relais des politiques publiques et organisationnel de l'entreprise (1), mais aussi au regard des effets produits par sa capacité normative (2).

1. Un outil aux finalités divergentes, adaptable aux besoins des commanditaires

12 Alors que la négociation collective est renforcée depuis plusieurs années, la modification récente de l'agencement des dispositions du Code du travail (C. trav.) a impacté ses finalités. Tandis qu'elle reste un relais traditionnel de mise en œuvre des politiques publiques (1.1), sa visée d'amélioration des conditions de travail s'articule désormais au niveau de l'entreprise et concerne davantage l'aspect organisationnel (1.2).

1.1. La négociation collective comme outil de mise en œuvre des politiques publiques

13 La lecture des débats ayant présidé au vote de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 promulguant l'état d'urgence pour faire face à la pandémie de la Covid-19, laquelle habilitait le gouvernement à prendre diverses mesures d'urgence par ordonnance, interpelle quant à la finalité poursuivie par le gouvernement et le choix de la négociation collective sur plusieurs aspects.

14 D'une part, les mesures concernant les congés payés s'inscrivent dans un ensemble de dispositions ayant vocation à limiter « les conséquences de la crise sanitaire tant pour les entreprises que pour les particuliers [3] » en « [assurant] la continuité de la vie économique, mais aussi – et non pas "ou" – [en protégeant] la santé des salariés [4] ».

15 Ainsi, en ce qu'elle « permet à l'employeur de faire face à la baisse d'activité découlant de la pandémie, en imposant l'utilisation par ses salariés de congés payés, […] ainsi qu'en en déterminant les dates [5] », la disposition relative aux congés payés se fait indéniablement relais des politiques publiques de l'emploi.

16 Rappelons que, d'une part, « le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait

être dérogé [6] », d'autre part, le droit aux congés payés est le pendant du droit constitutionnel au repos. Ce détournement de la finalité du droit aux congés payés en variable d'ajustement de l'organisation de l'entreprise fait supporter aux salariés une partie du risque d'exploitation. Cela justifie le passage au gré des débats parlementaires d'une disposition à usage unilatéral de l'employeur à une disposition négociée, la rendant ainsi plus légitime aux yeux de tous étant la conséquence d'un effort consenti solidaire.

17 Pour rappel, s'« il est courant de présenter l'accord collectif de travail comme un contrat doué d'effets réglementaires » (Ferkane, 2015), la convention collective ou d'entreprise ne se contente pas de produire des effets réglementaires, elle est détentrice d'une délégation de pouvoir réglementaire (Ferkane, 2015) entérinée par la décision du Conseil constitutionnel (Cons. const.) du 25 juillet 1989.

18 Dans cette visée, « le processus de négociation collective se trouve conçu comme une manière d'internaliser la contrainte » (Peskine *et al.*, 2012). La négociation des conventions d'entreprise permettrait de créer de nouvelles normes, de « faire céder les contraintes normatives externes devant les préférences propres aux acteurs de l'entreprise en permettant des adaptations à chaque contexte » (Boreunfreund, 2013), lesquelles sont ici constituées des « conséquences économiques, financières et sociales de la propagation [de la] Covid-19 [7] ».

19 Dans ce cadre, l'habilitation donnée à la négociation collective est présentée comme une simple mise en œuvre permettant « de procéder à un aménagement des dispositifs concernant les congés, avec effet immédiat. Le délai de prévenance n'est plus de mise. […] Aucun principe n'est changé, seul le calendrier l'est [8] ». Autrement dit, les dispositions du Code du travail relatives aux congés payés continueraient de s'appliquer, à l'exception du délai de prévenance qui pourrait être réduit à 24 heures.

20 En conséquence de cette habilitation, le processus de négociation collective ne conduirait qu'à une production de normes strictement encadrées autour du délai de prévenance. L'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 a pourtant accordé une habilitation plus large à négocier des normes d'entreprise aptes à s'adapter à la contrainte extérieure inédite provoquée par la pandémie de la Covid-19.

1.2. Un outil organisationnel de l'entreprise légitimé par la mise en œuvre du dialogue social

21 Pour évoquer la négociation collective dans les circonstances exceptionnelles que nous connaissons, rappelons qu'à l'origine, « la négociation d'entreprise était [...] un instrument permettant d'améliorer la situation des travailleurs » (Auzero, Baugard, Dockès, 2019).

22 L'Union européenne, au fil de son évolution, rapproche « l'amélioration des conditions de vie et de travail[9] » de « la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs » « dans tous les aspects liés au travail[10] », notamment à « certains aspects de l'aménagement du temps de travail[11] ». Ainsi, la négociation collective lorsqu'elle porte sur la durée du travail peut participer à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs.

23 Certains accords collectifs négociés évoquent cet aspect dans leur préambule, celui-ci devant désormais présenter de manière succincte les objectifs et le contenu de l'accord collectif.

24 Les conventions d'entreprise sont donc conclues pour « protéger la santé de l'ensemble des salariés » (accord n° 1) ou sont prises « dans l'intérêt de la préservation de la santé des travailleurs » (accord n° 2). Certaines insistent même sur le fait que « le droit au repos est un élément essentiel à la préservation de la santé physique et mentale des salariés » (accord n° 3), tandis que d'autres rappellent la nécessité de « la mise en œuvre effective des mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la santé physique et mentale des travailleurs » (accord n° 4), allant même jusqu'à prendre en compte la prévention des risques psychosociaux « dans un contexte sanitaire particulièrement anxiogène » (accord n° 4).

25 En conservant la fonction historique d'amélioration des conditions de travail, la négociation collective issue de l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 ne fait donc pas exception, mais elle se tourne également vers d'autres objectifs, car, « l'accord collectif de travail a (également) pour fonction [...] la production de normes juridiques » (Ferkane, 2015).

26 Ainsi, pour certains, la « Covid-19 [...] amène à repenser nos organisations et [...] pousse à nous adapter à ce contexte particulier afin d'assurer la continuité de notre activité tout en assurant santé et sécurité à nos collaborateurs » (accord n° 5). Tandis que, pour d'autres, le coronavirus représente une opportunité de réorganiser l'ensemble des dispositions d'aménagement du temps de travail afin d'adapter le fonctionnement de l'entreprise aux contraintes conjoncturelles (accord n° 6).

27 Les accords collectifs conclus par le biais des processus de négociation collective issus de l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 ont donc, pour certains, contribué à améliorer les conditions de travail des salariés, mais ils ont également mis en exergue la fonction de production normative dans un but organisationnel de l'entreprise. La négociation collective ne fait donc pas qu'interpréter et adapter la norme supérieure pour laquelle elle est habilitée, elle produit elle-même ses normes *via* les accords collectifs. La question se pose donc du rapport à l'habilitation, comme l'exprime M. Lyon-Caen pour qui « cette réglementation négociée ne se contente plus de compléter la législation, de l'adapter aux exigences d'une profession : elle la concurrence, elle la devance, elle l'ignore » (1963).

2. Les normes d'exception issues d'une situation exceptionnelle

28 Dans le cas particulier de l'état d'urgence sanitaire, le législateur a doté la négociation collective d'une habilitation à déroger à la loi, dans le cadre décrit dans l'arrêt du Conseil constitutionnel précité. L'ordonnance n° 2020-323 conditionne notamment la faculté pour l'employeur de disposer des congés payés des salariés à la conclusion d'un accord collectif, d'entreprise ou de branche. Questionnons donc l'impact de cette habilitation sur le pouvoir de direction de l'employeur (2.1) et sur les droits sociaux des salariés (2.2).

2.1. La négociation collective en renfort du pouvoir de direction de l'employeur

29 L'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 dispose que « l'employeur est autorisé, dans la limite de six jours de congé et sous réserve de respecter un délai de prévenance qui ne peut être réduit à moins d'un jour franc, à décider de la prise de jours de congés payés acquis par un salarié, [...] ou à modifier unilatéralement les dates de prise de congés payés ».

30 C'est ainsi que certains accords, d'un point de vue purement sémantique, sont tout simplement dénommés « accords relatifs aux jours de congés payés imposés par l'employeur » ce qui, à l'aune des fonctions de la négociation collective, apparaît antinomique. Cet exemple d'intitulé semble plutôt dénoter un renforcement du pouvoir de l'employeur légitimé par la caution des organisations syndicales ou des représentants du personnel.

31 Ce cautionnement est d'autant plus marqué qu'un certain nombre d'autres accords ne font que reprendre *stricto sensu* les dispositions de l'ordonnance n° 2020-323. Loin de déterminer des « modalités concrètes de mise en œuvre[12] », ces accords semblent ne devoir leur existence qu'à l'obligation faite aux employeurs de conclure un accord collectif afin de bénéficier du pouvoir de modifier et d'imposer des congés payés en se dispensant du délai de prévenance. Ici, le processus de négociation collective semble s'apparenter à une instance d'autorisation ou de veto plutôt qu'à une véritable instance de négociation et de concertation.

32 Cette question se pose également lorsqu'on retrouve dans certaines branches, notamment la plasturgie, des accords identiques d'une entreprise à une autre, alors même que rien ne semble avoir été négocié au niveau de la branche. On peut ainsi supposer que ces accords ont été rédigés par une ou plusieurs organisations patronales puis transmis directement aux entreprises adhérentes. Or, « hormis au niveau interprofessionnel, les signataires des organisations syndicales n'ont que très rarement un niveau de compétence juridique équivalent aux conseillers de l'employeur » (Sintez, 2012). Il est donc possible d'imaginer que le processus de négociation collective s'appa-

rente plutôt à une validation de proposition d'accord, à l'adhésion à un contrat[13], plutôt qu'une réelle négociation entre les parties.

33 Enfin, certains accords considèrent que la limite des six jours ouvrables imposables ou modifiables avec un délai de prévenance minimum s'applique à chacune des actions ouvertes à l'employeur. Ainsi, les congés payés acquis devant être posés avant le 30 avril peuvent être modifiés ou imposés « dans la limite prévue par l'ordonnance », tout comme les congés payés « devant être posés avant le 30 avril 2021, sur la période comprise entre le 1er mai 2020 et le 30 septembre 2020 » peuvent aussi être imposés et modifiés « dans la limite prévue par l'ordonnance » (accord n° 7). Plus simplement, il est autrement stipulé que « l'employeur est autorisé à imposer six jours de congés payés à des dates déterminées par lui » et qu'il « est autorisé à modifier unilatéralement les dates de prise de congés payés » (accord n° 8). Dès lors, ce sont donc plus de six jours ouvrables qui peuvent ainsi être impactés par les effets des accords collectifs *a contrario* de l'esprit de l'ordonnance.

34 Finalement, « la négociation d'entreprise, dans un contexte d'augmentation du chômage et de faiblesse des organisations syndicales, et en l'absence d'un encadrement législatif et conventionnel conséquent, apparaît à beaucoup comme un instrument qui désormais profite très largement aux employeurs, un outil « d'autorégulation » de l'entreprise » (Jobert, 2010). Ce versant organisationnel ou réglementaire attaché désormais à la négociation collective dessert-il pour autant les salariés ?

2.2. La négociation dans un contexte contraint face aux droits des salariés

35 La loi Auroux n° 82-957 du 13 novembre 1982 reconnaît aux salariés un droit à « négociation collective de l'ensemble de leur condition d'emploi et de travail[14] ». Certains préconisent d'ailleurs de « poser en principe que la dérogation à la loi par accord collectif est la règle » (Barthélémy, Cette, 2010). Pourtant, la négociation dans ce contexte contraint de l'état d'urgence sanitaire interroge sur certains aspects en lien avec cette fonction, notamment au regard des finalités mais aussi de l'impact sur les droits directs des salariés.

36 Un seul accord parmi les 62 accords étudiés, panorama non exhaustif de la négociation collective, contient des mesures concrètes de protection de la santé du travailleur. Non content de mettre en œuvre un « accès gratuit à une ligne téléphonique dédiée d'écoute, d'assistance et d'entraide » afin de faire « bénéficier [les salariés] d'un soutien psychologique et d'entraide » (accord n° 4), cet accord organise les modalités pratiques de protection de la santé des travailleurs, y compris le renforcement du rôle de la Commission santé sécurité et conditions de travail, quand bien même cela semble avoir été occulté par les différentes ordonnances et décrets.

37 Exception faite de l'accord précité, le corps des accords collectifs ne contient finalement que peu de dispositions relatives à la protection de la santé, se cantonnant à déterminer les modalités d'organisation des congés payés sans faire apparaître clairement les liens entre celles-ci et la protection de la santé des travailleurs. La protection de la santé des travailleurs reste majoritairement cantonnée aux préambules des conventions d'entreprise.

38 De plus, les invocations relatives à la protection de la santé restent accolées à des considérations d'ordre économique qu'il s'agisse « de minimiser l'impact économique de la baisse d'activité » (accord n° 7) ou de « la prévention des difficultés économiques de la société » (accord n° 2).

39 Il est donc possible de faire le lien entre l'objet de la négociation collective issue de l'ordonnance n° 2020-323 et une certaine forme d'efficacité économique. Ainsi, l'imposition des congés payés a pour objectifs le maintien de la rémunération (accord n° 9), elle permet aussi de « limiter le recours à l'activité partielle » (accord n° 1), de favoriser la présence des travailleurs lors de la reprise d'activité (accord n° 2), de « faire rattraper du chiffre d'affaires à l'entreprise » (accord n° 10). La négociation issue de l'ordonnance n° 2020-323 répond donc à l'objectif qui lui était assigné par le législateur, notamment de « permettre la poursuite du travail et d'endiguer les licenciements massifs[15] ».

40 Non content de privilégier un impact économique au détriment non seulement du droit au repos des salariés, mais également du droit connexe aux loisirs[16], droit difficilement réalisable en période de confinement, certains accords n'hésitent pas à dépasser l'habilitation

accordée dans le cadre de l'état d'urgence. Citons en exemple les stipulations d'un accord indiquant que « l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de la Covid-19 et l'article 1 de l'ordonnance 2020-323 du 25 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos dispensent l'employeur de respecter les critères d'ordre de départ et de consulter préalablement le CSE [Comité social et économique] » (accord n° 11). Cette dispense de consultation ne figure pourtant pas dans les articles précités.

41 L'ordonnance prévoit également la possibilité de se dispenser de l'accord du salarié[17] pour fractionner[18] les congés payés, dès lors, certains accords font produire à cette dispense d'autorisation les effets d'« une renonciation [automatique] aux congés supplémentaires pour fractionnement du congé principal pour l'année 2020 » (accord n° 12).

Conclusion

42 La lecture de ces accords collectifs montre l'écart qu'il peut y avoir entre l'« intention annoncée » de l'habilitation accordée et la production normative finale. En effet, il ne s'agissait initialement que de raccourcir les délais de prévenance car, le Code du travail prévoit qu'« un employeur peut, de façon unilatérale, décider des journées de congés, dès lors qu'un délai de prévenance de quatre semaines est respecté[19] ».

43 Or, les négociations telles qu'elles ont été finalisées en application de l'ordonnance n° 2020-323 aboutissent à un résultat qui dépasse largement la seule dérogation au délai de prévenance.

44 Déjà, le texte de la loi semblait accorder une capacité dérogatoire couvrant un champ plus large autorisant la dérogation non seulement aux délais de prévenance mais aussi « aux modalités de prise de ces congés », tandis que l'ordonnance précisait même que la capacité dérogatoire permettait de « décider de la prise de jours de congés payés acquis par un salarié, y compris avant l'ouverture de la période au cours de laquelle ils ont normalement vocation à être pris », c'est-à-dire la période couvrant les mois de mai à octobre.

45 Ainsi, dans un contexte d'urgence, des glissements sémantiques ont pu s'opérer de l'habilitation à prendre toutes mesures par ordonnance aux ordonnances proprement dites pour finalement aboutir aux accords collectifs.

46 Or, ces glissements sémantiques ont des impacts forts quant aux droits des salariés au bout de la chaîne de production normative. Il n'a pas été évoqué ici la situation des conjoints qui doivent bénéficier d'un congé simultané. L'ordonnance, en contradiction d'une disposition pourtant d'ordre public [20], permettait la privation de ce congé simultané. Des entreprises se sont servies de cette opportunité qui leur a été accordée sans plus de justifications quant à un éventuel intérêt pouvant présider à cette mise en œuvre.

47 De plus, un certain nombre d'accords collectifs dérogent aux conditions de validité des conventions d'entreprise. Ainsi, un accord collectif conclu entre un CSE et l'employeur stipule qu'« un exemplaire du présent accord signé par les parties sera remis à chaque organisation syndicale représentative pour notification au sens de l'article L. 2231-5 du Code du travail » (accord n° 13). Rappelons que, si le CSE peut intégrer le processus de négociation collective, ce n'est qu'en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise [21]. D'autres accords sont simplement négociés entre l'employeur et un membre du CSE sans plus de précisions quant à la question de la majorité des voix nécessaires à la validité de celui-ci.

48 Ne répondant pas aux conditions de négociation et de conclusion des accords collectifs, les accords précités ne devraient pas produire d'effets sur les salariés inclus dans leur champ d'application. Ils en produisent pourtant. Il devient donc impératif, dès lors que la négociation collective apparaît comme un outil assumé des politiques publiques de l'emploi, dès lors qu'elle est un levier organisationnel de l'entreprise renforçant le pouvoir de direction de l'employeur, *a minima*, de renforcer le contrôle des conditions de validité de ces accords.

49

Sources conventionnelles

Accord n° 1 : Accord d'entreprise n° 2.2020 relatif aux mesures exceptionnelles de fixation et de modification des périodes de

fermeture de l'entreprise prises en raison de l'épidémie de Covid-19 de la SAS Picard Maurice

Accord n° 2 : Accord relatif à la mise en place de mesures exceptionnelles en matière de congés payés liées aux conséquences économiques de la Covid-19 de la société Albert Ménès SAS

Accord n° 3 : Accord d'entreprise relatif à l'adaptation de l'organisation des congés payés dans le contexte de la crise sanitaire lié de la Covid-19 de l'association UNAPEI Dunkerque

Accord n° 4 : Accord sur les principes directeurs et mesures sociales d'accompagnement pour la reprise de l'activité dans le contexte de la crise sanitaire économique et sociale liée à l'épidémie de Covid-19 de l'ADAPEI-AM

Accord n° 5 : Accord collectif d'entreprise sur l'organisation des congés payés, établissement anonyme

Accord n° 6 : Accord d'entreprise sur les mesures permettant l'adaptation des organisations du travail à l'épidémie de Covid-19 à l'ADAPEI d'Indre-et-Loire

Accord n° 7 : Accord d'entreprise relatif à la loi d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de Covid-19 de l'entreprise Scopelec Aquitaine

Accord n° 8 : Accord d'entreprise relatif aux congés payés dans le contexte de l'épidémie de Covid-19 de la société Carhaix-Distribution

Accord n° 9 : Accord d'entreprise pris en application de l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 relatif à la prise de congés payés de la société SELCODIS

Accord n° 10 : Accord d'entreprise destiné à amortir les effets négatifs de la Covid-19 sur l'activité (anonyme)

Accord n° 11 : Accord d'entreprise relatif à l'aménagement des congés payés de l'entreprise Timael

Accord n° 12 : Accord portant sur les mesures d'adaptation du fait de la pandémie de Covid-19 de la société CIOB Moisan SA

Accord n° 13 : Accord collectif d'entreprise sur l'organisation sociale dans le contexte de difficultés économiques liées à la Covid-19 de la société DEKRA

BIBLIOGRAPHIE

Auzero G., Baugard D., Dockès E., 2019, *Droit du travail*, 32e éd., Paris, Dalloz

Barthélémy J., 1998, *Droit de la durée du travail*, Paris, Litec

Barthélémy J., Cette G., 2010, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Paris, La Documentation française, p. 103

Boreunfreund G. (dir.), 2013, « Représentativité syndicale et négociation collective », *Droit social*, n° 4, p. 300-338

Ferkane Y., 2015, *L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, thèse, Université Paris Ouest - Nanterre La Défense

Jobert A., 2010, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Droit social*, n° 4, p. 367-376

Lyon-Caen G., 1963, « Le droit conventionnel du travail », *Droit social*, dans F. Ost, M. Van de Kerchove, 2000, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 44, n° 1, p. 67

Peskine E. et al., 2012, « Protection et efficacité économique : un couple dans la crise », *Droit ouvrier*, n° 763, p. 69-78

Sintez C., 2012, « De la subordination à la domination du salarié : la preuve sociologique par le temps de travail », *Revue de droit du travail*, n° 7-8, p. 406-412

NOTES

1 Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *Observations du gouvernement*.

2 E. Philippe, Premier ministre, *JORF*, 22 mars 2020, session ordinaire de 2019-2020, compte rendu intégral, séances du samedi 21 mars 2020.

3 *Ibid.*

4 M. Pénicaud, ministre du Travail, *JORF*, 22 mars 2020, session ordinaire de 2019-2020, 187e séance, compte rendu intégral, 3e séance du samedi 21 mars 2020.

5 *Ibid.*

6 Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), 21 juin 2012, aff. C-78/11.

7 Article 1 de l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020.

8 M. Pénicaud, précit.

9 Article 117, Traité instituant la Communauté européenne du 25 mars 1957, traité de Rome.

10 Article 21 de l'Acte unique européen créant l'article 118 A du Traité instituant la Communauté européenne.

11 Article 5, directive n° 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.

12 Cons. const., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC.

13 Y. Ferkane évoque le problème des négociations d'apparence sans aller toutefois jusqu'à affirmer expressément qu'il existe un accord collectif d'adhésion : « Il apparaît que, même lorsque des négociations sont censées avoir lieu, elles se réduisent parfois à l'adoption et à la nécessaire individualisation de contrats types, de modèles types, constitués sur la base de précédents contractuels standards » (2015, p. 90-91).

14 Article 2, loi n° 82-957 du 13 novembre 1982.

15 E. Philippe, précit.

16 Alinéa 11, préambule de la constitution de 1946. La Nation « garantit à tous, [...], la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ».

17 C. trav., art. L.3141-23.

18 Lorsque son congé principal est fractionné, égal à 12 jours et inférieur à 24 jours pour la période du 1er mai au 31 octobre, le salarié bénéficie d'un à deux jours de congé supplémentaires pour compenser le fractionnement de son congé principal.

19 M. Pénicaud, précit.

20 C. trav., art. L.3141-14 : « Les conjoints et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité travaillant dans une même entreprise ont droit à un congé simultané. »

21 C. trav., art. L.2232-21 à L.2232-29-2.

RÉSUMÉ

Français
Le droit de la durée du travail se situe aux confluents de différentes logiques, tour à tour porteur de logiques sociales d'amélioration des conditions de travail, logiques économiques d'organisation de l'entreprise ou instrument des politiques publiques de l'emploi. Pour inédite que la crise sanitaire liée à la pandémie de la Covid-19 puisse être, le législateur a essayé d'atténuer ses effets par la mise en œuvre dans les entreprises de processus de négociation collective déjà éprouvés depuis plusieurs années par le biais de dispositifs d'aménagement du temps de travail, instrument régulièrement éprouvé des politiques publiques de l'emploi. Cet article a pour objet d'analyser le produit de cette négociation collective d'exception au regard des finalités qu'on lui prête, notamment de ses fonctions réglementaires, relais des politiques publiques et organisationnel de l'entreprise, mais aussi au regard des effets produits par sa capacité normative.

INDEX

Mots-clés
négociation collective, congés payés, Covid-19, normes collectives

AUTEUR

Katell Richard
Doctorante en droit privé, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ;
katell.richard@univ-rennes1.fr

L’incidence de la crise sanitaire sur l’activité des praticiens du droit. Enjeux, méthodes et premières hypothèses d'une enquête interdisciplinaire

Joséphа Dirringer, Marie Mesnil, Philip Milburn et Laurent Rousvoal

PLAN

Introduction
Un phénomène social total
Les répercussions de la crise sanitaire sur les services publics
Comprendre les répercussions sur les acteurs de la justice sociale et pénale
1. L’incidence de la crise sanitaire sur le fonctionnement de la justice
2. Contours et méthodologie de la recherche
3. Premières données d’analyse et pistes de réflexion
Annexe : Questionnaire d’enquête « Les effets de la crise du Covid auprès des praticien·ne·s du droit »
Projet « Covid-19 et droit », Université de Rennes 1, Institut de l’Ouest : Droit et Europe (IODE – UMR CNRS 6262)
Votre témoignage
Brefs renseignements de situation

TEXTE

Introduction

1 La crise sanitaire provoquée par la Covid-19 est un phénomène social total donc incommensurable. Paradoxalement, son appréhension peut gagner à être envisagée par ses traductions dans une sphère particulière. Rapportés aux mondes du droit et des juristes, la démarche ici présentée consiste à chercher à comprendre les répercussions, tant objectives que subjectives, de ce phénomène sur les acteurs de la justice sociale et pénale.

Un phénomène social total

2 En mars 2020, après une lente montée des tensions pendant plusieurs semaines, la France bascule soudainement dans une crise sanitaire totale qui n'est d'ailleurs pas encore achevée. La rupture est brutale, frappant la société de sidération. Du jour au lendemain, le pays entre « en Pandémie », « nouveau continent mental », domaine d'une incertitude et d'une inquiétude protéiformes qui effacent nombre de repères collectifs et individuels (Stiegler, 2021 ; Fassin, 2021). Dans un climat de peur(s), l'État, mal préparé, improvise (Bergeron, Borraz, 2020 ; Chevallier, 2021 ; Davet, Lhomme, 2020 [1]). Faisant retour à l'idée de souveraineté, il se replie et se déploie tout à la fois. Tandis que le monde extérieur, même européen, est tenu à distance, la puissance étatique se démultiplie à l'intérieur des frontières nationales, au nom d'un impératif de santé publique qui écrase toute autre considération. « État-forteresse », « État sécuritaire », « État-puissance », « État-providence », toutes ces dimensions, parfois en déclin à la veille de la crise, s'imposent dans une temporalité tout entière absorbée par l'urgence (Chevallier, 2021). S'il perdure, l'État de droit n'est pas épargné par cette transformation globale. En quelques jours, alors que la population fait l'objet d'un confinement général décrété par le Premier ministre sur un fondement juridique incertain (Laquièze, 2020), une loi est adoptée, qui institue un nouveau régime d'exception : l'état d'urgence sanitaire [2]. Pour une durée en pratique incertaine puisque des reconductions périodiques sont admises, le texte opère une redistribution provisoire du pouvoir dans l'État (Perrineau, 2020), notamment aux fins de décider de restrictions des libertés fondamentales à un degré inédit en temps de paix. En pratique, peur et sidération aidant, face à des défis dont l'identification même est difficile, l'Exécutif exerce des prérogatives exorbitantes, en liaison incertaine avec des scientifiques experts, tandis que le Parlement et le juge se retirent – partiellement [3].

Les répercussions de la crise sanitaire sur les services publics

3 Dans ce contexte, le sort des services publics est inégal en ce printemps 2020. Selon la perception que l'État se fait de leur nécessité

immédiate pour la population, leur activité est, plus ou moins, maintenue ou suspendue. Le service public de la justice, notamment judiciaire, n'échappe pas à cette reconfiguration. Face à un virus et à une maladie fort mal connus, en l'absence de moyens de protection disponibles, la préservation de la santé des personnels comme des justiciables pose la question d'un repli, dans son principe et, cette question réglée aussitôt que posée, dans sa mesure. Entre suspension des activités renvoyées à des jours meilleurs et basculement en mode numérique, la justice judiciaire doit réviser radicalement son fonctionnement en quelques jours. Le choix est cornélien, qui impose d'arbitrer entre lutte contre la propagation du nouveau coronavirus, d'une part, et droits des justiciables et maintien de l'ordre public, d'autre part. Totale, la crise sanitaire percute la justice judiciaire à plusieurs titres. Qu'il s'agisse du traitement des contentieux ordinaires, du contrôle du pouvoir [4] ou de l'investigation sur la gestion politique et administrative d'une crise dont le nombre de victimes croît de jour en jour [5], la justice judiciaire demeure au centre de la vie de la Nation. Que faut-il suspendre ? Que faut-il redéployer ? Les questions sont vertigineuses, qui engagent des enjeux qui touchent au cœur la démocratie libérale. Elles le sont d'autant plus qu'elles se posent à une institution éprouvée par des difficultés structurelles et conjoncturelles dès avant la crise (Serverin, 2001, 2003). Redéfinition du rôle du juge [6], sous-financement récurrent [7] source de retard dans la transformation numérique, incidence de la doctrine nouvelle du *new public management*, évolution des profils professionnels, mouvements sociaux comme celui lié au projet de réforme du régime de retraite des avocats… Non exhaustive, la liste d'éléments de fragilisation à la veille de la pandémie était déjà longue.

Comprendre les répercussions sur les acteurs de la justice sociale et pénale

4 Cela fait de cette séquence inédite un objet de recherche. La crise est tout à la fois un puissant révélateur de réalités jusqu'alors mal perçues et le vecteur de bouleversements si profonds que la question se pose immédiatement des traces durables qu'elle pourrait laisser. Un mode d'appréhension de cet objet tient à l'étude des comportements et réactions que les gens de justice ont eus dans ces semaines

où le confinement d'abord, le déconfinement très progressif ensuite ont redéfini leurs conditions de travail en même temps que leur vie personnelle. Ces bouleversements résultent notamment de toute une série de mesures inscrites dans des textes législatifs et réglementaires. La recherche entend ainsi rendre compte non seulement de la réalité vécue par les acteurs, de leur perception du service public auquel ils concourent et des transformations de celui-ci.

5 Le projet a donc été formé d'interroger la population des praticiens du droit sur sa pratique professionnelle pendant cette période à nulle autre pareille. Une équipe interdisciplinaire a été réunie, par la collaboration de trois juristes et de deux sociologues des professions du droit [8]. Sa démarche a consisté dans la conception et la soumission d'un questionnaire dans un espace disciplinaire et géographique défini notamment en fonction de la composition de l'équipe de recherche. Il s'agisssait d'aller au plus près des acteurs de terrain pour savoir et comprendre comment, en tant qu'avocats, juges ou représentant du ministère public, ils ont adapté leurs modes de faire, voire de penser, dans un univers physique et mental, individuel et social, bouleversé par un fléau imprévu.

6 S'il est trop tôt pour livrer les conclusions de ce travail en cours, cet article entend en préciser les contours, notamment méthodologiques. Les incidences de la crise sur l'institution judiciaire rappelées (1) et l'intérêt de la recherche interdisciplinaire précisé (2), de premières pistes pourront être esquissées (3).

1. L'incidence de la crise sanitaire sur le fonctionnement de la justice

7 La crise née de la pandémie de Covid-19 qui a touché la France à compter de la fin de l'hiver 2019-2020 a rapidement perturbé le fonctionnement des juridictions, notamment judiciaires (Jean, 2020). La durée de la crise sanitaire a conduit le gouvernement à adopter des mesures très différentes en fonction des périodes et cela a eu des incidences hétérogènes sur le fonctionnement de la justice. Le premier confinement général de la population, au début du prin-

temps 2020, a eu des effets particulièrement marqués. En effet, pour une large part, l'institution judiciaire, comme le reste des activités sociales, a été mise à l'arrêt afin de limiter la contagion ; les activités maintenues par exception ont été significativement réorganisées – avec de nouveaux critères de hiérarchisation pour déterminer ce qui peut être reporté, un recours assoupli à la visioconférence… Ce faisant, c'est tout un secteur professionnel qui s'est trouvé bouleversé : au-delà des juridictions, c'est notamment l'activité des avocats qui a été affectée. L'incidence de la crise est d'autant plus grande que l'institution judiciaire avait été perturbée dans les mois qui précédaient le premier confinement par deux grèves : l'une des transports en commun, l'autre des avocats.

8 Dès mars 2020, la justice a été soumise en partie à un droit provisoire abondant, issu, notamment, d'ordonnances, de décrets et, en partie, de la pratique judiciaire elle-même.

9 Cette règlementation d'exception a concerné aussi bien les règles substantielles que procédurales. En droit social, ces règles ont notamment porté sur la mise en place du régime de l'activité partielle, sur l'adaptation de celles en matière de temps de travail, sur l'adaptation des règles applicables au comité social et économique, mais également celles relatives au régime juridique des arrêts de travail liés à la Covid-19. Au cours de la période du 15 mars au 31 mai 2020, quatre lois, onze ordonnances, quinze décrets et cinq arrêtés ont été adoptés. Le même foisonnement a agité la sphère pénale : lois, ordonnances, règlements, circulaires d'application ont été nombreux et souvent adoptés à titre provisoire. Pour une part, il s'agissait d'étendre le champ de la répression pour sanctionner les principales règles de police sanitaire prises pour lutter contre l'expansion de l'épidémie – ainsi du confinement (Rousvoal, 2020). Pour une autre part, il s'agissait d'aménager la procédure pénale, par dérogation au droit ordinaire dont la mise en œuvre apparaissait aux pouvoirs publics comme peu compatible avec les contraintes nées de la crise (Raschel, 2020).

10 Nous faisons l'hypothèse que la crise sanitaire a agi comme un révélateur de l'état de l'institution judiciaire. En effet, elle a mis en lumière les limites de l'informatisation des tribunaux : le télétravail des greffiers s'est largement trouvé empêché par le déficit de matériel dispo-

nible pour leur permettre d'accéder, depuis leur domicile, aux logiciels professionnels. La crise a également ouvert un espace d'ajustements et d'innovations dont certains éléments pourraient et/ou devraient demeurer lorsque la pandémie aura cessé. Le recours à la visioconférence, y compris en matière pénale, sortira certainement encore renforcé de cette période singulière : si les dispositions provisoires s'analysent, en termes de technique juridique, comme des exceptions au droit commun, elles s'inscrivent toutefois dans le développement constant d'une politique juridique de diffusion toujours croissante de cet instrument de communication que la Chancellerie promeut notamment du fait des économies budgétaires qu'il permet (Rousvoal, 2021). Plus largement, la crise n'a-t-elle pas accéléré le déploiement de certaines modalités nouvelles de transformation en cours de la justice ? Quelles répercussions cela aurait-il sur l'accès au(x) droit(s) et à la justice ?

11 Ainsi, la crise majeure que nous vivons forme une double fenêtre sur un réel fuyant. D'une part, elle ouvre sur l'institution judiciaire au plus près de son fonctionnement concret. D'autre part, elle donne à voir les réactions de l'institution face à un défi majeur, quoique d'origine exogène. À ce second titre, il devrait y avoir là le creuset d'expérimentations dont la question de la pérennisation se posera, soit par inscription dans le droit commun de demain (CEPEJ, 2020, not. principe 7), soit par réactivation à la faveur d'une prochaine crise si elle devait advenir [9].

12 L'étude proposée vise à étudier le fonctionnement concret de la justice pendant la crise sanitaire afin de répondre à ces questionnements.

2. Contours et méthodologie de la recherche

13 L'équipe de recherche interdisciplinaire regroupe des juristes et des sociologues des professions du droit de Rennes. La recherche mobilise des méthodes mixtes, c'est-à-dire à la fois une approche quantitative (par questionnaire) et une approche qualitative (par entretiens semi-directifs). La recherche se décompose en deux phases : après

l'enquête par questionnaire déjà réalisée, nous effectuerons des entretiens semi-directifs, notamment avec des chefs de juridiction.

14 L'enquête par questionnaire a été lancée en mai 2020 auprès de magistrats professionnels[10] de l'ordre judiciaire et d'avocats, avec pour objet le recueil d'informations sur les incidences de la crise, en général, et du confinement, en particulier, sur l'exercice de leur activité professionnelle. Elle s'est limitée aux juridictions du Grand Ouest, soient les ressorts territoriaux des cours d'appel de Rennes, d'Angers et de Caen.

15 Les praticiens interrogés exercent principalement en matières pénale et sociale. Ce choix est lié aux compétences des chercheurs composant l'équipe, mais il résonne surtout avec les spécificités de ces branches du droit dans le contexte pandémique. Il est ici question notamment des aménagements spécifiques dus, sur fond d'urgence(s), aux besoins de la répression et à la continuité de l'activité économique et à la santé au travail qui ont nourri une législation provisoire particulièrement dense appelant des conseils auprès des employeurs.

16 À travers les instances professionnelles pertinentes (chefs de cour, barreaux…) et/ou par contact personnel avec un membre de l'équipe, un questionnaire a donc été diffusé par voie électronique en mai 2020[11]. Il articule onze questions de fond et un talon comprenant cinq questions[12]. Anonyme, il devait être renseigné en ligne – en une fois, faute d'enregistrement.

17 Sans originalité, la conception du questionnaire a été dominée par la recherche d'un équilibre entre deux objectifs en tension. Le souhait d'un instrument permettant d'épouser largement les nombreux visages de la crise pour les praticiens, à l'instant et dans la durée, se confrontait à l'impossibilité pratique de multiplier les questions, sauf à décourager le public visé d'y répondre. Le choix a donc été fait d'un nombre limité de questions ouvertes pour que les intéressés n'aient pas à y consacrer plus de quelques minutes, une certaine diversité des objets abordés préservant néanmoins la possibilité d'un spectre large en termes de contenu. Au demeurant, que les réponses apportées puissent être étayées permettait que les répondants qui le souhaitent puissent répondre de manière argumentée en quelques lignes.

18 Les onze questions de fond permettent ainsi d'évoquer les principales incidences de la crise sur l'exercice de l'activité professionnelle prise dans ses différentes dimensions : activités empêchées, (non-)fréquentation du Palais de justice, relations avec les autres acteurs de la justice, notamment les justiciables, impact économique de la crise, effets de la diffusion de la visioconférence sur les différentes activités professionnelles, conséquences des changements dans l'état du droit bouleversé par la lutte contre la pandémie, articulation des contraintes professionnelles avec les charges de famille… Les questions portent principalement sur la réalité présente vécue par les personnes interrogées mais se prolongent parfois par l'évocation des perspectives que ces acteurs pressentent – ainsi des effets à moyen terme de l'extension inédite de l'activité à distance par le recours aux moyens de télécommunication. Les questions ont trait à des faits objectifs et/ou à leur perception subjective par la personne interrogée.

19 Après plusieurs diffusions, 133 questionnaires ont été retournés à l'équipe de recherche.

3. Premières données d'analyse et pistes de réflexion

20 Entre mi-mai et fin août 2020, 133 réponses au questionnaire ont été collectées, essentiellement en juin et en juillet, soit à une période où le premier confinement de la population avait pris fin pour laisser place à une période de transition faite d'aménagements dont l'écart à la norme générale se réduisait progressivement [13].

21 Les répondants présentent des profils variés : 76 sont avocats (57,6 %), 33 magistrats du siège (25 %) et 23 du parquet (17 %) ; 52 désignent le droit pénal (39,4 %) comme dominant leur activité, 28 le droit social (21,2 %) – 52 répondants (39,4 %) cochant « autre ». Une majorité des réponses émanent de femmes : 81 (61,4 %). La diversité géographique est réelle : plus de dix villes différentes peuvent être relevées au titre du principal lieu d'exercice. Cette dispersion est toutefois relative : pour diverses raisons, notamment des biais de diffusion liés aux contacts personnels des chercheurs avec des acteurs judiciaires locaux, le ressort de la cour d'appel de Rennes est

largement représenté, Rennes même étant l'affectation d'un tiers du panel (43).

22 Le dépouillement de cette masse d'informations est en cours. Il est donc trop tôt pour en tirer des conclusions définitives. Toutefois, de premières observations peuvent être faites, nourrissant des hypothèses qui seront mises à l'épreuve de l'exploitation des résultats complets puis des entretiens envisagés pour la phase 2 de l'enquête.

23 À titre liminaire, il convient de souligner que, en l'absence d'exploitation statistique multivariée, la diversité des réponses est évidente pour la majorité des questions posées. Parmi cette diversité, des lignes de partage sont parfois nettement visibles : par exemple, le regard porté sur l'essor de la visioconférence diffère des parquetiers aux avocats. Cependant, les lignes de partage ne recoupent pas toujours un clivage identifié comme les catégorisations professionnelles (avocats / magistrats, magistrats du siège / du parquet) ou le secteur d'activités (droit pénal / droit social). Pour certaines questions, il semble que d'autres facteurs fondent cette variété : la plus ou moins grande appétence pour la technologie, peut-être la taille des juridictions et des barreaux. Indéniablement, ces critères s'entremêlent, dessinant des distinctions multifactorielles.

24 Sous cette réserve, des thèmes dominent, suggérant souvent l'idée que la crise révèle et/ou actualise des fragilités préexistantes.

25 Ainsi de l'envahissement du numérique, dans une porosité entre télétravail et modification de la procédure judiciaire elle-même. Celui-ci pose notamment la question des transformations du droit (recul de l'oralité…) et de leur pérennité (hypothèse de la crise comme occasion d'un basculement systémique). Il résonne aussi avec les questions économiques, de l'équilibre financier des cabinets d'avocats à l'allocation des moyens à et dans l'institution judiciaire.

26 Ainsi encore de l'effacement de certains acteurs et de la redéfinition des relations entre les autres. Par exemple, la crise a mis hors circuit un greffe mal équipé pour travailler à distance. Cela a produit des effets complexes sur le lien entre magistrats et avocats, habituellement médiatisé par le greffier.

27 Ainsi, enfin, de l'évolution de la charge de travail et de sa perception par les intéressés. Sur ce point, une grande hétérogénéité des

réponses s'observe, de la saturation, pouvant avoir des incidences sur la santé mentale de la personne, à la diminution des tâches, libérant un temps jusqu'alors accaparé par les missions professionnelles. Aucune explication n'apparaît immédiatement. Il faudra donc chercher à comprendre ce phénomène. Est-ce l'effet de l'instabilité de la norme, avec le travail de mise à jour que cela implique mais pourquoi alors ces violents contrastes ? Est-ce plutôt lié à la situation familiale et/ou à la (non-)maîtrise des outils numériques ? Les hypothèses sont nombreuses, qui peuvent se combiner ou s'opposer. Plus globalement, au terme d'un premier dépouillement, avec toute la prudence requise donc, une hypothèse émerge : la crise sanitaire a frappé un monde en mutation, créant un effet complexe de superposition des changements en cours ou latents et des perturbations du moment. La diversité des acteurs et de leur situation (profession, lieu d'exercice, secteur d'activité, mais aussi manifestement des données plus humaines, en termes de personnalité) en donne une représentation plurale, dans sa description « objective » comme dans son appréciation subjective (de la déploration des changements à l'approbation sans réserve).

Annexe : Questionnaire d'enquête « Les effets de la crise du Covid auprès des praticien·ne·s du droit »

Projet « Covid-19 et droit », Université de Rennes 1, Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE – UMR CNRS 6262)

28 Dans le cadre d'un projet de recherche sur les effets de la crise sanitaire sur le droit et la justice, nous souhaitons collecter des témoignages de praticien·ne·s sur les (non-)incidences de cette crise et ses implications sur leur vie professionnelle, leurs perspectives et leur rapport au droit en ce mois de mai 2020, pour pouvoir en effectuer

une exploitation scientifique. Nous vous remercions par avance de vous prêter à cet exercice, dont nous vous présenterons les résultats.

29 Nos questions portent sur votre expérience de la crise sanitaire et ses implications, à commencer par le confinement, dans une perspective professionnelle. Vous êtes invité·e à répondre aussi longuement (ou brièvement) que vous le souhaitez. Si vous estimez ne pas être concerné·e par une question, merci d'indiquer brièvement pourquoi.

30 Vos réponses sont anonymes. Le formulaire est bref de sorte que quelques minutes suffisent pour y répondre, mais il doit être renseigné en une seule fois, faute d'enregistrement.

31 N'hésitez pas à nous contacter pour toute question ou observation :

- Josépha Dirringer
- Marie Mesnil
- Philip Milburn
- Laurent Rousvoal

Votre témoignage

1. Quels sont les aspects de votre activité professionnelle qui ont été empêchés par le confinement ?
2. Quelles activités avez-vous pu réaliser en dépit de cela ?
3. Avez-vous été amené·e à vous rendre au Palais, et avec quelle fréquence ?
4. Quels sont les moyens qui vous ont permis de travailler à distance ?
5. Quel bilan faites-vous du recours à la visioconférence avec les autres acteurs de justice ? Avec les justiciables ?
6. Ce mode de travail a-t-il modifié vos relations individuelles ou collectives avec les autres acteurs de justice et en quoi ?
7. Si vous avez constaté un changement en la matière, est-il susceptible de s'installer selon vous ? Pourquoi ?
8. Quel est l'impact économique immédiat sur votre activité professionnelle ? Quelles conséquences y voyez-vous à terme ?
9. Est-ce que votre activité a dû tenir compte des changements juridiques liés à la crise de la Covid-19 (rapport à la science et à l'expertise, place des libertés fondamentales, législation d'exception, recours aux technologies…) ? Ces modifications risquent-elles de perdurer selon vous ?

10. Quels sont les bouleversements de votre pratique et de son environnement envisageables selon vous ?
11. Les contraintes créées par le confinement sur la vie familiale ont-elles eu une incidence sur votre activité professionnelle ? Si oui, laquelle ?

Brefs renseignements de situation

Question : Quelle est votre fonction / profession ?

- Réponse : un choix possible parmi : avocat·e / magistrat·e du siège / magistrat·e du parquet / autre

Question : Quel domaine domine votre activité ?

- Réponse : un choix possible parmi : droit pénal / droit social / autre

Question : Quelle est votre ancienneté dans les métiers du droit ?

- Réponse : un choix possible parmi : moins de 3 ans / de 3 à 10 ans / de 11 à 20 ans / plus de 20 ans

Question : Quel est votre lieu principal d'exercice ?

- Réponse : un choix possible parmi : Angers / Brest / Caen / Laval / Le Mans / Lorient / Quimper / Rennes / Saint-Brieuc / Saint-Malo, Dinard / Vannes / autre

Question : Êtes-vous

- Réponse : un homme / une femme

BIBLIOGRAPHIE

Belloubet N., 2021, « Ministre de la Justice, un oxymore ? », *Pouvoirs*, n° 178, p. 131-145

Bergeron H., Borraz O., 2020, « Une situation hors norme : et après ? », *Après-demain*, n° 55, p. 11-13

Cadiet L., Richer L. (dir.), 2003, *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, PUF

Chevallier J., 2021, « L'État à l'épreuve du coronavirus », *Pouvoirs*, n° 177, p. 109-120

Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), 2020, *Les leçons et défis pour le système judiciaire pendant et après la pandémie du Covid-19*, [https://rm.coe.int/declaration-fr/16809ea337], consulté le 23 mai 2022

Davet G., Lhomme F., 5- 9 mai 2020, « Aux racines de la crise sanitaire », *Le Monde*

Fassin D., 2021, « Lectures de la pandémie », dans D. Fassin, *Les mondes de la santé publique*, Paris, Seuil, p. 299 et suiv.

Jacquin J.-B., Lemarié A., Pietralunga C., Faye O., 27 mars 2020, « L'exécutif face à la menace de suites judiciaires », *Le Monde*, p. 6

Jean J.-P., 2020, « Les juridictions face à la pandémie de Covid-19 », *Les cahiers de la justice*, n° 3, p. 495-503

Laquièze A., 2020, « L'État français face au coronavirus : réflexions sur l'état d'urgence sanitaire », *Cités*, n° 84, p. 36-52

Parizot R., 2020, « La détention provisoire face aux urgences sanitaires », *Revue de sciences criminelles*, n° 3, p. 690 et suiv.

Perrineau P., 2020, « La société française et la pandémie de la Covid-19 », *Cités*, n° 84, p. 83-91, not. p. 89 et suiv.

Prosper S., 2019, *Les réformes de l'organisation juridictionnelle à l'épreuve du droit d'accès au tribunal : contribution à une reconstruction en faveur du justiciable*, thèse, université Paris Ouest - Nanterre La Défense

Raschel E., 2020, « La procédure pénale au défi de l'urgence sanitaire », *Revue de sciences criminelles*, n° 3, p. 703 et suiv.

Rousvoal L., 2021, « La visioconférence en procédure pénale à l'heure de la Covid-19 », *Les cahiers de la justice*, n° 1, p. 163-176

Rousvoal L., 2020, « Espace public, crise sanitaire et droit pénal. Analyse de l'article L. 3136-1, alinéas 3 et suivants, du Code de la santé publique », *Gazette du Palais*, n° 40, p. 65 et suiv.

Serverin E., 2003, « Chapitre 3. Quelles mesures pour la justice ? », dans L. Cadiet, L. Richer (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, p. 49-66

Serverin E., 2001, *Des procédures de traitement judiciaire des demandes de faible importance ou non contestées dans les droits des États membres de l'Union européenne*, ENS-Cachan, Rapport pour la Commission européenne

Stiegler B., 2021, *De la démocratie en Pandémie. Santé, recherche, éducation*, Paris, Gallimard

NOTES

1 Cette enquête journalistique fouillée s'intéresse à la pénurie de masques de protection au printemps 2020 et l'évolution du positionnement de l'État sur ce sujet durant la période 2005-2020.

2 Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de la Covid-19.

3 Sur le retrait partiel du juge (spécialement constitutionnel et administratif), imputé à une « autocensure » dans un contexte posant la question des limites de sa légitimité face au pouvoir politique, voir Laquièze (2020, spéc. p. 45 et suiv.). Sur les risques liés à la création d'institutions *ad hoc*, voir Stiegler (2021).

4 À titre d'exemple, citons la controverse née autour de la prolongation des détentions provisoires en raison de l'état d'urgence sanitaire (Parizot, 2020 ; Conseil constitutionnel, 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC).

5 Par exemple, la Cour de justice de la République reçoit les premières plaintes contre des membres du Gouvernement dès la seconde quinzaine de mars 2020 (Jacquin, Lemarié, Pietralunga, Faye, 2020).

6 Sur les phénomènes de déjudiciarisation ou déjuridictionnalisation, voir Prosper (2019).

7 Ancien, le constat n'est pas discuté. Voir, par exemple, l'article de N. Belloubet qui était garde des Sceaux au printemps 2020 (Belloubet, 2021, spéc. p. 133).

8 Outre Philippe Milburn, coauteur de cette contribution, l'étude, notamment l'exploitation des questionnaires, a été conduite par Logan Moreau dans le cadre d'un stage de recherche.

9 La Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) souligne cette temporalité qui est également potentialité : c'est dans cette perspective notamment qu'elle fait de la formation des acteurs du monde judiciaire un enjeu essentiel (CEPEJ, 2020, principe 6).

10 Le souci de diffuser rapidement le questionnaire dans le temps même du confinement rendait difficile l'inclusion d'autres acteurs exerçant la fonction de juger. On songe en particulier aux conseillers prud'homaux.

11 Voir annexe.

12 Dans l'ordre de présentation : fonction/profession, principal domaine d'activité, ancienneté dans les métiers du droit, principale ville d'exercice, genre.

13 Pour ne citer qu'une référence, l'état d'urgence sanitaire n'a cessé, sauf exception, que le 10 juillet 2020, pour céder la place à un autre régime dérogatoire conçu comme un jalon pour un retour au droit ordinaire – qui n'a pas eu lieu, l'état d'urgence sanitaire ayant de nouveau été décidé en octobre.

RÉSUMÉ

Français
Fait social total, la crise sanitaire née de la pandémie de la Covid-19 n'a pas épargné l'institution judiciaire. C'est particulièrement visible au commencement de la période, lors du premier confinement général de la population au printemps 2020. Pour saisir, au moins partiellement, les effets de ce bouleversement brutal sur un appareil judiciaire alors déjà fragilisé, une étude interdisciplinaire a été lancée à Rennes par une équipe réunissant juristes et sociologue des professions du droit. Il s'agit ici, non pas d'en présenter les conclusions, mais de présenter ce projet en cours, notamment en termes de méthode. La voie empruntée consiste à interroger des praticiens du Grand Ouest, avocats et magistrats, notamment en matière pénale et/ou sociale, pour identifier certains changements auxquels ils ont dû faire face et les traces que ces modifications de leurs conditions de travail pourraient laisser, au-delà même de la crise en cours. En particulier, un questionnaire a été soumis en ce sens à la population ciblée entre mai et août 2020 : il figure en annexe de cet article. Un premier dépouillement des 133 réponses reçues restitue immédiatement leur variété, en fonction de nombreux facteurs.

INDEX

Mots-clés
service public, justice, incidences, crise sanitaire, droit du travail, Covid-19, droit pénal, avocats, enquête, magistrats, questionnaire

AUTEURS

Joséphа Dirringer
Maîtresse de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ;
josepha.dirringer@univ-rennes1.fr

Marie Mesnil
Maîtresse de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ;
marie.mesnil@gmail.com

Philip Milburn
Professeur de sociologie, Univ Rennes, CNRS, ESO – UMR CNRS 6590 ;
philip.milburn@univ-rennes2.fr

Laurent Rousvoal
Maître de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ;
laurent.rousvoal@univ-rennes1.fr

Regards sur les petites sources du droit du travail en temps de crise sanitaire

Joséphа Dirringer

PLAN

1. Regard analytique sur les petites sources du droit du travail
   1.1. La fabrique des petites sources du droit du travail
   1.2. La génétique des petites sources du droit du travail
2. Regard critique sur les petites sources du droit du travail
   2.1. Le destinataire des règles devenu aveugle
   2.2 L'administration hors de contrôle

TEXTE

1 La crise sanitaire due à la Covid-19 a vu émerger une avalanche de textes d'exception qui visent à répondre à ses conséquences sociales et économiques. Temps de travail, santé au travail, négociation collective et dialogue social dans l'entreprise, arrêt de travail, congé, activité partielle, restructurations… Il n'y a pas un domaine du droit du travail qui a échappé à l'édiction de règles nouvelles justifiées par le contexte que nous connaissons. Sur la période allant du 15 mars au 6 août 2020, on dénombre 5 lois, 17 ordonnances, 16 décrets et 9 arrêtés [1]. Une telle effervescence est la source de difficultés d'interprétation et d'application multiples qui ont d'ailleurs suscité un malaise chez certains praticiens (Rousvoal *et al.*, 2022, dans ce numéro) et chez les acteurs économiques. Tous ont été sommés de s'adapter à ces bouleversements rapides de la réglementation. Les acteurs sociaux ont en outre dû adapter les normes conventionnelles applicables dans l'entreprise, soit en en suspendant un temps l'application, soit en les révisant ou prévoyant des accords de courte durée pour mettre en œuvre les dérogations ouvertes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Ces textes ont été largement analysés au point d'ailleurs de permettre la publication d'un ouvrage compilant les différents articles parus dans cette courte période (Collectif, 2020, p. 208 et spéc. p. 210). D'aucuns ont pu voir dans cette réglementation d'exception un ébranlement des sources du droit du travail.

2 Cependant, l'ébranlement ne tient pas seulement aux modifications des règles relevant des sources classiques du droit du travail. La crise sanitaire a été porteuse d'un autre bouleversement des sources du droit du travail dont on peut se demander s'il n'affectera pas durablement l'ordonnancement juridique des relations de travail, en particulier dans le champ de la santé-travail. Dans l'office des ministères du Travail et de la Santé s'est développée une nouvelle manière de réguler la sphère du travail : le recours aux petites sources du droit (Gerry-Vernières, 2012).

3 Le concept de petites sources du droit apparaît notamment sous la plume de S. Gerry-Vernières, pour qui les « petites » sources du droit auraient quatre traits caractéristiques. Du côté positif, elle souligne la réactivité et la technicité des normes qu'elle qualifie de petites sources du droit. Mais, du côté négatif, elle observe aussi qu'elles sont opaques et précaires. Ce phénomène normatif n'est donc pas nouveau, comme l'est plus généralement ce à quoi il est possible de les rattacher. Pour les uns, elles ont à avoir avec le droit souple (Restino, 2021) ; pour d'autres avec l'infradroit (Lochak, 1976). Il est des branches du droit dans lesquelles les pouvoirs publics ont depuis longtemps recours aux petites sources du droit. C'est le cas en particulier du droit des étrangers (Lochak, 1976) ou du droit de l'aide sociale (Magord, 2015).

4 Le droit du travail n'était jusqu'à présent que peu concerné. D'un côté, la loi y occupe une place nécessaire au regard de l'article 34 de la Constitution. De l'autre, les normes d'origine professionnelle, que ce soient les normes patronales (engagements unilatéraux de l'employeur, usages, etc.) ou les normes conventionnelles, sont davantage mobilisées pour adapter les normes à la réalité sociale. Depuis quelques années, le site Internet du ministère du Travail a vu surgir des outils d'interprétation des textes adoptés. La plupart des lois et règlements intéressant le droit du travail sont désormais assortis d'un document intitulé « questions/réponses », dans lequel le ministère du Travail tente d'éclairer le sens des règles nouvellement adoptées. De même, la fabrique numérique des ministères sociaux a réalisé un « Code du travail numérique » qui présente sous forme de fiches les règles issues du Code du travail [2].

5 Cependant, la crise sanitaire semble avoir été l'occasion de franchir un pas supplémentaire dans cette fabrique du droit du travail au sein du ministère du Travail. À n'en pas douter, cela participe à ce que Catherine Thibierge a appelé la « densification normative » (2013).

6 À la suite du premier confinement, le ministère du Travail s'est attelé à la rédaction d'un protocole sanitaire, maintes fois mis à jour depuis. Citons les fiches conseils métiers, les guides pratiques à destination des employeurs ou encore les foires aux questions (FAQ) censées éclairer employeurs et salariés sur les conditions d'exécution de la relation de travail en temps de crise sanitaire.

7 Pourquoi les considérer comme des *petites* sources du droit du travail ? Il est deux raisons à cela. Leur petitesse tient d'abord à leur place dans la hiérarchie des normes. Ces normes se situent à un niveau si faible qu'elles sont tout simplement absentes de la hiérarchie des normes dressée par la Constitution. Elles sont petites ensuite au regard de la faible considération que leur portent les juristes, et ce précisément en raison du fait qu'elles ne figurent pas parmi les sources formelles du droit du travail. Leur juridicité est si incertaine qu'elles sont peu étudiées.

8 L'objet du présent article est d'analyser cette nouvelle production normative. Considérant son caractère très changeant, il est important de souligner au lecteur qu'à la date de publication du présent article, les normes ainsi élaborées ont déjà été modifiées plusieurs fois à la suite du déconfinement, de la campagne vaccinale et de l'apparition du passe sanitaire. Ces dernières ne seront pas évoquées. Cependant, le propos demeure pertinent, car il s'agit d'une étude sur les sources du droit du travail et non d'une étude des règles qu'elles contiennent qui ont été entretemps, déjà, modifiées voire supprimées.

9 Il y a lieu ici de se placer dans une perspective à plus long terme pour saisir le processus d'élaboration et d'application de ces normes. Cependant, connaître intrinsèquement la valeur juridique et la portée normative de ces textes ne suffit pas. Il s'agit de les analyser dans leur rapport aux autres normes et au regard de leur utilité au sein de l'ordre juridique étatique. Quelles qualités ces normes auraient et dont les autres normes seraient dépourvues justifiant que les pouvoirs publics s'en saisissent maintenant, au cours de la crise sanitaire, pour régir les relations de travail dans l'entreprise ? Si la

première approche conduit à porter sur les petites sources du droit du travail un regard analytique (1), la seconde conduit davantage à porter un regard critique, en ce qu'elle conduit à confronter cette production normative aux principes de l'État de droit et aux exigences démocratiques qui pèsent sur la production des normes sociales (2).

1. Regard analytique sur les petites sources du droit du travail

10 Pour disposer d'un aperçu plus précis de ce nouvel arsenal normatif, il convient d'en préciser l'objet, la nature et le fondement. Nous envisagerons donc la fabrique (1.1) et la génétique (1.2) de ces nouveaux instruments qui constituent deux manières de les décrire et les analyser. Il est en effet nécessaire de décrire les étapes de cette production normative pour mieux en apprécier ensuite la juridicité.

1.1. La fabrique des petites sources du droit du travail

11 Le premier instrument normatif réalisé dans le cadre de la crise sanitaire est le protocole sanitaire. Il est apparu lors du déconfinement. La ministre du Travail d'alors adoptait le 3 mai 2020 un *protocole national de déconfinement en entreprise*. En outre, « pour accompagner les employeurs et les salariés dans la mise en œuvre des mesures de protection contre la Covid-19 sur les lieux de travail », la ministre du Travail a, d'une part, établi plusieurs fiches conseils métiers détaillant les précautions à prendre dans différents environnements de travail accessibles sur le site ministériel (travail-emploi.gouv.fr) et a, d'autre part, publié sur le même site des guides de bonnes pratiques établis par les organisations professionnelles et syndicales dans certaines branches d'activité [3].

12 Par la suite, le 17 septembre 2020, le Ministère édictait le protocole sanitaire en entreprise (PNE). Très régulièrement mis à jour [4], le PNE est structuré autour de six parties : les modalités de mise en œuvre des mesures de prévention dans l'entreprise dans le cadre d'un dialogue social, les mesures de protection des salariés, les dispositifs

de protection des salariés, les tests de dépistage, le protocole de prise en charge d'une personne symptomatique et de ses contacts rapprochés et la prise de température. S'ajoutent trois annexes sur la gestion des flux, sur le nettoyage et la désinfection et sur les masques.

13 Mobilisable directement par les acteurs, le PNE est cependant complété par des guides pratiques à destination des employeurs et des salariés ainsi que par des fiches conseils métiers réalisés par le ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion, avec le concours de l'ANSES [5], du réseau Assurance maladie risques professionnels, de l'INRS [6], de l'ANACT [7] et des médecins du travail, coordonné par Présance, l'organisme de représentation des Services de santé au travail interentreprises de France. Les guides sont rédigés d'une manière simple pour ne pas dire simpliste. Les textes sont agrémentés de petites illustrations et chaque paragraphe est surmonté d'un encadré rouge, orange ou vert indiquant respectivement « ce que je ne peux pas faire », « ce que je peux faire en plus », « ce que je dois faire ». Les fiches conseils métiers sont construites dans le même esprit. Il s'agit, selon les auteurs de « faire gagner du temps à l'employeur, grâce à une information directe et simplifiée ». À cela s'ajoute la mise à disposition d'une application nommée « Plan d'action Covid-19 » qui permet, à partir d'un questionnaire composé d'une quarantaine de questions, de générer un plan d'action sur mesure que l'employeur n'aurait plus qu'à appliquer et à mettre en œuvre.

14 Il est difficile de connaître le cadre formel d'élaboration de ces instruments normatifs. Quels sont les acteurs associés à leur formalisation ? Dans quel cadre institutionnel les guides de bonnes pratiques établis par les organisations professionnelles et syndicales dans certaines branches d'activité ont-ils été élaborés ? Ou encore, de quelle manière a-t-il été décidé que le Ministère s'en ferait le relais informatif ? Quant au protocole sanitaire, le site du Ministère indique uniquement dans un article publié le 16 octobre 2020 que le Ministère a réuni « les partenaires sociaux pour effectuer le suivi de la mise en œuvre du protocole sanitaire en entreprise ». Là encore, ce groupe de travail semble informel de sorte que l'on ne sait ni selon quelle modalité, ni selon quelle périodicité, ni selon quel degré les interlocuteurs sociaux ont été impliqués dans ce travail.

15 Une fois élaboré, l'ensemble de ces normes est accessible sur le site du ministère du Travail (travail-emploi.gouv.fr (https://travail-emploi.gouv.fr/)), sur le site de la Sécurité sociale (ameli.fr (https://www.ameli.fr/)) ainsi que sur le site du Code du travail numérique mis en ligne par le ministère du Travail (code.travail.gouv.fr (https://code.travail.gouv.fr/)). C'est donc par ces différents médias que les employeurs et les salariés ont accès au contenu de ces normes dans leur dernière mise à jour. En revanche, et à la différence par exemple du protocole sanitaire applicable dans les établissements scolaires [8], elles ne font pas l'objet d'une publication officielle.

16 Il en résulte une nébuleuse de textes. L'analogie entend ici décrire à la fois cet environnement très mouvant, où chaque jour il est possible de découvrir une nouvelle règle, et l'impression d'être en présence d'un amas vaporeux et légèrement opaque. C'est pourquoi on est tenté de plonger le regard plus profondément pour tenter comprendre la génétique de ces instruments normatifs.

1.2. La génétique des petites sources du droit du travail

17 Évoquer la génétique [9] des sources du droit, c'est prétendre saisir les racines de la juridicité d'une norme et en identifier les critères. Il s'agit donc ici de se pencher sur la nature et le fondement des petites sources qui ont émergé au cours de la crise sanitaire dans le champ du droit du travail.

18 La question de la nature juridique et du fondement du protocole sanitaire élaboré par le ministère du Travail a fait l'objet de plusieurs contentieux à l'initiative notamment d'une organisation patronale. Ainsi cinq décisions ont été rendues par le Conseil d'État (CE) [10]. Ce dernier a été saisi de demandes de suspension des protocoles ou des guides, dans leurs versions différentes qui ont été édictées par le ministère du Travail.

19 La Haute Juridiction administrative estime à propos des guides élaborés par les organisations professionnelles et publiés sur le site du Ministère qu'ils ne revêtent pas « le caractère de décisions faisant grief et ne sont susceptibles de faire l'objet ni d'un recours pour excès de pouvoir ni, par conséquent, d'une requête tendant à la suspension

de leur exécution ». À propos du protocole, elle juge qu'il s'agit d'un « ensemble de recommandations [11] ». Elle refuse de ce fait d'y voir des « documents de portée générale [...] susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre [12] ». En tant que simple recommandation, le protocole n'aurait qu'objet « d'accompagner les employeurs dans leurs obligations d'assurer la sécurité et la santé de leurs salariés au vu des connaissances scientifiques sur les modes de transmission du SARS-CoV-2 ». Par ailleurs, il ne s'agirait que d'une « déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur » résultant de l'article L. 4121-1 du Code du travail, lequel constituerait donc, pour le Conseil d'État, le fondement de l'ensemble de ces instruments normatifs.

20 Le juge administratif retient deux approches de la juridicité et de la manière de tracer le départ entre le droit et le non-droit (Roubier, 1951 ; Carbonnier, 1992).

21 D'une part, il répond au questionnement entourant la portée normative de ces textes : sont-ils créateurs de droits ou d'obligations ? À cette question, il répond par la négative puisqu'il estime que ce ne sont que des recommandations. C'est pour cette raison qu'il refuse de les soumettre à un contrôle de légalité et d'en apprécier finement le contenu. Il s'agit de regrouper parmi les diverses normes celles dotées d'une juridicité en fonction de leur caractère ou non obligatoire vis-à-vis de leurs destinataires. Dans le sillage de sa jurisprudence rendue à propos des circulaires et notes de service [13], le Conseil d'État est désormais amené à identifier quelles sont les normes relevant du droit souple qui sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Ainsi avait-il déjà mobilisé une formule semblable en matière économique à propos des communiqués publiés par l'Autorité des marchés financiers [14], ou encore plus récemment dans un nouvel arrêt *GISTI* rendu à propos d'une note d'actualité émanant de la Division de l'expertise en fraude documentaire et à l'identité de la Direction centrale de la police aux frontières [15]. Dans la décision *Fairvesta*, le juge administratif estimait en effet qu'un recours pour excès de pouvoir était recevable s'agissant des avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions lorsqu'ils revêtaient le caractère de dispositions générales et

impératives. Il ajoutait qu'un tel recours était aussi recevable s'agissant de prescriptions individuelles, mais à la condition non seulement que le requérant justifie d'un intérêt direct et certain à leur annulation, mais encore que ces prescriptions soient de nature à produire « des effets notables, notamment de nature économique » ou aient « pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles [elles] s'adressent ». Dans l'arrêt *GISTI* de juin 2020, la distinction entre ces deux hypothèses est moins nette que dans l'arrêt *Fairvesta*. Ainsi lit-on que :

> « Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices. »

22 Quoi qu'il en soit, pour le Conseil d'État, tel ne serait pas le cas des protocoles sanitaires. Ceux-ci ne seraient pas créateurs de droits et d'obligation, ni en raison de leur caractère impératif, ni en raison des effets notables ou de l'influence significative qu'ils auraient sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

23 D'autre part, en les plaçant dans le sillage de l'article L. 4121-1 du Code du travail, il leur confère un fondement qui permet de les admettre comme une norme valide au sein de l'ordre juridique. En tant que *déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur*, ils s'inscrivent dans l'ordre juridique de manière que l'on puisse admettre leur existence et leur validité au sein de cet ordre alors même qu'aucun texte n'habilitait le ministère du Travail à édicter de tels textes. Une norme n'existe juridiquement qu'à la condition d'avoir été édictée conformément ou selon les conditions formelles fixées par une norme d'habilitation (Tusseau, 2006). La conséquence normative est alors l'existence ou la validité de la norme prise en son application [16]. En prenant appui sur l'article L. 4121-1 du Code du travail, le Conseil d'État parvient à faire échapper les protocoles sanitaires et les guides pratiques au grief d'incompétence et d'irrégularité

qui était soulevé contre eux[17]. Ici la seule perspective qui importe est celle de la hiérarchie des normes et de l'État de droit et conduit à se demander à quel titre une autorité normative est-elle admise à produire des normes, quel que soit par ailleurs leur degré de normativité.

24 En réalité, ces décisions du Conseil d'État évoquent, et d'une certaine manière appliquent, la conception du droit souple exprimée dans son rapport publié en 2013 sur le sujet[18] et que l'on retrouve désormais dans toute sa jurisprudence. Le droit souple, dont les petites sources du droit telles que les recommandations, les protocoles et les guides font partie, appartiendrait à une « chaîne de normativité graduée ». Les critères de définition du droit souple dégagés par le Conseil d'État renvoient à deux dimensions de la théorie des sources du droit. Certains renvoient à la logique déontique – la conduite des comportements et la force contraignante. D'autres, selon une approche formelle, s'attachent à permettre l'inscription d'une norme dans l'ordre juridique au travers du souci porté à la « structuration de l'instrument [qui] donne au droit souple une forme juridique[19] ». La confusion tient sans doute au caractère équivoque qui entoure les théories des sources du droit, lesquelles « désignent aussi bien les divers modes de création des règles que les classes de règles désignées par la manière dont elles ont été créées » (Troper, 2003, p. 86). De plus, ce vocable désigne tout à la fois les sources *du* droit et les sources *de* droit. Or cela mériterait d'être mieux distingué pour ne pas inférer des conséquences sur un terrain à partir de constatations relevant de l'autre terrain.

25 C'est pourtant ce qui semble être ici le cas, nous amenant à changer de regard. Plus seulement analytique, le regard sur les petites sources du droit du travail se fait aussi critique.

2. Regard critique sur les petites sources du droit du travail

26 Que l'on s'attache à l'absence prétendue de caractère contraignant des petites sources du droit du travail ou à la manière dont elles s'insèrent dans la hiérarchie des normes, l'analyse débouche sur une double critique adressée à la production de ces règles gouvernemen-

tales depuis le début de la crise sanitaire dans le champ du droit du travail. Sans doute le propos dépasse-t-il largement les limites de la discipline. À certains égards, il pourrait être bien étendu à d'autres sphères de la société. En droit du travail comme aussi ailleurs, il est devenu banal d'observer que les destinataires des normes sont devenus aveugles à l'objet des normes et aux conséquences qui en résultent pour eux (2.1). Cet aveuglement est d'autant plus inquiétant que l'administration auteure de ces normes ne semble soumise à aucun contrôle (2.2).

2.1. Le destinataire des règles devenu aveugle

27 Qualifiés de « recommandations » par le Conseil d'État, le PNE et les instruments normatifs qui le complètent ne revêtiraient pas de caractère obligatoire pour les employeurs auxquels ils sont au premier chef destinés dans la mesure où ils sont par ailleurs la « concrétisation matérielle » de son obligation de sécurité de résultat. En d'autres termes, ils ne prescriraient rien et l'écart de conduite par rapport à ce qu'ils prescrivent n'aurait aucune conséquence. Peut-on l'affirmer si promptement ?

28 Le caractère obligatoire et contraignant d'une norme s'apprécie au regard du comportement attendu de la part des destinataires et des conséquences juridiques qui en résultent. Or, le protocole sanitaire comme les guides pratiques contiennent des formulations qui prescrivent à l'employeur une conduite et des actions en vue de prévenir tout risque de contamination sur le lieu de travail. Au demeurant, le discours porté par les membres du gouvernement, notamment sur la règle du « télétravail à 100 % » ou du « télétravail impératif »[20], témoigne qu'il s'agit bien d'une norme adressée à l'employeur et dont le fondement est le PNE élaboré par le ministère du Travail. À cet égard, il est pour le moins discutable que d'affirmer, comme le fait le Conseil d'État, que ce sont des normes qui n'ont pas eu d'« effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes » ou qu'elles n'ont pas « influé de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles [elles s'adressaient] ».

29 D'ailleurs, la menace d'une sanction contre les employeurs qui ne l'appliqueraient pas a déjà été brandie. C'est alors que se pose la ques-

tion de la conséquence juridique attachée à l'écart de conduite par rapport au PNE. Certes, le gouvernement n'a pas assorti le non-respect du PNE d'une sanction spécifique. Néanmoins, en le rattachant à l'obligation de sécurité, l'inexécution du protocole pourrait bien constituer un manquement à cette obligation qui pour sa part peut être sanctionné par l'Inspection du travail, de même qu'il constitue une faute inexcusable au sens du Code de la sécurité sociale ouvrant droit à réparation pour le salarié. Tout dépendra donc de la manière dont ces normes seront mobilisées par les justiciables et par les juges. Le fait qu'elles soient dépourvues de caractère contraignant n'empêche pas qu'elles puissent constituer un référentiel servant à l'appréciation des juges. Ajoutons encore qu'à l'incertitude des conséquences attachées à la violation de ces règles s'ajoute celle créée par les évolutions incessantes dont elles sont l'objet. En définitive, toute cette instabilité rend le destinataire de la norme totalement aveugle et nourrit le sentiment d'arbitraire.

30 Cette conséquence apparaît d'autant plus regrettable qu'elle repose sur une sorte d'artifice dans la manière dont le Conseil d'État insère ces recommandations dans l'ordre juridique et les rattache au pouvoir de direction de l'employeur. Pour rappel, le PNE constituerait « un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur ». De manière rétrospective, l'application du PNE ne serait que la mise en œuvre d'une décision de l'employeur prise dans le cadre de son pouvoir décisionnel dont il dispose au titre de l'obligation de sécurité de résultat. En outre, en prétendant qu'il ne s'agit que de recommandations, on laisse penser que l'employeur reste maître de décider et qu'il n'est en aucun cas contraint d'appliquer ces normes faites pour l'aider et l'accompagner à exercer son pouvoir.

31 Cependant, son pouvoir est bien contraint par cette forme de mise sous tutelle. Il l'est d'abord par le caractère prédéterminé des mesures de prévention à mettre en œuvre, ce qui limite, quoi qu'on en dise, l'essentiel du pouvoir de décision. Cela est particulièrement renforcé par le déploiement de l'application « Plan d'action Covid-19 » qui permet de générer la norme patronale à partir des réponses à un questionnaire en ligne. Celui-ci a une décision « clés en main » que l'employeur sera d'autant moins tenté de modifier que c'est celle que lui suggèrent les pouvoirs publics.

32 L'hétéronomie est donc ici particulièrement trompeuse car, quand bien même l'employeur appliquerait scrupuleusement le protocole et les mesures suggérées par l'application, il demeure seul à devoir répondre des conséquences sur la santé des salariés. Il est en effet le seul débiteur de l'obligation de sécurité. Il ne faudrait pas croire qu'appliquer le PNE suffise. Comme l'évoquait justement un auteur, « l'employeur ne saurait se borner à paraphraser les recommandations publiques et officielles du gouvernement ou des autorités sanitaires compétentes » (Véricel, 2020). D'ailleurs, le contentieux qu'a eu à connaître le juge judiciaire au cours de la période de confinement, que ce soit à l'initiative des représentants des salariés ou à celle de l'Inspection du travail, est ici pour le rappeler (Guiomard, 2020).

33 En plaçant les normes élaborées par l'administration sous l'autorité patronale et non plus sous celle du législateur, s'opère une « réfection par le bas de la hiérarchie des normes » (Perroud, 2019) et par ce biais un renversement des responsabilités. En définitive, les pouvoirs publics se déresponsabilisent en s'en remettant aux employeurs pour mener à bien ce qui pourtant relève d'une politique de santé publique. Trompeur, l'artifice est donc politiquement dangereux, et ce d'autant plus qu'il s'opère en dehors de tout contrôle démocratique.

2.2 L'administration hors de contrôle

34 Les petites sources du droit du travail semblent échapper à tout mécanisme de contrôle. Partant du fait que ces normes n'en sont pas, le Conseil d'État s'abstient d'en contrôler la légalité. Ainsi juge-t-il qu'« eu égard à la *nature* de ce protocole », les mesures qu'il contient ne sont pas « de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de celui-ci ». Il est vrai que les décisions rendues l'ont été dans le cadre d'une procédure en référé, ce qui explique peut-être en partie l'absence de contrôle. Cependant, cette circonstance n'est pas suffisante pour emporter la conviction.

35 D'abord, quand bien même ces normes n'auraient vocation qu'à accompagner les employeurs et les salariés dans la mise en œuvre des mesures de protection contre la Covid-19 sur les lieux de travail, il ne serait pas inutile de s'assurer que leur contenu soit conforme avec l'état du droit et que la Haute Juridiction administrative s'en

fasse la garante. Quitte à vouloir accompagner les employeurs et les salariés, autant le faire dans le *droit* chemin.

36 Ensuite, en s'abstenant de contrôler la légalité interne du PNE, le juge administratif retire la dernière garantie censée être apportée par un État de droit aux administrés face à l'administration. Déjà, ces instruments normatifs se caractérisent par leur précarité et par l'opacité de leur mode d'élaboration. Les soumettre à un contrôle dans le cadre d'une procédure en référé constituerait certainement l'ultime rempart pour s'assurer de la légalité d'une norme qui n'a été soumise à aucune procédure d'élaboration préétablie. Et il s'agit sans doute de la seule chose efficace dans la mesure où cette norme peut être modifiée à peine quelques semaines après avoir été adoptée. Qui, si ce n'est le Conseil d'État, est en mesure de garantir cela ? Cela apparaît d'autant plus nécessaire que l'administration est devenue férue de ces petites sources du droit qui devient une alternative pratique pour échapper aux contraintes que font peser sur elle les principes de l'État de droit. Tel est en effet le risque de la prolifération d'un infradroit. Comme le démontrait très justement D. Lochak à propos de l'infradroit applicable aux travailleurs étrangers, le pouvoir discrétionnaire de l'administration « confine trop souvent à l'arbitraire » et « de l'arbitraire à l'illégalité, la distance est vite franchie » (1976). Le parallèle avec cette législation pourrait paraître douteux. Il nous semble au contraire opportun de les comparer pour souligner l'expansion de l'infradroit au sein de l'ordre juridique.

37 La conjonction de la *soft law* et de l'infradroit contribue à rendre ces petites sources du droit dangereuses. Alors que plane le doux imaginaire d'un ordre spontané reposant sur l'acceptabilité des normes sociales par leurs destinataires, on est pourtant progressivement conduit vers un ordre managérial et antidémocratique qui se construit en dehors du cadre constitutionnel. Si cela est déjà vrai à propos du protocole sanitaire soumis à l'examen du Conseil d'État, cela l'est encore plus des nouvelles formes de régulation qui s'opèrent par le biais des applications numériques. Élaborées au sein des « incubateurs de services publics numériques », celles-ci construisent progressivement l'État social plateforme (Chevalier, 2018 ; Dirringer, 2021), mais dont les principes ne sont peut-être pas ceux d'un État démocratique.

BIBLIOGRAPHIE

Bocquillon F., 2003, « Vraies-fausses idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes », dans Collectif, *Le droit social, le droit comparé. Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, Strasbourg, PUS

Carbonnier J., 1992, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ

Chevalier J., 2018, « Vers l'État-plateforme », *Revue française d'administration publique*, vol. 3, n° 167, p. 627-637

Collectif, 2020, *Covid-19 et droit du travail*, Paris, Dalloz

Dirringer J., 2021, « L'État social plateforme, réalité, utopie ou dystopie ? », *Droit social*, n° 1, p. 70

Gerry-Vernières S., 2012, *Les petites sources du droit*, Paris, LGDJ

Guiomard F., 2020, « Les référés, juges de la prévention », *Revue de droit du travail*, n° 5, p. 351-355

Jacquet J.-M. , 2009, « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », dans Collectif, *Études à la mémoire du professeur B. Oppetit*, Paris, Litec, p. 345

Lochak D., « Observations sur un infradroit », 1976, *Droit social*, n° 5, p. 43-50

Magord C., 2015, *Le parcours contentieux de l'aide sociale*, thèse, Université Jean Monnet Saint-Étienne

Ost F., Van de Kerchove M., 1987, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *Bruxelles*, *Publications des Facultés universitaires Saint-Louis*

Perroud T., 2019, « Essai sur les caractères néolibéraux du droit administratif contemporain », *dans* D. Guignard, S. Hamdouni, L. Rapp *(dir.)*, *Culture*, *sociétés territoires*, *Mélanges en l'honneur de Serge Regourd*, Paris, Institut Universitaire Varenne

Pfersmann O., 2003, « Hiérarchie des normes », dans D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF

Pfersmann O., 1997, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », dans O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, PUS, n° 1

Restino V., 2021, « Actes de "droit souple" et "documents de portée générale" au prisme du droit du travail. Nature, caractère contraignant et régime contentieux », La semaine juridique. Édition générale, n° 5, doctr. 131

Roubier P., 1951, *Théorie générale du droit*, Paris, Librairie du Recueil Sirey

Thibierge C. (dir.), 2014, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin

Troper M., 2003, *La philosophie du droit*, Paris, PUF

Tusseau G., 2006, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz

Van der Noot O., 2014, « La théorie génétique du droit et de la gouvernance. Présentation, défense et illustration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 72, n° 1, p. 185-207

Véricel M., 2020, « Déconfinement, reprise des activités économiques et santé au travail », *Revue de droit du travail*, n° 6, p. 409-411

NOTES

1 Voir [https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/article/textes-reglementaires], consulté le 10 janvier 2022.

2 Voir [https://code.travail.gouv.fr], consulté le 10 janvier 2022.

3 Mis à jour le 24 juin 2020, le protocole fut finalement complété de 90 guides métiers.

4 Le PNE a été mis à jour les 29 octobre et 23 novembre 2020 et les 6 janvier, 29 janvier et 19 février 2021.

5 Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail.

6 Institut national de recherche et de sécurité pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles.

7 Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail.

8 Qui sont publiés sur *Le Bulletin officiel de l'Éducation nationale*.

9 Il ne s'agit pas de faire référence à la théorie génétique du droit (O. Van der Noot, 2014).

10 CE référé 9 mai 2020, n° 440452 ; CE référé 19 octobre 2020 ; n° 444809, CE référé, 17 décembre 2020, n° 446797.

11 CE référé 17 décembre 2020, n° 446797.

12 CE référé 9 mai 2020, n° 440452, à propos des guides élaborés par les organisations professionnelles ; CE référé 19 octobre 2020, n° 444809, à propos du PNE.

13 CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, *Lebon*, p. 463, concl. P. Fombeur.

14 CE, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*.

15 CE, Sect., 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142.

16 Certains auteurs n'effectuent aucune distinction entre l'existence et la validité d'une norme. En particulier, pour ceux-là, le principe *lex superior derogat inferiori* est inscrit dans la norme d'habilitation de sorte que la norme prise en contrariété d'une norme supérieure n'existe pas dans l'ordre juridique. Au contraire, pour d'autres auteurs, ce principe est indépendant de la norme d'habilitation qui fonde le pouvoir normatif d'un acteur. Ainsi, l'habilitation pourrait en quelque sorte autoriser un acteur à produire des normes contraires aux normes supérieures. Les auteurs partisans de cette lecture établiront alors une distinction entre validité et existence (Ost, Van de Kerchove, 1987, p. 260) ou, pour prendre une autre terminologie, une distinction entre validité et conformité (Pfersmann, 2003, p. 783 ; Pfersmann, 1997, p. 307 ; Bocquillon, 2003, p. 25).

17 Les auteurs du recours arguaient qu'en vertu de l'article premier de la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020, le Premier ministre devait prendre les mesures impératives visant à réglementer les conditions d'accès et de présence dans des établissements recevant du public et des lieux de réunion par décret pris sur le rapport de la ministre chargée de la Santé.

18 Conseil d'État, 2013, *Le droit souple*, étude annuelle.

19 *Ibid.*, not. p. 9.

20 Sur la règle du télétravail dans la fonction publique, voir aussi dans ce numéro la contribution de H. Muscat.

RÉSUMÉ

Français

La crise sanitaire due à la Covid-19 a vu émerger une avalanche de textes d'exception qui visent à répondre à ses conséquences sociales et économiques. Cependant, l'ébranlement ne tient pas seulement aux modifications des règles relevant des sources classiques du droit du travail. La crise sanitaire a été porteuse d'un autre bouleversement des sources du droit du travail dont on peut se demander s'il n'affectera pas durablement l'ordonnancement juridique des relations de travail, en particulier dans le champ de la santé-travail. Dans l'office des ministères du Travail et de la Santé s'est développée une nouvelle manière de réguler la sphère du travail : le recours aux petites sources du droit. Le présent article entend porter sur ces nouvelles sources du droit du travail un regard qui se veut tout autant analytique que critique.

INDEX

Mots-clés
droit du travail, sources du droit, protocole sanitaire, Plan d'action Covid-19, Covid-19, recommandations, valeur juridique, force normative

AUTEUR

Joséphа Dirringer
Maîtresse de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ;
josepha.dirringer@univ-rennes1.fr

Mesures de lutte contre la Covid-19 et droits de l'homme en Afrique de l'Ouest : de l'insuffisance de la protection à l'exacerbation des violations des droits de l'homme

Fulgence Koffi

PLAN

1. Des mesures mitigées de protection du droit à la santé
   1.1. Des efforts affichés pour la sauvegarde du droit à la santé
   1.2. Des efforts lacunaires et émoussés pour préserver le droit à la santé
2. Des mesures exacerbant des violations de droits de l'homme
   2.1. Une lutte contre le virus aux effets nuisibles sur les droits de l'homme
   2.2. Une lutte contre le virus aux abus attentatoires aux droits de l'homme

TEXTE

1 Fin 2019, alors qu'émerge une maladie infectieuse en Chine continentale, l'Afrique semblait pour une fois être épargnée. Mais l'exception africaine ne durera pas longtemps. Le 14 février 2020, l'Afrique enregistrait en Égypte son premier cas positif. Depuis cette date, le taux de cas constatés positifs à la Covid-19 en Afrique n'a fait que se multiplier sur l'ensemble du continent. La riposte face à cette pandémie, qui déjà se révèle être l'une des plus dévastatrices de l'histoire contemporaine, s'impose. Les États en proie au mal du siècle adoptent dès lors des mesures fortes.

2 Les mesures de lutte prises par les gouvernants, malgré leur diversité, peuvent être rangées en deux grandes catégories. Il y a, à côté de celles qui visent le renforcement des systèmes de santé afin de les rendre aptes à répondre à la crise sanitaire, celles qui ont pour objectif de ne pas ruiner les efforts consentis sur le plan médical, en limitant à tout le moins les activités humaines, tant collectives qu'individuelles, susceptibles de favoriser la propagation du virus. Les deux catégories de mesure ont des conséquences importantes sur les droits de l'homme : l'une vise à rendre effective le droit à la santé et

par ricochet le droit à la vie face à la Covid-19 ; l'autre a pour effet de restreindre toute une série de droits et libertés fondamentaux afin de lutter efficacement contre le virus. En tout état de cause, les droits de l'homme sont en jeu.

3 Conscient de la délicatesse de la situation eu égard aux droits de l'homme, le Haut-Commissariat des Nations unies pour les droits de l'homme (HCDH) a déclaré que le respect des droits de l'homme dans tous les domaines serait indispensable pour garantir le succès des mesures de santé publique. Pour le HCDH, les droits de l'homme doivent être au cœur de la riposte. Autrement dit, suivant cette institution onusienne, les stratégies sanitaires doivent s'attacher non seulement à la dimension médicale de la lutte contre la pandémie, mais aussi aux conséquences des décisions sur les droits de l'homme.

4 Si la question de la sauvegarde des droits de l'homme à l'ère de la lutte contre la Covid-19 s'avère être une préoccupation universelle, elle pourrait se poser avec beaucoup plus d'acuité dans certaines sous-régions de l'Afrique, notamment en Afrique de l'Ouest, dans la mesure où, déjà en temps ordinaires, les droits humains n'y sont pas assez effectifs (Dégni-Ségui, 2016).

5 La problématique des droits de l'homme en Afrique de l'Ouest fait appel à plusieurs considérations qu'on pourrait synthétiser avec Étienne Le Roy qui, répondant à la question de savoir « pourquoi les Africains n'adhèrent pas, "spontanément" aux droits de l'homme ? » retient deux raisons : l'une structurale et l'autre contextuelle (2008).

6 La première raison, structurale, trouve sa source dans le modèle matriciel d'organisation sociale en Afrique de l'Ouest. L'observation des sociétés communautaires ouest-africaines laisse transparaître le pluralisme comme principe de structure sociale, contrairement aux sociétés européennes identifiables par l'unitarisme. Dans les États d'Afrique de l'Ouest aujourd'hui encore, à l'instar des sociétés précoloniales dont ils sont issus, la primauté de la collectivité sur l'individu est toujours prégnante. L'individu est inséparable du groupe dont il relève. Cette conception plurale déteint fortement sur les droits de l'homme entendus comme les droits de l'individu. Parce que le groupe prime sur l'individu, corrélativement, le ou les intérêt(s) du premier vont l'emporter sur les droits du second.

7 La seconde raison, contextuelle, tient de la « quasi-excuse » accordée ou revendiquée par les dirigeants des États postcoloniaux d'Afrique de l'Ouest de violer les droits de l'homme du fait de l'état d'exception, voire de circonstances exceptionnelles dans lesquelles se trouveraient ces États. Durant les premières décennies des indépendances et même encore aujourd'hui dans une certaine proportion, les gouvernants des pays de l'Afrique de l'Ouest ont bénéficié ou bénéficient de ce qu'il convient d'appeler « l'autoritarisme justifié », au nom d'un certain réalisme. Dans ce registre, les raisons invoquées pour ne pas faire droit aux droits de l'homme sont tantôt d'ordre économique, tantôt d'ordre politique, et bien souvent des deux ordres à la fois. Même si, aujourd'hui, les institutions internationales économiques, financières et les organisations internationales de défense des droits de l'homme sont d'accord pour dire que le développement économique et social ne peut se réaliser sans le respect des droits de la personne humaine, cette excuse reste en pratique d'actualité dans les pays en quête de développement (Ahadzi-Nonou, 2018).

8 Outre ces deux facteurs, de façon beaucoup plus ramassée, la promotion des droits de l'homme en Afrique de l'Ouest se trouve émoussée par les dérives dictatoriales, la spirale des conflits, le terrorisme, la pauvreté omniprésente, l'insécurité alimentaire, les faiblesses des systèmes judiciaires, le déficit d'éducation, l'indolence de « l'être ouest-africain » en matière de revendication des droits de l'homme (Mbay, 2002, p. 77-86).

9 Voilà, en substance, la difficulté des droits de l'homme en Afrique de l'Ouest, où il apparaît clairement que, dans plusieurs domaines et du fait de plusieurs facteurs, des violations sont régulièrement enregistrées. C'est dans ce climat déjà délétère pour les droits de l'homme que survint la Covid-19 en Afrique de l'Ouest.

10 À l'instar des autres pays du monde, tous les États ouest-africains ont pris des mesures pour remédier au nouveau coronavirus. Au regard du contexte qui est le leur, il est essentiel d'évaluer lesdites mesures au prisme des droits de l'homme. On pourrait ainsi se demander si les différentes mesures adoptées par les autorités ouest-africaines s'imprègnent et tiennent compte des droits humains. La question est d'un intérêt réel dans la mesure où « les droits de l'homme ne doivent pas être les oubliés de la crise ».

11 À l'épreuve, un constat semble s'imposer : si lesdites mesures sont relativement insuffisantes pour garantir le droit à la santé, voire à la vie des populations (1), elles sont reconnues pour avoir exacerbé les situations préexistantes de violation des droits de l'homme (2).

1. Des mesures mitigées de protection du droit à la santé

12 Un mois après le premier cas diagnostiqué positif au Nigéria fin février 2020, le virus s'est propagé à l'ensemble des pays de la zone. Dans une sous-région où les systèmes de santé sont, pour le moins qu'on puisse dire, précaires, la progression rapide de la pandémie a eu pour effet direct de rendre beaucoup plus hypothétique le droit à la santé. C'est une inquiétude majeure qui commande une des réactions les plus appropriées. Par ailleurs, les effets collatéraux de la pandémie annoncés sont redoutables. En avril 2020, de l'aveu même de la section Afrique subsaharienne du Fond monétaire internationale (FMI), la Covid-19 est une menace sans précédent pour le développement. Selon elle, la pandémie de Covid-19 menace d'infliger des pertes énormes en vies humaines et la crise économique qui en résulte risque d'annihiler les progrès accomplis récemment sur le plan du développement. Mieux avertis et conscients de la gravité de la situation, les dirigeants ouest-africains vont adopter plusieurs mesures d'urgence en vue de préserver les vies humaines. L'analyse des mesures prises à partir d'avril 2020 par les dirigeants de la zone témoigne d'une volonté de préservation du droit à la santé et subséquemment du droit à la vie (1.1). Il n'empêche que ces mesures s'avèrent insuffisantes eu égard à plusieurs paramètres prévalant dans la sous-région (1.2).

1.1. Des efforts affichés pour la sauvegarde du droit à la santé

13 En vue de réagir à la crise sanitaire imposée par le nouveau coronavirus et, par delà même, sauvegarder le droit à la santé (Dragon, 2019), les dirigeants ouest-africains vont déployer une série de mesures qui, du reste, ne diffèrent pratiquement pas de celles prises dans les pays développés. Le tout passe par la déclaration de l'état d'urgence. Une

fois l'état d'urgence, l'indispensable sésame de gestion de crise, décrété, la porte des mesures exceptionnelles s'en trouve entrebâillée, et quasiment tout peut s'y engouffrer. On a ainsi pu observer, entre autres, des mesures de confinement ; des mesures d'interdiction ou de restriction d'entrée sur les territoires ; des mesures de fermeture d'activités publiques, économiques, politiques, culturelles et cultuelles. Au nombre de ces mesures d'endiguement du virus, il faut ajouter la décision de désengorgement des prisons conformément aux directives produites par le Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH) et l'Organisation mondiale pour la santé (OMS) en mars 2020. Dans la quête de protection du droit à la santé de leurs concitoyens, les dirigeants ont également distribué des kits sanitaires composés de cache-nez et de gels hydroalcooliques à certaines catégories de personnes. Il faut ajouter à cela les campagnes de sensibilisation et d'information de populations sur la Covid-19 et les comportements appropriés pour y faire face.

14 À côté des mesures d'endiguement de la propagation du nouveau coronavirus, on trouve des mesures visant à amortir les effets de la lutte contre la pandémie sur le quotidien des populations de peur que la crise sanitaire débouche sur une crise économique, sociale ou humanitaire. À ce titre, il est bien heureux d'observer que les dirigeants ouest-africains ont pertinemment compris que la riposte sanitaire devait s'accompagner de mesures économiques et sociales. Il est à noter, dans ce cadre, l'initiative de l'Union Africaine (UA) en vue d'obtenir, auprès des partenaires internationaux, une aide financière afin de pouvoir mieux faire face à la pandémie. Dans le cadre d'une réaction collective et concertée, les organisations sous-régionales, notamment la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), se sont mobilisées et ont mandaté l'Organisation ouest-africaine de la santé (OOAS) pour piloter la réponse de la sous-région. La CEDEAO a, dans cette dynamique, adopté une stratégie régionale commune de lutte contre la Covid-19 et finalisé un plan de riposte régional évalué à 51 millions de dollars. De façon individuelle, les États de l'Afrique de l'Ouest ont mis en place des programmes d'assistance visant les couches sociales les plus démunies. En effet, confinées et sous le diktat des couvre-feux, les populations les plus défavorisées, opérant dans le secteur informel, peinent à trouver de quoi se

nourrir. Pour leur venir en aide, certains États ont opté pour une politique de don en vivres. Fort de la nature des efforts à fournir, des levées de fonds internes furent même entreprises dans certains pays comme la Burkina Faso. Dans de nombreux pays de la sous-région, les autorités interdisent les expulsions de locataires face à la baisse des revenus des ménages. Ce faisant, les États ouest-africains ont respecté les « principes directeurs concernant la Covid-19 » édictés par le HCDH, selon lesquels les autorités étatiques devaient prendre des mesures ciblées pour éviter que des personnes se retrouvent sans abri, notamment celles ayant perdu leur source de revenus et ne pouvant plus payer leur hypothèque ou leur loyer. Il est nécessaire, selon la structure onusienne, d'instaurer de bonnes pratiques à grande échelle, telles que des moratoires sur les expulsions et le report des prêts hypothécaires. Il s'ensuit une politique d'aide face aux charges domestiques. En somme, il s'agit de l'allégement du paiement des factures d'électricité et d'eau, soit par un échelonnement, soit par un ajournement ou par une subvention. Les aides étatiques en Afrique de l'Ouest touchent aussi le secteur privé et les entreprises. En effet, pour préserver le droit au travail, les entreprises de la sous-région ont diversement bénéficié de mesures, sinon d'annonces de mesures d'accompagnement.

15 Enfin, il y a les actions qui s'attachent à la dimension intrinsèquement médicale de la pandémie. En effet, si la lutte contre la Covid-19 consiste, pour les dirigeants ouest-africains, à endiguer le virus à travers les mesures barrières et d'isolement, à soulager les populations en vivres, non-vivres et services, l'aspect prise en charge médicale n'est pas ignoré. Il s'agit de la mise en place de protocoles à même de guérir les patients ; de mesures de renforcement de la capacité des structures sanitaires et de la création de nouvelles structures dédiées à la prévention contre la Covid-19. S'agissant du protocole pour le traitement des patients, les pays de l'Afrique de l'Ouest semblent avoir opté pour la chloroquine ou la chloroquine associée à l'azithromycine en dépit des nombreuses controverses et mises en garde au sujet de ce traitement.

16 On pourrait saluer les États ouest-africains pour les efforts accomplis en vue de protéger le droit d'accès aux soins de santé et par ricochet le droit à la vie des citoyens. Cependant, force est de constater que ces efforts présentent beaucoup d'insuffisance.

1.2. Des efforts lacunaires et émoussés pour préserver le droit à la santé

17 Les efforts consentis pour préserver le droit à la santé face à la Covid-19 en Afrique de l'Ouest éprouvent leurs limites à un double niveau : d'une part, le contexte social, économique et culturel de la sous-région et, d'autre part, le manque de volonté politique et l'incohérence dans la réaction des gouvernants.

18 S'agissant de la limitation contextuelle, il est aisé de constater que les mesures associées à l'état d'urgence sanitaire se heurtent à des difficultés particulières de mise en œuvre.

19 Tout d'abord, il y a la question de l'occupation démographique et le manque d'eau potable en Afrique de l'Ouest. Une bonne partie de la population urbaine est concentrée dans des quartiers précaires, surpeuplés et mal équipés. Comment respecter les mesures de distanciation sociale et autres consignes de lavage régulier des mains dans des endroits où l'on est contraint, du fait de l'extrême pauvreté, à vivre dans la promiscuité et sans adduction en eau potable ? Voici des obstacles pratiques qui plombent en soi la préservation du droit à la santé face à la Covid-19.

20 Ensuite, il y a le caractère fondamentalement informel des activités économiques dans la sous-région ouest africaine. Selon l'Organisation internationale du travail (OIT), 92,4 % de la population ouest-africaine évolue dans le secteur informel (2018). Dans ces conditions, les mesures sanitaires aboutissant au ralentissement, sinon à l'arrêt des activités économiques, posent un véritable problème de survie. Imposer le confinement à des millions de travailleurs de l'informel s'avère difficilement supportable et ce d'autant que ces travailleurs ne bénéficient quasiment d'aucune protection sociale. À cela, il faut ajouter la flambée des prix des denrées alimentaires et autres produits de première nécessité induite par la situation. Face au dilemme de faire le choix entre une mort quasi certaine par la faim et celle, hypothétique par la Covid-19, les populations n'hésitent pas à braver les restrictions gouvernementales.

21 Par ailleurs, il faut prendre en compte le déficit en termes d'instruction des populations. En réalité, la réponse à une crise comme celle

du coronavirus prend en compte plusieurs paramètres dont celui de la sensibilisation des populations. Les conditions nécessaires à la généralisation des « gestes barrières » passent par l'information des populations et leur capacité à comprendre les enjeux des mesures imposées. Cela exige un niveau minimal d'instruction. C'est d'ailleurs à ce prix qu'elles peuvent discerner les *fake news* de période de crise. Il va sans dire que l'absence d'éducation pour la plupart des populations vivant en Afrique de l'Ouest est un talon d'Achille dans la préservation de leur propre droit à la santé.

22 À cela, il faut ajouter l'état de crise antérieure dans certains pays. Le souci est, qu'avant la survenance du nouveau coronavirus, une partie de l'Afrique de l'Ouest, notamment le Sahel faisait déjà face à une crise sécuritaire entraînant d'énormes besoins humanitaires. Selon le Bureau des Nations unies pour la coordination des affaires humanitaires (OCHA), en février 2020, le nombre de déplacés internes atteint 1,1 million au Burkina Faso, au Mali et dans l'ouest du Niger. Pour ces personnes déplacées dans leur propre pays et dépendantes de l'assistance humanitaire pour leur survie, la situation est plus que complexe. En effet, elles vivent dans des camps et des environnements surpeuplés qui manquent d'installations sanitaires adéquates pour prévenir la propagation de la Covid-19. Dans ces zones de conflit, les populations n'ont pas accès aux soins de santé ni aux services sociaux de base et ne reçoivent pas d'informations accessibles qui leur permettraient de comprendre comment se protéger de la contamination. Ces conditions forment un terreau idéal pour la propagation du virus.

23 Au surplus, et surtout, l'obstacle majeur à la protection du droit à la santé dans ce contexte de pandémie réside dans la fragilité des systèmes de santé en Afrique de l'Ouest. Cette carence est connue et suffisamment documentée (Wathi, 2020). Faisons-en donc l'économie ici. On pourrait tout de même très lapidairement nous référer aux dernières données de l'OMS. Suivant ces données, le nombre de médecins pour 10 000 habitants se situe entre 0,5 et 2,5 pour la majorité des pays d'Afrique de l'Ouest contre 35 dans les pays membre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE, 2019). Le déficit ne limite pas seulement aux ressources humaines, il se pose également sur le plan matériel. Ainsi, en Afrique de l'Ouest, les hôpitaux susceptibles de prendre en charge les cas les

plus graves de Covid-19 sont peu nombreux et inégalement répartis (OCDE/CSAO, 2019). Le manque d'équipement médical pour tester les personnes et traiter les patients contaminés nécessitant des soins d'urgence est ce faisant effroyable.

24 Concernant les insuffisances, liées au manque de volonté politique on pourrait principalement épingler la négligence, l'impréparation et les incohérences dans la réaction des autorités étatiques.

25 À ce propos, nous pouvons, en premier lieu, mentionner le souci de communication et de sensibilisation. Comme souligné un peu plus haut, l'efficacité des mesures de lutte contre la pandémie dépend en effet de l'adhésion des populations concernées. La meilleure façon pour les pouvoirs publics de conserver l'adhésion des populations est de faire preuve d'ouverture et de transparence en les associant aux décisions qui les concernent. Il importe en effet de communiquer honnêtement sur l'ampleur de la menace, de démontrer que les mesures prises sont raisonnables et proportionnées. Or, dans une enquête d'opinion réalisée dans certains pays ouest-africains, un tiers des personnes interrogées estimaient en effet :

> « ne pas disposer d'informations suffisantes sur le coronavirus, y compris sur la manière dont il se propage et sur la façon de s'en protéger ». Plus de la moitié d'entre elles est convaincue que l'absorption d'une boisson vitaminée protège de la contamination. Une part non négligeable est également opposée à la fermeture des marchés (30 %) et des lieux de culte (17 %) parce que justement ne comprenant pas le bien-fondé de ces fermetures. Ainsi qu'a pu le notifier Madame Matshidiso Moeti, directrice régionale de l'OMS pour l'Afrique, cette enquête « met [...] en évidence les importantes lacunes en matière d'information sur [la] Covid-19 qui existent en Afrique et qui menacent les efforts de réponse ».

26 En second lieu se pose la question de l'égalité, de la rigueur et de la cohérence dans les mesures adoptées. Des mesures qui, au passage, ne sont pas toujours adaptées aux réalités locales. Bref, en situation de crise comme celle engendrée par la Covid-19, les gouvernants doivent, plus que jamais, être équitables et responsables dans leurs devoirs. L'application à géométrie variable des mesures sanitaires pose en ce sens un problème de cohérence discréditant les décisions prises ainsi que les décideurs eux-mêmes. Les exemples de cette

fâcheuse incohérence dans la lutte contre la Covid-19 sont légion. Au Mali, par exemple, la décision de fermeture des mosquées alors que le gouvernement a tenu à organiser des élections législatives quelques jours auparavant est difficilement passée auprès de la population. Il en est de même pour la Guinée Conakry, où le président, Alpha Condé, a édicté des mesures sanitaires juste au lendemain d'un référendum constitutionnel contesté, qu'il a tenu coûte que coûte à organiser, malgré la propagation du virus. Dans le même cadre, en Côte d'Ivoire, alors que les rassemblements de tous genres étaient interdits, les militants du parti au pouvoir ne manquaient pas d'occasion pour se rassembler en grand nombre dans le cadre de leurs activités politiques, provoquant ainsi l'indignation des professionnels de la culture et des spectacles vivants, qui depuis quelques mois étaient privés d'activités.

27 Il ressort de ce qui précède que les efforts des gouvernants pour préserver le droit à la santé et, subséquemment, le droit à la vie sont en deçà des défis à relever pour garantir ce droit essentiel de la personne humaine. Mais, dans la perspective des droits de l'homme, la plus grosse peine est que les mesures adoptées en Afrique de l'Ouest, non contentes d'être lacunaires, ont tendance à engendrer des violations de droits de l'homme, sinon à les exacerber.

2. Des mesures exacerbant des violations de droits de l'homme

28 Les mesures prises par les gouvernants pour lutter contre la Covid-19 ont des incidences considérables sur certains droits fondamentaux du fait de l'instauration d'un état d'urgence. Le problème des droits de l'homme en Afrique de l'Ouest, à l'ère du coronavirus, n'est en réalité pas celui des dérogations faites à certains droits de l'homme, mais plutôt celui des nombreuses violations enregistrées à l'occasion de la lutte contre la pandémie. Ces violations sont tantôt des effets néfastes des mesures adoptées pour lutter contre le virus (2.1) et tantôt la simple résultante d'un abus de la situation par les autorités étatiques en charge de la mise en œuvre desdites mesures (2.2).

2.1. Une lutte contre le virus aux effets nuisibles sur les droits de l'homme

29 Les mesures prises pour lutter contre la pandémie Covid-19 s'apparentent à un tableau à double face. Si, du recto de ce tableau, ces mesures se veulent protectrices du droit à la santé, voire du droit à la vie, le verso nous présente des mesures qui, dans bien des cas, sont attentatoires à certains droits de la personne humaine.

30 En ordonnant la fermeture des frontières, écoles et universités, lieux de spectacles, plages, marchés, etc., en imposant des restrictions dans les transports en commun, en imposant des couvre-feux, les décideurs ont du fait des réalités sociales et économiques de l'Afrique de l'Ouest mis en péril certains droits humains. Leurs décisions ont mis à mal, non limitativement mais essentiellement, des droits comme celui au travail (article 15 de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples [CADHP] et article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels [PIDESC]), à l'éducation (article 17 de la CADHP et article 13 du PIDESC), à l'intégrité physique (article 4 de la CADHP et article 6, 7, 8 et 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [PIDCP]), à la sécurité sociale (Protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des citoyens à la protection sociale et à la sécurité sociale et article 9 du PIDESC), à un niveau de vie suffisant, y compris le droit de se nourrir, se vêtir et se loger (article 11 du PIDESC). Ces droits étant en général intrinsèquement liés, la violation des uns entraîne la mise en péril des autres.

31 En ce qui concerne la violation du droit à l'éducation, elle est la conséquence logique de la fermeture des universités et écoles sans véritables moyens palliatifs. Les États de l'Afrique de l'Ouest ne disposant pas des capacités à assurer les enseignements par des canaux numériques, comme c'est le cas pour les pays développés de l'OCDE, la fermeture des établissements d'enseignement a eu pour conséquence la violation du droit à l'instruction des apprenants. En effet, en dépit des perspectives très encourageantes (GSMA, 2019), l'Afrique de l'Ouest reste une zone où la connexion à Internet demeure relativement encore très limitée. Pris dans leur ensemble, les coûts de la connexion Internet dans les pays de la zone ouest-africaine sont

parmi les plus élevés au monde. Si l'on compare aux pays membres de l'OCDE, par exemple, d'importants pas restent à franchir pour une plus grande inclusion numérique. Plus concrètement, il est observable que l'accès à Internet reste coûteux au regard du revenu des populations. En fait, l'usage d'Internet fait appel à une technologie complexe, dépendante d'infrastructures de base et relativement coûteuse. L'ordinateur et les logiciels associés, le téléphone (smartphone) et l'énergie électrique font partie de ces prérequis. Ils ne sont pourtant pas accessibles à toutes les bourses dans la sous-région (Chéneau-Loquay, 2004). En somme, le défi d'un Internet d'« accès universel, ubiquitaire, équitable et financièrement abordable » n'est pas encore relevé en Afrique de l'Ouest. Dans ces conditions, la fermeture des établissements d'enseignement signifie l'arrêt quasi total de l'instruction de la jeunesse qui y a droit. Conscients de la fermeture sans alternatives fiables des écoles et des conséquences d'une « interruption prolongée de l'enseignement », l'OMS et le Fonds des Nations unies pour l'enfance (UNICEF) ont d'aileurs exhorté, fin août 2020, les gouvernements africains à favoriser la réouverture sécurisée des écoles tout en adoptant des mesures limitant la propagation du virus.

32 En ce qui concerne le droit au travail, le ralentissement sinon l'arrêt des activités économiques en est la raison. Même dans le secteur formel, le télétravail ne peut véritablement pas être évoqué comme mesure de secours en raison des difficultés d'accès à Internet ci-dessus mentionnées. Que dire alors de cette grande majorité de travailleurs du secteur informel ? La triste réponse est celle de l'augmentation du taux déjà inquiétant de chômage.

33 Cette situation rend illusoire le droit à un niveau de vie suffisant. Reconnu comme un droit de la personne humaine dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, le droit à un niveau de vie suffisant est censé établir un minimum de droits à l'alimentation, à l'habillement et à un logement d'un niveau adéquat. Ce droit est une vue de l'esprit au regard de l'accroissement de la précarité des populations par les mesures censées lutter contre la Covid-19. En effet, les mesures telles que la fermeture des marchés, l'interdiction des rassemblements, la mise en quarantaine de certaines villes et les différents couvre-feux contribuent à restreindre de façon très importante le pouvoir d'achat de ces hommes et

femmes qui vivent au jour le jour, à travers de petites activités commerciales telles que la vente de légumes dans les marchés et les petites prestations de services. Quand on sait que, dans cette partie du monde, le fruit du travail d'un seul individu sert à nourrir toute une grande famille, on comprend aisément que la perte d'un emploi a des répercussions importantes sur plusieurs personnes. Il s'ensuit également que la condition des femmes empire. Ainsi que le déclare l'Organisation des Nations unies (ONU-FEMME, 2021) :

> « En temps de crise, lorsque les ressources s'amenuisent et que les capacités institutionnelles sont mises à rude épreuve, les situations auxquelles les femmes et les filles sont confrontées ont des impacts disproportionnés, et leurs effets sont d'autant plus amplifiés dans les contextes fragiles, de conflit ou d'urgence. Les acquis, arrachés de haute lutte en matière de droits des femmes, sont également menacés. »

34 La situation de la femme en Afrique de l'Ouest s'est dégradée à l'ère du coronavirus. Privées de l'exercice de leurs activités économiques, les femmes ont été dans certains cas victimes de violences dans leurs foyers. ONU-FEMME fait observer que, « depuis l'épidémie de Covid-19, la violence contre les femmes et les filles s'est intensifiée dans les pays du monde entier. Alors que les mesures de confinement contribuent à limiter la propagation du virus, les femmes et les filles victimes de violence domestique sont de plus en plus isolées des personnes et des ressources qui peuvent les aider » (2021). Dans cette continuité, plusieurs ONG d'Afrique de l'Ouest, travaillant sur la thématique des droits de la femme, ont dénoncé une recrudescence des violences faites aux femmes. Un recul du droit des enfants a également été enregistré. Du fait de la fermeture des écoles pour éviter la propagation de la maladie, les enfants se sont orientés vers des petites activités pour s'occuper. Selon une analyse de Rasmata Compaoré, on en arrive à une aggravation de la traite des enfants et de la violation de leurs droits : « Le travail des enfants repart à la hausse dans des pays comme la Côte d'Ivoire, le Burkina Faso ou le Togo. » (2020).

35 Tel est l'état sommaire des « effets indésirables » de la lutte contre le nouveau coronavirus sur les droits de l'homme en Afrique de l'Ouest.

Qu'en est-il des violations de droits de l'homme relevant purement et simplement d'un abus de la situation par les autorités compétentes ?

2.2. Une lutte contre le virus aux abus attentatoires aux droits de l'homme

36 Les abus de la gestion de crise Covid-19 ont été et demeurent nombreux. Mais limitons-nous dans la présente réflexion aux plus retentissants. Ce souci de circonscription nous commande de ne faire état ici que des violences policières et de l'instrumentalisation de la situation de crise à des fins politiciennes.

37 L'abus le mieux partagé en Afrique de l'Ouest à l'ère de la Covid-19 est celui des violences policières. Des violences liées aux forces du maintien de l'ordre ont été recensées dans la quasi-totalité des pays de la zone. En effet, bien que des mesures coercitives puissent être justifiées dans certaines situations, elles peuvent produire l'effet inverse si elles sont appliquées de manière brutale et disproportionnée. L'excès de zèle dans ce type de situation met en péril les droits de la personne humaine, sapant ainsi l'ensemble de la riposte contre la pandémie. C'est malheureusement ce qu'il a été donné d'observer. Le recours à la force publique, dans l'optique de faire respecter les mesures sanitaires pour l'intérêt de tous, s'est traduit dans bien de cas en des occasions de perpétration d'actes violents, d'actes de torture et autres traitements inhumains et dégradants sur des populations qui du reste se trouvaient en général dans l'obligation d'aller à l'encontre desdites mesures. Que ce soit en Côte d'Ivoire, en Guinée Conakry, au Sénégal, au Burkina Faso ou au Niger, pour ne citer que ces pays, l'on déplore des scènes de violences injustifiables. Des vidéos et images postées sur les réseaux sociaux ont montré des policiers frappant avec une extrême violence des personnes qui ont eu la malchance sinon ont osé se trouver dans les rues aux heures de couvre-feu. On a même connu le pire au Nigéria avec le meurtre par la police d'un habitant d'Abuja qui était sorti dans la rue à l'heure du couvre-feu pour chercher de la nourriture (Abdoulaye, 2020). La presse locale de ces différents pays n'a pas hésité à relayer ces scènes de violation des droits humains, dénonçant ainsi avec les organisations de défense des droits de l'homme cette situation inacceptable dans des États de droit. Ces abus policiers ne touchent pas que le

citoyen lambda, le personnel soignant de même que les journalistes en sont aussi victimes.

38 À cela s'ajoute la propension des autorités à instrumentaliser les mesures anti-Covid-19 pour empêcher la mobilisation des opposants politiques, y compris la société civile, ruinant ainsi le jeu démocratique. Dans certains pays ouest-africains, la crise sanitaire est en effet venue s'ajouter à une crise socio-politique. C'est le cas notamment au Togo, en Guinée et en Côte d'Ivoire, pour des contestations préélectorales ou postélectorales. Au Mali, la situation est encore plus critique en ce sens que la crise sanitaire s'est ajoutée à une crise socio-politique engendrée par des questions de mauvaise gouvernance, sachant qu'une crise sécuritaire et humanitaire y préexistait déjà. Dans ces pays où la crise sanitaire se greffe à des crises de contestation politique, les pouvoirs en place ont tendance à vouloir noyer le poisson. Ainsi, la crise sanitaire et l'état d'urgence qu'elle commande deviennent le tremplin pour museler des oppositions en ordre de revendication. Avec l'état d'urgence sanitaire, les pouvoirs parviennent sans peine à aggraver la restriction des libertés individuelles, déjà bien affectées en Afrique de l'Ouest. Ainsi, sceptique quant à la réelle volonté des autorités togolaises de lutter contre la Covid-19 à travers les mesures qu'elles édictent, l'universitaire togolais Roger Ekoué Folikoue pose la question de savoir : « Pourquoi les premières mesures décrétées ont-elles été l'état d'urgence et le couvre-feu ? », « C'est un détour pour obliger les gens à ne pas manifester contre le pouvoir en place », s'empresse-t-il lui-même de répondre (Méténier, 2020). La situation de deux poids deux mesures, qui prévaut en Côte d'Ivoire, sur l'interdiction des rassemblements, ne manque pas de confirmer la thèse « opportuniste » soutenue par le professeur Folikoue. Il en est également ainsi de la Guinée, où Alpha Condé, qui fait face à l'opposition de ses adversaires politiques au sujet de la constitutionnalité du troisième mandat qu'il entend briguer, a tout intérêt à ce que ces derniers ne puissent plus sortir manifester dans les rues au motif de la Covid-19. Bref, dans bon nombre de pays ouest-africains, il est observable que la lutte contre la pandémie Covid-19 a contribué insidieusement à la fermeture de l'espace civique malgré les mises en garde du HCDH (2020).

39 À l'heure où nous écrivons ces lignes (le 30 septembre 2021), l'Afrique de l'Ouest semble avoir déjoué tous les pronostics qui prédisaient un

désastre en termes de pertes en vies humaines du fait du nouveau coronavirus. Pour des raisons non encore bien élucidées par la science, mais dont certaines pistes ont été récemment communiquées par l'OMS, l'hécatombe n'a fort heureusement pas eu lieu. Pour autant, les observateurs sont unanimes sur le fait qu'un défi se présente à l'Afrique, celui des répercussions de la crise sanitaire sur les économies. Car désormais pointe à l'horizon, si elle n'est déjà là, une crise économique mondiale. Les économies des États ouest-africains, durement éprouvées par l'arrêt imposé par la Covid-19, alors qu'elles étaient déjà fragiles, vont sans aucun doute pâlir. Les taux de croissance des États de la zone ont déjà été revus à la baisse par la Banque mondiale et d'aucuns sont guettés par une récession (OCDE, 2020). À côté de ce défi économique, un autre défi que la pandémie a eu le mérite de mettre en lumière est celui de la protection effective des droits de l'homme, notamment le droit à la santé, à la vie, à la sûreté, à l'intégrité physique et bien d'autres droits économiques, sociaux et culturels. De façon concrète, cette crise aura révélé la facilité la plus déconcertante avec laquelle les espaces civiques (s'il en existe) ont été fermés. Elle aura révélé la propension des forces du maintien de l'ordre en Afrique de l'Ouest à se rendre coupable de violences, d'actes de tortures et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Elle aura mis à nu la tendance des autorités politiques au pouvoir à bâillonner leurs oppositions. Elle aura surtout interpellé sur l'incapacité des États ouest-africains à garantir le droit à la santé et à l'éducation. C'est pour cela qu'à l'instar de Gilles Yabi, nous pensons qu'« avec ou sans, pendant et après [la] Covid-19, priorité aux réformes des systèmes de santé et d'éducation en Afrique de l'Ouest » (2020). En somme, notre réflexion visait à évaluer les mesures prises dans l'urgence par les pouvoirs publics ouest-africains pour faire face à la pandémie afin de les aider à « prévenir à l'avenir une telle crise ou, à tout le moins, la gérer pour le mieux » (Le Floch, 2021). De façon plus spécifique, il est à retenir qu'une gestion efficace de la pandémie passe nécessairement par un respect des droits de la personne humaine. Ce ne fut pas le cas en Afrique de l'Ouest.

BIBLIOGRAPHIE

Abdoulaye B., 2020, « En Afrique de l'Ouest, la lutte contre le Covid-19 s'accompagne de violations des droits humains », *Globalvoices*, [https://fr.globalvoices.org/2020/04/05/247161/], consulté le 17 janvier 2022

Ahadzi-Nonou K., 2018, *Droits de l'homme et développement en Afrique subsaharienne. Théories et réalités*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

Chéneau-Loquay A., 2004, « Formes et dynamiques des accès publics à Internet en Afrique de l'Ouest : vers une mondialisation paradoxale ? », dans A. Chéneau-Loquay (dir.), *Mondialisation et technologies de la communication en Afrique*, Paris, Karthala-MSHA, p. 171-208

Compaoré R., 2020, « Afrique de l'Ouest : la situation de vie des personnes vulnérables pendant la crise du Covid-19 », [https://www.mdh-limoges.org/spip.php?article3176], consulté le 17 janvier 2022

Dégni-Ségui R., 2016, *Les droits de l'homme en Afrique noire francophone. Théorie et réalités*, Abidjan, Les Éditions du CERAP

Dragon S., 2019, « Le droit à la santé, un droit internationalement protégé », dans G. Le Floch, T. Fleury Graff (dir.), *Santé et droit international*, Paris, Pedone, p. 51-72

Fonds monétaire international (FMI), 2020, « Afrique subsaharienne. Covid-19 : une menace sans précédent pour le développement », *Perspectives économiques régionales*, [https://www.imf.org/fr/Publications/REO/SSA/Issues/2020/04/01/sreo0420], consulté le 17 janvier 2022

GSMA, 2019, *L'économie mobile en Afrique de l'Ouest*, rapport, [https://www.gsma.com/mobileeconomy], consulté le 17 janvier 2022

Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH), 2020 « Les droits de l'homme au cœur de la riposte. L'espace civique et la Covid-19 : orientations », [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/CivicSpace/CivicSpaceandCovid_FR.pdf], consulté le 17 janvier 2022

Le Floch G., 2021, « Présentation de l'ouvrage », dans G. Le Floch (dir.), *Covid-19. Approches de droit public et de science politique*, Paris, Berger-Levrault

Le Roy E., 2008, « Regard de l'anthropologue du droit. Pourquoi les Africains n'adhèrent pas "spontanément" au droit de l'homme ? », dans P. Tavernier (dir.) *Regards sur les droits de l'homme en Afrique*, Paris, L'Harmattan, p. 65-78

Mbay K., 2002, *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Pedone, 2002

Météner C., 3 juin 2020, « Togo : la société civile face à l'instrumentalisation de la crise sanitaire », CCFD-Terre Solidaire, [https://ccfd-terresolidaire.org/togo-la-societe-civile-face-a-linstrumentalisation-de-la-crise-sanitaire/], consulté le 17 janvier 2022

OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), 2020, *L'Afrique face au Covid-19 : implications socio-économiques régionales et priorités politiques*, [https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=134_134233-g911rrwvos], consulté le 17 janvier 2022

OCDE, 2019, *Panorama de la santé 2019. Les indicateurs de l'OCDE*, [https://doi.org/10.1787/5f5b6833-fr], consulté le 17 janvier 2022

OCDE/CSAO, 2019, « Entreprises et santé dans les villes frontalières », *Notes ouest-africaines*, n° 22, [https://doi.org/10.1787/b41a6277-fr], consulté le 17 janvier 2022

OCHA (Bureau des Nations unies pour la coordination des affaires humanitaires), 2020, *Annual Report*, Unitede Nations, [https://www.unocha.org/story/ocha-launches-annual-report-2020], consulté le 17 janvier 2022

OIT (Organisation internationale du travail), 2018, *Women and men in the informal economy: A statistical picture. Third edition*, rapport, [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_626831/lang--en/index.htm], consulté le 17 janvier 2022

ONU (Organisation des Nations unies)-FEMME, 2021, « La pandémie de l'ombre : la violence domestique après Covid-19 », annonce de service public, [https://www.unwomen.org/fr/news/], consulté le 17 janvier 2022

Wathi, 2020, « Comment améliorer le fonctionnement des systèmes de santé au bénéfice des populations ? », *Mataki*, n° 7

Yabi G., 2021, « Avec ou sans, pendant et après le Covid-19, priorité aux réformes des systèmes de santé et d'éducation en Afrique de l'Ouest », dans OCDE, *Development Matters*, [https://oecd-development-matters.org], consulté le 17 janvier 2022

RÉSUMÉ

Français

Face aux grands maux, il faut employer de grands moyens. En Afrique de l'Ouest comme partout ailleurs dans le monde, la réaction contre la Covid-19 passe par des mesures drastiques touchant même aux droits les plus élémentaires reconnus à un être humain, qualifiés de droits de l'homme ou libertés fondamentales selon la façon dont on les appréhende. Si l'incidence des mesures de lutte contre le nouveau coronavirus sur les droits de l'homme est un constat universel, en Afrique de l'Ouest il s'avère plus acéré. À l'épreuve des réalités locales (spirale des conflits, pauvreté omniprésente, insécurité alimentaire, défaillance du système sanitaire, activités économiques trop informelles…), les mesures adoptées par les États ouest-africains pour lutter contre le virus se sont révélées peu efficaces dans la protection du droit à la santé et par ricochet du droit à la vie des populations. À rebours des résultats escomptés, ces mesures ont engendré des

violations massives des droits de l'homme ou à tout le moins exacerbé les situations de violation déjà existantes.

INDEX

Mots-clés
droit de l'homme, santé publique, état d'urgence sanitaire, État de droit, droit à la santé

AUTEUR

Fulgence Koffi
Doctorant-ATER, Univ Rennes, IDPSP – UR 4640 ; kouadio.koffi@univ-rennes1.fr

L'exception deviendra-t-elle la règle ? Analyse juridique du phénomène de pente glissante

Louis Hill

PLAN

Introduction
1. « Cela n'est pas un précédent » : l'analogie et ses limites
   1.1. Le « comme si » : un éclairage nouveau
   1.2. Le « comme si » : un regard critique
2. La réalité de la pente glissante
   2.1. L'approche positive
   2.2. L'approche négative
      2.2.1. Le *distinguishing* : est-il possible de prendre la prochaine sortie ?
      2.2.2. Le revirement de jurisprudence : un demi-tour est-il possible ?
3. Institutionnaliser la créativité des juristes : un remède
   3.1. L'institution de la créativité
      3.1.1. L'institutionnalisation du dialogue
      3.1.2. L'institutionnalisation de la critique
   3.2. L'exportation des outils et institutions de créativité juridique
Conclusion

TEXTE

Note de l'auteur : *Certaines des hypothèses formulées dans cet article ont été présentées à un groupe de recherche fondamentale en droit privé (Lyon Moulin III, McGill et Sciences Po). Je tiens à remercier ses membres. Cet article doit également beaucoup aux conseils d'Emeric Nicolas et aux suggestions bibliographiques de la professeure Horatia Muir Watt. Les vues développées dans cet article ne représentent toutefois pas l'opinion de ces chercheurs et les erreurs sont bien évidemment les miennes.*

Introduction

1 « Juristes, pourquoi êtes-vous silencieux sur ce qui vous concerne ? » C'est avec cette provocation plutôt féconde que Giorgo Agamben débutait son *État d'exception* (2003). Selon lui, les juristes seraient insuffisamment engagés contre la mue des dispositifs d'urgence en

paradigme de gouvernement. Pourtant, il nous semble que non seulement les juristes ne sont pas silencieux, mais que leur voix dans ce débat possède une originalité qu'il faut cultiver. Avec la multiplication et la normalisation croissante des états d'urgence, de nombreux juristes contemporains (Tassel, 2020 ; Bousquet, 2020 ; Brengarth, 2020 ; Hennette-Vauchez, 2022) ont mis en exergue l'existence d'un phénomène de normalisation, en vertu duquel les dispositions législatives et administratives éditées dans l'urgence tendent à rendre normal et permanent ce qui devait être temporaire et exceptionnel. Stéphanie Hennette-Vauchez écrivait, par exemple, en avril 2020, au sujet de l'état d'urgence instauré par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 : « On s'inquiète de l'effet de laboratoire du régime d'exception : rendre acceptables des mesures qui en temps normal font l'objet de débats et de processus de validation complexes » (Mucchielli, 2020). De même, dans un avis en date du 20 juillet 2021, la défenseure des droits évoquait, s'agissant, du « passe sanitaire », un « risque de glissement vers des pratiques de surveillance sociale générale, auquel pourrait contribuer cette loi » (Défenseur des droits, 2021, p. 13). Une pente glissante serait, selon ce point de vue, devant nous[1]. Ces juristes ne questionnent pas nécessairement le bien-fondé de ces dispositions en tant que telles, mais plutôt leurs effets sur notre imaginaire juridique collectif. Ils mettent ainsi en lumière un phénomène important pour l'avenir des démocraties libérales. Celles-ci seront en effet bientôt confrontées à des urgences climatiques, politiques et sanitaires et seront tentées de faire une « pause de la liberté » (Jonas, 2015, p. 124). L'argument de la pente glissante élaboré par les juristes suggère toutefois que cette pause ne pourra rester temporaire. Cet argument mérite donc notre attention.

2 Son originalité résulte du point de vue *diachronique* qu'il entérine. Les juristes mentionnés plus haut s'intéressent aux effets de normalisation, d'accommodement, d'acceptation, des atteintes aux libertés. Cela est à distinguer des approches *synchroniques* qui dominent généralement les sciences sociales, dont le droit, et qui s'attardent davantage sur les modalités de conciliation à un instant « t » des impératifs de liberté et de sécurité (Posner, Vermeule, 2007 ; Rosen, 2004 ; Deschowitz, 2001 ; Alhoff, 2018). Même Giorgo Agamben, qui tente de comprendre le changement de l'exception en règle, s'intéresse davantage aux relations complexes qui unissent sur le plan

analytique exception juridique et règle de droit. Cela a son intérêt. Toutefois, une démarche diachronique peut rendre compte, avec davantage de précision, des processus institutionnels et sociaux qui conduisent à une telle routinisation de l'exceptionnel.

3 Dans cet article, nous souhaitons prolonger le geste qui consiste à porter un regard diachronique sur les règles juridiques établies dans des circonstances exceptionnelles. Nous entendons, plus précisément, souligner l'existence d'un phénomène évolutif, que nous appellerons « phénomène de pente glissante ». Cet objectif rapproche notre démarche de celle qui a été déployée dans des travaux récents portant sur des phénomènes normatifs diachroniques. Nous songeons aux travaux qui ont montré l'avènement d'une normativité en flux (Nicolas, 2018), ou encore aux études qui ont dévoilé l'existence d'un phénomène général de « densification normative » (Thibierge, 2014). Dans une même veine, nous entendons mettre en lumière un phénomène de « pente glissante » qui marque le droit contemporain en général. Il peut se définir comme le fait pour des règles juridiques édictées dans des circonstances exceptionnelles (menaces terroristes, crise sanitaire, urgence climatique) d'affecter durablement l'ordonnancement juridique en fixant une direction à son évolution générale.

4 Pour ce faire, nous agirons « *comme si* » l'ensemble du droit positif était de nature jurisprudentielle. Cela nous permettra de convoquer, par analogie, les théories de l'évolution de la jurisprudence et de comprendre comment des dispositions législatives ou des actes administratifs unilatéraux, édictés dans des circonstances exceptionnelles, peuvent fixer des « *précédents* ». Les théories de l'évolution de la jurisprudence mettront en lumière les mécanismes institutionnels par lesquels des précédents établis dans des cas exceptionnels grignotent lentement le droit positif en gagnant graduellement en généralité et en normativité. Appliqué aux règles juridiques édictées dans l'urgence, cet enseignement confirme que celles-ci peuvent avoir, malgré leur caractère circonstancié, un impact profond sur l'évolution du droit.

5 La démonstration repose sur le raisonnement analogique. Par conséquent, il s'agira en premier lieu de fonder épistémologiquement cette méthode (1). Forts de ce premier geste, nous serons à même, dans un

deuxième temps, de formaliser et de défendre l'argument de la pente glissante porté par les juristes contemporains (2). L'analogie entre les précédents judiciaires et les mesures d'urgence (lois, actes administratifs) permet de prendre conscience de l'effet d'entraînement des décisions prises par le législateur ou l'exécutif dans des circonstances exceptionnelles. Nous montrerons qu'elle permet enfin d'envisager l'exportation des outils et institutions qui protègent les juristes, et analogiquement les citoyens, des pentes glissantes (3).

1. « Cela n'est pas un précédent » : l'analogie et ses limites

6 Dans cet article, nous entendons emprunter les voies de l'analogie afin de mettre en lumière l'existence d'un phénomène juridique de pente glissante. Ce phénomène porte sur l'évolution du droit en général. Toutefois, pour qualifier cette évolution, et montrer qu'elle prend la forme d'une pente glissante, nous nous proposons de l'appréhender *comme s'il* s'agissait d'une évolution jurisprudentielle. Par ce geste, il s'agit de montrer comment l'introduction de nouvelles règles juridiques dans des circonstances exceptionnelles peut, malgré un champ d'application limité, conduire à un renversement graduel de règles et principes bien établis dans l'ordonnancement juridique.

7 Notre démonstration repose sur un raisonnement analogique qu'il convient de borner sur le plan épistémologique. Pour qualifier la démarche de rigoureuse, il nous semble que le chercheur doit à la fois être conscient de ce que sa méthode permet de voir (1.1) que de ce que sa méthode occulte ou déforme (1.2).

1.1. Le « comme si » : un éclairage nouveau

8 Le geste central de cet article prolonge une conception de la connaissance dans laquelle l'analogie joue un rôle phare. Cette conception s'enracine elle-même dans une philosophie herméneutique gadamérienne qu'il convient d'exposer brièvement.

9 Dans son ouvrage *Vérité et méthode* (1996), Hans-Georg Gadamer a tenté de montrer que, dans les sciences sociales, la connaissance n'était pas une affaire de méthode, au sens d'un protocole permettant de maîtriser un objet, mais plutôt une affaire de façon d'être. Pour ce faire, il se propose d'élucider la nature de la compréhension. De son point de vue [2], comprendre un discours, un événement, une situation, revient à déployer sur cet objet des anticipations adéquates. La compréhension d'un chapitre d'un livre dépend par exemple d'une anticipation de la structure narrative de ce livre. C'est en sachant qu'il existe probablement une situation initiale, un événement perturbateur, des péripéties et une fin que le sens de l'œuvre peut être compris. De plus, la connaissance de la fin de l'histoire détermine notre perception et change notre façon de lire ou de regarder. Nous sommes plus attentifs à certains détails. Certains films comme *Jusqu'à la garde* de Xavier Legrand (2017) consistent d'ailleurs précisément à nous montrer l'inadéquation de nos anticipations. À la fin, le spectateur est stupéfait par son incapacité à prédire un événement tragique qui se préparait pourtant devant ses yeux. La leçon consiste à dire : « Je dois changer mes anticipations. » Le film nous invite à faire davantage attention à certains détails, ce que nous faisons d'ailleurs lorsque nous regardons à nouveau le film. Ainsi, les anticipations déterminent notre façon de comprendre des situations ou un discours.

10 En juriste, nous faisons d'ailleurs fréquemment cette expérience lorsque nous sommes confrontés à un cas d'espèce. Forts de notre formation juridique, nous avons appris à poser immédiatement les bonnes questions et à concentrer notre attention sur les éléments qui importent. Nous identifions la nature des protagonistes (s'agit-il de personnes juridiques ? s'agit-il de personnes publiques ou privées ?), qualifions la relation qui les unit parfois (s'agit-il de cocontractants ?) et appliquons un certain régime (droit public ou droit privé) en fonction de la classification taxonomique (Samuel, 2016) dans laquelle nous avons rangé le cas. Le juriste établit graduellement une forme de diagnostic (Samuel, 2015, p. 326) en classant le cas dans une branche de plus en plus fine afin d'isoler une *quid juris* et sa solution. Notre perception est donc affectée par l'assimilation de certains centres d'attention qui nous permettent graduellement de déterminer une solution juridique au cas d'espèce. Certains concepts

permettent même de faire le lien entre le langage juridique et le langage courant comme les notions de *personnes*, de *choses* ou encore d'*intérêts* (Samuel, 2018, p. 321-323). Ainsi, avant même d'interroger la matière factuelle avec des questions déjà formulées juridiquement (s'agit-il d'une personne de droit public ?), nous avons préconfiguré les faits en les structurant autour de ces concepts clés (Samuel, 2016). Cette configuration préalable est presque devenue instinctive pour celui qui a reçu une formation juridique. C'est dans cette formation que nous apprenons à voir le monde en juriste (Mertz, 2007), c'est-à-dire à développer certaines anticipations que nous projetterons ensuite sur le monde.

11 Pour la connaissance, cela implique deux choses. Tout d'abord la reconnaissance de l'importance de nos anticipations signifie que la neutralité est impossible : connaître, c'est être impliqué. Toutefois, cela ne signifie pas que « *anything goes* » (Feyerabend, 1979), mais plutôt que connaître exige que le chercheur puisse ouvrir son horizon (Gadamer, 1996) en modifiant ses anticipations lorsqu'elles l'empêchent de comprendre une chose. La rigueur ne provient pas de la mise en place de protocoles assurant la neutralité du savoir, mais plutôt d'une réflexivité qui passe par une capacité à être attentif à ce que nos anticipations nous cachent pour ensuite les modifier.

12 L'analogie en constitue justement le moyen. Elle consiste à agir *comme si* une chose (Bouriau, 2012) en était une autre. Cela nous permet de voir différemment un objet en déployant de nouvelles anticipations sur celui-ci. C'est par exemple en agissant *comme si* le débat scientifique était un débat judiciaire que le philosophe Stephen Toulmin a rénové la philosophie des sciences (2003). De même, c'est en assimilant[3] un steak à un cadavre que Martin Gibert espère changer la perception des consommateurs de viande (2015). Ainsi, l'analogie consiste à agir *comme si* un objet en était un autre afin de lui appliquer de nouvelles anticipations et ainsi de mieux le comprendre.

13 Dans cet article, nous entendons dévoiler un phénomène de pente glissante en appliquant le régime du précédent judiciaire aux mesures prises par les pouvoirs législatif et exécutif dans des périodes d'urgence. Ces mesures prennent la forme de lois et d'actes administratifs. Par conséquent, notre analogie consiste à traiter l'évolution du

droit positif à partir de théories de l'évolution de la jurisprudence. Cela n'est pas totalement inédit. Un juriste du début du XXe siècle a par exemple défini « l'expérimentalisme législatif » britannique en référence au fonctionnement de la coutume et de la jurisprudence, désignées simultanément à travers l'expression « procédés de la vie spontanée du droit » (Cruet, 1908, p. 301). « L'expérimentalisme législatif » fonctionnerait comme ces deux sources du droit, c'est-à-dire *comme si* les lois étaient des décisions de justice ou des coutumes. Dans une même veine, on peut comprendre le projet de l'école historique allemande comme une application du modèle de la coutume à l'ensemble du droit (Savigny, 2006, p. 56). Quant à nous, nous souhaitons comprendre l'évolution du droit dans des situations exceptionnelles, à partir des théories de l'évolution de la jurisprudence. Il s'agira ainsi d'appliquer le régime du précédent aux lois et actes administratifs édictés dans des situations d'urgence. Cela nous permettra de mieux comprendre dans quelle mesure les dispositions juridiques d'urgence contribuent à façonner, sur le temps long, et malgré leur caractère exceptionnel, l'ordonnancement juridique.

14 Toutefois, le raisonnement analogique obéit à une logique du « comme si » (Bouriau, 2012) qu'il ne peut pas faire oublier[4]. S'il consiste bien à faire l'expérience d'une réalité imaginée, il ne consiste pas à prendre ses fictions pour des réalités. L'analogie est éclairante si et seulement si nous restons conscients de ses effets déformants (Moyn, 2020 ; Gordon, 2020). Il faut s'en expliquer, à défaut de quoi l'analogie muterait en hypostase.

1.2. Le « comme si » : un regard critique

15 Nous nous proposons de traiter les mesures d'urgence *comme* des précédents judiciaires tout en sachant qu'elles n'en sont pas. À travers cette fiction, nous entendons appliquer le régime du précédent aux mesures d'urgence en général (législatives et réglementaires). Il s'agit de dévoiler certains de leurs effets institutionnels de long terme. L'analogie libère ainsi le potentiel offert par le regard diachronique d'une discipline juridique très sensible à la question de l'évolution des institutions (Berman, 1983). Les conservatismes politiques s'en sont d'ailleurs parfois inspirés (Hayek, 1973). Toutefois, la fiction aura un effet collatéral qu'il faut prendre en compte et justifier.

16 Plus précisément, l'analogie confère une représentation formelle de la vie parlementaire et administrative, en l'insérant dans un prisme juridique fait de procédures et de raisonnements bien réglés. Cette formalisation trahit une réalité plus hétérogène, imprévisible et chaotique. Certes, les mesures d'urgence sont susceptibles de changer durablement l'ordonnancement juridique en normalisant l'exceptionnel. Toutefois, il n'est pas certain que cette normalisation emprunte des voies aussi bien définies que le sont les voies qui conduisent à l'émergence, la routinisation ou l'extension d'un *précédent* judiciaire. Il faut s'en expliquer.

17 Cet effet collatéral se justifie par son potentiel transformateur. Il nous semble qu'en formalisant la réalité parlementaire et administrative, l'analogie projette un nouveau cadre institutionnel qui peut inspirer des propositions de réformes constitutionnelles. Le *comme si* dessine un *devoir être*. Cela ne signifie nullement que les parlements doivent être traités comme des cours de justice ; mais simplement que le fonctionnement de celles-ci peut inspirer certaines réformes, dont l'objet est de contrecarrer les effets de normalisation des *précédents* édictés dans l'urgence.

18 Forts de ces fondations épistémologiques, il s'agit à présent de se livrer à l'exercice analogique : que gagne-t-on à traiter les mesures d'urgence comme des précédents judiciaires ? Il nous semble que cette analogie permet d'esquisser la pente glissante qui lie potentiellement ces mesures et l'avènement d'un régime politique autoritaire, c'est-à-dire qui viole de façon plus ou moins courante et normale les libertés individuelles. Elle permet aussi d'en envisager des remèdes.

2. La réalité de la pente glissante

19 Si la pente glissante se réfère traditionnellement à un sophisme, il nous semble que l'argument esquissé par les juristes est irréductible à cet écueil. Les juristes mettent en exergue les effets normatifs de long terme de mesures généralement prises et analysées sur le court terme. En traitant ces mesures *comme s'il* s'agissait de précédents judiciaires, nous entendons montrer le bien-fondé de cette démarche qui permet d'identifier un phénomène plus général. Ce phénomène peut se concevoir de façon positive ou négative. Il se réfère, selon la première approche, à la normalisation des exceptions au fonctionne-

ment habituel de l'État de droit (2.1). La pente glissante peut toutefois également être vue à travers ce qui la rend glissante, à savoir l'échec des tentatives de l'arrêter. Nous montrerons donc, dans un second temps, que les opérations traditionnelles par lesquelles les juristes font échec à l'application d'un *précédent* sont difficilement mobilisables dans des circonstances exceptionnelles (2.2). Appliquée à la législation et l'administration, cette conclusion laisse entrevoir une pente glissante.

2.1. L'approche positive

20 Pour éviter d'être qualifiée de sophiste, la démarche esquissée par les juristes inquiets par la multiplication des états d'urgence ne doit pas revenir à exagérer ou à postuler les éléments de la chaîne qui lieraient les mesures prises et l'avènement d'un régime liberticide. En effet, le critère décisif qui sépare le sophisme de la pente glissante de l'observation scientifique d'un phénomène social d'accélération, d'intensification ou de normalisation réside dans le travail de preuve effectué par le chercheur. Le sophiste génère une impression de vérité tout en exagérant ou feignant d'ignorer tous les obstacles et routes alternatives qui jalonnent la pente ; là où le chercheur ambitionne de dévoiler l'absence de tels obstacles et les raisons de celle-ci. De ce point de vue, la pente glissante est un phénomène social observable qui renvoie à la causalité suivante : « A particular act, seemingly innocuous when taken in isolation, may yet lead to a future host of similar but increasingly pernicious events » (Schauer, 1985, p. 362). Pour faire droit à l'invitation des juristes à documenter les pentes glissantes qui résultent du traitement législatif et administratif des urgences, il convient par conséquent d'en montrer la réalité au lieu de la supposer. En comprenant les mesures prises en réaction aux urgences (qu'elles soient de nature législative ou administrative) comme des précédents judiciaires, nous donnerons à voir l'existence de phénomènes normatifs qui corroborent la réalité de la pente.

21 En effet, l'analogie nous invite à resituer les normes dont il est question au sein d'un « flux normatif » (Nicolas, 2018). Les précédents judiciaires font en effet plus que régler une situation donnée ou fixer un droit pour l'avenir. Ils engagent la communauté juridique sur une voie nouvelle à partir de laquelle les juristes vont en étendre la portée, en

nuancer le contenu, en limiter l'application, ou y adjoindre des exceptions. Cette dimension évolutive de la jurisprudence est un lieu commun des juristes qui y voient un signe de vie de leur matière (Cruet, 1908, p. 301 ; Cardozo, 1924, p. 142-143). Outre ce réconfort, ils ont appris à voir dans un arrêt important, une source de futurs développements dans le droit. Ce réflexe ne se cantonne pas à l'anticipation des applications certaines de la nouvelle norme, ni à la mauvaise application d'une règle mal définie (Schauer, 1985), mais aussi aux conséquences lointaines et imprévues qui découlent de son développement à la suite de son application à de futures instances. S'agissant de ses « précédents », la Cour de cassation (Cass.) admet d'ailleurs qu'ils fixent des « direction[s] » (Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, 2018, p. 11) à sa jurisprudence.

22 Ce flux découle, plus précisément, de l'usage par les juristes du raisonnement analogique. En vertu de celui-ci, une règle qui s'appliquait à un contexte spécifique est étendue à d'autres instances jugées analogues. Le fonctionnement de la *common law* en constitue un exemple frappant. Si certains ont mis en doute la possibilité même d'une telle croissance, en soulignant la nécessaire médiation des faits par une règle générale les subsumant (Sunstein, 1993 ; Sherwin, Alexander, 2008), la pratique du droit montre que nombreux sont les cas dans lesquels une analogie est dressée sans que la règle de droit ne soit tout à fait claire (Samuel, Legrand, 2008, p. 82 ; Tiersma, 2013, p. 1187-1204). Cela ne signifie pas que le juge opère sans identifier une règle de droit, mais seulement que la formulation de cette règle est un processus graduel. D'ailleurs, en *common law*, la pratique judiciaire est traditionnellement conçue comme une lente formulation de la règle de droit qui est nuancée, limitée, précisée à mesure qu'elle est appliquée à de nouvelles instances (Tiersma, 2013 ; Berman, 1994, p. 1732-1734). La formulation de la *ratio decidendi*, c'est-à-dire la règle qui est posée par le juge lorsqu'il tranche un litige, et qui doit être appliquée, en vertu de la règle du précédent, par le juge ultérieur, fait l'objet d'un long travail de reformulation. Elle peut être formulée à différents niveaux de généralité (Stone, 1959, p. 614 ; Zander, 2004, p. 269-274) et à partir du jugement d'un ou de plusieurs juges (Cross, 1977, p. 41). Cette flexibilité dans la formulation de la règle de droit entrouvre un processus de tâtonnements qui permet au juge de *common law* de tester des formulations de la règle en fonction des

conséquences qui en découlent. Lorsque la règle est formulée à un niveau si général qu'elle subsume des cas dans lesquels son application est injuste, le juge peut la reformuler à un niveau plus particulier. Toutefois, c'est uniquement en l'étendant graduellement à des instances analogues que cette *justesse* (« *fitness* ») de la règle est éprouvée.

23 Fixer un précédent revient, dans ce cadre, à suggérer une nouvelle direction à la jurisprudence. D'autres juges peuvent ainsi, par un raisonnement analogique, l'étendre à de nouvelles situations. Lorsque la règle est jugée pertinente ou juste dans une grande multiplicité d'instances, son champ d'application gagne en généralité. Le phénomène par lequel une règle gagne en généralité est énoncé par le juge Benjamin Cardozo ainsi :

> « *Once declared, [a precedent] is a new stock of descent. It is charged with vital power. It is the source from which new principles or norms may spring to shape sentences thereafter.* » (1921, p. 22)

24 C'est par une telle croissance [5] que certaines exceptions à des règles générales bien établies ont pu les renverser. Par *exception*, nous entendons nous référer à la pratique consistant à établir une règle nouvelle, en contradiction avec la règle généralement appliquée, dans un cas ayant vocation à être gouverné par cette dernière. La règle nouvelle est une exception en ce qu'elle est généralement formulée de façon très circonstanciée et vise, souvent, à écarter l'application de la règle générale dans une situation où celle-ci conduit à des effets jugés injustes. En *common law*, c'est la pratique du *distinguishing* qui permet, en outre, de faire échec à l'application d'un *précédent* généralement appliqué (Duxbury, 2008, p. 109-110). Cette opération existe également en droit français. Il s'agit ainsi d'ajouter une exception à l'application d'un précédent. Comme le note Chloé Pros-Phalippon :

> « La force contraignante de la jurisprudence doit être relativisée car le maintien de la jurisprudence n'est parfois pas privilégié. Une dualité de choix s'offre alors au juge : la première [possibilité] consiste à préconiser le maintien de la solution jurisprudentielle établie sous réserve que soit introduite une exception ou un tempérament à la jurisprudence ; des considérations tirées de la

> cohérence d'une telle solution avec l'ensemble de la jurisprudence justifient un tel choix ; la seconde [possibilité] consiste à préconiser un revirement de jurisprudence. » (2013, p. 56)

25 Selon la première option, le juge doit alors montrer qu'il existe une différence significative et pertinente, du point de vue du droit, entre les faits des deux espèces. Il s'agit de justifier l'exception par l'identification d'une différence pertinente entre les deux cas.

26 Habitués à poser ainsi des exceptions, les juristes sont aussi conscients de leur capacité à renverser graduellement les règles générales dont [ces exceptions] suspendent l'application. Benjamin Cardozo écrivait par exemple :

> « *Fifty years ago, I think it would have been stated as a general principle that A. may conduct his business as he pleases, even though the purpose is to cause loss to B., unless the act involves the creation of a nuisance itself. Today, most judges are inclined to say that what was once thought to be the exception is the rule, and what was the rule is the exception. A. may never do anything in his business for the purpose of injuring another without reasonable and just excuse. There has been a new generalization which, applied to new particulars, yields results more in harmony with past particulars, and, what is still more important, more consistent with the social welfare.* » (1921, p. 25)

27 Le juge de *common law* est d'ailleurs très attentif à la tendance des exceptions à grignoter la règle générale. Dans *Regina v. Mirza*, Lord Hope of Craighead écrivait par exemple :

> « *If it were indeed possible to devise a workable exception which would not eat up the rule, then that might be the ideal solution. But over the years judges of the highest authority have considered the matter and have not found such a solution*[6]*.* »

28 Lord Sumption a également reconnu dans *Woodland v. Swimming Teachers Association*[7] la tendance des exceptions à renverser les règles générales. Il énonçait :

> « *The main problem about this area of the law is to prevent the exception from eating up the rule*[8]*.* »

29 Comme le soulignent ces citations, dans les cas qui établissent une nouvelle règle dérogatoire, les juges sont particulièrement vigilants à l'égard de cette normalisation des exceptions. Ils mettent en garde la communauté juridique contre la tendance des règles dérogatoires, ou exceptions, à grignoter (« *eat up* ») les règles générales. Cette nécessité d'encadrer les exceptions établies est également mentionnée par des civilistes. Henri Batiffol écrivait par exemple :

> « La loi civile subsiste au contraire si la soustraction du cas singulier à la règle ordinaire a été formulée en des termes qui permettent de prévoir quels autres cas se trouvent lui être, de ce chef, également soustraits. C'est dire que l'exception doit être formulée en termes généraux, permettant une prévisibilité. Le seul relevé des circonstances concrètes du cas ne permet pas de savoir lesquelles ont déterminé l'exception ou si leur réunion ne permettrait d'ailleurs pas de savoir quelles autres réunions seraient retenues. La formulation en termes généraux permettra au contraire de voir qu'un domaine subsiste pour la règle de principe et de donner une assise à la justification de l'exception. » (1979, p. 257)

30 L'inquiétude éprouvée par les juristes à l'égard des exceptions témoigne de la réalité des pentes glissantes. En étant repris par d'autres juges puis graduellement étendu, un nouveau *précédent* peut ainsi renverser des règles ou des principes bien établis.

31 Si l'on applique cet enseignement aux précédents fixés par le législateur ou l'administration dans une situation d'urgence, une même pente paraît visible. Les mesures prises sont susceptibles d'être étendues à d'autres comportements et graduellement normalisées pour renverser la règle, le principe ou la routine à laquelle elles dérogeaient. Il est frappant de constater que l'état d'urgence sanitaire établi par la loi n° 2020-590 du 23 mars 2020 en France est calqué sur le modèle de l'état d'urgence terroriste prévu par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et modifié par la loi du 20 novembre 2015 après les attentats du 13 novembre. Les dispositions relatives à la déclaration de l'état d'urgence sont d'ailleurs quasi identiques. Ce parallèle juridique repose sur le raisonnement analogique suivant lequel la lutte contre la Covid-19 a été assimilée à une guerre nécessitant de sacrifier certaines libertés au nom de la sécurité de tous (Lemarié, Pietralunga, 2020).

32 Un autre exemple de l'importance du raisonnement analogique dans l'évolution de la législation nous est fourni par les débats parlementaires portant sur la loi de finances du 3 juillet 1914 qui a établi un impôt sur le revenu en France. Tout d'abord, c'est la perspective de la guerre qui a mis un terme à plus d'un quart de siècle de débats entre la gauche et la droite. Cela montre le caractère expérimental des circonstances exceptionnelles pendant lesquelles des *précédents* particulièrement importants sont testés. Si l'on s'attarde sur les arguments évoqués par les deux camps, il est malaisé d'ignorer l'importance du raisonnement analogique. À gauche, certains évoquaient l'existence d'un impôt sur le revenu outre-Manche (Touzery, 1997, p. 1040). À l'inverse, les députés de droite estimaient plutôt que le *précédent* était à trouver dans l'Ancien Régime : il s'agissait de la taille, qui était un impôt visant le revenu des contribuables, à l'exception de la noblesse et du clergé (Touzery, 1997, p. 1029-1040). Il était de ce fait devenu « le symbole de l'Ancien Régime » (Touzery, 1997, p. 1029). Ces exemples confirment que le législateur se nourrit de *précédents* qui échappent à ceux qui les posent.

33 Force est toutefois de reconnaître que la pente ainsi esquissée n'a rien d'inévitable. L'imitation n'est pas un processus mécanique mais est déterminée par un sens de la pertinence et de l'opportunité. De plus, la croissance des exceptions, qui est le fait de l'imitation, est susceptible de frapper l'ensemble des règles juridiques, dont celles qui sont bien établies. La force de l'habitude (Cardozo, 1921, p. 22), qui est l'un des fondements du raisonnement analogique, milite à ce titre plutôt en faveur de la conservation des règles bien établies [9]. Ces éléments suggèrent que la pente dont il est question n'est pas assez savonneuse pour nous entraîner dans sa glisse. Afin de convaincre le lecteur du caractère glissant de la pente ici étudiée, il faut par conséquent montrer que les obstacles qui sont susceptibles de mettre un terme à la glisse sont absents dans le cas des *précédents* posés dans des circonstances exceptionnelles. Les voies de sortie normales sont bloquées. Cela nous invite à dévaler la pente en interrogeant les différents obstacles susceptibles d'en arrêter le cours. Il s'agit d'en tester graduellement la nécessité. Cela convoque l'approche négative consistant à voir dans la pente glissante le résultat d'une défaillance des garde-fous qui, dans la jurisprudence, prémunissent les juristes contre elle et qui, dans la société, peuvent protéger les citoyens.

2.2. L'approche négative

34 Avec cette deuxième approche, qui complète la première, il s'agit de tester la réalité de la pente en envisageant les remèdes qui y sont traditionnellement apportés par les juristes. C'est leur échec qui permettra de convaincre le lecteur de l'inévitabilité de la pente glissante. Nous nous attarderons sur les limites du *distinguishing* (2.2.1) ainsi que des revirements de jurisprudence (2.2.2).

2.2.1. Le *distinguishing* : est-il possible de prendre la prochaine sortie ?

35 Le premier obstacle rencontré est la possibilité de prendre la prochaine sortie. En d'autres termes, accepter d'appliquer une règle X dans un cas Y ne signifie pas que celle-ci doive être appliquée dans tous les cas analogues. Certes, le raisonnement analogique peut conduire d'autres juges à étendre le *précédent* mais ils n'y sont pas contraints.

36 En *common law*, l'une des deux opérations (Duxbury, 2008, p. 109-110) par laquelle un juge fait échec à l'application d'un *précédent* est nommée le *distinguishing* (Duxbury, 2008, p. 113). Cela s'applique également au raisonnement juridique français (Pros-Phalippon, 2013, p. 56). Le juge qui procède au *distinguishing* doit identifier des différences entre les faits de chaque espèce qui justifient que le *précédent* ne soit pas appliqué, alors même que ses conditions d'application sont pourtant réunies. Cela ne revient donc pas seulement à constater l'inapplicabilité d'une règle mais plutôt à en limiter le champ d'application par l'introduction d'une nouvelle distinction (Duxbury, 2013, p. 114-115). Par le *distinguishing*, le juge ajoute par exemple une nouvelle condition à l'application de la règle de droit posée par le cas précédent en énonçant que le précédent ne peut être appliqué que lorsque le fait X, présent également dans des cas précédents, est constaté, ce qui n'est pas le cas dans la nouvelle espèce à laquelle il est confronté (Duxbury, 2013, p. 115). Il peut également estimer que le précédent ne doit pas être appliqué lorsque le fait X est constaté, limitant de ce fait le champ d'application de la règle aux non-X. Cette pratique s'inscrit dans la logique incrémentale de la *common law* par laquelle les règles de droit sont graduellement

formulées en s'adaptant aux espèces rencontrées. Le juge de *common law* fait varier leur champ d'application en fonction des exigences de justice rencontrées dans les litiges, et qui commanderaient l'introduction de nouvelles distinctions. Ainsi, malgré la réalité de la pente, celle-ci ne paraît pas très glissante. Le juge peut à chaque occasion exercer son esprit critique et estimer qu'en dépit du caractère analogue du cas, il est légitime de s'opposer à l'application du *précédent*.

37 Si l'on traduit cela en matière de *précédents* législatifs et administratifs, cela signifie que la critique ne doit pas porter sur les futures mesures inacceptables potentiellement prises dans le sillage des premières, mais sur la justesse de chacune des mesures prises à chaque étape. Aux juristes qui dénoncent la banalisation des états d'urgence, il est ainsi possible de rétorquer que rien ne nous empêche de nous arrêter à ces mesures. Ce n'est pas parce qu'un état d'urgence sanitaire existe, que nous traiterons la crise climatique par un état d'urgence climatique ou, du moins, il faudra alors critiquer cet état d'urgence qui constituera une extension déraisonnable d'un dispositif tout à fait acceptable en ce qui concerne la lutte contre le terrorisme ou la Covid-19. L'argument de la pente glissante apparaît de ce point de vue comme une défaite de l'esprit critique de celui qui le soutient.

38 Cependant, ce qui apparaît comme une défaite pour l'esprit critique peut également être une leçon d'humilité. Plus précisément, il apparaît que l'argument de la pente glissante est soutenu par la reconnaissance de notre ignorance [10]. Celle-ci est particulièrement présente dans les situations visées par cet article, à savoir les affaires judiciaires extraordinaires et (analogiquement) les circonstances politiques exceptionnelles. Dans ces situations, le raisonnement analogique joue un rôle heuristique qui est glissant. En droit, il permet en effet de tester le bien-fondé des règles en les appliquant à de nouvelles situations. Outre-Manche, il prolonge même la dimension expérimentale de la *common law*, qui est traditionnellement assimilée à une *découverte* progressive, par tâtonnement, de règles qui existent en dehors du juge. Le fait que la *ratio decidendi* n'est, en *common law* britannique, jamais formulée de façon concise et claire corrobore ce fait (Samuel, Legrand, 2008, p. 82 ; Tiersma, 2013, p. 82). L'idée n'est pas d'arrêter le débat [11], mais plutôt de l'engager en testant graduelle-

ment de multiples formulations toujours susceptibles d'être révisées, précisées, étoffées, nuancées. Dès lors, affirmer qu'il suffit d'exercer son esprit critique à chaque étape occulte quelque peu l'importance de l'ignorance dans le processus. Selon cette perspective, ce n'est qu'en testant diverses formulations et applications des règles que l'on peut en déterminer la justesse. L'esprit critique peut alors intervenir trop tardivement sur la route.

39 On peut à ce stade objecter que cela est vrai de l'ensemble des *précédents* qui sont fixés et que notre argument disqualifie par conséquent le fonctionnement même de la jurisprudence, voire de l'esprit humain. Toutefois, les précédents visés par notre étude se distinguent des autres du fait des circonstances dans lesquelles ils sont établis. Cela signifie tout d'abord que l'usage heuristique du raisonnement analogique y est plus fréquent dès lors que des circonstances nouvelles nous rendent plus ignorants. Ensuite, les circonstances en question constituent des circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'urgence convoque une grande distorsion de nos routines établies. En droit, ces cas exceptionnels sont souvent désignés à travers les expressions de « *hard cases* » (cas difficiles) ou « *great cases* » (cas controversés). Dans les premiers, la règle bien établie entre en conflit de façon explicite avec une exigence de justice qui suscite une certaine unanimité. À travers la deuxième expression, Oliver Wendell Holmes se référait aux cas particulièrement controversés et médiatisés qui retiennent l'attention d'un public élargi, comme certains cas très politisés qui vont devant la Cour suprême [12]. Selon lui, dans ces cas, l'attention du juge est troublée par la saillance disproportionnée des faits qu'il a devant lui (Schauer, 2006). Or, lorsque le cas retient toute son attention, le juge peine à formuler la règle à un niveau de généralité qui subsume de façon convenable les cas futurs. Le juge est alors susceptible de surestimer le caractère représentatif du cas qu'il a devant lui (Schauer, 2006) et ainsi de formuler la règle à un niveau trop général ou à un niveau trop particulier. Dans le premier cas, il énonce alors une règle qui a une portée excessivement générale et qui peut être appliquée à une plus grande diversité de cas. Pour reprendre les termes de Holmes, « *great cases like hard cases make bad law* [13] ». Dans ces cas, le risque d'extension graduelle de la règle à de nouveaux faits est particulièrement présent.

40 Pareillement, dans le cas des mesures prises dans une situation exceptionnelle, le langage employé par le législateur, ou l'administration, est susceptible d'être fortement déterminé par son contexte d'énonciation. Le contexte confère une clarté et une précision à des termes qui n'en ont pas en dehors de ce contexte. La loi du 23 mars 2020 énonce par exemple en son article 2 :

> « L'état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain ainsi que du territoire des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution et de la Nouvelle-Calédonie en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population. »

41 Si la notion « de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population » est intelligible dans le contexte de la crise de la Covid-19, elle paraît extrêmement vague en dehors de celui-ci. Comment définir une « catastrophe sanitaire » ? Comment quantifier la « gravité » de l'atteinte portée à la santé de la population ? Sans rendre impossible une forme de *distinguishing* par lequel un citoyen ou un gouvernant estimerait que telle situation n'est pas analogue à la Covid-19 et ne justifie pas l'activation ou la création d'un état d'urgence, la généralité des termes utilisés encourage un raisonnement analogique plutôt lâche. Est ainsi suggérée l'idée que de nombreuses autres analogies sont possibles.

42 Or l'extension graduelle du précédent a aussi des effets normateurs qui lui sont propres et qui intensifient le caractère contraignant de la pente. Une telle extension tend à normaliser ce qui a été testé en créant un flux normatif. La règle est dans ce processus plusieurs fois répétée, ce qui génère une forme de routinisation. Un juriste français a, en particulier, étudié cette capacité qu'ont les flux normatifs à diriger nos comportements en changeant notre sens de la normalité. Dans son ouvrage *Penser les flux normatifs*, il a mis en exergue l'émergence d'une nouvelle façon de modeler le comportement des individus (Nicolas, 2018). Au lieu d'exiger l'obéissance à une règle et d'en sanctionner l'écart, une communication en continue de règles en tout genre (dispositions législatives, réglementaires, avis, recommandations, discours) permet de générer, par répétition, un mouvement dans une direction donnée. La jurisprudence est selon lui un cas exemplaire d'un fonctionnement en flux. Elle consiste à générer des

continuités en pointant vers ce que la Cour de cassation appelle elle-même des « direction[s] » (Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, 2018, p. 11) plutôt que des points fixes.

43 Cela s'applique bien aux mesures d'urgence. La logique des flux normatifs semble y être également présente. La gestion de la crise sanitaire par l'exécutif français en constitue un exemple frappant. Afin de préparer le terrain à la mise en place de nouvelles restrictions par décret, sur le fondement de la loi du 23 mars 2020, comme le port du masque obligatoire, l'installation d'un couvre-feu ou encore les limitations de déplacement, l'exécutif a fréquemment choisi de procéder par petits pas en augmentant par exemple graduellement le champ d'application géographique d'une mesure (Franceinfo, 2021). Si cela est susceptible de répondre à un souci de proportionnalité des mesures prises, dont l'intensité paraît en quelque sorte indexée à l'évolution de la situation sanitaire, la communication constante de l'exécutif dans des journaux comme le *Journal du dimanche*, suggère également une volonté de préparer le terrain en générant une forme de continuité plutôt que des grandes ruptures. Quel que soit l'objectif visé, on peut concevoir, à partir des travaux d'Emeric Nicolas, cette répétition et extension graduelle comme un flux normatif qui embarque les individus dans une direction donnée (Nicolas, 2018). L'analogie entre les précédents judiciaires, d'une part, et les précédents législatifs et administratifs, d'autre part, nous permet ainsi de mieux comprendre les voies éventuellement empruntées par la banalisation de mesures exceptionnelles.

44 L'analogie déployée dans cet article souligne ainsi la difficulté qu'il y a à sortir du flux normatif initié par l'édiction, dans l'urgence, d'une règle exceptionnelle, quelle qu'en soit la nature (législative, administrative, sociale). Yuval Noah Harari avait donc raison d'écrire au début de la crise de la Covid-19 : « *The decisions people and governments take in the next few weeks will probably shape the world for years to come* » (2020). En effet, les circonstances de l'énonciation conduisent parfois ceux qui formulent les exceptions à sous-estimer la particularité de la situation en cause (son exceptionnalité en définitive). De plus, dans ces circonstances, le raisonnement analogique joue une fonction heuristique particulièrement importante qui peut retarder la sortie de la pente. Cela affecte d'ailleurs aussi notre capa-

cité à faire demi-tour, c'est-à-dire à corriger l'erreur, qui constitue le deuxième remède potentiel à la glisse.

2.2.2. Le revirement de jurisprudence : un demi-tour est-il possible ?

45 Une deuxième opération est parfois mobilisée par le juge pour faire échec à l'application d'un précédent : le revirement de jurisprudence. Cette expression sert communément à désigner la possibilité pour un juge qui reconnaît l'applicabilité d'un précédent de néanmoins s'opposer à son application en estimant qu'il doit être abandonné. Notre étude du coefficient de glisse de la pente suppose par conséquent d'apprécier les possibilités offertes par cette dernière opération, en droit, comme s'agissant, analogiquement, des *précédents* législatifs et administratifs.

46 En droit, l'inertie de la jurisprudence fragilise souvent la possibilité des revirements de jurisprudence. Certains *précédents* sont étendus et généralisés si souvent qu'ils occupent graduellement une place considérable dans une branche du droit. Leur abandon provoquerait alors une imprévisibilité juridique qui milite fréquemment contre leur abandon. Si, en 1966, la House of Lords a reconnu la possibilité de procéder à des revirements de jurisprudence (*The Practice Statement*[14]), ils n'ont pourtant pas été très nombreux depuis. Une auteure identifiait neuf cas de revirements entre 1966 et 2000 (Rourive, 2000, p. 31), alors qu'un autre auteur en relevait cinq entre 1966 et 1985 (Harris, 1990, p. 136). Cela s'explique notamment par l'importance de la prévisibilité juridique dans la pratique du revirement de jurisprudence. C'est celle-ci qui, comme Lord Reid le reconnut dans *Jones Appellant v. Secretary of State for Social Services*[15], justifie, en outre, un revirement de jurisprudence. Selon lui :

> *« The old view was that any departure from rigid adherence to precedent would weaken that certainty. I did not and do not accept that view. It is notorious that where an existing decision is disapproved but cannot be overruled courts tend to distinguish it on inadequate grounds. I do not think that they act wrongly in so doing: they are adopting the less bad of the only alternatives open to them. But this is bound to lead to uncertainty for no one can say in advance*

> *whether in a particular case the court will or will not feel bound to follow the old unsatisfactory decision. On balance it seems to me that overruling such a decision will promote and not impair the certainty of the law*[16]. »

47 Si ce fondement soutient la pratique des revirements de jurisprudence, il en limite également les possibilités. Comme la House of Lords l'a reconnu dans son *Practice Statement*, certaines attentes légitimes peuvent ainsi faire échec à un revirement de jurisprudence[17]. De plus, pour que le revirement soit justifié, il faut davantage qu'une simple reconnaissance de son caractère erroné. Il convient de prouver un changement notable du contexte économique et social[18], ou encore que l'application générale du précédent suscite une injustice manifeste (*The Practice Statement*, 1966 ; Harris, 1990, p. 152 ; Rourive, 2000, p. 39). Enfin, le revirement de jurisprudence est écarté lorsqu'il est susceptible de générer des conséquences imprévisibles. Lorsque le *précédent* est si bien ancré, qu'il constitue un fondement pour de nombreux autres *précédents*, les juges sont plus réticents à l'abandonner. Dans *Steadman v. Steadman*[19], Lord Reid estimait que le *précédent* était si important que son abandon générerait de nombreuses conséquences imprévisibles :

> *« That decision is now so embedded in the law that I would not depart from it even if I thought it wrong: it would be impracticable to foresee all the consequences of tampering with it*[20]. »

48 Cette préoccupation est également mentionnée dans *Ross Smith v. Ross Smith*[21] :

> *« Should it, then, be overruled? That is, to my mind, a very difficult question. On the one hand, it has stood for a century virtually unchallenged and it has very frequently been followed. I do not think it necessary even to mention the numerous decisions which found on it […]*[22]. »

49 Ainsi, lorsqu'un précédent est appliqué à plusieurs reprises il peut acquérir une place fondamentale dans une branche du droit qui l'immunise contre la critique. Friderich Hayek concevait cela dans des termes qui rapprochent l'analyse de l'argument de la pente glissante :

> « Le développement de la jurisprudence est sous certains aspects une sorte de voie à sens unique : lorsqu'elle s'est déjà avancée dans une direction sur une distance considérable, souvent elle ne peut pas revenir en arrière bien que certaines implications des décisions passées apparaissent clairement comme indésirables. » (1973, p. 220)

50 Ce constat est partagé par le juriste français Jean Cruet qui évoque une « ossification » (1908, p. 82) du droit des juges de *common law*. Selon lui :

> « Lorsqu'il existe sur un point de droit une jurisprudence constante et uniforme, elle finit par acquérir une fixité presque comparable à celle de la loi même ; à ce moment, le droit du juge devient comme le droit du législateur un véritable droit écrit, mais il est écrit autrement. » (1908, p. 83)

51 Jean Cruet et Friedrich Hayek soulignent l'inertie du droit des juges qui tout en étant mouvant peut se pétrifier. Cela résulte notamment de la répétition d'un *précédent* qui lui confère une place importante dans une branche du droit donnée, ce qui milite contre son abandon, source d'insécurité juridique. Par conséquent, le *précédent* qui, dans une perspective expérimentale, est plusieurs fois testé, peut graduellement devenir indétrônable, alors même que les juges ne disposent pas encore des critères pour en juger le bien-fondé. La pente paraît bien glissante.

52 Si l'on applique cela aux mesures d'urgence, il apparaît qu'elles sont susceptibles, par répétition et imitation, d'être immunisées contre la critique. Les dispositifs créés occupent une place de plus en plus importante dans notre droit, ce qui limite nos possibilités de critique. Mettre en cause par exemple les modalités de déclaration de l'état d'urgence sanitaire peut difficilement être effectué sans également mettre en cause les modalités de déclaration de l'état d'urgence terroriste. La répétition d'une pratique rend sa contestation plus difficile tant celle-ci paraît générer de l'incertitude. Pourquoi préférer une autre modalité de déclaration alors même que celle-ci a été éprouvée plusieurs fois dans différentes circonstances différentes ? Certaines dispositions sont ainsi reprises dans d'autres lois gouvernant des situations *normales*. La loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme a ainsi repris

certaines formulations de la loi du 20 novembre 2015 sur l'état d'urgence comme en matière de mesures individuelles de surveillance [23]. Ces dispositions ont également fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel (Cons. const.) [24] et ont plusieurs fois été appliquées par le juge des référés [25]. Il apparaît ainsi plus difficile de les contester tant elles occupent une place de plus en plus importante et bien délimitée par divers acteurs dans notre droit.

53 De la même manière, la répétition des exceptions permet d'en borner graduellement l'exercice. Leur abandon paraît alors générer des incertitudes. Sur le plan juridique, cela se traduit par des jurisprudences, surtout du Conseil d'État (CE) et du Conseil constitutionnel, qui donnent un cadre aux mesures prises par le gouvernement. Le rôle du juge judiciaire, gardien des libertés en vertu de l'article 66 de la Constitution, est ainsi précisé en fonction des mesures prises et de leur durée, comme en matière d'assignation à résidence [26], de mise en quarantaine [27], de prolongation des détentions provisoires [28]. De même, la jurisprudence du Conseil d'État borne l'activité de l'administration en écartant, dans le cadre d'un référé-liberté [29], les actes administratifs qui portent atteinte, de façon disproportionnée, aux libertés fondamentales. Parmi les actes jugés disproportionnés, on peut citer le recours à la surveillance par drone [30], l'interdiction des manifestations sur la voie publique [31], l'interdiction générale et absolue de réunion dans les lieux de culte [32]. L'utilisation de la visioconférence devant le juge pénal a également été jugée comme portant une atteinte excessive aux droits de la défense [33]. Plus largement, il faut souligner que la durée de l'état d'urgence sanitaire a permis à la société de s'organiser. Les universités ont ainsi acheté du matériel pour assurer une continuité pédagogique en assurant des cours à distance ; les commerces se sont équipés du paiement sans contact ; les individus se sont préparés à des confinements potentiels. Dans un souci de prévisibilité, il paraît alors plus sain de s'en tenir à des mesures qui ont fait l'objet de différentes améliorations, d'opérations de cadrage par les juges, et vis-à-vis desquelles les citoyens ont appris à s'organiser. Cette internalisation par la société des mesures d'exception peut se comprendre comme une incorporation de ces normes dans la vie sociale (Postema, 2003, p. 19-20).

54 Les débats parlementaires à l'occasion de la première lecture de la loi du 21 mai 2021 relative à la gestion de sortie de la crise sanitaire

soulignent l'importance accordée aux dispositifs préexistants. Certains députés, comme la députée socialiste Marietta Karamanli, soutenaient une motion de rejet en mettant en exergue le contournement du Parlement que permettraient certaines dispositions autorisant le gouvernement à recourir à des mesures exceptionnelles pour faire face aux urgences sanitaires, en dehors de toute déclaration d'état d'urgence sanitaire (Assemblée nationale, 2021). Dans la loi du 23 mars 2020, les mesures ne pouvaient être prises que si l'état d'urgence sanitaire était, après deux mois de vie, prolongé par le Parlement. Malgré ce point important, la motion fut rejetée. Certains des arguments mobilisés en faveur de ce rejet corroborent notre hypothèse sur la capacité des répétitions de *précédents* à immuniser les dispositions contre la critique. Le député Philippe Latombe, de La République en marche, énonçait par exemple :

> « Voter cette motion de rejet préalable reviendrait à se prononcer pour une sortie sèche de l'état d'urgence sanitaire. Nous ne le voulons pas, car nous ne sommes pas irresponsables. Nous nous prononcerons donc contre cette motion. » (Assemblée nationale, 2021)

55 Sans nier ce que cet argument peut avoir de vrai, il semble que le député utilise un procédé fallacieux consistant à créer une fausse alternative entre le rejet préalable du projet de loi et une « sortie sèche » de l'état d'urgence. Elle témoigne des limitations qui pèsent sur l'imagination et qui résultent de l'existence d'un dispositif déjà en place, qu'il s'agit d'étendre et de reprendre. Toute réflexion en dehors de ce cadre est réputée « irresponsable ». On retrouve cette argumentation chez le député du mouvement Agir ensemble Olivier Becht qui prononça les mots suivants dans l'hémicycle :

> « J'avoue que je suis assez stupéfait par cette motion de rejet préalable. Nous sommes ici pour écrire la loi et, si cette motion était adoptée, cela signifierait qu'à compter du 1er juin nous ne disposerions plus d'aucun outil pour lutter contre le virus. » (Assemblée nationale, 2021)

56 Ces exemples montrent l'importance accordée aux dispositions précédemment établies, qu'il s'agit de compléter ou d'encadrer davantage. Force est de reconnaître que la possibilité de faire demi-

tour souffre d'une indisponibilité croissante à mesure que les exceptions sont prolongées, reconduites ou multipliées. Cependant, l'analogie déployée dans cet article met également en lumière l'existence d'outils importants dont disposent les juristes pour faire évoluer le droit dans de nouvelles directions, c'est-à-dire pour créer.

3. Institutionnaliser la créativité des juristes : un remède

57 La créativité des juristes est stimulée par certaines institutions et outils qui rendent possible une sortie de la pente. Nous soulignerons, dans un premier temps, la capacité qu'ont ces outils et institutions judiciaires à stimuler la créativité des juristes (3.1), avant d'en envisager l'exportation dans les domaines législatif et administratif (3.2).

3.1. L'institution de la créativité

58 Loin d'une application mécanique de *précédents*, la jurisprudence est en effet souvent appréhendée à travers son instabilité (Coq, 2014, p. 227) ainsi que sa faculté à évoluer et à progresser (Berman, 1994 ; Elliott, 1985). Cela n'est pas surprenant tant le raisonnement juridique qui s'y joue est célébré pour sa créativité, que ce soit par les nombreuses opérations qu'il rend possibles (Sutter, 2021), par sa dimension littéraire et rhétorique (Boyd White, 1985), ou encore à travers son rapport aux images (Samuel, 2018, p. 187-228). Les juristes ont une étonnante capacité à voir les choses différemment, c'est-à-dire à placer l'ancien sous un éclairage nouveau. L'analogie déployée dans cet article nous invite à exporter les outils dont ils disposent pour ce faire. Deux facteurs institutionnels contribuent en particulier à générer un environnement dans lequel la créativité est encouragée.

3.1.1. L'institutionnalisation du dialogue

59 En premier lieu, l'institution judiciaire donne une voix à plusieurs perspectives en confrontant différents langages. L'opposition entre le langage des faits et le langage technique du droit est la principale confrontation organisée par l'institution judiciaire. Les opérations de qualification juridique et d'application de la règle de droit aux faits,

qui sont au cœur de la pratique judiciaire, obligent le juriste à lier le fait et le droit. Cela revient à changer de langage dès lors que les faits sont, à l'état brut, décrits dans le langage ordinaire tel qu'il résulte des procès-verbaux dressés par les policiers, des témoignages, ainsi que des auditions des parties lors du procès ou dans une consultation juridique. L'institution judiciaire force ainsi le juriste à changer constamment de langage.

60 Or, un langage s'enracine dans une « forme de vie » (Wittgenstein, 1958). Il est appris dans des contextes qui déterminent le sens des mots et des propositions. Apprendre un langage ne revient pas à apprendre des définitions abstraites, mais plutôt des façons de faire des choses dans le langage comme décrire, gronder, enseigner, débattre, s'excuser, coopérer, jouer. Le sens des mots dépend de leurs usages dans des contextes qu'il s'agit de reconnaître. Cette identification dépend de nos intérêts et valeurs (Laugier, 2009, p. 245) et il est possible que pour certains le contexte d'énonciation soit un contexte où il faut débattre alors que, pour d'autres, c'est un contexte dans lequel une personne dispense un enseignement. Cette confusion peut générer des conflits. Dans cet exemple, un locuteur aurait l'impression d'être injustement infantilisé alors que l'autre estimerait que son autorité ne devrait pas être ainsi interrogée. Le bon usage du langage dépendra en définitive de notre perception de la situation et non de l'apprentissage de définitions abstraites. Cela est bien montré dans le film *Premier contact* de Denis Villeneuve (2016), dans lequel la linguiste Louise Banks décode un langage extraterrestre en assimilant une nouvelle perception du temps. Elle apprend à dire de nouvelles choses et donc aussi à voir différemment. Ainsi, le langage façonne, et est façonné, par notre perception des contextes. Changer de langage revient ainsi à changer de perception. Partant, le juriste qui doit qualifier juridiquement les faits doit ainsi traduire (Boyd White, 1994 ; Ost, 2009) un discours qui relève du langage ordinaire (qui est appris à travers une socialisation au sein d'une communauté linguistique donnée vivant en dehors des tribunaux) dans des termes juridiques, c'est-à-dire dans le langage qui est assimilé à la faculté de droit (Mertz, 2007) et qui est utilisé dans les tribunaux. James Boyd White écrivait :

> « *The lawyer […] must be ready to speak the client's language as fully as she can, yet ready also to turn to the judge, or other lawyer, and speak in terms […] that will, initially at least, be wholly foreign to the client.* » (1994, p. 261)

61 L'opération principale du raisonnement juridique est, conformément à cette perspective, la traduction. Par ce procédé, le juriste connecte plusieurs mondes impliqués dans le procès, dont celui du fait et celui du droit. Si pour certains le langage juridique est un simple codage du langage ordinaire (Sourioux, Lerat, 1975, p. 66 ; Cornu, 2000 ; Melinkoff, 1963), il nous semble qu'il ne peut se réduire à cela tant son utilisation dépend d'instances de socialisation dans lesquelles les apprenants font plus que répéter des codes. Le langage juridique est assimilé dans les facultés de droit à partir d'exercices dans lesquels il s'agit d'acquérir une façon de voir le monde et d'utiliser certains concepts (Mertz, 2007). Dans l'opération qui consiste à qualifier juridiquement des faits exprimés en langage ordinaire, le juriste fait dès lors l'expérience d'une traduction entre deux façons de parler. Cette traduction est une expérience artistique dès lors qu'il s'agit de confronter deux façons de voir et de structurer le monde en langage. Cela semble donner raison à Gérard Cornu lorsqu'il écrivait :

> « [L]'imagination intervient à la croisée du fait et du droit et, très spécifiquement, dans l'exercice le plus acrobatique de la pensée juridique, à savoir la qualification, cette opération intellectuelle virtuose qui, pour appliquer le droit au fait, rattache à la catégorique juridique qui gouverne cette application les données factuelles tirées d'une espèce, lorsqu'elle y repère les critères de la catégorie. » (1999, p. 13)

62 Outre la confrontation du fait et du droit, l'institution judiciaire fait également intervenir des experts qui s'expriment dans un autre langage technique qui est souvent celui des sciences dures. Dans ce contexte, ces acteurs procèdent parfois à une double traduction, du langage ordinaire au langage scientifique, puis du langage scientifique au langage juridique. Dans l'affaire *Halimi* [34], l'avis de l'avocate générale évoquait cette traduction [35]. Il s'agissait en l'espèce de déterminer la responsabilité pénale de l'auteur d'un crime qui aurait, selon les sept experts convoqués, connu une « bouffée délirante », c'est-à-

dire un trouble mental important impliquant des délires et hallucinations. Du point de vue juridique, il faut toutefois traduire ces conclusions en s'interrogeant quant à l'altération ou l'abolition du discernement de l'accusé. Dans le premier cas, la responsabilité pénale demeure, en vertu du deuxième alinéa de l'article 122-1 du Code pénal, alors que, dans le second, l'auteur des faits est réputé irresponsable pénalement (art. 122-1, alinéa premier). L'avocate générale évoquait cette traduction juridique du langage scientifique ainsi :

> « Le raisonnement expertal se déroule en deux temps, le premier est celui du diagnostic rétrospectif (l'état mental au moment des faits), le second celui de l'analyse médico-légale, qui consiste "à mettre en relation un état mental au moment des faits avec une infraction"[36]. »

63 Ces traductions requièrent une distorsion du langage d'accueil et donc de la perception de la communauté juridique. De même, les multiples traductions qui se jouent au sein d'un procès invitent la communauté juridique à accueillir différentes façons de structurer les faits, en fonction des points focaux qui définissent des disciplines ou des langages. Parfois cela est même explicitement effectué lorsqu'un juge remet en cause les distinctions établies par les juristes au nom de la perception de l'homme ordinaire (Hill, 2018, p. 170-171). Ce fut notamment le cas pour *Woodland v. Swimming Teachers Association*[37], pour lequel Lady Hale fonda sa décision, plutôt novatrice, sur la perception du « *man on the underground* ».

64 Selon un procédé analogue, le juge Lord Denning s'appuya dans *Morgans v. Launchbury*[38] sur une notion du langage ordinaire pour révolutionner le droit anglais de la responsabilité civile en matière d'accidents de voiture. Dans cette affaire, la requérante exigeait la réparation du préjudice résultant d'un accident de voiture dans lequel elle était impliquée en tant que passagère. Le conducteur avait commis une faute ouvrant droit à la réparation de ce préjudice. La particularité de cette affaire est qu'elle alla chercher la responsabilité du propriétaire de la voiture qui était la femme de l'un des passagers. Cette responsabilité du fait d'autrui existe également sous le nom de *vicarious liability* en droit anglais et permet de déclarer responsable le commettant pour une faute commise par son préposé. S'il était évident que le conducteur était le préposé du mari de la propriétaire (qui, ayant conscience de son alcoolémie particulièrement élevée, lui

avait demandé de conduire pour lui la voiture de sa femme), la relation entre le mari et sa femme posait question. La requérante estimait que, dès lors que celui-ci avait promis à sa femme de ne pas conduire s'il avait trop bu, il agissait, en laissant son ami conduire, pour le compte de celle-ci. Selon Lord Denning, la responsabilité du fait d'autrui est fondée sur l'exposition d'autrui à un risque par la délégation d'une tâche par le commettant à un préposé. Il estima alors que la voiture était une « voiture de famille » (« *family car* ») [39] et que les deux époux étaient responsables des accidents impliquant ce véhicule dès lors qu'en possédant et en utilisant un tel véhicule, que Lord Denning qualifia de « *engine of death and destruction* [40] », ils étaient responsables des dommages résultant de sa mise en circulation. Si la House of Lords [41] rejeta ce raisonnement, il témoigne néanmoins de la créativité du raisonnement juridique. Afin de retenir la responsabilité du fait d'autrui, Lord Denning réorganisa les faits autour de l'usage familial qui est fait du véhicule ainsi que des risques liés par sa mise en circulation dans ce cadre familial par l'un des deux époux. Il consacra ainsi une notion qui existe dans la vie quotidienne, celle de « *family car* ». Cet exemple souligne le changement de perception qui découle d'une importation en droit d'un concept ancré dans la vie sociale. La confrontation de différents langages et centres perceptifs au sein du droit encourage ainsi la créativité des juristes.

3.1.2. L'institutionnalisation de la critique

65 Un deuxième outil qui soutient la créativité du juriste se trouve dans la forme même du jugement. Tout en donnant une solution à un litige, le jugement organise sa propre critique. En France, cela découle tout d'abord de l'obligation de motivation qui résulte notamment des articles 455 du Code de procédure civile et 486, alinéa 1, du Code de procédure pénale. Le juge doit ainsi donner les raisons qui sous-tendent son jugement. Depuis 2017, la Cour de cassation a initié une réforme de sa motivation qui approfondit cette institutionnalisation de la critique (Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, 2018). Dans les cas les plus notables, comme les revirements de jurisprudence, ou les cas dans lesquels le juge opère un contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation mentionne les solutions alternatives qui ont été étudiées dans l'affaire. Cela fragilise

la pente glissante dès lors que les doutes et alternatives à la reprise d'un *précédent* sont évoqués publiquement.

66 Au Royaume-Uni, la présence de jugements concurrents et dissidents ainsi que le fait que les juges s'expriment en leur nom et non en celui de la Cour encouragent la critique. Ces jugements facilitent la critique des *précédents* dès lors qu'ils donnent des arguments contre eux qui sont susceptibles d'être repris par d'autres parties ou d'autres juges dans des cas futurs. Ils ont aussi un effet performatif. Ils forcent les juges de la majorité à argumenter davantage pour convaincre (Mastor, 2020, p. 147). Cela plonge le style judiciaire dans l'argumentation et ouvre par conséquent le droit à la critique en mettant en exergue les éléments les plus solides mais aussi les plus fragiles du jugement. Ce contexte stimule la créativité des juristes en augmentant les ressources susceptibles d'être mobilisées. Les jugements dissidents et concurrents fournissent aux juristes des alternatives qui dirigent l'attention vers une pluralité de possibles. La pente glissante est alors parsemée d'alternatives.

3.2. L'exportation des outils et institutions de créativité juridique

67 Force est ainsi de reconnaître que la pratique judiciaire est effectuée dans un contexte institutionnel qui lui offre des outils pour se prémunir contre les pentes glissantes. Lorsqu'un *précédent* gagne en généralité et s'immunise ainsi graduellement contre la critique, les juristes peuvent l'appliquer d'une façon neuve aux faits. Ils usent, pour ce faire, d'une créativité qui est stimulée par leur environnement institutionnel qui les confronte à différents langages et solutions pour un même litige. Peut-on exporter ces outils dans les domaines législatif et administratif afin de prémunir une société contre la croissance des règles juridiques édictées dans une situation d'urgence ?

68 S'agissant de l'institutionnalisation de la traduction, il nous semble qu'il suffit de prolonger certains dispositifs déjà existants. Ainsi, l'état d'urgence sanitaire, édicté par la loi du 23 mars 2020, prévoit la création d'un conseil scientifique qui informe les décisions de l'exécutif. L'article L. 3131-19 du Code de la santé publique dans sa version issue de la loi du 23 mars 2020 énonce :

> « En cas de déclaration de l'état d'urgence sanitaire, il est réuni sans délai un comité de scientifiques. […] Le comité rend périodiquement des avis sur l'état de la catastrophe sanitaire, les connaissances scientifiques qui s'y rapportent et les mesures propres à y mettre un terme, y compris celles relevant des articles L. 3131-15 à L. 3131-17, ainsi que sur la durée de leur application […]. »

69 Les langages ordinaires, juridique et politique, sont ainsi susceptibles d'être confrontés et de forcer les acteurs à s'engager dans des exercices de traduction qui stimulent la créativité. Il convient toutefois de noter que la loi évoque un comité de « scientifiques » ce qui laisse envisager une certaine domination des sciences dures dans le débat. Ce soupçon est corroboré par la crise sanitaire de la Covid-19 pendant laquelle le comité scientifique fut principalement composé de médecins, à l'exception d'une anthropologue et d'un sociologue. Sans doute faudrait-il convoquer l'ensemble des autres disciplines selon des modalités fixées, par exemple, par le Conseil national des universités ou un organe analogue. Cela est d'autant plus important que les sciences humaines sont plus réflexives que les sciences dures qui tendent à réduire le monde à des causalités, qu'il s'agit certes d'adapter, aux résultats des expériences (Stengers, Prigogine, 1979, p. 385-390), mais qu'il ne s'agit pas d'interpréter de façon ouverte en déplaçant notre perception (Habermas, 1987 p. 219) et la définition de nos concepts [42]. Cela provient d'une volonté de maîtriser la nature (Habermas, 1979) qui fait que les scientifiques tentent, même en s'adaptant constamment (Stengers, Prigogine, 1979, p. 385-390 ; Dewey, 2012), de définir de façon univoque des concepts, pour arrêter des vérités et ainsi fixer des prédictions dont la vérité sera ensuite établie à travers des instruments de mesure.

70 L'analogie déployée dans cet article souligne également l'importance du dialogue dans le débat interdisciplinaire. Il ne s'agit pas seulement de créer des instances qui nous confrontent à des points de vue nouveaux, comme des autorités administratives indépendantes qui, à l'instar du défenseur des droits, peuvent faire des recommandations aux élus, mais également de mettre des individus appartenant à des communautés académiques et professionnelles différentes au sein d'une même instance. Le Conseil économique, social et environnemental (CESE), prévu par les articles 69 à 71 de la Constitution de

1958, dans sa version issue de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, organise déjà un tel dialogue entre des individus appartenant à des collectifs différents. Sa composition et son fonctionnement sont déterminés par l'ordonnance du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique, social et environnemental. L'article 7 de celle-ci dans sa version issue de la loi organique du 15 janvier 2021 prévoit ainsi la composition suivante :

> « I. Le Conseil économique, social et environnemental est composé de cent soixante-quinze membres. Il comprend :
>
> 1° Cinquante-deux représentants des salariés ;
>
> 2° Cinquante-deux représentants des entreprises, des exploitants agricoles, des artisans, des professions libérales, des mutuelles, des coopératives et des chambres consulaires ;
>
> 3° Quarante-cinq représentants au titre de la cohésion sociale et territoriale et de la vie associative, dont huit représentants des outre-mer ;
>
> 4° Vingt-six représentants au titre de la protection de la nature et de l'environnement. »

71 Cette composition pourrait sans doute être élargie ainsi que ses missions qui sont principalement consultatives. Un pouvoir de *veto* pourrait par exemple lui être accordé sur les lois adoptées par l'Assemblée nationale et le Sénat. Cela conférerait à ses avis un poids plus important dans le débat parlementaire ainsi qu'une visibilité publique renforcée.

72 S'agissant ensuite de la forme même des avis du CESE ou d'un conseil scientifique, comme celui imaginé par la loi du 23 mars 2021, l'analogie avec la pratique judiciaire nous invite à envisager l'introduction de jugements dissidents dans lesquels la minorité de ce groupe pourrait proposer des rapports divergents ou convergents. Cette pratique instituerait un débat en donnant constamment à voir des alternatives à l'application ou l'extension d'une mesure précédente. Cette pratique paraît suffisamment réglée et connue dans le

domaine judiciaire pour envisager son extension dans les domaines législatifs et administratifs.

73 Ainsi, s'il existe des institutions qui stimulent la créativité des individus et diminuent le coefficient de glisse des pentes, des limites importantes en fragilisent la portée. Il faut les perfectionner en s'inspirant des outils à la disposition des juristes pour ouvrir les *précédents* au débat plutôt que de les immuniser à la critique.

Conclusion

74 L'analogie entre les précédents judiciaires et les mesures d'urgence souligne l'existence d'une pente glissante. Les lois et les actes administratifs édictés dans des circonstances exceptionnelles constituent des *précédents*, c'est-à-dire qu'ils ont un effet d'ancrage dans l'imaginaire juridique collectif en indiquant une direction et en étant répétés, adaptés, complétés, dans un contexte exceptionnel dans lequel nous tâtonnons. Pour lutter contre cette tendance, il faut davantage que de la vigilance quant à l'extension et à la multiplication des mesures d'urgence. L'analogie montre que des institutions doivent être mises en place. Nos propositions suggèrent que cela est loin d'être utopique dès lors que certaines institutions de débat entre des collectifs différents sont déjà prévues par la loi ou la Constitution. De même, la pratique des jugements dissidents, qui encourage l'esprit critique, est déjà bien connue des juristes.

75 Ces réformes nous paraissent essentielles pour faire face à la crise écologique. Les sociétés contemporaines sont en effet menacées par une crise écologique sans précédent dans leur histoire. Outre la raréfaction des ressources (IEA, 2018 ; Bihouix, Guillebon, 2010 ; Hofste, Reig, Schleifer, 2019 ; Meadows, Meadows, Randers, 2012), il convient d'ajouter le constat de la quasi-inéluctabilité (Anderson, Bows, 2011) d'une hausse d'au moins de 2 °C de la température globale d'ici 2050 et de la forte probabilité d'une augmentation de 4 °C d'ici 2100 (Brigand, 2015), voire de 5 °C d'ici 2050 (Chapman, 2017). Si les conséquences d'un changement climatique aussi soudain ne peuvent être entièrement prévues à ce stade, les hypothèses sur lesquelles travaillent la grande majorité des climatologues (NASA, 2021) sont en passe de faire de la science-fiction une littérature plus réaliste que les sciences sociales.

76 La proposition de Hans Jonas de faire une « pause de la liberté » (2015, p. 124) pour sauver notre environnement semble ainsi gagner en pertinence. Dans ce contexte, il nous semble opportun de rappeler que les pentes glissantes peuvent transformer ces pauses temporaires en dictature permanente. Pour éviter un tel retournement et répondre aux urgences de façon raisonnée, il nous semble profitable de s'inspirer du fonctionnement de l'institution judiciaire.

BIBLIOGRAPHIE

Agamben G., 2003, *État d'exception*, Paris, Seuil

Agence internationale de l'énergie (IEA), 2018, *World Energy Outlook 2018*, Paris IEA, [https://www.iea.org/reports/world-energy-outlook-2018], consulté le 29 mars 2022

Allhoff F., 2018, « Liberty and security: A balanced approach », *Journal of Law and Public Affairs*, vol. 3, n° 1, p. 58-91

Anderson K., Bows A., 2011, « Beyond "dangerous" climate change: emission scenarios for a new world », *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical, Engineering Sciences*, vol. 369, n° 1934, p. 20-44

Assemblée nationale, 2021, « Compte rendu de la séance du lundi 10 mai 2021 », *Journal official de la République française*, n° 63 AN

Batiffol H, 1979, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ

Berman H., 1994, «The origins of the historical school of jurisprudence », *Yale Law Journal*, vol. 103, n° 7, p. 1651-1738

Berman H., 1983, *Law and revolution: The formation of western legal tradition*, Cambridge MA, Harvard University Press

Bihouix P., Guillebon B., 2010, *Quel futur pour les métaux ? Raréfaction des métaux : un nouveau défi pour la société*, Paris, EDP Sciences

Bouriau C., 2012, *Le « comme si ». Kant, Vaihinger et le fictionalisme*, Paris, Les Éditions du Cerf

Bousquet A., 2020, « Nous vivons dans un état d'urgence permanent », *Libération*, [https://www.liberation.fr/debats/2020/04/01/nous-vivons-dans-un-etat-d-urgence-permanent_1783686], consulté le 29 mars 2022

Boyd White J., 1994, *Justice as translation. An essay in cultural and legal criticism*, 1re éd., Chicago, University of Chicago Press

Boyd White J., 1985, *Heracles' bow: Essays on the rhetoric and poetics of the law*, 2e éd., Madison WI, The University of Wisconsin Press

Brengarth V., 2020 « Coronavirus : "La France fait l'expérience de l'assignation

ps://www.lemonde.fr/idees/article/2020/03/19/coronavirus-la-france-fait-l-experience-de-l-assignation-a-residence-collective_6033723_3232.html], consulté le 29 mars 2022

Brigand M., 2015, « Shell reconnaît que le réchauffement climatique ne pourra pas se limiter à 2 degrés », *Le Figaro*, [https://www.lefigaro.fr/societes/2015/05/22/20005-20150522ARTFIG00013-shell-reconnait-que-le-rechauffement-climatique-ne-pourra-pas-se-limiter-a-2-degres.php], consulté le 29 mars 2022

Cardozo B., 1924, *The growth of the law*, 2e éd., New Haven, Yale University Press

Cardozo B., 1921, *The nature of the judicial process*, 13e éd., New Haven, Yale University Press

Chapman B., 2017, « BP and Shell planning for catastrophic 5 °C global warming despite publicly backing Paris climate agreement », *The Independent*, [https://www.independent.co.uk/climate-change/news/bp-shell-oil-global-warming-5-degree-paris-climate-agreement-fossil-fuels-temperature-rise-a8022511.html], consulté le 29 mars 2022

Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, 2018, « Note relative à la structure des arrêts et avis et à la motivation en forme développée », [http://paternet.fr/wp-content/uploads/pdf/2018/12/20181218-note-cour-de-cassation.pdf], consulté le 29 mars 2022

Coq V., 2014, « Qu'est-ce que la jurisprudence constante », *RFDA*, n° 2, p. 223-230

Cornu G., 2000, *Linguistique juridique*, 3e éd., Paris, Montchrestien

Cornu G., 1999, *L'imagination à bon droit*, Montréal, Les Éditions Themis

Cross R., 1977, *Precedent in English law*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press

Cruet J., 1908, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion

Défenseur des droits, 2021, « Avis n° 21-11 », sur le projet de loi n° 4386 relatif à la gestion de la crise sanitaire, p. 13, [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=20864], consulté le 29 mars 2022

Demogue R., 1911, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Arthur Rousseau

Deschowitz A., 2001, « Is there a tortuous road to justice? », *Los Angeles Times*, [https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2001-nov-08-me-1494-story.html], consulté le 29 mars 2022

Dewey J., 2012, *Expérience et nature*, Paris, Gallimard

Duxbury N., 2008, *The nature and authority of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press

Elliott E., 1985, « The evolutionary tradition in jurisprudence », *Columbia Law Review*, vol. 85, n° 1, p. 38-94

Elliott E., 1984, « Holmes and evolution: The legal process as artificial intelligence », *Journal of Legal Studies*, vol. 13, p. 113-146

Feyerabend P., 1979, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Paris, Seuil

Franceinfo, 2021, « Covid-19 : la généralisation du couvre-feu à 18 heures privilégiées [*sic*] par l'exécutif », [https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/covid-19

-la-generalisation-du-couvre-feu-a-18-heures-privilegiees-par-l-executif_4256013.html], consulté le 29 mars 2022

Gadamer H.-G., 1996, *Vérité et méthode*, Paris, Seuil

Gibert M., 2015, *Voir sa viande comme un animal mort*, Longueuil, Lux Éditeur

Gordon P., 2020, « Why historical analogy matters », *The New York Review*, [https://www.nybooks.com/daily/2020/01/07/why-historical-analogy-matters/], consulté le 29 mars 2022

Grondin J., 2017, *L'herméneutique*, Paris, Presses universitaires de France

Gross O., Ni Aolain F., 2006, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press

Habermas J., 1987, *Logique des sciences sociales*, Paris, Gallimard

Habermas J., 1979, *Connaissance et intérêt*, Paris, Gallimard

Harari Y., 2020, « The world after coronavirus », *Financial Times*, [https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75], consulté le 29 mars 2022

Harris J., 1990, « Towards principles of overruling. When should a final court of appeal second guess? », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, n° 2, p. 135-199

Hayek F., 2007 [1973], *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses universitaires de France

Hennette-Vauchez S., 2022, *La démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*, Paris, Seuil

Hill L., 2018, « L'éthique du *care* et le souci du particulier : vers une épistémologie juridique féministe », *La revue des juristes de Sciences Po*, vol. 15, p. 163-176

Hofste R., Reig P., Schleifer L., 2019, « 17 countries, home to one-quarter of the world's population, face extremely high water stress », *World Resources Institute* [https://www.wri.org/insights/17-countries-home-one-quarter-worlds-population-face-extremely-high-water-stress], consulté le 29 mars 2022

Jonas H., 2015, *Pour une éthique du futur*, Paris, Payot & Rivages

Laugier S., 2009, *Wittgenstein : les sens de l'usage*, Paris, Vrin

Lemarié A., Pietralunga C., 2020, « "Nous sommes en guerre" : face au coronavirus, Emmanuel Macron sonne la "mobilisation générale" », *Le Monde*, [https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/03/17/nous-sommes-en-guerre-face-au-coronavirus-emmanuel-macron-sonne-la-mobilisation-generale_6033338_823448.html], consulté le 29 mars 2022

Mastor W., 2020, *L'art de la motivation. Substance du droit*, Paris, Dalloz

Meadows D., Meadows D., Randers J., 2012, *Les limites à la croissance (dans un monde fini)*, Paris, Rue de l'échiquier

Melinkoff D., 1963, *The language of the law*, Boston, Brown and Company

Mertz E., 2007, *The language of law school: Learning to think like a lawyer*, New York, Oxford University Press

Moyn S., 2020, « The Trouble with Comparisons », *The New York Review*, [https://www.nybooks.com/daily/202-

0/05/19/the-trouble-with-comparisons/], consulté le 29 mars 2022

Mucchielli J., 2020, « L'État d'urgence sanitaire, ses possibles dérives et la nécessité d'un contrôle », *Dalloz Actualité*, [https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-etat-d-urgence-sanitaire-ses-possibles-derives-et-necessite-d-un-controle], consulté le 29 mars 2022

National Aeronautics and Space Administration (NASA), 2021, « Scientific consensus: Earth's climate is warming », [https://climate.nasa.gov/scientific-consensus/], consulté le 29 mars 2022

Nicolas E., 2022, *L'assimilation en droit. Essai de philosophie de la technique juridique*, Paris, Dalloz

Nicolas E., 2018, *Penser les flux normatifs*, Paris, Mare & Martin

Ost F., 2009, *Le droit comme traduction*, Laval, Presses universitaires de Laval

Pocock J., 1957, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press

Posner E., Vermeule A., 2007, *Terror in the balance: Security, liberty, and the courts*, Oxford, Oxford University Press

Postema G., 2003, « Classical common law jurisprudence: Part 2 », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 3, n° 1, p. 1-28

Pros-Phalippon C., 2013, « La référence aux précédents de la juridiction », dans P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique*, Paris, Dalloz, p. 33-77

Reveillère V., 2017, *Le juge et le travail des concepts juridiques*, thèse soumise au jury pour approbation en vue de l'obtention du grade de docteur en sciences juridiques de l'European University Institute

Rosen J., 2004, « The naked crowd: Balancing privacy and security in an age of terror », *Arizona Law Review*, vol. 46, p. 607-619

Rourive I., 2000, « La rupture de la House of Lords avec un strict principe du *stare decisis* dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique », dans P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, p. 801-836

Samuel G., 2018, *Rethinking legal reasoning*, Cheltenham, Edward Elgar

Samuel G., 2016, « Imitation of life: Resonances between law and fact and fact and law », dans S. Taekema, B. Van Klink, W. de Been (dir.), *Facts and norms in law*, Cheltenham, Edward Elgar, p. 53-81

Samuel G., 2015, « Is legal reasoning like medical reasoning? », *Legal Studies*, vol. 35, n° 2, p. 323-347

Samuel G., 2008, « Is law really a social science? A view from comparative law », *The Cambridge Law Journal*, vol. 67, n° 2, p. 288-321

Samuel G., Legrand P., 2008, *Introduction au common law*, Paris, La Découverte

Savigny F. von, 2006, *De la vocation de notre temps pour la législation*, Paris, Presses universitaires de France

Schauer F., 2006, « Do cases make bad law? », *University of Chicago Law Review*, vol. 73, n° 3, p. 833-918

Schauer F., 1985, « Slippery slope », *Harvard Law Review*, vol. 99, n° 2, p. 361-383

Sherwin E., Alexander L., 2008, *Demystifying legal reasoning*, New York, Cambridge University Press

Sourioux J.-L., Lerat P., 1975, *Le langage du droit*, Bruxelles, Presses universitaires de France

Stengers I., Prigogine I., 1979, *La nouvelle alliance*, Paris, Gallimard

Stone J., 1959, « The ratio of the *ratio decidendi* », *The Modern Law Review*, vol. 22, n° 6, p. 597-620

Sunstein C., 1993, « On analogical reasoning », *Harvard Law Journal*, vol. 106, n° 3, p. 741-791

Sutter L. de, 2021, *Hors la loi. Théorie de l'anarchie juridique*, Paris, Les liens qui libèrent

Tassel E., 2020, « L'état d'urgence sanitaire est plus liberticide que l'État d'urgence classique », *L'Express*, [https://www.lexpress.fr/actualite/idees-et-debats/l-etat-d-urgence-sanitaire-est-plus-liberticide-que-l-etat-d-urgence-classique_2125123.html], consulté le 13 janvier 2022

Thibierge C., 2014, *La densification normative*, Paris, Mare & Martin

Tiersma P., 2013, « The textualization of precedent », *Notre Dame Law Review*, vol. 82, n° 3, p. 1187-1278

Toulmin S., 2003, *The use of arguments*, Cambridge, Cambridge University Press

Touzery M., 1997, « Les origines de l'impôt sur le revenu en France : de la monarchie aux républicains radicaux (xvii-xixe siècles) », *Revue belge de philosophie et d'histoire*, vol. 75, n° 4, p. 1027-1044

Wittgenstein L., 1958, *Philosophical investigations*, Oxford, Basil Blackwell

Zander M., 2004, *The law-making process*, 3e éd., Cambridge, Cambridge University Press

NOTES

1 Stéphanie Hennette-Vauchez évoque un phénomène de « contamination » ainsi qu'une « fuite en avant » (2022, p. 68-73).

2 Il s'appuie sur la philosophie de Martin Heidegger (Grondin, 2017, p. 48-64).

3 L'assimilation peut se définir comme une « analogie convaincante » (Nicolas, 2022).

4 C'est ce qui distingue l'assimilation de l'analogie (Nicolas, 2022, p. 69-72).

5 Sur le rapprochement entre droit et croissance organique, voir les travaux se situant au sein de la tradition évolutionniste (Pocock, 1957, p. 33 ; Berman, 1994, p. 1698 ; Ellliott, 1984 ; Cardozo, 1924).

6 *Regina v. Mirza* [2004] 1 AC 1118.

7 *Woodland v. Swimming Teachers Association* [2014] AC 537.

8 *Woodland v. Swimming Teachers Association* [2014] AC 582.

9 « Sans doute les difficultés n'apparaissent pas à première vue avec ce caractère pour deux raisons. D'abord les inconvénients d'une solution admise peuvent s'atténuer par l'accoutumance. L'instinct de l'imitation fait prendre longtemps une solution comme la moins mauvaise, jusqu'au jour où un penseur, un esprit à première vue paradoxal, fait pénétrer dans le public une solution nouvelle, que répand l'instinct d'imitation » (Demogue, 1911, p. 41-42).

10 Pour une défense de la pente glissante à partir de la reconnaissance des limites de notre langage à formuler des distinctions claires, voir les travaux de F. Schauer (1985).

11 « Au contraire du droit français, où la Cour de cassation se donne pour mission de circonscrire le sens du droit, la jurisprudence en *common law* se constitue comme "une pluralité de cas et d'exemples périodiques, d'indices et de suggestions, d'allusions et d'institutions, lesquels, d'une certaine manière, reportent toujours le moment de vérité" [...] » (Samuel, Legrand, 2008, p. 62). C. Sunstein considérait que cette capacité de « reporter le moment de vérité » qui est propre au raisonnement analogique avait un avantage rhétorique en construisant un consensus sur des particuliers plutôt qu'en le cherchant sur des règles générales où il est plus difficile à obtenir (1993, p. 782).

12 *Northern Securities Co v. United States* [1904] 193 US 197, 400.

13 *Ibid.*

14 *The Practice Statement* [1966] 3 All ER 77.

15 *Jones Appellant v. Secretary of State for Social Services* [1972] AC 944.

16 *Jones Appellant v. Secretary of State for Social Services* [1972] AC 966.

17 « *In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.* »

18 *British Railways Board v. Herrington* [1972] AC 877.

19 *Steadman v. Steadman* [1976] AC 536.

20 *Steadman v. Steadman* [1976] AC 542.

21 *Ross Smith v. Ross Smith* [1963] AC 280.

22 *Ross Smith v. Ross Smith* [1963] AC 303.

23 Article 3 de la loi n° 2017-510.

24 Cons. const., 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC.

25 CE, 21 mai 2021, n° 452330 ; CE, 29 janvier 2021, n° 448948.

26 Cons. const., 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC.

27 Cons. const., 11 mai 2020, n° 2020-800 DC.

28 Cons. const., 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC.

29 Articles L. 511-1 et L. 511-2 du Code de justice administrative.

30 CE, 18 mai 2020, n° 440442 et n° 440445.

31 CE, 13 juin 2020, n° 440846, n° 440856 et n° 441015.

32 CE, 18 mai 2020, n° 440366.

33 Cons. const., 15 janvier 2021, n° 2020-872 QPC.

34 Cass. crim., 14 avril 2021, n° 20-80.135.

35 Avis de l'avocate générale Madame Zientara, Cass. crim., 14 avril 2021, n° 20-80.135.

36 *Ibid.*

37 *Woodland v. Swimming Teachers Association* [2014] AC 537.

38 *Morgans v. Launchbury* [1971] 2 QB 245.

39 *Morgans v. Launchbury* [1971] 2 QB 253.

40 *Morgans v. Launchbury* [1971] 2 QB 254.

41 *Morgans v. Launchbury* [1973] AC 127.

42 Sur l'idée que le sens des concepts évolue, on peut songer aux travaux de V. Reveillère sur la formation des concepts en droit de l'Union européenne (2017, p. 194). Il n'est pas certain que cet auteur aurait accepté la distinction que nous faisons entre sciences dures et sciences sociales. Il fournit toutefois un excellent exemple d'évolution du sens des concepts en droit.

RÉSUMÉ

Français
Face à l'état d'urgence sanitaire, nombreux ont été les juristes à mettre en garde contre la pérennisation des dispositions édictées dans l'urgence.

Marqués par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 qui a fait entrer des dispositions de l'état d'urgence terroriste dans le droit commun, ils ont thématisé un argument de la pente glissante depuis la discipline juridique. En vertu de celui-ci, l'édiction de dispositions législatives et réglementaires dans une situation d'urgence tendrait à rendre normal et permanent ce qui devrait être temporaire et exceptionnel. Dans cette contribution, il s'agira de consolider cet argument en mettant en exergue l'existence d'un phénomène juridique de pente glissante. Pour ce faire, nous agirons comme si les mesures d'urgence étaient des précédents judiciaires. Cela nous permettra de mobiliser les théories de l'évolution de la jurisprudence et d'étudier la lente généralisation, dans le droit positif, des règles juridiques établies dans des circonstances exceptionnelles. L'intérêt de la démonstration est non seulement de défendre l'argument de la pente glissante, exposé par certains juristes contemporains, mais aussi d'envisager des moyens de faire face avec sobriété aux situations d'urgence, comme la crise sanitaire rencontrée aujourd'hui ou le désastre environnemental à venir.

INDEX

Mots-clés

pente glissante, raisonnement juridique, jurisprudence, précédent, common law, état d'urgence sanitaire

AUTEUR

Louis Hill

Doctorant, Sciences Po, École de droit, Paris, ATER en droit privé à l'Université de Lille ; louis.hill@sciencespo.fr

Varia

L'amplitude du droit, ressource pour la sociologie ? Réflexions à partir d'une enquête sur la médecine légale

Romain Juston Morival

PLAN

Introduction
1. Les médecins légistes : professionnels du droit, auxiliaires de justice ou intermédiaires du droit ?
   1.1. Des experts d'un genre particulier
   1.2. Des intermédiaires du droit
   1.3. Une approche pluraliste du droit au secours de l'analyse sociologique de la médecine légale
2. Que disent les batailles d'experts sur la médecine légale et la justice ? L'exemple de l'affaire *Adama Traoré*
   2.1. Un cas limite : une bataille d'experts
   2.2. Une affaire révélatrice d'une tension structurante de la discipline entre expertise et spécialité
   2.3. Une affaire préfiguratrice d'un changement de logiciel pour la médecine légale ?
Conclusion

TEXTE

Introduction

1 Discipline scientifique enchâssée dans un ensemble de règles juridiques et d'espaces judiciaires, l'expertise médico-légale est difficilement accessible pour le sociologue profane à la fois de la science médicale et du langage juridique. Ces difficultés concernent d'abord l'accès au terrain, verrouillé tant par le secret médical que par le secret d'instruction. Nous ne revenons pas sur ce point qui a déjà fait l'objet d'un article méthodologique (Juston, 2017a). Cet article aborde ces difficultés sous un angle davantage empirico-conceptuel autour du problème de la compréhension des enjeux soulevés par l'expertise médico-légale, notamment ceux relatifs à l'inscription de cette activité dans un cadre de référence juridique et judiciaire.

2 La question de la compréhension de la dimension technique ou juridique des phénomènes sociaux étudiés est largement balisée en sociologie des sciences comme en sociologie du droit, mais plus rarement posée dans les cas, comme celui de la médecine légale, où ces difficultés viennent se combiner. D'une part, les sociologues des sciences qui entendent « ouvrir la boîte noire » du travail scientifique sont confrontés à cette technicité qu'ils doivent savoir dépasser pour entreprendre sereinement le travail sociologique de description et de compréhension des phénomènes étudiés. En sociologie du droit, d'autre part, la difficulté est de ne pas en rester « face au droit », c'est-à-dire, dans la typologie proposée par Patricia Ewick et Susan Silbey (1998), du côté de ceux pour qui « la légalité est conçue et vécue comme si elle était une sphère séparée de la vie sociale ordinaire : discontinue, distincte, néanmoins prévisible et faisant autorité. […] Le droit est perçu comme un espace sérieux et consacré dans lequel les enjeux du monde ordinaire sont transfigurés et deviennent plus importants » (Ewick et Silbey, 2004, p. 132, cités par Israël, 2012, p. 141).

3 Le travail de thèse sur lequel s'appuie cet article est sensiblement différent des études sur deux Cours « suprêmes » dans lesquelles les sociologues sont restés, selon Liora Israël, « face au droit » (2012). En effet, il porte moins sur une instance judiciaire que sur un groupe professionnel intervenant à diverses séquences de la justice pénale pour des « petites » affaires (compatibilité à la garde-à-vue, certificat d'incapacité totale de travail [ITT]) comme des « grandes » (crimes et procès d'assises). De plus, le fait que cette activité technique soit produite à destination d'acteurs judiciaires a facilité la compréhension de la façon dont les experts font référence à des règles, des acteurs, des pratiques et des objets issus du monde du droit. L'enquête a ainsi d'abord consisté en une description fine de ces agencements entre science et droit suivant une approche « constitutive » du droit « sensible à la fois à la manière dont le droit constitue du social et est constitué par lui » (Hunt, 1993 ; Israël, 2008, p. 390).

4 Le groupe professionnel des médecins légistes est à la fois célèbre et méconnu. Célèbre au sens où les experts sont souvent mis en scène, mais méconnu puisqu'aucun travail de sociologie n'avait pris pour objet leurs activités, pourtant décisives dans les décisions judiciaires prises en matière de faits de violences.

5 Ce texte revient sur la difficulté à intégrer la dimension juridique à l'analyse sociologique du monde médico-légal, de ses acteurs et de leurs pratiques. Ainsi, la difficulté d'intégrer le droit s'est posée dans chacun des différents chantiers de la thèse, quoique de manière différenciée, ce qui permet ici de déplier une large gamme des modes de présence du droit rencontrés dans l'enquête sociologique. Cet article montre ainsi que prendre le droit au sérieux est efficace dès lors qu'y est adossée une approche ouverte aux manifestations du droit, depuis les textes jusqu'aux contextes, des codes aux corps, des règles au jeu. Une première manière d'exposer l'amplitude du droit saisie ici est de présenter brièvement les trois chantiers de l'enquête au prisme du rôle qu'a joué, dans l'analyse, l'appréhension des phénomènes juridiques et judiciaires (voir encadré 1).

Encadré 1 : Le droit dans tous ses états : les chantiers de la thèse

La thèse a consisté à poursuivre ensemble trois chantiers distincts dont l'articulation réside dans l'étude de la rencontre de la science et du droit et, plus précisément, dans l'analyse de la médecine légale comme en tension entre deux ordres de références : les rubriques d'expertise judiciaire et les spécialités médicales (Juston, 2020). Ces trois chantiers concernent respectivement l'organisation de la médecine légale, les parcours des médecins légistes et la confection des preuves médico-légales.

Le premier niveau renvoie à la description et à l'analyse du cadre réglementaire de la médecine légale en France et de ses évolutions contemporaines. Celui-ci s'est imposé comme central dans la compréhension du travail médico-légal dans la mesure où les quatre années pendant lesquelles l'enquête s'est déroulée ont été encadrés par deux réformes de la médecine légale qui l'ont successivement fait entrer à l'hôpital *via* la généralisation des services

hospitaliers de médecine légale (réforme du « schéma directeur de la médecine légale ») et instituée comme spécialité médicale à part entière (réforme des études médicales de 2017 instaurant de nouvelles spécialités médicales). Autrement dit, la thèse a été concomitante d'un processus de professionnalisation de la médecine légale, celle-ci étant effectuée à l'hôpital dans des services dédiés par des médecins experts en passe de devenir des spécialistes de cette discipline.

Le deuxième niveau consiste à comprendre comment les rapports au droit pluriels des médecins légistes contribuent à façonner leur manière d'appréhender leur travail. Cette question était d'autant plus centrale dans le contexte étudié où la médecine légale n'était alors pas une spécialité à part entière mais un domaine pratiqué par des médecins issus d'horizons extrêmement variés. La thèse a ainsi exploré l'hypothèse selon laquelle les différentes spécialités d'origine des médecins légistes orientent différemment la manière dont ils conduisent leur expertise, en raison d'un rapport au droit intimement lié à la façon dont ils ont appris à exercer la médecine avant de devenir légistes (Juston, 2018a).

Le troisième niveau vise à expliquer comment se fabriquent, du laboratoire au tribunal, des preuves médico-légales. La présence du droit en salle d'autopsie ou dans le cabinet médical ne se réduit alors pas aux textes juridiques qui cadrent les pratiques des médecins, mais renvoie à des ingrédients matériels, comme les éléments narratifs apportés par les enquêteurs en cours d'autopsie et qui orientent le scalpel du médecin (Juston, 2016), ou bien les plaintes des patients diversement intégrées à la mesure de la gêne fonctionnelle dans les certificats d'ITT (Juston, 2018b).

> Ainsi il s'est agi de saisir le droit dans toute son amplitude, de ses formes les plus institutionnelles aux façons par lesquelles il oriente les pratiques, et que l'on nomme ici légalités ordinaires (Ewick et Silbey, 1999). Dans notre thèse, le droit est apparu de manière diverse à travers les réformes, les formations, les échanges en salle d'autopsie, les rapports à ce qu'il est légitime ou non d'intégrer dans l'ITT, le positionnement vis-à-vis des demandes judiciaires sur la détermination d'âge des personnes isolées, le statut des victimes de violences conjugale et, bien sûr, l'usage des expertises au procès.

6 En s'attachant à décrire une activité d'expertise, les attributs de ceux qui la réalisent et le cadre dans lequel elle s'inscrit, cette recherche visait moins à étudier le droit de la preuve qu'à éclairer le processus d'intermédiation à travers lequel les experts médico-légaux participent à la transformation de preuves scientifiques en preuves judiciaires. Cet article détaille cette problématisation des médecins légistes comme des intermédiaires du droit et démontre son caractère heuristique pour saisir le droit en action. En effet, cette perspective de recherche permet de saisir toute l'amplitude du droit en matière d'expertise médico-légale, depuis les règles juridiques encadrant la discipline jusqu'aux légalités ordinaires façonnant les pratiques des experts. Pour ce faire, la première section détaille comment l'appréhension du droit a été facilitée par la nature de ce groupe professionnel situé à l'intersection des sciences, du droit et des professions (1). L'article discute ensuite de cette amplitude du droit à partir du cas de l'affaire *Adama Traoré* au prisme des batailles d'experts auxquelles, cinq ans après, elle continue de donner lieu (2). En définitive, on défend ici que, si le droit est une contrainte de départ pour le sociologue non juriste, l'amplitude de ces modes en présence dans l'enquête constitue une ressource pour la compréhension de phénomènes sociaux qui y sont rattachés.

1. Les médecins légistes : professionnels du droit, auxiliaires de justice ou intermédiaires du droit ?

1.1. Des experts d'un genre particulier

7 Les médecins légistes sont des auxiliaires de justice d'un type particulier si on les compare aux experts judiciaires saisis occasionnellement par le juge[1]. En effet, ils exercent fréquemment cette activité à titre principal dans des services hospitaliers de médecine légale. Sans être des professionnels du droit, leur formation dans ce champ étant souvent extrêmement limitée, ils apportent quotidiennement leur concours à la justice. La figure du « médecin légiste » constitue un objet judiciaire non identifié et un objet sociologique pluriel. La diversité des « situations d'expertise » (Fritsch, 1985)[2] peut être éclairée par l'exploration de la tension entre deux modèles antagonistes, celui de l'*expertise judiciaire* et celui de la *spécialité médicale*. Envisagé sous l'angle de l'expertise, le médecin réquisitionné par le juge est d'abord un *expert judiciaire en médecine légale*, comme il en existe par exemple en architecture, en psychiatrie et dans un grand nombre de spécialités techniques et scientifiques. Saisi à partir de la grille des spécialités médicales, le médecin légiste est, par contraste, d'abord un *spécialiste de médecine légale*, professionnel de la discipline et doté de titres universitaires lui permettant d'avoir une inscription hospitalière ou hospitalo-universitaire dans cette spécialité. En fait, la médecine légale est *davantage qu'une rubrique d'expertise* et *moins qu'une spécialité médicale* (voir encadré 2).

Encadré 2. L'expertise médico-légale entre expertise judiciaire et spécialité médicale

La médecine légale n'est pas une spécialité médicale, mais correspond, dans le cursus de formation des médecins légistes, à une sur-spécialisation. Jusqu'à la réforme des études médicales de 2017, un étudiant ne pouvait donc pas, à la suite de l'examen classant national (ECN), choisir la médecine légale comme spécialité à laquelle se former pendant l'internat. Autrement dit, tous les médecins légistes rencontrés pendant la thèse (une cinquantaine environ) ont une spécialité médicale qui correspond à l'obtention d'un diplôme d'études spécialisées (DES) dans un large éventail de spécialités médicales.

Les légistes rencontrés se sont donc formés à la médecine légale en parallèle ou à la suite de leur internat. Avant la réforme de 2017, deux diplômes existaient : un diplôme d'études spécialisées complémentaires (DESC) et une capacité de pratiques médico-judiciaires. Le DESC de médecine légale correspondait à une formation sélective complémentaire à la formation de l'internat. Il durait deux ans et s'achevait généralement deux ans après l'obtention d'un DES. La capacité de pratiques médico-judiciaires pouvait être suivie par les docteurs en médecine à n'importe quel moment de leur carrière, et s'apparentait à une formation continue à la médecine légale. Ces deux diplômes ont remplacé au cours des années 1990 l'ancien certificat d'études spécialisées (CES) de médecine légale, supprimé comme les autres CES en 1984 au moment de la réforme dite de l'internat qualifiant. Une réforme a conduit, à partir de la rentrée 2017, à la suppression des DESC et à la création de DES visant à le remplacer. La médecine d'urgence et la médecine légale, par exemple, sont devenues ainsi des spécialités médicales, et les légistes sont alors devenus « spécialistes » de cette discipline.

8 D'un point de vue théorique, et en adéquation avec le projet de rendre compte de la façon dont les dynamiques professionnelles et les dynamiques du travail concret gagnent à être pensées en référence au droit, une perspective heuristique sur les légistes est de les considérer comme un cas typique de ce que Jérôme Pélisse (2014) appelle les « intermédiaires du droit ».

1.2. Des intermédiaires du droit

9 Évoluant aux marges de la science, du droit et des professions (Pélisse, Protais, Larchet, Charrier, 2012), les experts médico-légaux peuvent être problématisés comme des intermédiaires du droit qui, « sans en être des professionnels, s'y confrontent et l'utilisent au quotidien dans leurs activités » (Drais et Pélisse, 2017, p. 237 ; Pélisse, 2018 ; Talesh et Pélisse, 2019). Cette problématisation peut être vue comme un prolongement des travaux issus du champ des Science & Technology Studies (STS) sur l'expertise judiciaire. Les thèses STS, en effet, se sont construites en particulier sur un déplacement de focale de la science à l'expertise. Ce qui se joue dans ce passage, ou pour le dire autrement, la différence entre un expert judiciaire et un scientifique, c'est au fond le résultat central des STS : « l'expert *construit* – et non pas seulement *découvre* – les connaissances sur lesquelles il fonde son avis, et [...] il est à la fois analytique et normatif » (Jasanoff et Leclerc, 2013). Étudier l'expertise sous l'angle de la sociologie des sciences implique alors de ne pas réduire l'expertise à un acte technique. Au contraire, il s'agit de rendre compte de cette activité dans ses hybridations qui, bien qu'elles existent dans toute activité scientifique (Latour, 2001 [1984]), sont exacerbées dans celles ayant des profanes pour audience. Prenons l'exemple du contrôle par les pairs qui, si l'on souhaite s'assurer de l'honnêteté des experts, ne suffit pas dans le cas de l'expertise. Pour Jasanoff, « le passage de la science à l'expertise, et du savoir au jugement, déjoue cette croyance simpliste. Faire peser sur quelqu'un la responsabilité de dire la vérité, ce n'est pas la même chose que de lui demander d'exercer un jugement ». La différence entre un scientifique et un expert est alors que ce dernier évolue aux frontières de la science qui sait et du droit qui juge. L'expert n'est pas un scientifique comme les autres : il fait l'objet d'un label différent (Jasanoff et Leclerc, 2013, p. 153) et d'un rôle spécifique, celui de « personnes possédant des capacités d'analyses fondées sur

la pratique et l'expérience, et non celui de porte-parole d'une vérité donnant un accès immédiat à des faits vérifiables ».

10 Faire une sociologie des intermédiaires est un complément utile à une sociologie du groupe professionnel des médecins légistes, dès lors que les professionnels qui le constituent ont un rôle d'intermédiation (soit qu'ils traduisent le droit en règles pratiques, soit qu'ils équipent le droit de savoirs experts). Dans des travaux récents, Jérôme Pélisse met en avant cette notion d'intermédiaire du droit et propose de façon inédite de théoriser comme telle une figure que l'on croise sous des formes empiriques variées dans divers domaines de la sociologie. La notion désigne « non pas un ensemble délimité de professions, mais bien des rôles à l'intérieur d'organisations ou de collectifs de travail » (Pélisse, 2014, p. 10). Même si le mémoire d'habilitation à diriger les recherches, où cette notion est forgée, ne traite pas des experts judiciaires, ceux-ci sont éligibles à la notion d'intermédiaire du droit sous une certaine acception. De manière générale, « les intermédiaires du droit sont des professionnels qui développent des activités à la charnière entre le droit et les acteurs dont ils s'occupent, sans être toutefois des juristes (au sens de leur formation comme de l'identification de leur poste ou de leur rôle) » (Pélisse, 2014, p. 222). Quant aux experts judiciaires :

> « Ces derniers sont *a priori* une figure des intermédiaires du droit tant les experts judiciaires en France, nommés par des juges pour les éclairer sur les faits, ne peuvent faire profession de leurs activités d'expertise de justice, tout en devant être des professionnels reconnus dans leurs spécialités. Il s'agit toutefois moins pour ces intermédiaires de contribuer à la mise en œuvre du droit, que, en tant qu'auxiliaires de justice (comme sont aussi dénommés les avocats ou les huissiers), à aider le juge. Les experts judiciaires ont donc moins pour fonction de traduire le droit auprès des profanes que de traduire la technique et la science auprès des professionnels du droit, et en particulier des juges. D'où le fait qu'il s'agit d'intermédiaires du droit différents (car inclus dans la sphère de la justice et du droit et ne contribuant pas à mettre en œuvre le droit) de ceux que j'ai examinés dans la réflexion proposée ici. » (Pélisse, 2014, p. 222).

11 Le fait que les experts judiciaires (et les médecins légistes) ne mettent pas en œuvre le droit ne les exclut pas d'office de la catégorie d'intermédiaires du droit. Seulement, ces derniers ne sont pas des collaborateurs *occasionnels* de justice, en ce sens qu'ils travaillent exclusivement et quotidiennement à la réalisation d'expertises médico-légales (définies au sens large comme une activité médicale sur réquisition judiciaire). Ils aident donc le juge au quotidien et manipulent le droit qu'ils participent à cadrer par leurs pratiques. C'est la raison pour laquelle on propose d'y voir des intermédiaires du droit, d'une façon finalement plus proche des médecins du travail tels que Nicolas Dodier les a étudiés ou des psychologues du travail étudiés par Robin Stryker (Stryker, Docka, Wald, 2011 ; Stryker, 2011), que des experts judiciaires travaillant occasionnellement pour la justice. En effet, la sociologie de l'expertise judiciaire et la sociologie de la médecine légale ne visent pas le même assemblage. Les travaux sur l'expertise posent la question des relations entre activités principales et expertales (Pélisse, Protais, Larchet, Charrier, 2012, p. 37) et, partant, analysent les prolongements et les discordances suscités par cette mise en relation (Pélisse, Protais, Larchet, Charrier, 2012, p. 47 et suiv.). Par contraste, notre étude sur la médecine légale substitue à l'approche synchronique des diverses activités des experts une approche diachronique de leur parcours qui les a fait passer de la formation à une spécialité médicale donnée à l'exercice de l'expertise.

12 La grille offerte par la notion d'intermédiaires du droit renvoie à certains rôles remplis par les médecins légistes lorsque ces derniers apportent des éléments venant nourrir des procédures formalisées (le nombre de jours d'ITT qui est une évaluation de la violence entraînant un type de procédure enclenchée au parquet) ou apporter un élément de preuve au dossier (l'autopsie qui permet d'expliquer les causes de décès). La notion est utile, en particulier, pour rendre compte de *la socialisation des experts*. Éclairer quotidiennement le juge et renoncer à une pratique thérapeutique oblige à se socialiser au droit et à la justice, puisque le droit constitue un socle de connaissances, et plus largement un vivier de médiations et d'outils que les médecins peuvent mobiliser au cours de leurs explorations des corps violentés. Rendre compte de ces processus de socialisation et de la manière dont l'apprentissage du métier de médecin se combine avec la socialisation au droit et à la justice permet de comprendre les

variations observées autrement qu'en les plaquant directement sur les situations, mais en les articulant à des attributs plus durables des médecins (Juston, 2018a)[3].

1.3. Une approche pluraliste du droit au secours de l'analyse sociologique de la médecine légale

13 Raisonner en termes d'intermédiaire du droit invite à ne pas réduire le droit aux textes pour le saisir dans les pratiques, suivant une ligne de recherche devenue classique en sociologie du droit (y compris dans sa « *French Touch* », voir Commaille, 2021). Prêter attention aux légalités ordinaires, aux ingrédients de la pratique, aux horizons d'attente variés que les uns et les autres font peser sur le dispositif médico-légal permet de ne pas rester face au droit et de l'envisager dans des formes plurielles, d'une part, et, d'autre part, de restituer ce cadrage normatif dans la pluralité des autres cadres de la pratique, scientifique, organisationnel, etc.

14 On peut faire l'hypothèse que saisir ces différentes manifestations du droit a constitué moins un obstacle pour la démarche sociologique qu'une ressource relativement simple à mobiliser en raison de la nature de l'expertise médico-légale. Le fait pour les légistes de ne pas être des professionnels du droit et la nécessité pour eux de traduire les énoncés techniques de leur expertise implique que le coût d'entrée en matière de compréhension des enjeux techniques et juridiques pour le sociologue a été réduit. Les médecins légistes, en tant qu'intermédiaires du droit, mettent au service de la justice leur expertise scientifique en rendant celle-ci accessible, claire et mobilisable par des profanes. Ils sont en cela un client idéal pour le sociologue qui est potentiellement profane de la science comme du droit. S'agissant d'expertise plutôt que science, et d'auxiliaires de justice non professionnels du droit, les difficultés qui se posent en sociologie des sciences ou en sociologie du droit se sont posées ici à bas bruit.

15 Pour résumer, le travail d'intermédiation réalisé par les légistes invite à embrasser une approche pluraliste du droit qui a facilité la compréhension des enjeux attachés à la fabrique des expertises et à leur usage par les juges. Il reste, au-delà de ce portrait statique du légiste

en intermédiaire du droit, à saisir ce groupe professionnel de manière dynamique, dans la mesure où l'expertise médico-légale a connu d'importantes transformations ces dix dernières années. Pour cela, tournons-nous vers un cas limite de controverses autour des rapports médico-légaux.

2. Que disent les batailles d'experts sur la médecine légale et la justice ? L'exemple de l'affaire *Adama Traoré*

16 L'affaire *Adama Traoré* est ici intéressante pour éclairer trois modes de présence du droit à travers trois dynamiques actuelles de la médecine légale en cours sur les trois niveaux constitutifs des chantiers de la thèse (voir *supra*, encadré 1). Parce qu'elle fait entrer une certaine forme d'expertise de parties dans le procès pénal, elle invite à réfléchir à des possibles transformations de l'organisation de la médecine légale. Parce qu'elle distingue des médecins aux spécialités médicales variées, elle questionne le processus de spécialisation de la médecine légale achevé en 2017 par la création d'une spécialité de « médecine légale et d'expertise médicale ». Enfin, parce que se sont succédé pas moins de dix expertises et contre-expertises médicales, elle éclaire la dynamique de la preuve médicale dans le procès pénal. Ainsi, ce cas limite renseigne les évolutions de la discipline, ses critiques et ses reconfigurations possibles.

2.1. Un cas limite : une bataille d'experts

17 Les batailles d'experts médico-légaux dans les procès français sont rares pour deux types de raison. La première est procédurale et tient au cadre juridique français de l'expertise du juge (c'est-à-dire de l'expert mandaté par le juge) qui implique que les contre-expertises sont peu fréquentes. La seconde a à voir avec la nature des savoirs médico-légaux qui les range plutôt du côté des sciences naturelles dans la géométrie expertise/décision mise au jour par Dumoulin (2007) et les distingue fortement d'autres expertises souvent discutées, comme l'expertise psychiatrique par exemple (Protais, 2016) [4].

18 L'affaire *Adama* tranche avec la fluidité habituelle de cette articulation entre expertise médicale et jugement [5]. Depuis le décès d'Adama Traoré à la suite de son interpellation le 19 juillet 2016, l'affaire du même nom a donné lieu à une dizaine d'expertises médicales. Celles-ci sont extrêmement diverses quant à leur commanditaire (le juge, la famille de la victime), leur objet (le corps de la victime ou les dossiers qui ont été produits à son propos) et leurs résultats quant aux causes de la mort (incriminant les policiers ou écartant leur responsabilité au profit de la prise en compte d'un état de santé antérieur).

19 Comment comprendre cette inflation d'expertises médicales et la bataille d'experts qui l'accompagne, alors que le système judiciaire pénal français repose sur le modèle de l'expert du juge, indépendant vis-à-vis des parties ? Les caractéristiques de ce modèle sont en effet censées tendre vers la réalisation d'une expertise unique, s'imposant comme seul discours légitime d'un point de vue technique : indépendant des parties, l'expert doit produire un discours objectif ; simple bras droit technique du juge, il ne lui revient pas de tirer les conséquences judiciaires des faits qu'il exhibe. Dans ce modèle, c'est alors au juge d'apprécier le rapport d'expertise dans un ensemble plus large où interviennent également les données d'enquêtes et les textes issus des codes. Le dispositif judiciaire digère ainsi les expertises dans des séquences supposées étanches, où doit succéder au travail technique de l'expert le travail judiciaire des acteurs du parquet, de l'instruction et du procès. La sociologie de l'expertise a montré que cette approche séquencée qui part de l'expertise pour aboutir à la décision ne résiste pas à une analyse précise des échanges entre juges et experts, mais elle montre néanmoins la prégnance d'une croyance partagée dans l'objectivité de l'expertise. Cette force de l'expertise – qui s'appuie sur la légitimité technique des experts et sur leur indépendance vis-à-vis des parties – protège bien souvent les experts des corps des batailles d'experts.

20 L'affaire *Adama Traoré* soulève alors une énigme, puisque le corps ne parle pas uniquement par la voix de l'expert du juge. Le procureur, d'abord, traduit le premier rapport d'une façon controversée, oubliant toute référence à l'asphyxie subie et mettant en valeur l'hypothèse d'une « infection très grave » antérieure aux faits. Cette interprétation erronée de la science par le magistrat explique que l'affaire a été « dépaysée » vers un autre tribunal. Ensuite, et surtout, d'autres

experts médicaux, pas tous médecins légistes, ont fait parler le corps d'Adama Traoré, certains insistant sur les syndromes asphyxiques et reliant de toute évidence l'asphyxie à la pression subie par les corps des gendarmes au cours de l'interpellation, et d'autres travaillant l'hypothèse de causes infectieuses ayant provoqué l'asphyxie du jeune homme.

2.2. Une affaire révélatrice d'une tension structurante de la discipline entre expertise et spécialité

21 Pour bien comprendre les conditions de possibilités de cette variation dans le discours médical, il faut replacer ces différentes expertises dans le cadre procédural dont elles relèvent, et, au-delà, dans des formes de légitimités de natures différentes.

22 Les rapports relevant de ce qu'on appellera ici l'expertise judiciaire ou l'expertise médico-légale sont produits dans le cadre de l'expertise du juge détaillée ci-dessus : ce sont les rapports d'autopsies des médecins légistes commandés par les juges relevant des deux juridictions ayant successivement hébergé l'affaire. Exerçant dans des instituts médico-légaux spécialisés dans l'autopsie médico-légale, ces médecins légistes tirent leur légitimité de leur capacité éprouvée à éclairer le juge sur un fait technique. Au fond, c'est le métier de ces médecins que d'éclairer quotidiennement le juge sur des aspects techniques relatifs à des morts suspectes, ainsi que sur des faits de violence subie par des victimes vivantes. Ce sont d'ailleurs souvent ces mêmes médecins qui établissent les fameux certificats d'ITT (incapacité totale de travail) qui permettent au magistrat du parquet d'évaluer la gravité des faits. Pour résumer, la légitimité des experts médico-légaux, appelés aussi médecins légistes, relève de la science autant que du droit.

23 Ces premières expertises judiciaires ou médico-légales sont à distinguer des expertises médicales effectuées sur demande de la famille qui, dans le cas de l'affaire *Adama Traoré*, a réussi à produire un certain nombre de certificats médicaux dont les conséquences qu'on peut en tirer sur un plan juridique sont de nature à incriminer les policiers. Ces rapports médicaux indiquent par exemple que la mort

fait directement suite à un écrasement de la cage thoracique de la victime en écartant toute autre cause pathologique. Comment expliquer que deux médecins face à un même cas produisent des rapports dont les conséquences à tirer sur le plan des faits varient du tout au tout ? Sans doute car l'expertise des médecins effectuée sur demande de la famille tient moins dans leur capacité à travailler comme bras droits techniques du juge qu'à posséder un ensemble de savoirs spécialisés leur permettant ici d'écarter l'hypothèse de la cause pathologique. En définitive, la légitimité des savoirs médicaux de ces médecins qui ne sont ni experts judiciaires ni médecins légistes relève moins du droit que de la science.

24 Au-delà des types de savoirs et de savoir-faire qui distinguent ces deux formes d'expertise, il faut ajouter une différence fondamentale au nom de laquelle les secondes sont souvent reconnues comme moins légitimes. Les rapports médicaux produits sur demande directe de la famille de la victime ne sont pas sans rappeler un autre modèle, celui à l'œuvre dans les pays de Common Law comme les États-Unis, où la conception de l'expertise est tout autre en matière de droit pénal. La vérité n'émerge pas d'un rapport d'expert nommé par le juge et, par là même indépendant vis-à-vis des parties, mais du débat contradictoire entre experts de parties ayant parfois une lecture des corps extrêmement différente. Si, dans ce cadre, un rapport médical du type de ceux produits par la famille Traoré est tout à fait admissible, il s'intègre moins aisément au modèle français de l'expertise du juge.

25 C'est au fond cette contradiction qui explique en partie l'inflation du nombre d'expertises dans cette affaire. Ces expertises ne sont pas exploitables par le juge au même titre qu'un rapport médico-légal d'un expert mandaté par ses soins. Néanmoins, il arrive que le juge tire les conséquences de ces nouveaux éléments médicaux… en commandant une nouvelle expertise médico-légale. C'est notamment ce qui s'est passé ici autour de l'expertise de synthèse qui ne vise pas à produire de nouvelles opérations d'expertise proprement dite, mais à faire le point sur un dossier en rassemblant et en discutant toutes les pièces médicales et médico-légales produites sur un cas.

26 Faut-il écarter d'un revers de la main les expertises médicales produites en dehors du cadre juridique de l'expertise judiciaire et de

ce qu'on appelle en France la médecine légale, c'est-à-dire, les expertises médicales effectuées à la demande des familles ? Pas nécessairement, si on admet qu'elles peuvent également participer à la manifestation de la vérité. Cette hypothèse déborde alors largement le cas de l'affaire *Adama Traoré*. Elle tient en fait à une ambivalence fondamentale de la médecine légale en France.

27 Cette ambivalence renvoie à l'impossibilité à travers les siècles de doter la médecine légale et le médecin légiste d'une définition claire et stabilisée. En effet, les médecins légistes en France sont difficiles à saisir car ils ne sont ni des experts judiciaires au sens strict du terme ni des médecins spécialistes en médecine légale. Ce statut d'entre deux a perduré jusqu'à la réforme des études médicales de 2017 qui crée des diplômes d'études spécialisées pour plusieurs disciplines médicales, dont la médecine légale.

28 Pour autant, la médecine légale n'est pas non plus une rubrique d'expertise judiciaire au même titre que toutes les autres, comme l'expertise psychiatrique, l'expertise en économie et en finances, l'expertise en bâtiment, etc. En effet, en France, l'expertise judiciaire s'est construite autour de l'idée que l'expert doit être un collaborateur *occasionnel* du juge et qu'il doit, pour ne pas être coupé de sa discipline d'origine, continuer d'exercer, la psychiatrie, la comptabilité ou les métiers d'ingénieurs en bâtiment. Or, les médecins légistes en France n'exercent souvent pas d'autres spécialités. Ils sont des professionnels de la médecine légale exerçant dans des services hospitaliers de médecine légale.

29 Ni rubrique d'expertise judiciaire ni spécialité médicale, la médecine légale est au fond tiraillée par une tension entre ces deux ordres de références à partir desquels on saisit habituellement la médecine et l'expertise. Par suite, les rapports médico-légaux sont eux-mêmes tendus entre une exigence d'indépendance et d'objectivité, d'une part, et, d'autre part, une référence à des attentes en matière de spécialisation des savoirs. Or, c'est exactement cette tension qui est apparue clairement dans l'affaire Adama Traoré, au fil des expertises médicales et judiciaires.

2.3. Une affaire préfiguratrice d'un changement de logiciel pour la médecine légale ?

30 Ainsi, le modèle français de l'expertise du juge ne protège absolument pas le rapport du médecin légiste de toute critique, que celle-ci soit interne et appuyée sur l'arsenal des expertises complémentaires et des contre-expertises décidées par le juge, ou à l'initiative d'une des parties qui, par le recours à des expertises médicales, peuvent relancer de nouvelles opérations d'expertises. Que l'expert du juge soit mis à l'épreuve par d'autres experts médicaux n'est pas une chose mauvaise en soi, mais plutôt le prix à payer d'une expertise judiciaire qui, à mesure qu'elle se professionnalise autour d'un corps professionnel de médecins légistes habitué à produire des rapports robustes pour la justice, s'éloigne parfois d'un panel de spécialisations médicales utiles pour saisir des cas complexes alors que le regard d'un médecin spécialiste peut s'avérer précieux. Cette tension entre des exigences judiciaires et des exigences techniques est au fond indépassable : elle implique que, pour que la justice soit rendue, le juge puisse tirer profit d'expertises médicales diverses, non forcément rabattues sur le strict plan de l'expertise médico-légale.

31 Cette tension fondamentale de la médecine légale entre expertise et spécialité pose alors des questions pratiques : comment, par exemple, accueillir des enfants victimes de maltraitance ? Si le sens des réformes laisse penser que c'est au médecin légiste de le faire, modulo éventuellement l'acquisition *ex post* d'une compétence pédiatrique, certains pédiatres revendiquent un monopole en la matière. Ils contestent la référence exclusive à une nécessité d'administration de la preuve et insistent sur l'impératif de la prise en compte du bien-être de l'enfant. Les violences sur mineurs concernent aussi bien les légistes en tant qu'experts de la violence que les pédiatres en tant que spécialistes de l'enfant. Des représentants des deux domaines se sont unis en 2016 pour forger la Société française de pédiatrie médico-légale (SFPML), mais les difficultés qu'a rencontrées cette société savante pour s'installer dans le paysage médico-légal (Juston, 2018c) témoignent de l'ambivalence fondamentale que conservent les actes d'expertise comme de l'opportunité d'apporter un correctif à une

réforme qui entend subsumer l'ensemble de la médecine sur réquisitions, sous l'égide du médecin légiste et de lui seul.

Conclusion

32 Ce texte a détaillé ce que suppose et permet une problématisation des experts comme des « intermédiaires du droit ». Ce faisant, on a donné à voir le surplus d'une démarche sociologique attentive à saisir le droit de façon pluraliste, dans les codes comme dans les corps, dans les textes, comme dans les gestes. L'affaire *Adama Traoré* en a donné une illustration du point de vue des dynamiques en cours de la médecine légale dont les réformes successives des années 2010, si elles ont conduit à professionnaliser ce groupe en suivant la logique de la spécialité médicale plutôt que celle de l'expertise judiciaire, apparaissent alors comme fragiles et révisables.

BIBLIOGRAPHIE

Commaille J., 2021, « La *French Touch* de la recherche sur le droit », *Droit et société*, vol. 107, n° 1, p. 203-225

Drais E., Pélisse J., 2017, « Gérer les risques au travail : place et rôle du droit dans le domaine des risques sanitaires. Introduction au dossier », *Droit et société*, vol. 96, n° 2, p. 235-240

Dumoulin L., 2007, *L'expert dans la justice : de la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Économica

Ewick O., Silbey S., 2004, « La construction sociale de la légalité » (traduction de G. Cassan *et al.*), *Terrains & travaux*, vol. 6, n° 1, p. 112-138

Ewick O., Silbey S., 1998, *The common place of law: Stories from everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press

Fritsch P., 1985, « Situations d'expertise et "expert-système" », dans *Situations d'expertise et socialisation des savoirs*, actes de la table ronde organisée par le CRESAL, Saint-Étienne, p. 17-47

Hunt A., 1993, *Explorations in law and society: Toward a constitutive theory of law*, New York, Routledge

Israël L., 2012, « Conseils de sociologues. Bruno Latour et Dominique Schnapper face au droit », *Genèses*, vol. 87, n° 2, 2012, p. 136-152

Jasanoff S., Leclerc O., 2013, *Le droit et la science en action*, Paris, Dalloz

Juston Morival R., 2020, *Médecins légistes. Une enquête sociologique*, Paris, Presses de Sciences Po

Juston R., 2018a « Devenir expert, rester médecin ? Les effets de la spécialité médicale sur l'exercice de la médecine légale », vol. 60, n° 3

Juston R., 2018b, « Des maux et des chiffres. L'évaluation des incapacités en médecine légale du vivant », *Sciences sociales et santé*, vol. 39, n° 4, p. 41-64

Juston R., 2018c, « Les enfants d'abord ? La prise en charge médico-légale des mineurs entre soin et expertise », *Anthropologie et santé*, vol. 17

Juston R., 2017a, « Déplier le dispositif. La mobilité du chercheur comme ressource pour l'étude de l'expertise médico-légale », *SociologieS*, [http://sociologies.revues.org/6465], consulté le 16 décembre 2021

Juston R., 2017b « Les médecins légistes : un groupe professionnel segmenté entre expertise judiciaire et spécialité médicale », *Déviance et société*, vol. 42, n° 3, p. 387-413

Juston R., 2016, « Comment une tache de sang devient-elle une preuve ? Ingrédients et recettes des preuves médico-légales », *Droit et société*, vol. 93, n° 2, p. 395-416

Latour B., 2001 [1984], *Pasteur : guerre et paix des microbes*, Paris, La Découverte

Pélisse J., 2018, « Travailler le droit : lectures et perspectives sociologiques », *Revue française de sociologie*, vol. 59, n° 1, p. 99-125

Pélisse J., 2014, *Le travail du droit. Trois enquêtes sur la légalité ordinaire*, mémoire original pour l'habilitation à diriger les recherches, sous la direction de D. Demazière, soutenue le 8 décembre 2014

Pélisse J., Protais C., Larchet K., Charrier E., 2012, *Des chiffres, des maux et des lettres : une sociologie de l'expertise judiciaire en économie, psychiatrie et traduction*, Paris, Armand Colin

Serre D., 2010, « Les assistantes sociales face à leur mandat de surveillance des familles. Des professionnelles divisées », *Déviance et société*, vol. 34, n° 2, p. 149-162

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

Stryker R., Docka D., Wald P., 2011, « Employment discrimination law and industrial psychology: Social science as social authority and the co-production of law and science », *Law and Social Inquiry*, vol. 37, n° 4, p. 777-814

Talesh S., Pélisse J., 2019, « How legal intermediaries facilitate or inhibit social change? », dans A. Sarat (dir.), *Studies in law, politics and society*, vol. 79, p. 111-145

NOTES

1 Pour une analyse de la genèse et des usages de cette figure de l'expert judiciaire, voir Dumoulin, 2007.

2 Notre recherche porte moins sur les expertises judiciaires au sens juridique que sur les « situations d'expertise » dans le sens sociologique défini par le Centre de recherches et d'études sociologiques appliquées de la Loire (CRESAL) [Fritsch, 1985] comme la « rencontre d'une conjoncture problématique et d'un savoir spécialisé ».

3 D'autres travaux ont étudié des figures pouvant être rapprochées de cette notion d'intermédiaires du droit. Citons le cas des assistantes sociales « face à leur mandat de surveillance des familles » étudiées par Delphine Serre (2010) et qui montre que ce mandat de surveillance s'incarne dans une mission judiciaire, celle de signaler les situations de maltraitances à enfant, et oppose deux camps de professionnels distribués dans les générations successives différemment socialisées aux missions traditionnelles d'aide et d'évaluation et aux missions nouvelles de contrôle.

4 En bref, les rapports médico-légaux fonctionnent souvent comme des « opérateurs de factualité », notion développée par Renaud Dulong pour mettre en lumière les procédés par lesquels des témoins parviennent à convaincre de la vérité historique des récits qu'ils produisent (Dulong, 1997 ; Juston, 2016).

5 Cette partie reprend, en les développant, des analyses produites dans une tribune publiée par le journal *Libération* en juin 2021 : « Adama Traoré, Théo Luhaka… La justice doit-elle craindre les batailles d'experts médicaux ? », [https://www.liberation.fr/debats/2020/06/20/adama-traore-theo-luhaka-la-justice-doit-elle-craindre-les-batailles-d-experts-medicaux_1791765/], consulté le 16 décembre 2021.

RÉSUMÉ

Français
Cet article s'arrête sur les difficultés pratiques et théoriques du traitement par un non-juriste des dimensions juridiques de son objet de recherche. Il illustre ce problème à partir d'une thèse de sociologie soutenue en 2016 consacrée à la médecine légale. En s'attachant à décrire une activité d'expertise, les attributs de ceux qui la réalisent et le cadre dans lequel elle s'inscrit, il s'agissait moins d'étudier le droit de la preuve que d'éclairer le processus à travers lequel les experts médico-légaux participent à la transformation d'une preuve scientifique en une preuve judiciaire. Cette perspective a impliqué de caractériser les experts comme des « intermédiaires du droit » qui participent à sa mise en œuvre en éclairant le juge sur un problème technique. Ce faisant, on a pu saisir toute l'amplitude du droit en

matière d'expertise médico-légale, depuis les règles juridiques encadrant la discipline jusqu'aux légalités ordinaires façonnant les pratiques des experts. L'article poursuit cette idée d'une approche pluraliste du droit à partir du cas de l'affaire *Adama Traoré* au prisme des batailles d'experts auxquelles, cinq ans après, elle continue de donner lieu. En définitive, on défend ici que, si le droit est une contrainte de départ pour le sociologue non juriste, l'amplitude de ses modes en présence dans l'enquête constitue une ressource pour la compréhension de phénomènes sociaux qui y sont rattachés.

INDEX

Mots-clés
droit, science, sociologie, expertise, preuve, médecine légale, Science and Technology Studies, intermédiation

AUTEUR

Romain Juston Morival
Sociologue, Université de Rouen-Normandie, Laboratoire Dysolab, Centre d'études de l'emploi et du travail (CEET), CNAM ; romainjuston@gmail.com

Réflexions autour de la distinction entre nécessité et proportionnalité

Pierre Rousseau

PLAN

1. Un flou jurisprudentiel et doctrinal sur la distinction entre nécessité et proportionnalité
   1.1. Illustration de l'intrication des notions dans la jurisprudence de la CEDH
   1.2. Illustration de l'intrication des notions dans la jurisprudence et la doctrine pénaliste françaises
2. Proposition de distinction entre les exigences de nécessité et de proportionnalité
   2.1. Application des définitions issues de la doctrine allemande
   2.2. Nécessité du principe d'action et proportionnalité du moyen d'action

TEXTE

1 La légitimité de l'action des forces de l'ordre n'a cessé d'être remise en cause depuis les manifestations des gilets jaunes, si bien les que les « violences policières » (Auffret, 2019) sont régulièrement au cœur des débats et que la notion de « proportionnalité » ne relève plus exclusivement du vocable des juristes. La violence des forces de l'ordre, pour être qualifiée de légitime, doit en réalité répondre à une double exigence bien connue des pénalistes : la nécessité et la proportionnalité[1]. Ces deux exigences irriguent la matière pénale, de l'édiction de la norme jusqu'à son application.

2 La norme pénale édictée par le législateur doit tout d'abord répondre à ces exigences, lesquelles sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Le Conseil constitutionnel (Cons. const.) peut notamment se fonder sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 afin de censurer une peine disproportionnée. Au stade de l'application de la norme pénale, et plus précisément en matière de justification, la sauvegarde d'une valeur ou la contribution à un but d'intérêt général est certes un élément essentiel, mais le juge doit également vérifier si l'atteinte à la valeur sacri-

fiée est nécessaire et proportionnée. À titre d'exemple et en matière de légitime défense, le sacrifice de l'intégrité d'un agresseur qui donne des coups de poing est nécessaire et proportionné lorsque l'acte défensif consiste à répondre également par des coups de poing [2].

3 Le contrôle des exigences de nécessité et de proportionnalité en matière pénale est fréquent et susceptible d'être exercé par le juge constitutionnel, le juge européen ou le juge pénal. Néanmoins, une question mérite d'être posée : la nécessité et la proportionnalité peuvent-elles être analysées indépendamment l'une de l'autre ?

4 La distinction précise opérée par la doctrine allemande entre les contrôles de nécessité (*Erforderlichkeit*), d'adéquation (*Geeignetheit*) et de proportionnalité au sens strict (*Verhältnismäigkeit im engeren Sinne*) [Merland, 2004, p. 269 ; Xynopoulos, 1995, p. 160 et suiv.] [3], a été intégrée par le Conseil constitutionnel français dans sa jurisprudence (Goesel-Le Bihan, 1997 ; Merland, 2004, p. 269). Ainsi, si la nécessité [4] suppose l'utilisation du moyen le moins préjudiciable pour atteindre l'objectif, l'adéquation [5] questionne le caractère adapté du moyen pour atteindre l'objectif, et la proportionnalité au sens strict [6] suppose que le moyen employé n'excède pas ce qui est suffisant afin d'atteindre l'objectif (Merland, 2004, p. 269) [7]. Selon la doctrine constitutionnaliste (Merland, 2004, p. 269 ; Rousseau, 2001, p. 146), le « test de proportionnalité » englobe ces trois exigences que sont la nécessité, l'adéquation et la proportionnalité au sens strict. Les trois composantes de ce « test de proportionnalité » se retrouvent d'ailleurs assez nettement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Cette dernière a en effet précisé, à l'occasion de l'affaire *Léger* [8], qu'afin de répondre à l'exigence de proportionnalité, « lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante de celles-ci, et [...] les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux objectifs visés [9] ». Il s'agit bien d'un contrôle de proportionnalité au sens large, qui suppose l'adéquation (« mesures appropriées »), la nécessité (« recourir à la moins contraignante ») et la proportionnalité au sens strict (« les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux objectifs visés »).

5 L'exigence d'adéquation ne prête guère à confusion, car il est logique d'exiger d'une mesure qu'elle permette effectivement d'atteindre l'objectif poursuivi. En revanche, la distinction entre les exigences de nécessité et de proportionnalité n'est pas aussi claire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) que dans celle de la CJUE. À l'occasion de l'affaire *SAS c/ France*, la CEDH a par exemple affirmé que l'interdiction posée par la loi française était « proportionnée au but poursuivi » et pouvait dès lors être qualifiée de « nécessaire dans une société démocratique »[10]. L'affirmation de la Cour laisse entendre que la proportionnalité est une condition de la nécessité.

6 Cette intrication des exigences de nécessité et de proportionnalité n'est pas propre à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, car elle se retrouve parfois également dans la jurisprudence et la doctrine pénaliste françaises (1). L'application des définitions issues de la doctrine allemande peut alors s'avérer utile pour revenir sur ce qui distingue théoriquement la nécessité et la proportionnalité, et ce afin de préciser les places respectives qu'occupent ces exigences dans le cadre du contrôle juridictionnel (2) [Rousseau, 2021, n° 37 et suiv.].

1. Un flou jurisprudentiel et doctrinal sur la distinction entre nécessité et proportionnalité

7 La difficulté de saisir la différence entre les exigences de nécessité et de proportionnalité découle non seulement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (1.1), mais également de la jurisprudence et de la doctrine pénaliste françaises (1.2).

1.1. Illustration de l'intrication des notions dans la jurisprudence de la CEDH

8 L'analyse de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative au droit à la vie met en lumière une intrication des notions de nécessité et de proportionnalité. Cela ressort des termes employés dans le

libellé du texte de la Convention relatif au droit à la vie, ainsi que dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

9 L' « absolue nécessité » est présentée comme une notion centrale lorsqu'il est question de justifier une atteinte à la vie. D'une part, l'article 2 de la Convention dispose que « la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire » et, d'autre part, la Cour de Strasbourg souligne dans ses arrêts cette exigence d'un usage de la force meurtrière « rendu absolument nécessaire »[11]. Si l'article 2 de la Convention ne mentionne pas cette exigence, la Cour de Strasbourg rappelle également que la force doit être « strictement proportionnée[12] » au but poursuivi. L'on pourrait penser, au regard de ces exigences, que la Cour de Strasbourg s'attache autant à la nécessité qu'à la proportionnalité lorsqu'il est question d'une atteinte à la vie.

10 L'on peut, en premier lieu, s'intéresser à cette conception de l'exigence de nécessité, dont la Cour de Strasbourg considère qu'elle peut varier en intensité selon les articles de la Convention concernés. En effet, la Cour de Strasbourg a pu préciser qu'en matière de droit à la vie, « il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement employé pour déterminer si l'intervention de l'État est "nécessaire dans une société démocratique" au titre du paragraphe 2 des articles 8 à 11 [...] de la Convention[13] ». Cela suppose qu'il puisse exister différents degrés en matière de non-nécessité. Ne devrait-on pas au contraire considérer que la nécessité ne peut qu'être acquise ou faire défaut ? Si l'exigence d'un contrôle resserré semble plus cohérente en matière de proportionnalité qu'en matière de nécessité, sachant que la disproportion est quant à elle susceptible de différents degrés, l'une des affirmations de la Cour de Strasbourg doit conduire à s'interroger. En effet, la Cour termine en précisant que « la force utilisée doit en particulier être strictement proportionnée aux buts mentionnés au paragraphe 2[14] » de l'article relatif au droit à la vie. Dès lors, il est possible d'avoir des doutes quant à la distinction entre la nécessité et la proportionnalité dans l'esprit de la Cour de Strasbourg. En exigeant un contrôle plus strict de la nécessité, la Cour ne se plaçait-elle pas en réalité sur le terrain de la proportionnalité ?

11 La lecture d'un autre arrêt de la Cour de Strasbourg relatif au droit à la vie donne la réponse à cette question. À l'occasion de l'affaire *Natchova et autres c/ Bulgarie*, la formulation de la Grande chambre est non équivoque : « Comme le montre le texte de l'article 2 § 2 lui-même, le recours à la force meurtrière par les policiers peut se justifier dans certaines conditions. Tout usage de la force doit cependant être rendu "absolument nécessaire", c'est-à-dire être strictement proportionné dans les circonstances [15]. » La Cour de Strasbourg laisse très clairement entendre que, selon sa conception, exiger une absolue nécessité consiste à exiger une stricte proportionnalité.

12 Ce chevauchement des notions, bien qu'il soit moins marqué, se retrouve également dans la jurisprudence et la doctrine pénaliste françaises.

1.2. Illustration de l'intrication des notions dans la jurisprudence et la doctrine pénaliste françaises

13 **Absence de consensus.** En matière pénale, le législateur a édicté des faits justificatifs afin de permettre au juge d'écarter la responsabilité pénale d'un auteur d'infraction en certaines hypothèses, telles que la légitime défense [16], l'état de nécessité [17] ou l'autorisation de la loi [18]. Dans le cadre de la légitime défense, les violences commises afin de répondre à une agression peuvent donc être justifiées, mais à la condition qu'elles soient nécessaires et proportionnées. Cette dualité d'exigences est inhérente au mécanisme de la justification. Un auteur a pu souligner que, en matière de légitime défense, la nécessité découle de « l'environnement objectif créé par l'agression » (Bernardini, 2017, n° 113). Si l'on s'en tient à ce critère, la nécessité semble pouvoir être analysée à l'aune du seul environnement et par conséquent indépendamment de la proportionnalité, cette dernière exigence concernant plutôt la façon dont l'agent va réagir dans cet environnement. Néanmoins, le même auteur considère qu'un acte défensif disproportionné ne doit pas être considéré comme nécessaire, ce qui laisse entendre que la proportionnalité est une condition de la nécessité (Bernardini, 2017, n° 93)[19]. La nécessité et la proportionnalité sont-elles intriquées ou indépendantes l'une de l'autre ? Cette problématique se répercute lorsqu'il s'agit d'étudier les places

respectives qu'occupent ces exigences dans le cadre de la justification d'une infraction. La condition de nécessité est parfois uniquement évoquée concernant l'action dans son principe (la défense, par exemple), et quelquefois également concernant le moyen de mettre en œuvre cette action (la façon dont l'agent va se défendre). Dans le cadre du fait justificatif qu'est l'autorisation de la loi, l'on peut évoquer l'article 73 du Code de procédure pénale qui autorise – et par conséquent justifie – l'arrestation d'un individu lorsque ce dernier vient de commettre un crime flagrant ou un délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement. Lorsque ces conditions sont réunies, l'on pourrait penser que l'exigence de nécessité est remplie car l'arrestation est autorisée dans son principe. Or, il ressort de la jurisprudence que « l'usage, à cette fin, de la force » – c'est-à-dire le moyen de mettre en œuvre cette arrestation – « doit être nécessaire et proportionnée aux conditions de l'arrestation »[20]. Pourtant, dans le cadre de la légitime défense, la Cour de cassation semble ne s'intéresser qu'à la proportionnalité des « moyens de défense employés » dès lors que le principe d'une défense a été admis au regard de la situation[21]. Il ne semble donc pas exister de consensus sur la place de l'exigence de nécessité dans le mécanisme de la justification, ni même sur la façon d'établir cette nécessité.

14 Au stade de l'édiction de la norme pénale, il n'est guère plus aisé de saisir ce que recouvrent les exigences de nécessité et de proportionnalité. L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, lequel impose des peines « strictement et évidemment nécessaires », est considéré par le Conseil constitutionnel comme le siège du « principe de nécessité des délits et des peines[22] ». Or, le Conseil se fonde sur ce « principe de nécessité » afin de contrôler la proportionnalité des peines, ce qui ajoute à la complexité lorsque l'on souhaite comprendre ce qui distingue ces deux exigences. Pourrait-on d'ailleurs questionner la nécessité d'une peine sans remettre en cause celle de l'incrimination ?

15 Il semble cependant possible de distinguer plus nettement la teneur et la place des exigences de nécessité et de proportionnalité dans le cadre du contrôle juridictionnel.

2. Proposition de distinction entre les exigences de nécessité et de proportionnalité

16 Il est opportun de revenir sur les définitions allemandes de la nécessité et de la proportionnalité (2.1) afin de cerner plus clairement les contours de ces notions. Si l'exigence de nécessité concerne le principe d'action de l'agent, l'exigence de proportionnalité concerne davantage le moyen d'action, c'est-à-dire la façon dont l'agent va la mettre en œuvre (2.2).

2.1. Application des définitions issues de la doctrine allemande

17 **Considérations théoriques.** Les définitions issues de la doctrine allemande permettent d'entrevoir les caractéristiques des exigences de nécessité et de proportionnalité. S'il est certain que l'application des notions que sont la nécessité et la proportionnalité en droit impose une certaine souplesse, il peut néanmoins s'avérer utile de tirer les conséquences théoriques des définitions allemandes afin de saisir ce qui distingue ces notions.

18 Dans l'hypothèse d'un contrôle de nécessité, si l'action n'est pas la moins préjudiciable au regard des valeurs en jeu afin d'atteindre l'objectif, celle-ci est rejetée. Il n'existe donc en théorie qu'une seule et unique action susceptible de passer le contrôle de nécessité. L'action est qualifiée de « nécessaire » s'il n'y a pas de meilleure possibilité. L'exigence de proportionnalité suppose quant à elle que le moyen retenu n'excède pas ce qui est suffisant afin d'atteindre l'objectif. Le contrôle de proportionnalité s'accommode donc tout à fait d'une pluralité de moyens proportionnés possibles[23]. En revanche, évoquer plusieurs possibilités d'actions nécessaires est une aporie.

19 Il faut néanmoins préciser que la désignation de l'unique action nécessaire, aussi bien que la constatation de l'exacte proportionnalité d'un moyen relèvent de la théorie. Dans le cadre de la nécessité, mis à part peut-être dans certaines hypothèses, la recherche de l'action la

moins préjudiciable peut confiner à l'exploration d'un puits sans fond. Une personne dotée d'une grande imagination pourra toujours se prévaloir d'une meilleure solution. Dans le cadre de la proportionnalité, nul ne peut affirmer quel est le point exact en dessous duquel le moyen employé s'avérerait insuffisant. L'exacte proportionnalité, qui suppose la juste suffisance du moyen, est un horizon théorique que nul ne saurait situer.

20 Soulignons en revanche une différence d'importance entre l'analyse de la nécessité et celle de la proportionnalité. À la différence du contrôle de proportionnalité, le contrôle de nécessité peut s'avérer tout à fait objectif dans sa dimension négative. Lorsque la nécessité d'une action est analysée, il n'est parfois nul besoin de rechercher l'unique action nécessaire pour opérer le contrôle, car la seule désignation d'une meilleure possibilité (qui n'est pas forcément la meilleure de toutes) permet de refuser le caractère nécessaire de l'action analysée. Par exemple, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi incriminant la consultation habituelle de sites terroristes[24], le Conseil constitutionnel a désigné les moyens techniques de surveillance accordés par le législateur à l'administration (lesquels permettent déjà de poursuivre l'objectif du législateur) afin de souligner le défaut de nécessité de l'incrimination[25]. La comparaison de deux actions au regard du préjudice qu'elles engendrent permet objectivement de rejeter la moins bonne. Le rejet d'une action à l'issue d'un contrôle de nécessité peut donc s'avérer parfaitement objectif, alors que l'admission du caractère nécessaire de l'action analysée relève de l'impossible. À l'inverse, l'analyse de la proportionnalité d'un moyen ne permet pas cette comparaison objective entre deux moyens, car cela reviendrait à opérer un contrôle de nécessité. La proportionnalité du moyen n'est analysée qu'au regard du moyen lui-même et du contexte dans lequel il s'inscrit (l'objectif à atteindre). Il ne peut donc s'agir que d'une analyse approximative, une mise en balance. Afin d'appliquer cette exigence de proportionnalité en droit, une certaine souplesse s'impose donc : un moyen peut être admis malgré une légère disproportion, sachant qu'un autre moyen d'une disproportion encore plus légère serait admis également. La marge d'admissibilité découle de l'aspect subjectif de l'analyse. Seule une disproportion importante permet de rejeter le moyen avec une

certaine objectivité, mais le seuil de la disproportion manifeste est aussi abstrait et théorique que le point de l'exacte proportionnalité.

21 Il n'est pas étonnant, au regard de ces considérations théoriques, que l'admission de la nécessité d'une action ait également besoin d'une certaine souplesse. Dans le cadre de la justification de l'infraction, le juge pénal pourra admettre la nécessité de l'infraction lorsque certains critères légaux sont réunis : en matière de légitime défense, lorsque l'agression s'avère injuste, actuelle et réelle, la nécessité d'une défense pour l'agent est regardée comme acquise [26]. Dans le cadre de contrôle de nécessité de l'incrimination, le juge constitutionnel n'essaie pas d'imaginer quelle serait l'action la moins préjudiciable au regard des valeurs en jeu afin d'atteindre l'objectif du législateur [27], mais il peut contester la nécessité de l'incrimination s'il constate qu'il existe déjà une mesure moins préjudiciable afin d'atteindre cet objectif (ce qui n'implique pas que la mesure déjà existante soit la moins préjudiciable possible). Autrement dit, ce contrôle de nécessité opéré par le Conseil constitutionnel est un contrôle négatif.

22 Il ressort surtout de ces considérations que les exigences de nécessité et de proportionnalité ne peuvent concerner un même objet. Il convient donc, afin d'opérer un contrôle au regard de cette double exigence, de séparer le principe d'action et le moyen d'action.

2.2. Nécessité du principe d'action et proportionnalité du moyen d'action

23 Afin de montrer l'intérêt d'une séparation entre le principe d'action et le moyen d'action pour appliquer les exigences de nécessité et de proportionnalité, l'on peut dans un premier temps évoquer le cadre de la justification de l'infraction, puis dans un second temps celui de la peine.

24 **Nécessité et proportionnalité en matière de justification.** Il convient de distinguer deux phases lorsque l'on s'interroge, par exemple, sur le caractère justifié d'un acte infractionnel. La première phase concerne l'action dans son principe, et la seconde concerne le moyen de mettre en œuvre cette action. Dans le cadre de la légitime défense, l'action dans son principe est la riposte, et le moyen d'action est la façon dont l'agent va exercer cette riposte (faire chuter l'agresseur, lui donner un

coup de poing…). Dans le cadre de l'autorisation de la loi, et plus particulièrement de l'article 73 du Code de procédure pénale, l'action dans son principe est l'arrestation, et le moyen d'action est la façon dont l'agent va procéder afin de parvenir à l'arrestation (faire chuter, ceinturer…). Dans le cadre de l'état de nécessité, l'action dans son principe est la sauvegarde, tandis que le moyen d'action est l'acte choisi afin d'assurer cette sauvegarde (un vol de nourriture, la destruction d'un animal…). Dans le cadre du lancement d'alerte[28], l'action dans son principe est l'alerte, tandis que le moyen d'action est le procédé choisi (le mode de divulgation) afin de mettre en œuvre cette alerte.

25 Il est important de souligner que c'est l'action dans son principe qui tire sa nécessité des circonstances qui s'imposent à l'individu. La nécessité justificative de l'action dans son principe est la cause de la réaction, elle préexiste à la réaction. Dans le cadre de la légitime défense, la nécessité d'une riposte justifie le sacrifice d'une valeur. C'est pourquoi la nécessité de l'action dans son principe peut être qualifiée de nécessité justificative. Cette dernière découle du fait qu'il n'existe pas de meilleure possibilité qu'une riposte. L'objectif de la réaction est alors la sauvegarde de l'intégrité de l'individu agressé.

26 En revanche, exiger la nécessité au stade de la réaction de l'agent, c'est-à-dire au regard de la façon dont il met en œuvre l'action, revient à ajouter un objectif diamétralement opposé à celui que poursuit initialement l'individu agressé. Il s'agit en effet d'exiger la réaction la moins préjudiciable pour l'intégrité de l'agresseur. S'il est nécessaire pour l'individu de réagir pour préserver sa propre intégrité, il doit également réagir de façon à préserver au mieux celle de son agresseur. L'individu agressé se trouve alors face à deux objectifs difficiles à concilier, face à un problème qu'il ne peut résoudre qu'en découvrant la réaction parfaite, la seule et unique pouvant être qualifiée de « meilleure réaction ». Plaçons-nous dans le cadre de la légitime défense, et imaginons l'application d'un contrôle de nécessité au stade de la réaction : un agresseur se met à donner des coups de poing. Donner un coup de poing en retour serait préjudiciable pour l'intégrité de l'agresseur. Repousser l'agresseur risquerait de le faire chuter et de porter également atteinte à son intégrité. L'immobiliser par la force semble le moyen le moins invasif pour son intégrité. Après avoir passé en revue ces trois modalités d'action possibles, la

dernière doit être choisie car elle est la moins préjudiciable, mais le contrôle ne peut s'arrêter là. Il est possible de l'immobiliser en le serrant violemment, au risque de lui faire du mal ou de l'étouffer, mais il est également possible de l'immobiliser en le serrant juste suffisamment pour qu'il ne puisse plus bouger et lui laisser le temps de se calmer. Le chemin se sépare cette fois en deux directions, et il conviendra de choisir la seconde option, moins risquée pour la santé de l'agresseur. Tel un arbre aux ramifications infinies, l'analyse de la nécessité peut perdurer jusqu'à ce que l'on ait la certitude d'avoir découvert la meilleure réaction, celle qui permet une défense en préservant au maximum l'intégrité de l'agresseur. Ce contrôle étant terminé, en quoi consiste le contrôle de proportionnalité ? Il n'a absolument aucun intérêt, dès lors que la réaction parfaite a été déterminée. Pour résumer, la nécessité de l'action dans son principe naît des circonstances qui s'imposent à l'individu. En revanche, l'exigence de nécessité au stade de la réaction n'est pas une nécessité qui s'impose à l'individu du fait de la situation, mais une nécessité que le droit déciderait de lui imposer. Cette dernière nécessité, dans le cadre de la légitime défense, serait alors une exigence juridique essentiellement tournée vers une lésion minimale de l'agresseur. N'est-ce pas trop demander à l'individu agressé et amené à se défendre ?

27 L'exigence de proportionnalité, au stade de la réaction, semble bien plus raisonnable. C'est une exigence plus mesurée à l'égard de l'individu amené à se défendre. Il ne s'agit plus de préserver au maximum l'intégrité de l'agresseur, mais de la préserver de façon relative. Par exemple, face à un agresseur qui donne des coups de poing, l'on peut répondre par des coups de poing sans excéder ce qui est juste suffisant pour se défendre. Néanmoins, il est également possible de faire chuter l'agresseur et de le maintenir au sol jusqu'à ce qu'il se calme, sans que l'usage de ce moyen n'excède ce qui est suffisant pour assurer la défense. Il est probable que la stricte proportionnalité d'une défense par des coups de poing soit davantage préjudiciable pour l'agresseur que la stricte proportionnalité d'une défense consistant à le faire chuter et à l'immobiliser. Néanmoins, les deux méthodes peuvent être considérées comme proportionnées. En résumé, pour deux modalités d'action acceptables, la juste proportionnalité de l'un des moyens peut conduire à une lésion de l'intégrité

de l'agresseur supérieure à celle à laquelle aurait conduit la juste proportionnalité de l'autre moyen. Le sacrifice de l'intégrité de l'agresseur est accepté, il est justifié et assumé, mais il doit tout de même être mesuré. L'individu agressé ne se retrouve pas dans une situation dans laquelle il doit découvrir le seul et unique « meilleur » moyen de se défendre, car il dispose d'une palette de moyens proportionnés. Le moyen qu'il choisit dans la précipitation pourra être accepté tant qu'il n'excède pas, aussi bien dans sa modalité que dans son intensité, ce qui est suffisant au regard de la gravité de la menace.

28 Cette distinction entre nécessité et proportionnalité est analogue s'agissant d'une peine prévue par le législateur.

29 **Nécessité et proportionnalité de la peine.** Ici, l'action dans son principe est la dissuasion [29], tandis que la peine effectivement choisie est le moyen de mettre en œuvre cette dissuasion. Si la nécessité est une exigence qui concerne seulement l'action dans son principe, alors la nécessité de la peine renvoie à la nécessité d'une dissuasion. Cette nécessité découle d'une situation, c'est-à-dire du caractère problématique d'un comportement que le législateur souhaite interdire. Dès lors, la disproportion d'une peine ne remet pas en cause sa nécessité. Une peine encourue peut tout à fait être excessive, alors même que l'exigence de dissuasion impose de prévoir une incrimination assortie d'une peine. En effet, la nécessité d'une incrimination conduit à la nécessité d'une peine, car il ne peut exister d'incrimination sans peine. Par conséquent, à partir du moment où la nécessité de l'incrimination n'est pas contestée, la nécessité d'une peine est acquise [30]. Dès lors, quelle peine doit-on envisager ? Quelle doit être sa nature, son *quantum* ? Nous basculons ici dans le domaine de la proportionnalité. Une peine trop faible pour dissuader est insuffisante, tandis qu'une peine excédant ce qui est suffisant pour dissuader est disproportionnée. Il n'est pas cohérent de contrôler la nécessité à ce stade, car celle-ci est déjà acquise du fait de l'exigence d'une dissuasion. Au stade du choix de la peine, seule la proportionnalité peut être observée. Pour une même incrimination, il peut exister différentes possibilités d'établir une peine proportionnée. Le législateur dispose en effet de figures « étendues et variées » (Mayaud, 2018, p. 607) qu'il peut combiner entre elles, le tout étant d'aboutir à une peine encourue qui n'excède pas ce qui est suffisant

pour dissuader le justiciable de commettre l'infraction. S'il n'est pas cohérent de s'interroger sur la proportionnalité de la dissuasion dans son principe, il n'est pas davantage cohérent de s'interroger sur la nécessité du moyen de dissuasion utilisé si l'on admet qu'il existe une pluralité de possibilités acceptables (ces possibilités engendrant des préjudices variables). Quelle serait l'utilité d'étudier les solutions alternatives dès lors que la peine analysée est proportionnée ? Les autres peines proportionnées ne sont pas plus acceptables que la peine choisie, elles sont seulement tout aussi acceptables. Il est possible d'affirmer que cinq possibilités de peines sont proportionnées, mais il serait absurde d'affirmer que cinq possibilités de peines sont nécessaires. Toutes les peines possibles et imaginables, proportionnées ou disproportionnées, procèdent d'une même nécessité liée à l'exigence d'une dissuasion. Il a été précédemment souligné que la disproportion d'une peine n'exclut pas sa nécessité, celle-ci étant liée à la nécessité de l'incrimination. L'excès dans le moyen utilisé pour dissuader ne fait aucunement disparaître la nécessité de dissuader. Lorsqu'un comportement est tellement problématique qu'il est nécessaire de l'incriminer et de le dissuader, la disproportion de la peine choisie ne fait pas disparaître le trouble causé par ce comportement. La situation persiste, la nécessité de dissuader subsiste, et la peine doit simplement être revue à la baisse. Sa proportionnalité doit être révisée, mais sa nécessité n'a pas cessé d'exister.

30 Afin d'opérer une distinction claire entre les exigences de nécessité et de proportionnalité, résumons les choses ainsi : la nécessité naît d'une situation, tandis que la proportionnalité s'analyse au regard de la réaction.

BIBLIOGRAPHIE

Auffret S., 2019, « Violences policières : "une même blessure peut être le résultat d'une violence légitime comme illégitime" », *Le Monde*, 13 mai 2019

Beauvais P., 2018, « L'infraction obstacle terroriste à l'épreuve du contrôle constitutionnel de nécessité », *Revue de science criminelle*, p. 75

Bernardini R., 2017, « Légitime défense », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz

Carbonnier J., 1972, *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin

Duclercq J.-B., 2014, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Goesel-Le Bihan V., 2009, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *Petites affiches*, n° 46, p. 62-69

Goesel-Le Bihan V., 1997, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 30, p. 227-267

Léna M., 2017, « La résonance pénale du contrôle de proportionnalité : entre tradition et modernité », dans Collectif, *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Paris, Dalloz, p. 219-228

Mayaud Y., 2018, *Droit pénal général*, 6e éd., Paris, PUF

Merland G., 2004, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ

Poupeau D., 2015, « L'exclusion des homosexuels du don du sang doit être strictement justifiée. Cour de justice de l'Union européenne 29 avril 2015 », AJDA, p. 837

Rousseau P., 2021, *La légitimité de l'infraction*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin

Rousseau D., 2001, *Droit du contentieux constitutionnel*, , 6e éd., Paris, Montchrestien

Tillement G., 2003, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Droit pénal*, n° 12, chron. 34

Xynopoulos G., 1995, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ

NOTES

1 L'article L. 453-1 du Code de la sécurité intérieure, qui pose des règles communes à l'ensemble des forces de l'ordre en matière d'usage de leur arme, exige l'absolue nécessité et la stricte proportionnalité. Le législateur reprend ici les expressions utilisées par la Cour de Strasbourg en la matière, voir Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), 6 juillet 2005, *Natchova et autres c/ Bulgarie*, § 94.

2 Cour de cassation, chambre criminelle (Cass. crim.), 17 janvier 2017, n° 15-86.481, *La semaine juridique. Édition générale*, 2017, p. 410, note Delage ; *Droit pénal* (*Dr. pén.*), 2017, comm. 54, obs. Conte.

3 L'auteur évoque la consécration de cette distinction, née de la doctrine allemande, par la Cour constitutionnelle fédérale le 11 juin 1958.

4 Si l'objectif du législateur est la prévention du terrorisme, le fait de donner des outils techniques aux services de renseignement afin de surveiller les personnes qui consultent des sites Internet terroristes est moins préjudiciable pour la liberté de communication que d'incriminer la consultation de ces sites. Le principe même de l'incrimination ne s'avère donc pas nécessaire, voir Cons. const., 10 février 2017, n° 2016-611 QPC.

5 L'incrimination d'une consultation habituelle de sites terroristes est susceptible de toucher des personnes qui consultent ces sites par simple curiosité, sans adhérer à l'idéologie véhiculée. Si l'objectif ayant motivé la rédaction de l'incrimination est la prévention du terrorisme, la répression est susceptible d'atteindre des personnes non visées par le législateur. L'incrimination s'avère alors inadéquate, voir Cons. const., 10 février 2017, précit.

6 Une incrimination s'avère disproportionnée dans sa rédaction lorsque le texte réprime un nombre trop large d'actes et vise par conséquent un nombre trop important de personnes au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, voir par exemple Cons. const., 7 avril 2017, n° 2017-625 QPC (le Conseil censure les termes « de rechercher »).

7 Sur le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, voir Duclercq, 2014. Sur la proportionnalité en matière pénale, voir Léna, 2017, p. 219-228.

8 CJUE, 29 avril 2015, aff. C-528/13, *Léger*. Voir sur cet arrêt Poupeau, 2015, p. 837.

9 CJUE, 29 avril 2015, aff. C-528/13, précit., § 58.

10 CEDH, 1er juillet 2014, *SAS c/ France*, § 157-158 ; § 157 : « En conséquence, notamment au regard de l'ampleur de la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce, la Cour conclut que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du "vivre ensemble" en tant qu'élément de la "protection des droits et libertés d'autrui" » ; § 158 : « La restriction litigieuse peut donc passer pour "nécessaire", "dans une société démocratique". Cette conclusion vaut au regard de l'article 8 de la Convention comme de l'article 9 ».

11 CEDH, 27 septembre 1995, *McCann et autres c/ Royaume-Uni*, § 148.

12 CEDH, 27 septembre 1995, précit., § 149.

13 CEDH, 27 septembre 1995, précit., § 149 ; CEDH, 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio c/ Italie*, § 176.

14 « À cet égard, l'emploi des termes "absolument nécessaire" figurant à l'article 2 § 2 (art. 2-2) indique qu'il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement employé pour déterminer si l'intervention de l'État est "nécessaire dans une société démocratique" au titre du paragraphe 2 des articles 8 à 11 (art. 8-2, art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2) de la Convention. La force utilisée doit en particulier être strictement proportionnée aux buts mentionnés au paragraphe 2 a), b) et c) de l'article 2 (art. 2-2-a-b-c) », voir CEDH, 27 septembre 1995, précit., § 149.

15 CEDH, 6 juillet 2005, précit., § 94.

16 Article 122-5 du Code pénal.

17 Article 122-7 du Code pénal.

18 Article 122-4 du Code pénal.

19 Selon l'auteur, la proportionnalité n'est que « la traduction indispensable du caractère nécessaire de cette défense ».

20 Cass crim., 13 avril 2005, *Bulletin criminel*, n° 131, *Dalloz*, 2005, p. 2920, note J.-L. Lennon.

21 Cass crim., 17 janvier 2017, précit.

22 Cons. const., 17 mai 2019, n° 2019-783 QPC, cons. n° 9.

23 Étant entendu que ces différents moyens possibles engendrent des préjudices variables. Par exemple, la Cour de cassation accepte différentes formes de ripostes face à une agression verbale : la proportionnalité peut être admise s'agissant d'un léger coup de pied, voir Cass. crim, 18 juin 2002, n° 01-88.062, *Dr. pén.*, 2002, comm. 134, obs. Véron ; ou encore d'un jet de betterave, voir Cass. crim., 27 janvier 2015, n° 14-80.115.

24 Le législateur a introduit ce délit à l'article 421-2-5-2 du Code pénal avec la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme.

25 Cons. const., 10 février 2017, précit.

26 La possibilité pour l'agent de fuir n'exclut pas la nécessité d'une défense, car l'exigence d'une impossibilité de fuite n'est pas un critère légal prévu pour admettre la nécessité de cette défense.

27 Une auteure précise que, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, « la recherche d'une mesure alternative de nature différente est exclue »

(Goesel-Le Bihan, 2009, p. 62-69). Le Conseil constitutionnel a en effet affirmé qu'il ne lui appartenait pas de « rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé », voir Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC.

28 Article 122-9 du Code pénal.

29 L'on pourrait évoquer d'une manière plus générale « la répression » (afin d'englober l'ensemble des finalités de la peine), mais J. Carbonnier a très justement souligné qu'il n'est « nullement insolite qu'avant toute inobservation des règles diffusent préventivement l'obéissance qu'elles demandent » (1972, p. 130). L'objectif semble donc en premier lieu résider dans la dissuasion, que nous retiendrons comme « principe d'action » pour les besoins de la démonstration.

30 Voir en ce sens Tillement (2003). Selon l'auteure, « l'inutilité d'une incrimination rejaillit » sur celle de la peine. Voir également Beauvais (2018, p. 75).

RÉSUMÉ

Français

Les notions de nécessité et de proportionnalité irriguent la matière répressive. À l'aune de ces exigences, le juge peut contrôler la conformité de la norme pénale aux principes qui lui sont supérieurs, ou encore se prononcer sur la justification d'une infraction. Il est cependant difficile de précisément cerner ce que recouvrent les exigences de nécessité et de proportionnalité. La proportionnalité est parfois considérée dans la doctrine comme une condition de la nécessité. Cette intrication des notions ressort également d'une partie de la jurisprudence française ou européenne. Or, si l'on applique les définitions de la nécessité et de la proportionnalité issues de la doctrine allemande, les contours de chacune de ces exigences se dessinent clairement, de même que leur autonomie. Cette autonomie ne peut que s'accompagner d'une séparation de l'action de l'agent en deux phases : l'action dans son principe, d'une part, et la manière de mettre en œuvre cette action, d'autre part. L'exigence de proportionnalité concerne la seconde, tandis que l'exigence de nécessité n'a vocation à s'appliquer qu'à la première.

INDEX

Mots-clés
nécessité, proportionnalité, légitimité, justification, peine, contrôle

AUTEUR

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

La RSE au cœur de la concurrence normative : pour une approche intégrée de ses sources

Florent Berthillon

PLAN

Introduction
1. L'opposition des logiques
1.1. La légitimité des sources
1.1.1. La loi
1.1.2. Les codes de gouvernance
1.2. L'effectivité des vecteurs
1.2.1. L'effectivité de la loi
1.2.2. L'effectivité des codes de gouvernance
2. La coordination des logiques
2.1. La coexistence des logiques
2.1.1. Prolifération normative
2.1.2. Confusion normative
2.2. La convergence des logiques
2.2.1. En amont des pratiques
2.2.2. En aval des pratiques
Conclusion

TEXTE

Introduction

1 **La concurrence normative.** Les principes de légistique que nous a laissés Montesquieu prennent une signification particulière à l'heure où le législateur n'a plus le monopole de la création de normes. Que valent encore les préceptes tels que ceux invitant à ne « toucher aux lois que d'une main tremblante » (Montesquieu, 1931, p. 286) , car « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires » (Montesquieu, Casabianca, 2013, p. 189) ? Plus grand-chose sans doute, tant l'époque est à la tentation décrite en son temps par Constant [1] (1806). La multiplication des normes [2] tend à générer une véritable concurrence [3] entre leurs divers auteurs. Régulièrement dénoncée, cette croissance expo-

nentielle expliquerait que « loin de l'ordre juridique au sens traditionnel du terme, c'est le grand désordre » (Delmas-Marty, 2006) qui caractériserait l'état actuel – « post-moderne » (Thibierge 2003, p. 599) – des sources du droit. L'idée « d'inflation » (Savatier, 1977), par analogie avec les sciences économiques, traduit cette idée de dévaluation de la qualité de la norme par dilution.

2 Pour autant, il n'est pas certain que la multiplication des règles et, corrélativement, la diversification des entités créatrices de normes soit nécessairement néfaste, particulièrement dans le domaine économique. En effet, celle-ci pourrait aussi bien marquer, à l'inverse, l'adaptation du système juridique à la complexification croissante des phénomènes dont il est sommé de se saisir. Éventuellement nécessaire, elle pourrait même s'avérer souhaitable s'il était prouvé qu'elle mène à une plus grande effectivité.

3 Cette ambivalence gît tout entière dans l'étymologie même de la « concurrence ». Dérivée du latin *concurrere*, soit « courir avec », elle renvoie tant aux idées de convergence, voire de complémentarité, que d'opposition, de compétition. Dans le premier cas, la multiplication des sources peut être perçue comme bénéfique, en ce qu'elle permet d'infléchir les comportements en tirant le meilleur parti des spécificités de chacune d'elles. Dans le second, à l'inverse, elle apparaît comme nuisible, car elle peut tromper sur la valeur attribuée à ce comportement ou même placer le sujet de droit face à des injonctions contradictoires. Pour filer la métaphore économique, la présente étude revient, en somme, à se demander si la concurrence des normes est – comme celle des acteurs économiques – profitable ou, au contraire, à éviter.

4 Il ne s'agit pas ici de répondre à cette question de manière générale et abstraite, mais par le biais de l'étude du cas de la responsabilité sociale des entreprises (RSE). Largement soumise à cette concurrence, la RSE constitue assurément un exemple pertinent de concurrence normative. Un simple aperçu de ses principales sources suffit à appréhender l'ampleur du phénomène. Principes directeurs de l'OCDE [4], lignes directrices de la CNUCED [5], bonnes pratiques de l'OIT [6], Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Charte sociale européenne, mais aussi « toute une série d'instruments de direction ou d'orientation à la terminologie très diverse

(livrets, codes d'éthique ou de conduite, manuels, guides, chartes sociales…) et au statut incertain » (Mazuyer, 2009, p. 578), la diversité des sources de la RSE est édifiante.

5 Il ne saurait davantage être question d'envisager la concurrence normative dont la RSE fait l'objet à l'aune de l'ensemble de ses sources. Face à la complexité d'une telle entreprise, le champ de l'étude doit encore être précisé. Seuls deux instruments normatifs seront étudiés : la loi et les codes de gouvernance. De manière plus spécifique encore, seuls le Code Afep-Medef et la loi Pacte intéresseront l'étude, car leur concomitance constitue une illustration particulièrement significative de la concurrence normative dont la RSE fait l'objet. Compte tenu de ce choix, le diagnostic relève avant tout du droit des sociétés [7].

6 La RSE se diffuse ainsi dans de nouveaux outils normatifs, ce qui témoigne de sa vivacité (Malecki, 2009), mais également d'un changement de perception des thématiques qu'elle recouvre. En s'extrayant de ses véhicules traditionnels [8], elle s'éloigne du domaine de la morale [9] pour se rapprocher de celui du droit [10]. Les implications environnementales et sociales des comportements individuels sont de moins en moins laissées à l'appréciation de chacun, mais font désormais l'objet d'une attention collective. Poussée tant par l'opinion publique que scientifique, la prise en compte des conséquences sociales et environnementales issues de l'activité économique semblait inévitable.

7 **L'enjeu : la responsabilité sociale des entreprises.** Si cette évolution témoigne assurément de l'attrait de la RSE (Hennebel, Lewkowicz 2007, p. 147), pour les pouvoirs publics comme pour les entreprises, il est permis de se demander si cette dernière ne risque pas d'être victime de son succès, tant son développement tous azimuts tend à lui octroyer « une surcharge de significations » (Mazuyer, 2009, p. 578). À notre première interrogation générale, il convient par conséquent d'en ajouter une seconde, plus spécifique, qui revient à se demander si la multiplication des sources de la RSE ne risque pas, finalement, d'en dévoyer le sens ? Si oui, quelle source faut-il privilégier pour mener le plus efficacement les entreprises à se saisir de leur responsabilité sociale ? Encore faut-il s'accorder, au préalable, sur le contenu de la notion.

8 Difficile, en effet, de percer à jour l'énigmatique nature de la RSE. L'acronyme lui-même semble varier selon les auteurs (Malecki, 2014, p. 26), au point qu'il est parfois permis de s'interroger sur l'unité du concept. Entre responsabilité sociale ou sociétale des entreprises, incluant ou non une référence à l'environnement, l'expression demeure polysémique (Lopez, 2017, p. 19), bien qu'elle ait vocation à constituer une sorte de « label[11] ». À vouloir la définir par son contenu, on s'aperçoit que ni les objectifs de la RSE ni le cadre général dans lequel elle s'inscrit ne semblent clairement identifiés. Des droits de l'Homme à la lutte contre la corruption en passant par la protection de l'environnement, les normes internationales de travail, les achats responsables, la philanthropie d'entreprise ou encore la prévention des conduites addictives (France Stratégie/Plateforme RSE, 2019), la responsabilité sociale des entreprises se déploie dans de multiples directions et investit de nombreux champs.

9 Faute de pouvoir être saisie par ses composantes, la notion est généralement appréhendée par sa source. Si on définit la RSE comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales liées à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes[12] », son assimilation par des vecteurs hétéronomes – tels que la loi ou les codes de gouvernance – relève nécessairement du paradoxe. Reste que le caractère volontaire de la RSE semble s'estomper (Mazuyer, 2018, p. 300, note n° 5), à tout le moins si l'on considère l'évolution de sa définition européenne. Depuis 2011, elle ne désigne plus nécessairement une pratique spontanée et volontaire, mais est plus sobrement définie comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société[13] », sans que l'on puisse y voir pour autant un glissement du concept de *responsabilité* sociale des entreprises vers la « responsabilité » telle qu'entendue classiquement en droit.

10 Par essence, la RSE paraît vouée à demeurer en marge du droit, tant elle ne semble désigner que « les actions [des entreprises] qui vont au-delà des obligations juridiques qui leur incombent à l'égard de la société et de l'environnement » (Mazuyer, 2018). Si l'ambivalence de la notion empêche d'en discerner nettement les contours, elle en fait également un concept dynamique et adaptatif. De ce fait, la RSE n'est pas irrémédiablement assujettie à un type de source prédéfini. Elle

est multidimensionnelle à plusieurs égards, non seulement quant aux domaines qu'elle embrasse, mais également sous l'angle des véhicules normatifs susceptibles de la concrétiser. Dès lors, l'introduction de la RSE dans le Code de gouvernance Afep-Medef ou dans la loi Pacte n'est pas critiquable *a priori*.

11 **Les forces en présence : la loi Pacte.** Adoptée le 22 mai 2019, la loi Pacte[14] ambitionne notamment de « repenser la place des entreprises dans la société » par le biais de ses articles 169 et suivants, qui modifient les dispositions du Code civil et du Code de commerce. Parmi ces mesures, c'est la modification de l'article 1833 du Code civil qui retient particulièrement l'attention. Alors qu'à l'origine, il exigeait simplement que la société soit constituée dans l'intérêt commun des associés, la nouvelle version du texte comprend un nouvel alinéa qui dispose : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. » Si la consécration de la notion d'intérêt social marque l'entrée de solutions jurisprudentielles dans le Code civil[15], l'intégration de problématiques relevant de la responsabilité sociale des entreprises constitue une réelle innovation (Desbarats, 2019 ; Chanal, 2018), traduisant la volonté du législateur de peser sur le processus décisionnel des sociétés. Le système est complété par des dispositions facultatives, telles que la possibilité de doter les sociétés d'une « raison d'être » statutaire ou encore de constituer des « sociétés à mission ».

12 **Les forces en présence : le Code Afep-Medef.** Parallèlement, la dernière version du Code Afep-Medef a introduit de nouvelles recommandations[16] tendant à « promouvoir la création de valeur sur le long terme de l'entreprise en tenant compte notamment des dimensions sociales, sociétales et environnementales de ses activités[17] ». Ce code de gouvernance est largement adopté au sein des grandes entreprises cotées françaises[18], ce qui en fait un objet d'étude pertinent. En intégrant des dispositions relatives à la RSE, le code majoritairement en vigueur sur la place française rejoint aussi d'autres codes de gouvernance de par le monde, comme en Autriche, en Espagne ou au Brésil (Marain, 2016, p. 318). Reste que la plupart de ses homologues semblent maintenir une distinction franche entre la *corporate governance* (« gouvernance d'entreprise ») et la *corporate social responsibility* (« responsabilité sociale des entre-

prises »). Il s'agit d'ailleurs d'une volte-face, puisque certains auteurs considéraient, avant cette révision, que ce code figurait parmi les plus hermétiques aux considérations sociales et environnementales (De Cordt, 2008, p. 125).

13 En réalité, la concomitance de cette attraction de la responsabilité sociale des entreprises dans l'orbite de ce code de gouvernance n'est pas une simple coïncidence. Il s'agissait, à nouveau[19], de prendre le législateur de vitesse (Bellan, 2018 ; Feuerstein, 2018), afin de le convaincre de la capacité d'autorégulation[20] des entreprises (François, 2018a) et, par extension, de l'inutilité d'une telle réforme (Germain, 2018 ; Gendron, Turcotte, 2003 ; Harrison, 2001). La loi Pacte ayant – partiellement – franchi le seuil du Conseil constitutionnel (Cons. const.)[21], force est de constater que cet objectif n'a pas été atteint. Il ne s'agit pas ici de déduire de cette démarche – qui semble faire consensus – un quelconque enseignement vis-à-vis de la légitimité ou de la pertinence de l'introduction de problématiques liées à la RSE au sein du Code Afep-Medef. La présente étude vise simplement à partir de ce constat pour poser la question de la complémentarité ou, au contraire, de l'opposition de ces nouvelles sources à l'aune des principes de la RSE.

14 **Les configurations possibles de la concurrence normative.** À supposer qu'il faille choisir, il faut encore dire d'emblée combien la réponse semble dépendre de la conception que l'on se fait de la RSE. Selon qu'elle est présentée comme un gisement d'amélioration des performances économiques des entreprises ou, à l'inverse, comme une contrainte supplémentaire obérant un peu plus leur potentiel de croissance, la préférence ira à l'autonomie des entreprises ou à l'intervention de l'État. Si intérêts publics et privés coïncident, alors il n'y a pas d'obstacle à ce que les codes de gouvernance réalisent l'intégration de la RSE dans la culture de l'entreprise. En revanche, dès lors qu'ils sont perçus comme antagonistes, la loi semble plus légitime, puisqu'il s'agit alors d'imposer un comportement conforme à l'intérêt général et, surtout, contraire aux intérêts particuliers des entreprises ou des dirigeants de ces dernières.

15 Y a-t-il nécessairement contradiction entre les intérêts particuliers d'une entreprise et ceux de la collectivité ? Selon les acteurs et les époques, la réponse varie. Pour certains, l'intégration de la RSE est

nécessaire puisqu'elle serait bénéfique tant à l'entreprise qu'à son environnement économique, culturel ou naturel, le second étant la condition même de l'existence de la première. D'autres estiment qu'à l'inverse, les intérêts en cause sont divergents et, par conséquent, que ces considérations se feraient nécessairement au détriment des entreprises concernées. Créant un déséquilibre concurrentiel avec des entreprises moins soucieuses de ce type d'enjeux, l'équation aboutirait à un résultat comparable à l'absence de RSE, puisque les entreprises impliquées dans une telle démarche courraient un risque supplémentaire de disparition de ce fait même.

16 Si les intérêts divergent effectivement se pose encore la question de leur hiérarchisation. Du point de vue des entreprises, l'adoption – volontaire – de démarches sociales et environnementales révélerait l'intérêt immédiat et égoïste qu'elles y trouvent, notamment en termes de réputation. Dans cette dernière perspective, les préoccupations sociales et environnementales ne se concevraient pas en tant que finalités de l'activité économique mais, tout au contraire, comme les moyens de préserver la primauté de celle-ci. Le risque est grand, dès lors, que la logique s'inverse, que les problématiques de la responsabilité sociale des entreprises ne constituent plus un facteur de mutation de l'économie (Herbel, 2013), mais bien davantage le moyen de rendre acceptable, par compensation, ce qu'elle vise originellement à combattre.

17 Plusieurs hypothèses peuvent dès lors être envisagées : dans une logique concurrentielle (1), le choix pourrait se porter sur le droit dur comme sur le droit souple, chacune des solutions présentant des avantages et des inconvénients qui lui sont propres. Mais l'intégration de la responsabilité sociale des entreprises peut aussi être pensée sur un mode cumulatif (2), dans lequel ces modalités seraient alors complémentaires.

1. L'opposition des logiques

18 **Critères d'évaluation possibles.** Si *hard* et *soft law* ne sont pensées qu'en opposition l'une à l'autre, il faut alternativement envisager l'intégration de la responsabilité sociale des entreprises *via* la loi ou les codes de gouvernance pour, *in fine*, tâcher de déterminer ce qui constitue son meilleur vecteur d'intégration. À cette fin, il faut préa-

lablement s'entendre sur les termes de la comparaison : s'agit-il de confronter la loi Pacte au Code Afep-Medef ou, plus largement, la loi aux codes de gouvernance considérés *in abstracto* ? Si ces deux niveaux de réflexion ne doivent pas être confondus, il ne nous semble pas impératif d'évincer l'un d'eux. Ils seront néanmoins traités distinctement, dès lors qu'ils sont chacun à même de fournir des éléments de réponse spécifiques. Au vu des caractéristiques de chacun des vecteurs, c'est d'abord sous l'angle de leurs prédispositions respectives que la question doit être posée. De prime abord, la voie législative peut sembler contre-intuitive, en ce qu'elle reviendrait à « contraindre une personne à s'imposer volontairement un comportement vertueux » (Berlioz, 2018). À l'opposé, une certaine communauté d'esprit semble unir la *corporate governance* et les problématiques liées à la responsabilité sociale des entreprises, en ce sens que le volontarisme est prégnant dans l'une comme dans l'autre. Au surplus, s'interroger sur le vecteur ayant le plus naturellement vocation à accueillir la responsabilité sociale des entreprises en son sein n'exclut pas de s'interroger, plus largement, sur l'opportunité d'un tel choix. À la question de la légitimité (1.1) s'ajoute donc celle de l'effectivité (1.2).

1.1. La légitimité des sources

19 Si c'est de manière abstraite que l'on considère les deux véhicules normatifs qui se proposent d'intégrer la RSE au cœur du fonctionnement des entreprises, alors la loi semble devoir être disqualifiée d'office, en ce qu'elle serait nécessairement contraire au caractère volontaire de la RSE. Pourtant, à étudier le système mis en place par la loi Pacte, on s'aperçoit que le vecteur légal offre, lui aussi [22], un large éventail de textures normatives en laissant dans une certaine mesure le choix aux entreprises (1.1.1), ce qui lui permet de soutenir la comparaison avec les codes de gouvernance (1.1.2).

1.1.1. La loi

20 **Légitimité de la loi [23].** Choisir la loi comme véhicule de la responsabilité sociale des entreprises semble en premier lieu relever d'une contradiction avec la définition même de ce concept [24]. Cet évident paradoxe (Deumier, 2013a, p. 1564) suscite de nombreuses interroga-

tions. N'est-il pas quelque peu contradictoire d'utiliser la loi pour obliger les entreprises à dépasser le cadre qu'elle définit (Boucobza, Sérinet, 2017, p. 1622) ? La RSE s'accommode-t-elle de la contrainte ? Cette logique de civisme forcé contribuerait de fait à brouiller la frontière entre les domaines respectifs de l'obligatoire et du vertueux. En cela, le droit dur ôterait tout caractère incitatif aux préoccupations sociales et environnementales pour les entreprises. Si l'attente d'un effet bénéfique sur la réputation de ces dernières est un moteur essentiel de leur démarche, obliger les entreprises à l'adopter serait une grave erreur, car il n'y aurait rien de *remarquable* [25] dans le fait de se conformer à la loi [26]. Ainsi, dans certains cas, l'intervention du législateur peut s'avérer contre-productive. Par exemple, en matière de représentation des salariés au sein du Conseil d'administration (CA), l'introduction de quotas légaux a eu un effet désincitatif dans certaines entreprises vertueuses, lesquelles ont ramené le niveau de participation de ces *stakeholders* (« parties prenantes ») au niveau des exigences légales [27].

21 Reste que cette présentation des choses doit, dans le cadre de la loi Pacte, être relativisée, à tout le moins pour ce qui est des nouveaux articles 1835 du Code civil et L. 210-10 à L. 210-12 du Code de commerce, prévoyant respectivement la possibilité pour les sociétés de se doter d'une « raison d'être », ainsi que de devenir des « sociétés à mission ». Dans les deux cas, l'emploi du verbe « pouvoir » atteste du caractère facultatif de ces dispositions. Pour ce qui est de la raison d'être, il s'agit de doter la société de « principes […] pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de cette activité » [28]. Cette disposition apparaît conforme à la logique inhérente à la RSE, non seulement du fait de son caractère volontaire, mais également parce qu'elle a vocation à « apporter un contrepoids utile au critère financier de court terme » (Notat, Sénard, 2018, p. 4). En tant que disposition facultative, la raison d'être semble renouer avec le cœur de cible de la RSE, en ce qu'elle s'adresse prioritairement aux entreprises de taille conséquente ayant besoin de financements en provenance de fonds conditionnant leurs investissements à une démarche éthique.

22 En la matière, la loi fait même preuve d'une certaine supériorité sur les codes de gouvernance, puisqu'elle parvient à produire une norme dans laquelle l'engagement est tout à la fois volontaire et ferme. En

effet, intégrer une raison d'être aux statuts d'une société ne saurait, pour une société, constituer une décision anodine. En premier lieu, d'un point de vue temporel, la difficulté à réunir une majorité suffisante pour modifier les statuts assure la pérennité de son engagement [29]. En second lieu, d'un point de vue matériel, comme toute disposition statutaire, la raison d'être doit être respectée par les organes de la société dans le cadre de sa gestion [30]. Si le législateur n'a pas pris la peine de préciser la nature de la sanction encourue en cas de violation de la raison d'être d'une société, une jurisprudence récente de la Cour de cassation laisse croire à une possible annulation de l'acte, ce qui devrait suffire à en faire tout autre chose qu'une disposition seulement symbolique [31].

23 Pour ce qui est de la société à mission, là encore, l'institution correspond au cadre conceptuel de la RSE. Formellement, il s'agit à nouveau d'une transformation volontaire, qui présuppose d'ailleurs que la société se dote d'une raison d'être. L'article 176 de la loi Pacte introduit dans le Code de commerce trois articles [32] relatifs à la société à mission, lesquels exigent notamment que les statuts précisent les modalités du suivi de l'exécution de la mission, ce qui nécessite notamment l'existence d'un comité de mission *ad hoc*, ainsi qu'une vérification par un organisme indépendant. C'est le ressort de l'image de marque qui sous-tend l'institution : à une déclaration au greffier du tribunal de commerce s'ajoute une logique de communication, la société pouvant apposer la mention « société à mission » sur tous ses actes, documents ou supports électroniques.

24 Ainsi, alors que, considérée dans l'abstrait, la loi semblait d'emblée disqualifiée pour réaliser l'intégration de problématiques sociales et environnementales dans l'activité économique des entreprises, le système mis en place par la loi Pacte laisse à ces dernières une liberté suffisante pour se conformer à l'esprit de la RSE. En revanche, le caractère général de la loi semble moins en adéquation avec celui-ci.

25 **Généralité de la loi.** De sa définition même, la loi est générale et abstraite (Dupeyroux, 1933). L'architecture du droit moderne veut que, dès lors que les conditions de la loi sont réunies, elle trouve à s'appliquer, sauf à ce qu'une loi spéciale ne vienne s'y substituer. Toute législation serait encore malvenue car, en matière de RSE comme de gouvernance, la loi s'appliquerait sans nuances à des

entreprises présentant toutes des caractéristiques propres et ne pouvant donc être soumises à une règle uniforme (Arcot, Bruno, 2007). En l'espèce, la généralité de la loi est d'autant plus problématique que c'est par le biais du droit des *sociétés* que l'on se propose d'intégrer la responsabilité sociale des *entreprises*. Si la société est bien le « manteau juridique » de l'entreprise, la correspondance entre l'une et l'autre, pour fréquente qu'elle soit, est loin d'être systématique : une entreprise peut tout à fait être menée autrement que sous la forme sociétaire et, symétriquement, les sociétés ne déploient pas toutes une activité économique (Cozian, Viandier, Deboissy, 2017, p. 11). Le choix d'intégrer la responsabilité sociale des entreprises par le truchement de l'objet social conduit de fait naturellement à s'interroger sur les conséquences proprement juridiques susceptibles d'en résulter.

26 En plaçant l'objectif d'intégration des problématiques sociales et environnementales dans l'article 1833 du Code civil, soit au cœur du droit commun des sociétés, le législateur s'assure d'une large diffusion de la norme. Cette injonction s'adresse sans distinction à toute société, de la Société civile immobilière (SCI) familiale à la Société anonyme (SA) cotée, ce qui ne manque pas d'interroger : peut-on raisonnablement nourrir les mêmes espoirs d'un bout à l'autre de ce gigantesque spectre ? Dans son avis du 14 juin 2018, le Conseil d'État (CE) a d'ailleurs averti le législateur sur ce point, considérant qu'un tel degré de généralité « pourrait être de nature à pénaliser de petites structures, dotées d'une faible capacité d'expertise[33] ». Le texte n'ayant pas subi de modifications sur ce point depuis lors, la base du système mis en place par la loi Pacte s'appuie sur un champ d'application *ratione personae* qui va bien au-delà, voire à rebours, des ambitions de l'Union européenne en matière de RSE.

27 En effet, la directive « responsabilité sociale des entreprises[34] » ne vise que les grandes entreprises, lesquelles sont, de ce fait, considérées comme des « entités d'intérêt public[35] ». On ne peut que déduire, en lisant le projet français à la lumière du droit de l'Union européenne, que le législateur entend dorénavant étendre ce rôle citoyen à l'immense majorité des acteurs économiques opérant dans son champ d'action. Est-il juste de faire peser sur l'ensemble des sociétés une charge supplémentaire lorsque celle-ci est la conséquence d'un dommage parfois présenté comme n'étant le fruit que

de quelques-uns [36] ? Il faut également, et surtout, s'interroger sur les moyens à la disposition des acteurs pour se conformer à une exigence légale [37].

28 A *contrario*, le droit souple apparaît comme plus respectueux des spécificités des entreprises, qu'il s'agisse de prendre en considération leur capacité d'action ou leur impact sur l'environnement et les rapports sociaux. Pourtant, il faut bien distinguer, au sein de cette nébuleuse, les différents outils à la portée des entreprises. Parmi ceux-ci, les codes de gouvernance, édictés pour un ensemble d'acteurs, ne semblent pas constituer le vecteur le plus adéquat (1.2).

1.1.2. Les codes de gouvernance

29 **Hétéronomie du Code Afep-Medef.** Les codes de gouvernance ne souffrent pas du grief tiré de l'application indifférenciée de la loi à toutes les sociétés. En s'adressant prioritairement aux seules sociétés cotées, ils responsabilisent des acteurs dotés d'une capacité d'action proportionnelle à celle du devoir dont ils sont investis. Ainsi, cette restriction du champ d'application constitue moins un grief qu'un motif de satisfaction, en ce qu'elle semble ramener la norme à la proportion originelle de la responsabilité sociale des entreprises.

30 Outre cette question, c'est celle de la nature autonome ou hétéronome de la norme qui interpelle. En comparaison du vecteur légal, le Code de gouvernance Afep-Medef rapproche la source de l'obligation de son destinataire. En tant que syndicats patronaux, l'Afep et le Medef sont sans doute plus proches des intérêts des entreprises que ne l'est le législateur. Pour autant, la correspondance n'est pas parfaite, dès lors qu'auteur et destinataires de la norme doivent être distingués. On pourrait néanmoins douter de la pertinence de cette critique relative à l'hétéronomie des codes de gouvernance sur la base de deux arguments.

31 Le premier argument reviendrait à considérer que la représentativité des syndicats patronaux permet de dépasser l'objection. Dès lors que les intérêts du représenté se rapprochent suffisamment de ceux du représentant, l'hétéronomie de la norme ne serait plus que formelle. Autrement dit, bien qu'issue d'un tiers, la norme serait autonome en substance. Sans nier la portée de l'argument, il faut néanmoins

observer que la représentativité constitue nécessairement « un titre d'autorité envers la profession » (Yannakourou, 1995, p. 109). En d'autres termes, si intérêts individuels et intérêt collectif convergent, ils ne coïncident pas nécessairement, ce qui mène à considérer qu'à rebours des codes de conduite édictés au sein de chaque entreprise, les codes de gouvernance ne constituent pas « les outils par excellence de la RSE » (Larouer, 2018, p. 23) .

32 Le second argument consisterait à faire remarquer que les entreprises *adhèrent* au Code de gouvernance Afep-Medef, ce qui les rapprocherait là encore d'une norme autonome. En effet, contrairement à ce qui a cours dans la plupart des autres États européens [38], une entreprise française cotée n'est pas tenue de se référer à un code de gouvernance, conformément aux dispositions de l'article L. 22-10-10 du Code de commerce. Là encore, l'argument porte indéniablement : sitôt qu'il l'accepte expressément, le destinataire de la norme l'intériorise. Pour autant, la portée de l'argument doit être ramenée à sa juste proportion. Si l'on peut certainement considérer que la référence à un code de gouvernance représente nécessairement un « coût » témoignant de la volonté de l'entreprise de respecter les recommandations de ce dernier, il faut néanmoins rappeler qu'à l'inverse, l'absence de référence n'est pas « gratuite », car l'article précité prévoit qu'en pareille hypothèse, le rapport sur le gouvernement d'entreprise doit inclure une explication quant aux raisons de ce choix. Dans cette perspective, l'adhésion au Code Afep-Medef pourrait s'analyser comme une démarche plus conformiste que volontariste, en ce sens que les entreprises gagnent à ne pas s'écarter d'un comportement normalement attendu. Au surplus, il faut également remarquer que l'offre de codes de gouvernance est relativement limitée [39], ce qui réduit d'autant la signification de l'adhésion.

33 Il faut en conclure qu'il existe une différence non négligeable entre un code de conduite propre à une entreprise et un code de gouvernance applicable à plusieurs sociétés. En effet, en matière de RSE, la souplesse n'est que la conséquence de l'autonomie de la norme, véritable trait distinctif de la notion. C'est parce que ce qu'a fait une volonté unique peut être défait par cette même volonté qu'une certaine souplesse existe en matière de codes de conduites ou de chartes éthiques. En ce sens, les codes de gouvernance ont beau être souples, ils ne correspondent pas tout à fait à l'esprit de la RSE,

davantage caractérisé par l'autonomie de la norme que par sa souplesse (Roquilly, 2011 ; Desbarats, 2003). Alors que la RSE procède traditionnellement d'une démarche volontariste (Vallaeys, 2013, p. 161-162), les codes de gouvernance relèvent de la notion voisine – mais non moins distincte – d'autorégulation. La différence gît dans le fait que « le volontarisme constitue un mécanisme particulier de régulation où ce sont des acteurs privés individuels qui s'engagent unilatéralement à respecter certaines règles », tandis que « dans le cas de l'autorégulation, des acteurs privés se constituent en une association qui régule le comportement de ses membres en fonction de certaines normes » (Hennebel, Lewkowicz, 2007, p. 153-154).

34 De plus, la compatibilité du Code de gouvernance Afep-Medef et de la RSE est encore contestable sur le plan de l'élaboration de ces normes, en ce que celle-ci supposerait, *a minima*, que les *stakeholders* prennent part à sa conception, comme c'est le cas dans de nombreux pays européens (Lecourt, 2016). Censée être le « fruit d'un assemblage de recommandations et rapports menés sous l'égide du Medef » (Granier, 2016, p. 208), cette nouvelle mouture n'a, comme la précédente, été soumise à la consultation publique qu'*a posteriori* (François, 2018b). L'élaboration du Code relève ainsi exclusivement des associations professionnelles représentant les émetteurs, ce qui constitue une particularité controversée[40] du système français (François, 2018a). Plus encore, l'idée même de créer un comité des parties prenantes dans les entreprises a été évincée (François, 2018a[41]). Sur ce point, ce code de gouvernance semble bien loin des recommandations de l'Union européenne en matière de corégulation sectorielle[42], puisque celle-ci ne semble croire en l'efficacité de l'autorégulation et de la corégulation qu'à condition qu'elles soient « fondées sur une étude préliminaire publique des enjeux » et « effectuées avec le concours de toutes les parties prenantes concernées ». L'argument serait-il à nuancer, dans la mesure où les codes de conduite individuels souffrent du même grief (Mazuyer, 2009, p. 582) ? Nous ne le croyons pas, car les entreprises semblent en réalité privilégier la voie de la négociation collective transnationale, qui permet d'associer les parties prenantes à l'élaboration de la norme (Klahr, Bledniak 2019).

35 Enfin, il est regrettable que le Code Afep-Medef ne saisisse pas l'opportunité de définir plus précisément les objectifs assignés aux

entreprises dans le cadre de leurs démarches RSE ou les moyens de les satisfaire, alors même que sa souplesse était propice à l'exercice. Il faut sur ce point distinguer l'effet normatif du Code et son contenu obligationnel (Ancel, 1999) : alors que le premier désigne la faculté de la norme à influer sur « l'orientation des comportements » ou à constituer « un modèle pour l'action et le jugement » (Deumier, 2013b, p. 252), le contenu obligationnel vise quant à lui la conduite à adopter, les obligations (ou les devoirs, voir Barsan, 2017) prescrits. Or, si l'on admet que l'effet normatif ne se résume pas à la contrainte (Gerry-Vernières, 2012, p. 146 et suiv.), on peut avancer que la souplesse des codes de gouvernance – qui s'analyse comme un effet normatif atténué – appelait à une définition plus précise des obligations mises à la charge des entreprises. En effet, les dispositions issues du Code Afep-Medef semblent, en définitive, aussi abstraites que celles issues de la loi. Pour ce qui est des objectifs, le conseil d'administration est simplement chargé de « promouvoir » les bonnes pratiques en la matière, ainsi que de proposer « toute évolution statutaire qu'il estime opportune[43] ». Sur ce point, l'évolution du Code manque l'occasion de donner aux entreprises qui l'appliquent des lignes véritablement directrices. Pour ce qui est des moyens, la dernière version du Code Afep-Medef incite, par exemple, à une meilleure formation des administrateurs sur les enjeux sociaux et environnementaux relatifs à l'activité de l'entreprise[44] ou à la prise en compte de critères « liés à la responsabilité sociale et environnementale » dans la détermination de la rémunération des dirigeants mandataires sociaux[45]. Au-delà, pourtant, ses dispositions sont de peu d'utilité pour déterminer les moyens concrets à mettre en œuvre pour satisfaire à son invitation. Lorsqu'elles ne sont pas – comme pour la mission du comité d'audit en matière de RSE[46] – qu'une reprise de la loi, elles sont notoirement imprécises. Ainsi, bien que plus nombreuses, les recommandations du Code Afep-Medef n'en sont pas pour autant plus concrètes que celles visées par la loi.

36 Partant, la volonté affichée de permettre une meilleure intégration de la RSE apparaît, au mieux, comme un vœu pieux, au pire comme la composante d'une stratégie de *lobbying*. Pourquoi une telle frilosité, alors même que la souplesse de la règle semble autoriser davantage d'audace de la part des concepteurs de ce Code que du législateur ? L'impression d'un traitement cosmétique de la question se renforce :

alors même que le principe *comply or explain* (« appliquer ou expliquer ») incite à une approche décomplexée de la norme, le Code Afep-Medef propose des lignes directrices qui ne désignent, en définitive, aucun cap. L'explication semble devoir être recherchée dans la finalité initiale du Code, qui n'avait pas, à l'origine, vocation à traiter de la question de la RSE.

37 **Finalités du Code Afep-Medef.** Si le plus important grief adressé au véhicule légal réside dans sa contradiction avec le caractère nécessairement volontaire de la responsabilité sociale des entreprises, alors le droit souple apparaît comme prédisposé à en devenir le vecteur privilégié. Pourtant, à l'examen, l'adéquation de ces deux logiques n'est pas parfaite, car la *corporate governance* et la responsabilité sociale des entreprises sont mues par des finalités qui leur sont propres [47]. En effet, le gouvernement d'entreprise est avant tout pensé dans l'intérêt des *shareholders* (« actionnaires ») [48]. L'objectif des codes de gouvernance d'entreprise est avant tout d'organiser une « rationalisation du fonctionnement des sociétés au service des actionnaires » (Granier, 2016, p. 207) . Il s'agit, depuis l'origine, de remettre le pouvoir actionnarial aux rênes de l'entreprise, face à une puissance managériale jugée trop encombrante (Behaja, 2019, p. 156). Dans cette optique, la transparence vise à réduire l'asymétrie d'information entre actionnaires et dirigeants, ce dont témoigne, précisément, la normalisation des rapports annuels des sociétés cotées *via* les codes de gouvernance.

38 Ainsi, les codes de gouvernance d'entreprise ne visent qu'à influer sur les rapports internes aux organes dirigeants de l'entreprise, et non sur l'impact que cette dernière peut avoir sur son environnement *lato sensu*. Certes, le Code Afep-Medef contient des dispositions qui, de prime abord, semblent dirigées davantage vers des considérations sociétales plutôt qu'économiques, mais il est difficile d'y voir la marque de la RSE. L'exigence de mise en œuvre d'une « politique de non-discrimination et de diversité notamment en matière de représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des instances dirigeantes [49] » ou les recommandations relatives à la représentation des salariés dans celles-ci illustreraient cette idée. Néanmoins, il faut se garder de croire que la coïncidence des recommandations des codes de gouvernance et de certaines revendications sociales signifie nécessairement que leurs finalités convergent. À

notre sens, et l'on ne peut que s'en réjouir, c'est moins la prise en compte d'intérêts extérieurs qu'une compréhension renouvelée de ce qui constitue l'intérêt propre de l'entreprise qui sous-tend l'inclusion de ces recommandations. La parité et la diversité sont, au même titre que l'indépendance, la déontologie ou la formation des administrateurs, perçues comme conditionnant l'efficacité d'un processus décisionnel collégial. Ces considérations témoignent d'une prise de conscience des risques liés à une certaine endogamie des conseils d'administration. L'exercice collégial perd nécessairement de son intérêt lorsque les acteurs de celui-ci sont, du fait de leurs affinités culturelles ou d'une communauté d'intérêt, plus susceptibles d'adopter les mêmes raisonnements et, en définitive, les mêmes décisions. L'ouverture du conseil d'administration est, dans cette perspective, une réponse opportune aux biais inhérents à la prise de décision collective, pensée dans l'intérêt de la société plutôt que dans celui des administrateurs. Ainsi, ces recommandations demeurent, malgré leur résonance avec d'autres intérêts, conformes au cadre conceptuel initial de la *corporate governance* (Godard, Schatt, 2005).

39 À l'inverse, la responsabilité sociale des entreprises incite à prendre en compte l'intérêt des *stakeholders*. Loin de chercher à préserver le pouvoir actionnarial, la RSE a vocation à élargir le périmètre des acteurs susceptibles de peser sur le processus décisionnel de l'entreprise. Salariés, fournisseurs, consommateurs, associations de défense de l'environnement, les parties prenantes sont toutes celles qui peuvent, d'une manière ou d'une autre, être affectées par les décisions de l'entreprise (Freeman, 1984) . Dans cette perspective, la philosophie des codes de gouvernance apparaît opposée à celle de la RSE (Barsan, 2017, p. 219). Il faut néanmoins convenir que l'argument est réversible, en ce sens que la philosophie initiale de la *corporate governance* se serait « acculturée » (Marain, 2016, p. 311) à la faveur de son arrivée sur le Vieux Continent. Reste que, d'une part, le contexte qui a favorisé la prise en compte de la RSE dans le Code Afep-Medef permet d'en douter et que, d'autre part, l'acculturation ne saurait avoir lieu en sens unique. À supposer qu'elle existe ici, toute synthèse implique des ajustements réciproques, ce qui signifie que l'intégration de la RSE dans le gouvernement d'entreprise engendre nécessairement, en retour, un infléchissement de celle-ci.

40 Par conséquent, il n'est pas certain que la finalité des codes de gouvernance soit conforme aux enjeux de la responsabilité sociale des entreprises. Si l'on comprend le besoin de souplesse en matière de gouvernement d'entreprise, on voit mal, en revanche, ce qui justifie un tel besoin en matière de respect des droits humains, de problématiques environnementales ou encore de lutte contre la corruption. C'est que la souplesse du Code Afep-Medef n'est pas exactement la même que celle de la RSE. Dans les codes de gouvernance, la souplesse est justifiée par l'inadéquation de certaines règles aux spécificités actionnariales, culturelles ou économiques de l'entreprise [50]. Si l'on comprend que des caractéristiques internes de l'entreprise puissent justifier le non-respect de certaines recommandations du Code Afep-Medef, la transposition de ce raisonnement à des problématiques externes est difficilement justifiable. Comment des facteurs tels que la structure actionnariale de l'entreprise ou le secteur d'activité dans lequel la société opère pourraient-ils justifier une atteinte à l'environnement ou aux droits fondamentaux ? Il y a, à notre sens, une confusion fondamentale entre des problématiques qui relèvent de domaines distincts et qu'il conviendrait de fait de traduire par des instruments qui le soient aussi. Sans cela, la lisibilité des codes de gouvernance comme de la RSE s'en trouverait affaiblie. De ce point de vue, ces codes seraient encore mal armés face aux enjeux de la RSE. Dès lors que le Marché peut dans certaines circonstances « acheter » la violation de préoccupations sociales et environnementales, ce déplacement de la sanction pourrait être préjudiciable à l'effectivité de ce vecteur (1.2).

1.2. L'effectivité des vecteurs

41 **Mesure de l'effectivité.** Selon qu'il s'agit de penser celle du droit dur ou du droit souple l'effectivité se conçoit différemment. Le premier n'admettant pas la transgression, c'est la proportion d'acteurs susceptibles de l'enfreindre qui constitue la mesure de son succès. La *soft law*, quant à elle, procède d'une logique différente. Dès lors qu'elle entend susciter l'adhésion plutôt que la crainte, son effectivité ne peut se mesurer, à l'inverse, qu'à l'aune de la proportion d'acteurs qui s'y rallient volontiers. De cette opposition des logiques naissent des faiblesses diverses, qui sont autant d'éléments à considérer dans la quête d'un vecteur adéquat. Dans cette perspective, les défauts

inhérents à la norme que l'on impose (1.2.1) doivent être distingués de ceux accompagnant la règle que l'on expose (1.2.2).

1.2.1. L'effectivité de la loi

42 **Obligatoriété de la loi.** Archétype de la règle de droit, la loi se définit classiquement, et malgré de multiples exceptions, par ses caractères obligatoires, contraignant et sanctionnateur. Il s'agit donc de revenir ici sur ces aspects à l'aune de la loi Pacte. Il ne fait aucun doute que le législateur ait entendu imposer la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux. Compte tenu de sa formulation, la nature impérative des dispositions du second alinéa de l'article 1833 est acquise. Si une telle formule traduit un certain « dogmatisme » (Mestre, 2018), l'entrée de la RSE dans le droit des sociétés ne relève pourtant pas de l'autoritarisme, tant s'en faut. En effet, le caractère impératif de ces dispositions est immédiatement compensé par la faiblesse des obligations ainsi mises à la charge des entreprises, ce qui ne manque pas d'interroger sur l'intérêt même de légiférer. Si le système de la loi Pacte se décompose en plusieurs strates, dont la force obligatoire va *decrescendo*, il faut remarquer combien, même « au premier étage de la fusée [51] », la prise en considération de la RSE semble peu contraignante. La rédaction de la loi conserve, par sa structure, une souplesse certaine, ce que ni la doctrine (Clerc, 2018) ni le Conseil d'État [52] n'ont manqué de remarquer. En effet, il ne s'agit pas tant de définir de manière rigide les engagements de l'entreprise que d'imposer une réflexion sur ces enjeux. Les parlementaires ont vraisemblablement cherché à limiter au minimum les conséquences juridiques attachées à la modification de cet article [53]. Ainsi, la nouvelle rédaction de l'article 1833 du Code civil fait état d'une hiérarchie au sommet de laquelle on trouve encore l'intérêt des associés, suivi de l'intérêt de la personne morale, et enfin celui des parties prenantes. Cette idée de classement se matérialise par une gradation des sanctions. Tandis que l'intérêt commun des associés peut entraîner la nullité de la société [54], la méconnaissance de l'intérêt de la société comme des parties prenantes ne peut aboutir à un tel résultat, pas plus d'ailleurs qu'à l'annulation d'un acte de gestion du dirigeant ou d'une délibération de l'assemblée générale. Seule demeure, en définitive, la possibilité d'une action en responsabilité civile délictuelle d'un tiers à l'encontre de la société (Desbarats, 2019),

dans le même esprit et avec les mêmes difficultés que le devoir de vigilance (Périn, 2015)[55].

43 Sur ce point, la volonté parlementaire de minimiser la portée de la RSE semble indiquer qu'il sera bien difficile aux requérants de caractériser la faute, tant sur le fond que sur le plan probatoire. Certes, il est difficile d'épuiser la question puisque, selon les intérêts en cause et la qualité des requérants, la nature de l'action varie. Les salariés et leurs représentants se placeront sur le terrain du droit du travail, agissant notamment à l'occasion des procédures d'information et de consultation ; les associations de défense des droits des consommateurs agiront sur le fondement des délits prévus par le droit de la consommation ; les associations de défense de l'environnement mobiliseront plus volontiers le droit pénal. La diversité des actions envisageables traduit, en termes processuels, l'hétérogénéité des droits visés par la RSE (Lopez, 2017, p. 77).

44 En définitive, la seule contrainte qui pèse sur la société consiste à se ménager des preuves de sa vertu. Pour les sociétés soumises aux obligations de *reporting* (« rapport ») extra-financier[56], cette « obligation de penser » originelle, obligation de moyens[57], donnera alors lieu à une certaine formalisation, obligation de résultat. Seulement, à s'en tenir là, la loi nouvelle n'apporte rien à une obligation introduite en droit français depuis la loi NRE de 2001[58], puisqu'elle fait double emploi. Comment fixer le seuil à partir duquel une société prend suffisamment en compte les problématiques sociales et environnementales pour satisfaire aux nouvelles exigences de la loi ? Rien n'est dit sur ce point, si bien que les entreprises devront elles-mêmes tenter de donner du sens à un texte qui, du fait de ses trop nombreuses virtualités, finit par ne plus en avoir. La volonté du législateur est un instrument d'interprétation classique : dans la mesure où il entend accorder le moins d'effet possible à cette assertion d'ordre symbolique, il faudrait alors présumer que la société est gérée en prenant en considération les préoccupations sociales et environnementales, et ce de manière plus ou moins irréfragable.

45 Il semblerait donc que le vecteur légal – tel que proposé – n'aboutisse pas tant à l'intégration satisfaisante de la RSE dans le processus décisionnel des sociétés, mais contienne, en germes, les moyens d'un renforcement du pouvoir actionnarial sur les dirigeants de manière

plus effective encore que ne le font, pour l'heure, les codes de gouvernance des entreprises. En effet, c'est moins la société que son dirigeant qui, dans le système ainsi mis en place, semble devoir craindre la sanction. Bien que, dans la loi Pacte, le législateur s'adresse à la société, c'est en réalité sur le dirigeant que pèse l'obligation de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux. Certes, vis-à-vis des tiers, le dirigeant semble protégé, l'absence de considérations sociales et environnementales ne constituant assurément pas une faute détachable de ses fonctions, condition de l'engagement de sa responsabilité civile délictuelle personnelle par les tiers. Néanmoins, et pour peu que l'on puisse le prouver, le fait de ne pas se conformer à cette obligation devrait constituer, en tant que manquement à une obligation légale, un juste motif de révocation par les associés, tout comme une cause légitime de révocation judiciaire. La souplesse dont fait preuve la loi, si elle peut paraître surprenante de prime abord, laisse entrevoir le caractère symbolique de l'intégration de la RSE. Certes, sur ce point, le système porté par la loi Pacte semble conforme à l'esprit de la notion. Pour autant, on en vient à regretter que le vecteur légal soit privé de ce qui fait l'une de ses forces, d'autant plus qu'elle ne remédie en rien à ses faiblesses traditionnelles. Si la RSE s'est avant tout développée au sein d'instruments internationaux, c'est bien parce que les États, munis de lois limitées dans l'espace, ne pouvaient faire face individuellement à un phénomène global.

46 **Territorialité de la loi.** Dans un contexte de mondialisation, le degré de contrainte porté par la règle risque de s'avérer inversement proportionnel à sa mise en œuvre réelle. Le droit fiscal témoigne suffisamment de cette donnée pour que l'opportunité de la logique d'une intégration de la responsabilité sociale des entreprises reposant sur la *hard law* soit questionnée. Face à des problématiques qui ne se conçoivent qu'à l'échelle globale, l'inexorable territorialité de la loi semble reléguer la RSE au second plan des vecteurs envisageables : circonscrite dans les mêmes limites que la souveraineté dont elle émane, elle semble dépassée. La mondialisation, tant des acteurs que des enjeux, amenuise son pouvoir de contrainte.

47 Face à ce constat, il conviendrait de substituer une éthique interne à cette force extrinsèque : pour que la norme s'exporte, elle doit provenir du sujet lui-même. Reste que, même dans le cadre de la

relativité de son pouvoir, le législateur a semble-t-il lui-même retenu sa main. En liant la RSE à l'objet social de la société, il circonscrit nécessairement son champ d'application territorial. Certes, toutes les sociétés de droit français devraient dorénavant se soucier du respect des droits humains mais, dans un contexte global, la portée d'une telle disposition semble des plus limitées. Impossible, en effet, de diffuser cette prise en considération des préoccupations sociales et environnementales le long de la chaîne de valeur : la rédaction de l'article ne semble pas faire obstacle à la sous-traitance, moyen privilégié de contournement des problématiques (Clerc, 2018) que la RSE vise précisément à endiguer. Ici, le cantonnement territorial de la loi semble lié à son faible niveau de contrainte précédemment évoqué. En effet, une législation plus ambitieuse aurait pu contraindre les sociétés françaises à insérer dans les contrats commerciaux conclus avec les sous-traitants et les fournisseurs les engagements pris en considération des enjeux sociaux et environnementaux, ce qui constitue un puissant levier de diffusion de ces derniers (Thibout, 2018, p. 44).

48 En liant ces problématiques à l'objet social de la société, le législateur invite à une appréciation individuelle de cette responsabilité nécessairement collective. Sauf à considérer que, pour une société donnée, prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux induise nécessairement de s'abstenir de traiter avec d'autres sociétés ne s'astreignant pas à la même discipline, ce qui semble peu probable compte tenu de la volonté de limiter les conséquences de la loi, la portée de la loi semble trop circonscrite d'un point de vue spatial. Le thème a cela de commode qu'il permet de concilier symbolisme et relativisme.

49 Il eût encore été possible, à l'image des lois Vigilance [59] ou Sapin II [60], de doter la loi d'effets extraterritoriaux, à condition toutefois de mettre à la charge des sociétés certaines obligations de *compliance*, méthode sur laquelle nous reviendrons ultérieurement. Si, quant à elle, la *soft law* ne souffre pas de ce grief, il est également permis, quoique pour d'autres raisons, de douter de son effectivité (1.2.2).

1.2.2. L'effectivité des codes de gouvernance

50 **Déplacement de la sanction.** Le droit souple, instrument traditionnel de la RSE, est ainsi désigné du fait de son absence de sanction, ce qui constitue la conséquence logique de l'autonomie de la norme. Parce qu'en principe [61], émetteur et destinataire de la norme se confondent, il va de soi qu'en cas de violation d'un code de conduite ou d'une charte éthique, la sanction est inenvisageable. Or, il convient de rappeler que la logique des codes de gouvernance n'est pas totalement dénuée de sanction. Déjudiciarisée, celle-ci est en réalité transférée au Marché, lequel sanctionnera, en principe, la non-conformité aux recommandations ou l'insuffisance des justifications en cas de dérogation à ces dernières. Dans cette perspective, la voie des codes de gouvernance aurait l'avantage sur le vecteur légal en ce que, d'une part, elle laisserait les acteurs libres d'évaluer la politique d'une entreprise en matière de responsabilité sociale des entreprises et, d'autre part, éviterait dans le même temps à l'administration [62] la charge d'un contrôle fastidieux et complexe. Reste que, pour être contraignant, le risque de sanction doit être réel. Certaines études permettent de douter de la réalité de cette sanction de marché, témoignant d'un renversement de la relation entre performance et gouvernance [63]. Selon celles-ci, le non-respect des recommandations serait sans impact sur les cours de Bourse d'une société, seules les performances financières dictant le comportement des investisseurs [64].

51 Pour qu'un code de gouvernance contribue à l'effectivité de la RSE, il faut encore que le Marché soit mis en position de statuer, ce qui implique que le non-respect des engagements pris par la société fasse l'objet d'une publicité suffisante. Dans le système des codes de gouvernance, c'est par le biais des documents de référence que l'information a lieu. Pourtant, certaines recherches menées sur le sujet montrent que les entreprises, si elles suivent l'essentiel des recommandations contenues dans ces codes, tendent à ne pas divulguer les hypothèses dans lesquelles elles n'appliquent pas ces préconisations. La nature ambivalente du principe *comply or explain* (Deumier, 2013c, 2014) semble donc conduire les entreprises à adopter une stratégie essentiellement communicationnelle : promptes à afficher leur conformité, elles seraient plus rétives à

communiquer sur les recommandations non suivies ou sur les raisons de cet écart, ce qui fausserait l'appréciation des investisseurs (Mazuyer, 2017b). Ramené à la RSE, le risque est grand que les codes de gouvernance souffrent du même grief, dès lors que l'enjeu est, en termes d'image, conséquent. Sur ce point, néanmoins, la critique peut tout aussi bien être adressée à la loi qu'aux codes de gouvernance, en ce que l'obligation de divulgation demeure assez largement théorique, faute d'une sanction propre à en assurer l'effectivité.

52 **Le principe *comply or explain*, pivot des logiques.** Bien que la loi l'exige expressément [65], le fait de ne pas divulguer le non-respect d'une recommandation d'un code de gouvernance auquel, pourtant, une entreprise s'est volontairement affiliée ne connaît aucune sanction. Seule l'Autorité des marchés financiers (AMF) – et c'est là une exception française – a décidé de sécuriser l'obligation de divulgation des déviations en ayant recours à la technique du *name and shame* (« nommer pour faire honte »). Ainsi, les codes de gouvernance constitueraient sans doute de meilleurs vecteurs d'intégration de la RSE si la divulgation était garantie, faute de quoi le risque encouru quant à la réputation de l'entreprise demeure une pure fiction. Par conséquent, dès lors que la souplesse des codes de gouvernance repose sur le principe *comply or explain*, il serait opportun de se pencher plus avant sur sa nature juridique. Rien n'empêche d'y voir une véritable obligation de divulgation des atteintes aux principes contenus dans le Code de gouvernance Afep-Medef, sans que cela ne contrarie, pour autant, sa logique propre. Dans cette perspective, ce principe serait doté de plusieurs niveaux de juridicité, selon les prescriptions en cause. Aux deux extrémités du spectre, l'application des recommandations resterait l'affaire de l'entreprise, et l'appréciation des motifs de déviation, celle du Marché. Entre les deux, pourtant, interviendrait une troisième étape absolument nécessaire : l'obligation de *reporting* du comportement. En érigeant l'explication en véritable obligation contraignante, la suspicion qui entoure cette autorégulation s'en trouverait atténuée. Dès lors, l'intervention de la loi pourrait n'être qu'indirecte, en ce qu'elle ne ferait que s'assurer de la transparence des entreprises, par exemple en dotant l'obligation de fournir une explication d'une sanction plus dissuasive que le *name and shame* pratiqué par l'AMF. Ainsi, d'une manière générale, l'effectivité des codes de gouvernance ne semble pas pleinement satisfai-

sante et présente des faiblesses qui laissent douter de l'opportunité d'en faire le vecteur privilégié de la RSE.

53 **Conclusion intermédiaire : la RSE à la croisée des chemins.** La concurrence normative dont fait l'objet la RSE témoigne de l'urgence qu'il y a à infléchir les comportements égoïstes et les visions court-termistes des entreprises, tant dans leur intérêt propre que dans celui de l'ensemble des parties prenantes. Dès lors, il s'agissait moins de discuter de l'opportunité ou de la nécessité de l'intégration de la responsabilité sociale des entreprises que des moyens les mieux à même de la réaliser. Il reste pourtant bien difficile, compte tenu des avantages et des inconvénients respectifs des deux vecteurs discutés ici, de les départager. Sur le plan de la légitimité, le recours à la loi constitue une réelle contradiction avec la dimension volontariste de la RSE et risque, en conséquence, de la priver de l'un de ses principaux moteurs, à savoir les bénéfices d'image attendus de ce comportement véritablement vertueux. Pour autant, le Code Afep-Medef n'apparaît pas mieux armé pour réaliser cette intégration. Issue d'une logique de gouvernance, son ouverture à des problématiques externes à l'entreprise est sujette à caution en ce que, d'une part, elle comporte un risque de contradictions entre les objectifs du Code et, d'autre part, ne constitue pas réellement une norme issue des acteurs, mais d'un syndicat représentatif de ceux-ci. Sur le plan de l'effectivité, si l'avantage semble pouvoir cette fois être donné à la loi, aucune des deux voies proposées n'est pleinement convaincante. Tel que formulé, le projet de loi Pacte est à la fois trop vague et trop restreint, manquant de faire du vecteur légal l'instrument d'une véritable consécration juridique de la RSE [66]. De plus, la circonscription territoriale de la loi dénote avec le caractère global des acteurs et, surtout, des enjeux. Reste que la *soft law* souffre également de faiblesses intrinsèques. Si l'on veut bien croire à sa capacité d'orientation des comportements lorsqu'il s'agit de problématiques liées aux rapports internes de l'entreprise, on peine à croire qu'elle puisse réaliser l'intégration de considérations externes à ceux-ci. Dès lors que les difficultés d'application du principe *comply or explain* font apparaître que les écarts de conduite sont rarement mis en lumière, le risque est grand que la RSE soit le prétexte d'un affichage plus grand encore, qui ne porterait plus seulement sur la gouvernance de l'entreprise, mais également sur les thématiques de la RSE . Face à ce

constat, la question du meilleur vecteur d'intégration de la responsabilité sociale des entreprises ne connaîtrait pas réellement de bonne réponse, au point qu'il convient de se demander si le salut de la RSE ne réside pas davantage dans la coexistence des vecteurs plutôt que dans les vecteurs eux-mêmes (2).

2. La coordination des logiques

54 **Multiplicité des configurations possibles.** Nous n'avons, jusqu'ici, tenté de répondre à la question du meilleur vecteur possible qu'en imaginant que l'un d'entre eux devrait, à terme, évincer l'autre. Face à leurs inaptitudes respectives, il nous a semblé préférable de ne pas trancher cette question. Mais que faire alors ? Une première réaction peut conduire à vouloir laisser les choses en l'état, à rejeter ces logiques dos à dos, et confier ainsi la charge de l'assimilation de la responsabilité sociale des entreprises à celles-ci, sous la pression des consommateurs. Pourtant, ce scénario semble invraisemblable. La RSE a déjà dépassé ses sources traditionnelles, et l'on voit mal le législateur, l'Afep ou le Medef défaire ce qu'ils viennent d'entreprendre. Il paraît donc nécessaire de penser les vecteurs de la RSE sur le mode de la pluralité, ce qui semble plus en adéquation avec l'histoire foisonnante du développement de la RSE. Se concevant par degrés, la coordination des logiques peut prendre plusieurs formes. Ne pas faire de choix, laisser coexister les vecteurs, peut constituer une première option, à condition toutefois de prévenir les effets négatifs de la concurrence normative (2.1). Au-delà, il faut également considérer la possibilité de choisir une troisième voie, mieux adaptée aux spécificités de la RSE : des outils normatifs adaptés, mêlant en leur sein normes souples et dures, constituent à notre sens la meilleure manière de donner à la RSE une consécration aussi éclatante qu'effective (2.2).

2.1. La coexistence des logiques

55 **Opportunité de la concurrence normative.** Dès lors que les vecteurs de la RSE ne sont plus conçus comme exclusifs l'un de l'autre, apparaît alors la question de leur rapport. Il s'agit donc de se demander si cette concurrence normative est bénéfique ou, au contraire, nuisible au développement de la RSE. A *priori*, cette concurrence a au moins

l'avantage d'aboutir à une prolifération normative. En effet, cette « course à l'armement » entre les vecteurs contribue, malgré leurs faiblesses respectives, à faire de la RSE un enjeu majeur du droit des affaires. En lui donnant toujours plus de visibilité, elle incite non seulement les entreprises, mais également les consommateurs, à se soucier davantage des problématiques sociales et environnementales liées à leurs activités ou à leurs choix, selon le cas. Pourtant, la multiplication des vecteurs de la RSE peut également lui être plus nuisible que profitable, dès lors qu'elle contribue – comme toute inflation normative – à une dilution de son sens. Si l'on conçoit les interactions des vecteurs dans le temps, alors le phénomène de prolifération des normes trouve son fondement dans cette concurrence normative (2.1.1). Toutefois, si l'on ajoute à cette approche quantitative une analyse qualitative, cette profusion de normes s'avère, en dernière analyse, plutôt nuisible au progrès de la RSE, dès lors qu'il en résulte une certaine confusion (2.1.2).

2.1.1. Prolifération normative

56 **Concurrence des acteurs et prolifération des normes.** Les acteurs de la RSE se livrent à une forme de concurrence quant à l'élaboration des normes. Celle-ci se conçoit largement, tous azimuts, tant entre acteurs privés [67] et publics [68] qu'entre acteurs de la même catégorie. Ainsi, au sein du secteur privé, les normes relatives à la RSE proviennent aussi bien des entreprises elles-mêmes que des organismes de certification, des investisseurs institutionnels, des organisations non gouvernementales ou, plus proche de notre objet d'étude, des syndicats patronaux. Au sein du secteur public, on trouve, par exemple, des règles émanant d'organes internationaux ou issues de l'Union européenne et, comme le montre la loi Pacte, du législateur étatique. Soucieux d'afficher leur intérêt pour les problématiques de la RSE, tous s'en saisissent concurremment. Par conséquent, l'augmentation du nombre de producteurs de normes entraîne, mécaniquement, leur prolifération. Si un tel constat paraît faire sens, il implique néanmoins que l'on revienne sur l'effet d'endiguement de la concurrence normative qui constitue le postulat initial de cette contribution [69].

57 Cette stratégie semble le plus souvent manquer son but. Certes, la perspective d'une régulation incite les entreprises à s'autoréguler :

plutôt qu'une prise de conscience spontanée (Deumier, 2002) des acteurs économiques quant à la nécessité de structurer leurs pratiques, c'est bien davantage sous la pression d'une législation à venir que la prise de conscience intervient (Mazuyer, 2017a, p. 12). Pourtant, ces tentatives d'endiguement paraissent bien souvent se solder par un échec. À s'en tenir aux évolutions récentes, les lois Sapin II et Vigilance sont autant d'exemples de consolidation des règles issues de l'autorégulation. La première montre l'évolution de la notion de *say on pay* (« s'exprimer sur la rémunération ») en droit français. À l'époque où la norme relevait exclusivement du Code Afep-Medef, le vote des actionnaires, d'abord consultatif[70], est devenu « impératif »[71]. Ensuite, à l'occasion de ce que l'on conviendra de nommer l'affaire Renault, le législateur s'est emparé de la question, intervention jugée « nécessaire à la poursuite de l'effectivité en matière de rationalisation de la rémunération des dirigeants » (Dumanoir, Koensgen, 2017). En l'espèce, les actionnaires de l'entreprise avaient refusé de valider la rémunération de l'ancien dirigeant du groupe[72], mais le conseil d'administration est ensuite allé contre l'avis des actionnaires en approuvant celle-ci. Illustrant les difficultés inhérentes au caractère hétéronome des codes de gouvernance d'entreprise[73], cet épisode a poussé le législateur à intervenir pour doter le *say on pay* d'un caractère contraignant. Quant à la loi Vigilance, elle est l'une des conséquences normatives[74] de la retentissante affaire du Rana Plaza (Moreau, 2017).

58 À partir de ces exemples, on peut émettre l'hypothèse selon laquelle la construction d'un système de *soft law* n'a pas un effet univoque sur l'intervention législative. L'autorégulation semble, en effet, aussi susceptible de repousser que de précipiter cette dernière. Il ne s'agit pas ici de dire que la cause de ce phénomène résiderait dans le fait que, dans sa globalité, le recours aux vecteurs souples ne permettrait pas d'atteindre un degré d'effectivité suffisant. Il nous semble plutôt que l'émission de normes par des acteurs privés interpelle le législateur tout en préparant son action et qu'en cela l'autorégulation a des effets ambivalents. Dans le cas de la loi Vigilance, par exemple, on a pu remarquer que « la loi française nationale vient rendre contraignante la construction, déjà très élaborée dans de nombreux groupes, de la gestion des risques par la RSE » (Moreau, 2017). Dans cette perspective, l'hypothèse d'un droit souple conçu comme un rempart à une

intervention législative apparaît comme résiduelle. Même une démarche suffisamment proactive, située largement en amont de l'intervention publique, ne semble pas à même de tenir la plume du législateur à distance. L'avènement d'une législation de l'émotion a cette conséquence qu'un fait médiatique peut suffire à ce que la loi vienne contrarier une autorégulation aussi spontanée qu'effective. Dès lors, l'attrait essentiel du droit souple semble davantage résider dans l'anticipation de l'action du législateur et ses corollaires, soit son retardement et/ou son orientation. Autrement dit, si l'autorégulation vise toujours à lutter contre la régulation, cette concurrence ne se conçoit pas seulement comme un obstacle absolu, ce cas de figure apparaissant au surplus comme relativement marginal. L'autorégulation semble bien plus à même de ralentir, d'orienter ou encore de minimiser l'action du législateur. Ainsi, la corrélation entre le nombre de producteurs de normes, la concurrence normative qui en résulte et la prolifération des normes peut être établie. Ce n'est là, toutefois, qu'un préalable à la question essentielle qui, compte tenu de notre objet d'étude, est de savoir si celle-ci est bénéfique à la diffusion des normes et des pratiques de la RSE.

59 **Prolifération des normes et diffusion de la RSE.** Débarrassée de ses prétendues vertus prophylactiques, cette concurrence entre producteurs de normes aboutit à la prolifération de ces dernières. Il s'agit ici de considérer ce phénomène dans ce qu'il a de bénéfique au regard de l'objectif de développement des démarches responsables. On peut en effet considérer que cette fuite en avant aboutit à un partage des rôles, dans lequel il incombe à la *soft law* de prospecter de nouveaux espaces dont le droit dur viendrait régulièrement consolider les acquis (Desbarats, 2019, p. 49), ce qui ne peut que participer à la diffusion de la RSE. L'interaction entre le droit dur et le droit souple, véritables espaces d'expérimentation et de prospection pour le législateur, serait, dans cette perspective, moins une opposition qu'un processus. Dans le cadre de la relation entre entreprises et législateur, il faut alors en comprendre le mécanisme, ce qui suppose de revenir sur ce qui incite chacun de ces acteurs à produire de la norme.

60 Pour ce qui est de l'entreprise, on peut s'interroger sur ce qui pousse des acteurs privés à contraindre leur action par des normes qui, ultimement, seront rattrapées par l'œuvre législative. À l'analyse, et

même dans l'hypothèse d'une inéluctable intervention législative, les bénéfices d'une démarche RSE sont multiples. Premièrement, les entreprises tirent de cette avance certains avantages compétitifs [75]. Le premier argument est évidemment celui de leur réputation : se poser en pionnier de la RSE, même si les règles édictées ont vocation à se durcir, crée nécessairement un effet publicitaire bénéfique au chiffre d'affaires de l'entreprise. Mais il faut également considérer l'économie potentielle résultant de l'adoption d'une démarche RSE. Celle-ci permet une meilleure anticipation du risque juridique que peut représenter l'intervention du législateur ou du juge [76]. De plus, pour les entreprises opérant à une échelle globale, le droit souple permet de « dépasser la fragmentation de la régulation économique et la pluralité de réglementations étatiques » (Cafaggi, 2013, p. 135). Dans cette perspective, l'intégration de la RSE par le droit souple permet, au sein d'une même entité économique, d'unifier et donc de rationaliser les pratiques. De cette rationalisation naît alors un avantage économique [77]. En effet, dans l'hypothèse où le droit dur aurait inexorablement vocation à rattraper le droit souple, ce dernier constituerait un précieux outil de « conscientisation de la norme » (Deumier, 2013a, p. 1566), en ce qu'il laisse aux acteurs, du fait de sa souplesse, le temps de s'en emparer : en cas de reprise de la règle par le droit dur, l'effort d'adaptation des destinataires de la norme sera réduit. Enfin, le droit souple permet aux entreprises, en retour, d'orienter le sens de la loi à venir. Créer la norme, si souple soit-elle, devient alors un enjeu de pouvoir.

61 Pour ce qui est du législateur, non sans paradoxe, il y a un intérêt communicationnel certain à légiférer en matière de RSE, et plus encore à le faire selon la méthode retenue dans le cadre de la loi Pacte. En adressant aux entreprises l'injonction de « prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux » de leurs activités, tout en cherchant à réduire au minimum la portée normative de celle-ci, l'objectif semble clair. Il s'agit de « déclarer une belle intention un peu vide », faisant de la loi un « instrument politique » (Deumier, 2017, p. 34). Ainsi, le législateur est d'autant plus enclin à légiférer que les lois qu'il promulgue sont quasiment dépourvues de toute portée normative. Dans cette perspective, la concurrence des vecteurs semble des plus favorables à la RSE qui, en passant de l'un à l'autre, progresse continuellement (Frydman, 2007). Pourtant, cette

fuite en avant peut s'avérer pernicieuse, puisque la multiplication de normes dont l'objet est similaire mais dont la nature et la structure sont dissemblables contribue à dégrader la qualité du système tout entier (2.1.2).

2.1.2. Confusion normative

62 **Confusion normative et sécurité juridique**[78]**.** En ce qu'elle constitue une condition de l'effectivité des normes, la sécurité juridique est nécessaire à la diffusion des pratiques de la RSE. Ni l'accessibilité des normes, dans le cadre d'un système basé sur le risque-réputation, ni leur prévisibilité, s'agissant d'un ensemble normatif voulu comme évolutif, ne posent de difficultés majeures en la matière. C'est bien davantage l'inintelligibilité de l'ensemble, renforcée par l'hétérogénéité de ses composantes, qui nuit à leur effectivité. La multiplication des acteurs et la diversification des normes qu'ils produisent participent autant à diffuser les normes de la RSE qu'à entretenir l'incertitude quant à la nature du système ainsi mis en place.

63 Faute d'acteur désigné pour la garantir, la cohérence de l'ensemble ne saurait, tant s'en faut, être érigée en caractéristique du modèle. Un tel schéma supposerait qu'une distribution des rôles se fonde, par exemple, sur une typologie des acteurs et des normes qu'ils édictent. Dans le cas de la RSE, on pourrait imaginer que cette répartition opère selon une logique descendante, dans laquelle la norme gagnerait en précision et/ou en contrainte à mesure que le champ d'action de son émetteur diminue. En l'absence d'une telle harmonisation[79], l'attraction de la RSE dans la sphère des codes de gouvernance et de la loi contribue au moins autant à réduire la lisibilité du système qu'à en assurer l'effectivité.

64 Avec l'adoption de la loi Pacte, le législateur a étoffé la typologie des normes qu'il édicte en matière de RSE. Alors qu'il s'était contenté, dans le cadre de la loi NRE[80], d'une régulation par l'information, le système de la loi Pacte s'appuie sur des techniques plus variées, reposant tant sur le volontarisme[81] que la réglementation[82] et l'information[83]. En effet, habitués à ce que la loi contraigne, on ne cesse de s'interroger, en doctrine, sur la dimension symbolique ou contraignante du système finalement mis en place. Si, formellement, les dispositions de l'article 1833 n'ont rien de facultatif[84], elles

semblent néanmoins dépourvues de tout caractère contraignant : à l'absence de sanction s'ajoute l'imprécision du libellé de la loi, ce qui ne manque pas de désarçonner le destinataire de la norme. C'est donc bien du droit souple que le législateur a produit là, ce qui n'implique pas nécessairement que les acteurs puissent s'écarter de la règle ou que celle-ci soit dépourvue de sanction. En l'occurrence, c'est de droit « flou » (Thibierge, 2003) dont il s'agit, la norme s'avérant trop imprécise pour être susceptible d'orienter les comportements individuels. Telle que la loi est formulée, il semble tout aussi difficile de suivre que d'enfreindre l'injonction faite aux entreprises de considérer les enjeux sociaux et environnementaux de leurs activités. De toutes les textures de la *soft law*, c'est sans doute ce droit flou qui engendre la plus grande insécurité juridique, puisque la nature de la norme ne permet pas d'anticiper la manière dont les différents acteurs, et notamment les juges, s'en saisiront.

65 Le même phénomène peut être observé en matière de codes de gouvernance, lesquels intègrent souvent des recommandations gravées par ailleurs dans le marbre de la loi. Il est permis de douter, avec un certain nombre d'auteurs (Le Tourneau, 2000, p. 70 ; Supiot, 2004, p. 541), de l'intérêt de cette répétition, dont la force normative est atténuée. À notre sens, les codes de gouvernance devraient s'abstenir de reprendre des exigences légales, et ce pour deux raisons. D'une part, la répétition peut tromper le destinataire de la norme, qui croira par hypothèse pouvoir s'en écarter alors que, figurant également dans la loi, elle est impérative. Le maintien de dispositions pourtant reprises par le législateur est assurément une source d'incertitude quant à la nature de la norme, puisque les acteurs seront tentés de croire qu'ils sont encore libres de s'y conformer ou de s'expliquer du fait de qu'ils s'en détournent, alors même que ce n'est plus le cas. De telles répétitions contribuent à une « densification normative » (Thibout, 2018, p. 34) qui nuit à la lisibilité du système tout entier et, par extension, à l'acceptabilité des normes, toutes origines confondues. D'autre part, la crédibilité du droit souple en pâtit plus particulièrement. En effet, lorsqu'un code de gouvernance reprend pour partie des exigences légales, on a tôt fait d'y voir alors « un discours creux à portée publicitaire » (Farjat, 1982, p. 65). Cela exposé, la difficulté de faire coexister les deux logiques apparaît. S'il semble que la fuite en avant des processus normatifs soit béné-

fique à l'intégration des préoccupations sociales et environnementales, il n'en demeure pas moins que, matériellement, la coexistence des logiques aboutit à une insécurité juridique regrettable, tant pour les destinataires de ces normes que pour les valeurs dont elles sont porteuses.

66 **Confusion normative et crédibilité de la RSE.** Du fait de l'incertitude entourant ses sources, son contenu et sa finalité, la responsabilité sociale des entreprises semble vouée à osciller entre logiques *marketing* et juridique. À notre sens, les démarches volontaristes nécessitent un certain encadrement, faute de quoi le système actuel de la RSE semble vulnérable aux hypothèses de *free riding* [85], obérant d'autant sa crédibilité. Dans cette perspective, l'encadrement par d'autres normes peut apporter un bénéfice certain aux acteurs finaux de la RSE, les entreprises et les consommateurs. Pour s'assurer de la nécessité de recourir à d'autres normes et asseoir ainsi la crédibilité du système, il faut encore exclure la possibilité de s'en remettre au juge pour assurer cette tâche. S'il semble en possession des outils nécessaires, attendre du juge qu'il assure un réel contrôle de l'effectivité du système est illusoire.

67 En tant que faits juridiques témoignant d'une volonté, les instruments de *soft law* peuvent acquérir une certaine force probatoire. Bien que les exemples jurisprudentiels se multiplient à travers le monde [86], la position prise par la Cour de cassation dans l'affaire du naufrage de l'*Erika* mérite que l'on s'y attarde, en ce qu'elle permet de rendre compte de l'état du droit interne [87]. Dans ce litige, la Haute juridiction s'est fondée sur les dispositions d'un code éthique pour caractériser la faute de témérité de la société Total en retenant que « la défaillance de l'entreprise dans la mission de contrôle qu'elle s'est assignée peut relever d'une faute de négligence » (Blin-Franchomme, 2013). On peut donc observer que le juge n'est pas démuni, tant sur le plan civil que sur le plan pénal, face à une entreprise ne respectant pas la conduite qu'elle s'est elle-même fixée. Plus largement, il peut sanctionner une entreprise ne se conformant pas à son code de conduite, car un tel comportement peut constituer, conformément au droit européen [88], une pratique commerciale déloyale susceptible d'engager la responsabilité civile de l'entreprise.

68 Pourtant, faire peser sur le juge la charge d'assurer l'effectivité de la RSE semble inenvisageable, et ce pour deux raisons. D'une part, et bien que la volonté de lutter contre les comportements frauduleux soit en elle-même louable, force est de constater qu'un tel usage du droit souple contribue à créer une certaine insécurité juridique qui risque fort de dissuader les entreprises de se doter d'une démarche RSE. Dès lors qu'une démarche *marketing* bénéfique se double de conséquences réellement contraignantes, la « gratuité » d'un code de conduite s'évanouit, au risque de remplacer le volontarisme par le scepticisme. Pour autant, l'argument est réversible, car il est également possible de soutenir qu'en créant un risque juridique, la jurisprudence dissuade les tentatives de *free riding*, renforçant corrélativement la confiance portée aux entreprises dotées d'une réelle démarche en matière de préoccupations sociales et environnementales. Reste que, pour être effectif, ce tri judiciaire présuppose un contentieux par ailleurs soumis aux règles de compétence juridictionnelle, alors même que la RSE apparaît comme une conséquence directe de la mondialisation et des possibilités de *forum shopping* (« élection de juridiction ») qu'elle entraîne. Dans ces conditions, l'efficacité d'un tel système ne peut qu'être relative. Il nous semble donc préférable, plutôt que de laisser coexister des normes qui, mis à part leur objectif, se révèlent profondément disparates dans leurs contenus et leurs sources, de privilégier une approche plus unifiée de la question de l'intégration de la RSE (2.2).

2.2. La convergence des logiques

69 **Rationalisation.** Il est possible, à notre sens, de mieux assurer l'effectivité des normes de la RSE, notamment en tentant d'ordonner – et non de nier – la spectaculaire diversité des normes qui la caractérise. À cette fin, il est utile d'adopter une approche « décloisonnée » (Daoud, Péronne, 2017) des outils normatifs disponibles, laquelle doit permettre de préserver l'essence volontariste de la RSE tout en la dotant d'un cadre légal assurant son effectivité. Mieux vaut, dans cette perspective, diviser le problème en plusieurs phases. En amont des pratiques des entreprises, il semble nécessaire d'avoir recours à l'univocité de la loi, tant pour définir le champ de RSE que les objectifs qui président à son effectivité (2.2.1). En aval des pratiques, il convient d'assurer le contrôle de l'effectivité de la RSE par des méca-

nismes adaptés à ce domaine (2.2.2). C'est, à notre sens, le recours à des mécanismes de *compliance* qui correspond le mieux à cet objectif.

2.2.1. En amont des pratiques

70 **Fixer un cadre.** La genèse de la RSE montre qu'elle est avant tout une conséquence de la mondialisation. C'est parce que celle-ci favorise les stratégies d'évitement du droit étatique, affaibli par sa nécessaire circonscription territoriale, que la préservation d'enjeux fondamentaux a dû être pensée sur un autre mode que celui de la contrainte. En cela, la *compliance*, en ce qu'elle procède d'une logique similaire, semble bien adaptée aux problématiques inédites que tente de saisir la RSE : la *compliance* serait ainsi « l'expression de la volonté des pouvoirs publics d'imposer des règles dont ils n'ont pas la force d'assurer l'effectivité » (Frison-Roche, 2016). Pour dépasser l'obstacle de la territorialité, la RSE comme *la compliance* cherchent à pallier le dépassement des pouvoirs publics en « internalis[ant] dans des opérateurs privés des buts monumentaux qui sont le souci d'institutions publiques extérieures » (Frison-Roche, 2018, p. 3).

71 Seule la méthode varie, puisque la RSE s'en remet à la volonté des acteurs, alors que la *compliance* repose sur une obligation légale. Reste que la responsabilité sociale des entreprises, comme nous l'avons vu, se départit d'un certain type de normes, volontaires, autonomes et non contraignantes. À notre sens, cette diversification laisse entrevoir une évolution de la notion vers un modèle partiellement obligatoire, voire sanctionnateur. La loi Pacte, malgré sa dimension essentiellement symbolique, en témoigne. *Compliance* et RSE semblent pouvoir être pensées dans un rapport de complémentarité, dans lequel la RSE constituerait la fin et la *compliance*, les moyens. En droit positif, le rapprochement des deux notions s'observe déjà. En effet, les lois Vigilance et Sapin II s'appuient sur cette technique, basée sur une répartition des rôles entre le législateur et les entreprises. Elle semble apte à accomplir les objectifs de la RSE sans pour autant la dénaturer trop nettement, car « plutôt que d'imposer exclusivement, par l'édiction d'une règle générale et impersonnelle, les nouvelles normes de comportement, […] la loi se contente de définir un cadre et des objectifs en laissant les acteurs libres de définir les moyens pour s'y conformer et y satisfaire » (Boucobza, Sérinet, 2017, p. 1621). En contrepartie de cette liberté dans la définition des

moyens, l'entreprise doit mettre en place « la documentation et la justification régulière de la conformité aux normes dans différents domaines du droit, en particulier ceux qui sont soumis à une régulation spécifique ou à une surveillance de risques » (Augagneur, 2017). Si l'obligation y est bel et bien contraignante, si l'objectif vient encore d'en haut, les règles de conformité se démarquent de la règle de droit classique en ce qu'elles délèguent aux destinataires de la norme un certain nombre de prérogatives. Dès lors que cette méthode nouvelle a principalement vocation à prévenir le risque plutôt qu'à punir le manquement, elle laisse aux acteurs concernés la responsabilité de l'évaluer. Le spectre de la sanction se déplace alors pour saisir les processus mis en place par les destinataires de la norme pour les détecter, les prévenir et les gérer. Ce mouvement entraîne mécaniquement l'ouverture d'un second espace de liberté pour les acteurs économiques, qui demeurent libres de choisir les processus destinés à satisfaire l'objectif assigné par le législateur. La *compliance* désigne en ce sens une technique normative dont la singularité tient essentiellement à la combinaison et à l'organisation de règles de natures différentes.

72 À condition de ne pas se focaliser sur la matière mais sur la méthode, l'équilibre mis en place par le Règlement général sur la protection des données (RGPD)[89] peut également être source d'inspiration, en ce qu'il constitue à notre sens un exemple plus abouti de coordination des différents vecteurs disponibles que les lois Sapin II et Vigilance. Les questions relatives aux champs d'application du texte – matériel, spatial et temporel – échoient au droit dur, qui définit donc le cadre dans lequel s'inscrivent les pratiques respectives des différents acteurs, ainsi que les objectifs qui leur sont assignés. Sur ce point, une profonde différence sépare le RGPD des lois Sapin II et Vigilance. En effet, alors que ces dernières ne sont applicables qu'à partir de certains seuils, le texte européen a une portée bien plus large, puisque son champ d'application le rend applicable à l'ensemble des traitements de données effectués sur le territoire de l'Union européenne ou se rapportant aux « personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union[90] ». S'agissant de l'opportunité de transposer l'une de ces logiques en matière de RSE, il semble difficile d'établir *a priori* le choix qu'il conviendrait de faire[91]. L'approche par les seuils peut toutefois être critiquée, non seulement parce que

leur fixation relève nécessairement d'un certain arbitraire, mais encore parce que des acteurs de faible envergure peuvent, notamment en matière environnementale, avoir un impact conséquent sur les enjeux de la RSE.

73 Enfin, contrairement aux lois Sapin II et Vigilance, le RGPD procède à une véritable définition des termes qu'il emploie : les notions de données personnelles, de traitement et de responsable de traitement sont clairement établies. Ramenée à la RSE, cette méthode nécessiterait, dans la multiplicité des domaines qu'elle embrasse, une appréhension unifiée de ses problématiques. Si la tâche est complexe, elle nous semble néanmoins propice à donner une assise plus ferme à la notion. Là encore, au regard du nombre de définitions qui en sont données, il ne nous appartient pas d'en proposer une. Tout au plus peut-on faire remarquer qu'au lieu d'une inflation législative parcellaire, une telle approche permettrait l'harmonisation d'un domaine du droit dont le développement est jugé comme anarchique car dicté par l'émotion (Saint-Affrique, 2017) . Le cadre fixé, c'est aux entreprises que reviendrait ensuite, par l'intermédiaire de codes de conduite, la tâche de déterminer les moyens de remplir ces objectifs.

74 **Institutionnaliser les pratiques.** En effet, dans une logique de *compliance*, les acteurs demeurent libres d'établir les moyens par le biais desquels ils se conformeront au cadre légal [92]. Dans cette perspective, faut-il, à l'instar des lois Sapin II et Vigilance, imposer aux entreprises de se munir d'un code de conduite ? Si l'on en venait à retenir, pour déterminer le champ d'application d'un tel dispositif, une méthode de seuil, alors la réponse devrait nécessairement être positive. En revanche, en le dotant d'un périmètre élargi, une telle exigence serait assurément trop lourde pour nombre d'acteurs : on imagine mal un entrepreneur individuel se doter d'un tel instrument. Conformément au système du RGPD, la création d'un code de conduite devrait dépendre des résultats d'une cartographie préalable des risques. S'il ressort de celle-ci que l'activité de l'entreprise comporte des risques sociaux et environnementaux qui ne font pas déjà l'objet de réglementations étatiques là où l'activité se déploie, alors la définition des processus nécessaires à la prévention de ces risques devrait être rendue obligatoire.

75 Une fois ce diagnostic effectué, la souplesse est encore de mise au stade de l'adéquation des fins et des moyens : l'entreprise détermine elle-même les processus permettant de réduire au minimum les risques qu'elle a identifiés. L'institutionnalisation des pratiques nécessite la mise en place d'une *privacy by design* (« respect de la vie privée dès la conception ») qui veut que l'activité soit pensée pour éviter toute atteinte à la vie privée. Ramenée aux domaines de la RSE, une telle approche pourrait servir d'inspiration pour prévenir les atteintes aux droits humains. Le concept de *compliance by design* obligerait sans doute les multinationales à repenser leurs schémas de production, en imposant à leurs sous-traitants de respecter les codes de conduite qu'elle fixe. En effet, la *compliance* permet d'atteindre, par ricochet, des acteurs théoriquement hors de portée du champ d'action de la loi. En distinguant les responsables de traitement des sous-traitants, le RGPD rend l'entreprise de tête responsable non seulement de ses propres agissements, mais également de ceux de ses cocontractants. L'entreprise avec lequel traite le consommateur devient ainsi le relais de la contrainte étatique. Avec la *compliance*, la règle de droit prend une forme réticulaire (Ost, Van de Kerchove, 2010). Parce que ce schéma est identique à celui des circuits économiques, elle permet à la norme de suivre leurs activités, de la société mère aux filiales jusqu'aux sous-traitants.

76 L'inspiration peut aussi provenir, quant à l'organisation interne de l'entreprise cette fois, de l'obligation faite à certaines structures [93] de désigner un délégué à la protection des données (DPO). En effet, l'institution d'un *compliance officer* n'est pas prévue par les lois Sapin II et Vigilance, alors même qu'elle constitue un point fort du RGPD. Le statut particulier attaché à la fonction de DPO [94] lui assure l'indépendance nécessaire à tout audit du comportement de la société. Tout est fait pour limiter un conflit d'intérêts : l'appréciation du respect des engagements de l'entreprise est ainsi déconnectée au maximum de son intérêt. Imposé dans certaines entités, il s'agit d'un véritable *compliance officer* chargé spécifiquement des aspects liés au stockage et au traitement des données personnelles. De ce point de vue, la solution semble plus opportune que celle qui consiste, comme le propose le Code Afep-Medef, à confier cette tâche au conseil d'administration. De plus, transposé à la responsabilité sociale des entreprises, le système mis en place parvient à concilier l'asymétrie des

notions d'entreprise et de société évoquée plus haut. Le Règlement prévoit la possibilité pour certaines structures complexes, tels les groupes d'entreprises, les autorités ou organismes publics, de ne nommer qu'un DPO, ce qui permet de mutualiser les coûts de *compliance*.

2.2.2. En aval des pratiques

77 **Contrôler l'effectivité.** Inscrire les objectifs de la RSE dans un instrument normatif basé sur la *compliance* suppose quelques ajustements de la notion d'effectivité. En effet, parce que cette logique repose sur des obligations de prévention de certains actes, elle nécessite d'établir une distinction entre la commission de ces actes et le respect des processus à la charge des entreprises. Ainsi, en sus de la nécessaire cartographie des risques et de l'élaboration d'un code de conduite *ad hoc*, les entreprises doivent de plus se plier aux exigences de la transparence. Pour l'heure, et de manière assez paradoxale, la seule communication relative aux démarches de RSE que la loi exige est adressée aux actionnaires. Vis-à-vis du consommateur, en revanche, les organisations sont libres de communiquer sur leurs bonnes pratiques ou, au contraire, de taire les mauvaises. À ce titre, il serait intéressant de s'inspirer du système de transparence mis en place par le RGPD [95]. Le règlement prévoit que l'autorité de contrôle doit être notifiée dans les meilleurs délais, mais aussi, et surtout, que les consommateurs doivent être prévenus lorsque la gravité de l'atteinte le nécessite. On retrouve par conséquent, avec plus de vigueur, le ressort réputationnel caractéristique de la RSE. Notons toutefois qu'il est possible pour l'entreprise d'échapper à cette obligation, à condition de mettre en place des mesures permettant de faire disparaître le risque d'atteinte à l'avenir.

78 Dès lors qu'elle s'inscrit dans le cadre d'un droit de la régulation, la *compliance* nécessite également, du côté de l'État, une autorité administrative indépendante comparable à l'Autorité des marchés financiers, la Commission nationale de l'informatique et des libertés ou l'Agence française anticorruption. Dès lors que la lutte contre la corruption est l'une des composantes de la RSE, il pourrait être envisagé de créer une autorité administrative *ad hoc* dont l'objet serait plus large. À condition toutefois de revenir sur le caractère exclusivement consultatif de ces attributions, il serait également envisageable

de confier cette mission au Conseil économique, social ou environnemental. Là encore, il est possible de s'inspirer du RGPD, qui articule un niveau national de protection avec un niveau européen par l'entremise du Comité européen de la protection des données. Les missions des autorités de contrôle sont multiples : pour l'essentiel, elles doivent produire des lignes directrices permettant de rendre les objectifs généraux édictés par le droit dur aussi précis que possible et contrôler la bonne application des textes. En tant que régulateurs, elles disposent également d'un pouvoir de sanction. Dans le cadre de la RSE, il faudrait toutefois leur confier une mission supplémentaire, nécessaire au respect de la philosophie de la notion. Puisque l'image de marque y revêt une importance capitale, il faudrait non seulement qu'elles puissent dénoncer les mauvaises pratiques, mais également récompenser les bonnes. À ce titre, la loi Pacte prévoit, à moyen terme [96], l'instauration d'une procédure de labellisation étatique, moyennant la création d'une « structure de revue et d'évaluation des labels de responsabilité sociale des entreprises permettant de valoriser des produits, des comportements ou des stratégies [97] ».

79 Symétriquement, il conviendrait de mettre en place des procédures permettant de détecter les atteintes aux objectifs de la RSE. Pour ce faire, il serait sans doute opportun de créer un régime protecteur pour les lanceurs d'alerte. Dans la mesure où les atteintes aux droits humains sont difficiles à détecter, il est absolument nécessaire de faire remonter le maximum d'informations depuis le terrain et, surtout, de s'assurer que ces informations puissent sortir de l'entreprise. À ce titre, le système mis en place par la loi Sapin II pourrait être étendu, notamment en incluant dans son champ matériel les engagements pris par une entreprise au titre de sa démarche RSE.

80 **Sanctionner la déviation.** Enfin, la concrétisation par le biais de *compliance* ne se conçoit pas sans sanctions. À l'origine, la loi Vigilance prévoyait une sanction spécifique, pouvant aller jusqu'à 10 millions d'euros, en cas de manquement de l'entreprise à ses devoirs de *compliance*. Cette amende civile a cependant été annulée par le Conseil constitutionnel, au motif qu'elle contrevenait au principe de légalité des délits et des peines [98]. Ne reste donc, en cas de manquement au plan, que la responsabilité civile délictuelle de droit commun, dont les conditions devraient s'avérer particulièrement

difficiles à réunir en la matière. En effet, le lien de causalité entre le fait, par exemple, de ne pas établir de plan de vigilance et le préjudice résultant du non-respect des droits humains par le sous-traitant étranger d'une entreprise française soumise aux dispositions de la loi Vigilance semble difficile à établir. Cela supposerait, en effet, de parvenir à prouver que l'adoption d'un tel plan aurait permis d'éviter la survenance du dommage, ce qui est plus qu'incertain. Dès lors que la *compliance* consiste précisément à imposer aux entreprises des obligations situées largement en amont du dommage effectif, elle entretient nécessairement un lien plus ténu avec celui-ci, ce dont il s'ensuit que les mécanismes de la responsabilité civile de droit commun ne lui conviennent pas.

81 La loi Sapin II, quant à elle, prévoit d'infliger une amende administrative d'un montant maximal de 200 000 euros pour les personnes physiques et d'un million d'euros pour les personnes morales. Pour sa part, le RGPD prévoit une sanction dont le plafond est fixé à 4 % du chiffre d'affaires annuel consolidé. Cette dernière méthode semble préférable, car en s'adaptant aux résultats économiques des entreprises, elle se fait plus dissuasive, ce qui n'est en définitive que la contrepartie de la souplesse ainsi accordée aux acteurs dans la détermination des processus mis en œuvre.

Conclusion

82 Classiquement, droit dur et droit souple s'articulent dans le temps, le second préfigurant, voire préparant l'arrivée du premier (Deumier, Khodri, 2017). Dans cette configuration, la souplesse des codes de gouvernance permet un changement progressif des comportements et laisse espérer une meilleure effectivité de la norme, basée sur son acceptation collective avant la coercition.

83 Pour autant, cette configuration harmonieuse ne doit pas masquer une utilisation plus « offensive » de la diversification des sources, suivant laquelle il n'est plus question de préparer, mais d'occuper le terrain normatif. Ce passage de la cohérence à la concurrence normative appelait une analyse des forces en présence. L'étude révèle que ni la loi ni les codes de gouvernance ne sont tout à fait adaptés à la philosophie de la RSE. En tant que démarche volontaire, celle-ci se réserve théoriquement à des sources autonomes. Certes, les codes de

gouvernance ne remettent pas en cause sa traditionnelle souplesse, mais l'on ne saurait en déduire qu'ils ont vocation à en constituer un vecteur efficace. En effet, que vaut le principe *comply or explain*, pierre de touche des codes de gouvernance, en matière de respect des droits de l'Homme ou de lutte contre la corruption ? Aucune spécificité actionnariale, managériale, commerciale ou industrielle ne peut justifier le non-respect de ces objectifs, ce qui prive d'intérêt le recours à ces outils normatifs.

84 En définitive, cette concurrence normative semble relativement néfaste pour la RSE. En brouillant les frontières de l'obligatoire et du vertueux, elle risque d'en gripper l'un des principaux moteurs. Si les entreprises, les actionnaires ou les consommateurs ne parviennent plus à distinguer l'un de l'autre, il est probable que l'adoption d'une démarche volontaire par une entreprise n'ait pas le bénéfice réputationnel escompté, réduisant ainsi son intérêt.

85 À tout prendre, il semble préférable de cesser cette concurrence normative pour privilégier des instruments capables d'intégrer différentes textures normatives en leur sein. Dans cette perspective, la *compliance* semble la mieux adaptée aux spécificités de la RSE. Son articulation ne repose pas sur le principe *comply or explain*, mais sur un partage des rôles entre droit dur et droit souple. Bien que les finalités soient dictées par le législateur, la souplesse demeure en ce que l'entreprise est libre de déterminer les moyens par lesquels elle s'acquitte de ses obligations. Un tel type de norme serait, à notre sens, le meilleur vecteur de concrétisation de la responsabilité sociale des entreprises et permettrait, sans le dévoyer, de redonner toute sa vigueur à l'adage « *tu patere legem quam fecisti* [99] ».

BIBLIOGRAPHIE

Alexandre A.-G., 2018, « Reporting RSE, le positionnement du secteur de luxe et de la mode sur les aspects environnementaux », *Droit de l'environnement*, n° 266, p. 135-141

American Law Institute, 2008 [1994], *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, St. Paul, MN, American Law Institute Publishers

Ancel P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.*, 1999, p. 771-810

Arcot S., Bruno V., 2007, « One size does not fit all, after all: Evidence from corporate governance », *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 4, p. 1041-1057

Augagneur L.-M., 2017, « La compliance a-t-elle une valeur ? », *JCP E*, n° 40, p. 1522

Autorité des marchés financiers, 2016, *Étude comparée : les codes de gouvernement d'entreprise dans dix pays européens*, [https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/publications/rapports-etudes-et-analyses/etude-comparee-les-codes-de-gouvernement-dentreprise-dans-10-pays-europeens], consulté le 25 février 2022

Barsan I. M., « RSE : l'émergence d'un devoir pour les sociétés », dans S. Benisty (dir.), *Les devoirs en droit*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 217-254

Behaja J., 2019, « La portée juridique et l'efficacité de la *corporate governance* et des codes de gouvernement d'entreprise », *Revue des sociétés*, n° 3, p. 155-171

Bellan M., 13 février 2018, « Gouvernance d'entreprise : une nouvelle mouture du Code Afep-Medef en préparation », *LesEchos.fr*, [https://www.lesechos.fr/2018/02/gouvernance-dentreprise-une-nouvelle-mouture-du-code-afep-medef-en-preparation-984359], consulté le 25 février 2022

Belporo C., 2016, « Les enjeux contemporains de l'encadrement de la responsabilité des entreprises en matière de droits humains dans la chaîne d'approvisionnement : le cas pratique de la tragédie au Bangladesh », *Revue droit du travail*, n° 11, p. 722-736

Berlioz P., 2018, « Droit souple ou droit dur, un (non)-choix lourd de conséquences », *Revue des sociétés*, n° 11, p. 644-646

Berthillon F., 2017, « L'appréciation du principe *comply or explain* au regard de la rémunération des dirigeants », *Journal des sociétés*, n° 154, p. 43-46

Blin-Franchomme M.-P., 2013, « Code de conduite : attention à l'écart de conduite ! Note sous Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 septembre 2012, affaire *Erika*, pourvoi numéro 10-82.938 », *Revue Lamy Droit des affaires*, vol. 78, p. 60-63

Boisseau L., 7 mars 2018, « Pourquoi les investisseurs sont déçus par la révision du Code Afep-Medef », *LesEchos.fr*, [https://www.lesechos.fr/2018/03/pourquoi-les-investisseurs-sont-decus-par-la-revision-du-code-afep-medef-985993], consulté le 25 février 2022

Boucobza X., Sérinet Y.-M., 2017, « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *Recueil Dalloz*, p. 1619-1625

Cafaggi F., 2013, « Les nouveaux fondements de la régulation transnationale privée », *Revue internationale de droit économique*, n° 1, p. 129-161

Carasco E. F., Singh J. B., 2003, « The content and focus of the codes of ethics of the world's largest transnational corporations », *Business and Society Review*, vol. 108, n° 1, p. 71-94

Casabianca D. de, 2013, *Montesquieu. De l'esprit des lois. Anthologie*, Paris, Flammarion

Chanal D., 2018, « RSE et (future) loi pacte : le rendez-vous manqué ? », *JCP S*, vol. 49, n° 47

Clerc C., 2018, « Contribution à la réforme sur l'objet social de l'entreprise », *Semaine sociale Lamy*, n° 1805

Constant B., 2006 (1806), *Principes de politique*, Paris, Hachette Littératures

Cozian M., Viandier A., Deboissy F., 2017, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis

De Cordt Y., 2008, *L'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociétale*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant

Delmas-Marty M., 2006, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil

Desbarats I., 2019, « De l'entrée de la RSE dans le Code civil : une évolution majeure ou symbolique ? », *Droit social*, n° 1, p. 47

Desbarats I., 2003, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion », *JCP G*, vol. 9, p. 337-343

Deumier P., 2020, « La régulation constitutionnelle de la corégulation législative ; note sous Conseil constitutionnel, 20 décembre 2019, décision numéro 2019-794 DC », *RTD Civ.*, n° 3, p. 586-591

Deumier P., 2017, *Introduction générale au droit*, 4e éd., Paris, LGDJ

Deumier P., 2014, « Appliquer, expliquer ou sanctionner », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, p. 37-38

Deumier P., 2013a, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *Recueil Dalloz*, p. 1564-1570

Deumier P., 2013b, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », dans Conseil d'État, *Le droit souple. Étude annuelle 2013*, Paris, La Documentation française, p. 247-255

Deumier P., 2013c, « Le principe "appliquer ou expliquer" appliquer la norme autrement ? », *RTD Civ.*, n° 1, p. 79-84

Deumier P., 2002, *Le droit spontané*, Paris, Economica

Deumier P., Khodri F., 2017, « La diversité dans la composition des conseils : une autre articulation du droit dur et du droit souple », *Journal des sociétés*, n° 154, p. 20-23

Dorssemont F., 2008, « Responsabilité sociale des entreprises et droit du travail (européen), amis ou ennemis ? », *La revue de l'IRES*, vol. 57, n° 2, p. 55-85

Dumanoir S., Koensgen S., 2017, « *Say on pay* contraignant : la réaffirmation du rôle des actionnaires dans la détermination de la rémunération des dirigeants », *Journal des sociétés*, n° 154, p. 39-42

Dupeyroux H., 1933, « Sur la généralité de la loi », dans *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Librairie Édouard Duchemin

Emeriau P., Anaya A., 2017, « Extension et simplification du reporting extra-financier : une amélioration de la transparence au service des grandes entreprises », *Option Finance*, n° 1428

Farjat G., 1982, « Réflexions sur les codes de conduite privés », dans *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, p. 47-65

Feuerstein I., 28 février 2018, « Objet social de l'entreprise : le patronat avance ses pions », *LesEchos.fr*, [https://www.lesechos.fr/2018/02/objet-social-de-lentreprise-le-patronat-avance-ses-pions-985502], consulté le 25 février 2022

France Stratégie/Plateforme RSE, 2019, « Engagements des entreprises pour la prévention des conduites addictives », *Rapport d'activité 2019*, p. 7-8, [https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/rapport_dactivite_2019_de_la_plateforme_rse-ok.pdf], consulté le 25 février 2022

François B., 2018a, « Code 2018 de gouvernement d'entreprise Afep-Medef : une nouvelle version, en vain ? », *Revue des sociétés*, n° 10, p. 575-581

François B., 2018b, « Consultation publique sur le projet de révision du code Afep-Medef », *Revue des sociétés*, n° 4, p. 273-275

Freeman R. E., 1984, *Strategic management: A stakeholder approach*, Boston, Pitman

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

Frison-Roche M.-A., 2016, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, p. 1871-1874

Frydman B., 2007, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », dans T. Berns (dir.) *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, p. 1-50

Gendron C., Turcotte M.-F., 2003, « Environnement, concertation et déréglementation : la modernisation réglementaire à l'heure des méta-enjeux », *Sociologies pratiques*, n° 7, p. 139-156

Germain M., 2018, « Les propositions du Club des juristes », *Revue des sociétés*, n° 10, p. 564-568

Gerry-Vernières S., 2012, *Les petites sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica

Godard L., Schatt A., 2005, « Les déterminants de la qualité des conseils d'administration français », *Gestion*, n° 4, p. 81-101

Granier C., 2016, « L'attrait du droit souple dans l'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux », *Revue des sociétés*, n° 4, p. 207-218

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

Hachez I. et al. (dir.), 2012, *Les sources du droit revisitées. Vol. 3 : Normativités concurrentes*, Louvain-la-Neuve, Publications des facultés universitaires Saint-Louis/Anthemis

Harrison K., 2001, « Volontarisme et gouvernance environnementale », dans E. A. Parson (dir.) *Gérer l'environnement : défis constants, solutions incertaines*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, p. 209-247

Hennebel L., Lewkowicz G., 2007, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », dans T. Berns et al.

(dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant

Herbel P., 2013, « La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'homme par l'entreprise », *Recueil Dalloz*, vol. 23, p. 1570-1573

Klahr A., Bledniak E., 2019, « Les syndicats et la protection de l'environnement : le pouvoir du collectif », *Semaine sociale Lamy*, n° 1887, p. 6-11

Lanneau R., 2013, « La sécurité juridique, un essai de théorisation », *Revue de la recherche juridique*, n° 3, p. 1109-1122

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

Lecourt B., 2016, « Les codes de gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne », *Revue des sociétés*, n° 11, p. 695-699

Le Monde, 25 septembre 2008, « Le discours de Nicolas Sarkozy à Toulon », *LeMonde.fr*, [https://www.lemonde.fr/politique/article/2008/09/25/le-discours-de-nicolas-sarkozy-a-toulon_1099795_823448.html], consulté le 25 février 2022

Le Tourneau P., 2000, *L'éthique des affaires et du management au* XXI*e siècle*, Paris, Dunod/Dalloz

Lopez L., 2017, *L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Saint-Denis, Connaissances et Savoirs

Lyon-Caen A., 2007, « Responsabilités des entreprises et corégulation », *Revue droit du travail*, p. 549-549

MacNeil I., Li X., 2006, « "Comply or explain": market discipline and non-compliance with the Combined Code », *Corporate Governance: An International Review*, vol. 14, n° 5, p. 486-496

Malecki C., 2017, « Transposition de la directive RSE : un nouveau cadre de publications extra-financières pour les grandes entreprises », *Bulletin Joly Sociétés*, n° 10, p. 632

Malecki C., 2014, *Responsabilité sociale des entreprises : perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Paris, LGDJ

Malecki C., 2009, « De Stockholm à Copenhague, des principes aux actes : la désormais incontournable RSE (Propos introductifs) », *Journal des sociétés*, n° 69, p. 9

Marain G., 2016, *La juridicisation de la responsabilité sociétale des entreprises*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille

Mazuyer E., 2018, « Les mécanismes de suivi de la responsabilité sociale des entreprises à la lumière de la doctrine internationaliste », dans J.-M. Sorel, P. Deumier (dir.), *Regards croisés sur la* soft law *en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ

Mazuyer E., 2017a, « La moralisation du droit des affaires par les sources volontaires », *Journal des sociétés*, n° 148, p. 11-17

Mazuyer E. (dir.), 2017b, *Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise* ?, rapport, Mission de recherche Droit et Justice, [www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/05/Rapport-final-Mazuyer-1.pdf], consulté le 25 février 2022

Mazuyer E., 2009, « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », dans C. Thibierge (dir.), *La force normative*, Paris, LGDJ/Bruylant, p. 577-589

Mestre J., 2018, « Propos conclusifs », dossier : « La réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil : révolution ou constat ? », *Revue des sociétés*, n° 11, p. 647-649

Montesquieu, 1931 [1721], *Lettres persanes*, Paris, La Cité des Livres

Moreau M.-A., 2017, « L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », *Droit social*, n° 10, p. 792-797

Mourre T., 2018, « La déclaration de performance extra-financière : quel défi à court terme pour les entreprises ? », *Option Finance*, n° 1483

Notat N., Sénard J.-D., 2018, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, rapport aux ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail

Ost F., Van de Kerchove M., 2010, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis

Périn P.-L., 2015, « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint », *RTD Com.*, n° 2, p. 215-224

Péronne G., Daoud E., 2017, « Loi Sapin II, loi vigilance et RGPD : pour une approche décloisonnée de la compliance », *Dalloz IP/IT*, n° 11, p. 584-590

Roquilly C., 2011, « Analyse des codes éthiques des sociétés du CAC 40 : un vecteur d'intégration de la norme juridique par les acteurs de l'entreprise », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, p. 25

Saint-Affrique D. de, 2017, « De l'opportunité de légiférer sur le devoir de vigilance : choix compassionnel pertinent ou inadapté ? Note sous proposition de loi Assemblée nationale n° 2578, 11 février 2016, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, n° 5, comm. 1064, p. 16-23

Savatier R., 1977, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *Recueil Dalloz*, chron., p. 43

Supiot A., 2004, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », dans Collectif, *Analyse juridique et valeurs en droit social. Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, p. 541-558

Thibierge C., 2003, « Le droit souple : réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.*, n° 4, p. 599-628

Thibout O., 2018, *La responsabilité sociale des entreprises : dynamique normative et enjeux concurrentiels. Une illustration d'un droit en mouvement*, thèse, Université Côte d'Azur

Trébulle F.-G., 2003, « Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique environnementale », *Répertoire des sociétés*

Vallaeys F., 2013, *Pour une vraie responsabilité sociale*, Paris, PUF

Yannakourou S., 1995, *L'état, l'autonomie collective et le travailleur : étude comparée du droit italien et du droit*

français de la représentativité syndicale,
Paris, LGDJ

NOTES

1 « La multiplicité des lois flatte dans les législateurs deux penchants naturels, le besoin d'agir et le plaisir de se croire nécessaires. »

2 Nous éviterons d'employer le terme de « corégulation », utilisé par certains auteurs, pour désigner ce phénomène de multiplication des normes ; voir, par exemple : « Nous mettrons en évidence une virtualité inscrite dans l'interaction entre différentes pratiques et différents instruments qui accompagnent cette dynamique : la virtualité de faire système et de donner naissance à un système de corégulation en matière de responsabilité sociale des entreprises » (Hennebel, Lewkowicz, 2007). En effet, l'ambiguïté du terme (Lyon-Caen, 2007) nous conduit à privilégier l'usage de cette notion dans le sens que lui donne l'Union européenne (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période* 2011-2014, COM[2011] 681 final, 25 octobre 2011), c'est-à-dire lorsqu'il désigne un phénomène de co-conception de la règle. En revanche, il ne s'agit évidemment pas de dire que la définition retenue doit, dans l'absolu, être privilégiée, mais simplement de préciser les termes utilisés dans le cadre de la présente contribution. Notons d'ailleurs que la distinction entre ces deux sens de l'expression n'est pas toujours étanche, certains cas montrant qu'ils peuvent se mêler (Deumier, 2020).

3 Sur cette notion, voir notamment Hachez *et al.* (2012).

4 Organisation de coopération et de développement économiques.

5 Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement.

6 Organisation internationale du travail.

7 Mais certains se sont posé des questions similaires dans d'autres branches du droit, notamment en droit du travail. Voir notamment Dorssemont (2008).

8 Il s'agit, pour l'essentiel, des chartes éthiques et des codes de conduite. Voir, sur ce point, Deumier (2017, n° 41 p. 42-43 et n° 424 p. 366-367).

9 Expression ici entendue comme une norme autonome, c'est-à-dire qui émane du sujet censé l'appliquer.

10 Expression ici entendue comme une norme hétéronome, extérieure au sujet censé l'appliquer.

11 C'est en tout cas la vision que semble en avoir le gouvernement, ainsi qu'en attestent les articles 171 et suivants de la loi Pacte, relatifs, par exemple, aux politiques d'accessibilité des personnes handicapées (171), environnementales (172) ou encore de commerce équitable (173).

12 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et Comité économique et social européen, *Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises*, COM(2006) 136 final, 22 mars 2006.

13 Communication de la Commission, *Responsabilité sociale des entreprises…*, précit.,

14 Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

15 Cass. req., 16 novembre 1943, *Morniche c/ Établissements Au Planteur de Caiffa*, *Recueil Sirey*, 1947.1.1, note R. Houin ; JCP, 1944.II.2251, note Lescot ; *Gaz. Pal.*, 1944. 1.14 ; Cass. com., 6 février 1957, *Bascou et autres c/ Tripier*, JCP, 1957.11.10325, note D. Bastian ; Cass. com., 18 avril 1961, GAJC, 1962, p. 225.

16 Relatives au conseil d'administration (art. 1.1), à la formation des administrateurs (art. 12.1), au comité d'audit (art. 15.2) et à la rémunération des dirigeants mandataires sociaux (art. 24.1.1).

17 Article 1.1 de la dernière version (révision de juin 2018) du Code Afep-Medef.

18 Selon le dernier rapport du Haut Comité de gouvernement d'entreprise de novembre 2021, 103 des sociétés du SBF 120 (Société des bourses françaises) l'appliquent.

19 « Alors ou bien les professionnels se mettent d'accord sur des pratiques acceptables, ou bien nous réglerons le problème par la loi avant la fin de l'année » (*Le Monde*, 2008).

20 D'une manière générale, nous nous basons ici sur la typologie dressée par N. Gunningham et D. Sinclair (1999). Selon celle-ci, on peut distinguer cinq mécanismes de régulation, dont l'autorégulation, qui peut être définie

comme le processus par lequel un groupe organisé régule le comportement de ses membres (p. 54). En cela, l'autorégulation doit être distinguée du volontarisme, cas dans lequel un acteur économique décide seul d'entreprendre de faire ce qu'il estime juste (voir *infra*, « Hétéronomie du Code Afep-Medef »).

21 Cons. const., décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises*.

22 L'expression de « textures normatives », chère au Professeur Thibierge (2003), vise à montrer l'hétérogénéité du concept de norme à partir de l'exemple du droit souple, qui se décline à son tour en plusieurs facettes : « droit flou (sans précision), droit doux (sans obligation) et droit mou (sans sanction) ». Il nous semble que le système mis en place par la loi Pacte, notamment en laissant une importante marge de manœuvre aux entreprises, remet également en cause une vision monolithique de la norme, mais à l'égard de la loi, qui fondait pourtant une telle conception.

23 Quelle que soit sa consistance, questionner la légitimité du droit pourrait sembler tautologique, dans la mesure où la légitimité est précisément définie comme la conformité au droit. Pourtant, si l'on replace la question dans le contexte d'une concurrence normative, l'interrogation prend tout son sens.

24 Pour une tentative d'approche de la notion de responsabilité sociale des entreprises, voir *supra*, « L'enjeu : la responsabilité sociale des entreprises ».

25 Encore que c'est peut-être la marque de la post-modernité, en tant qu'elle se caractérise par un certain dépassement de l'État, de rendre « volontaire » et donc « remarquable » l'application de la loi, dans la mesure où le *law shopping* des acteurs mondialisés illustre, notamment en matière fiscale, la diversité des choix possibles.

26 Pourtant, selon le Professeur F.-G. Trébulle (2003, n° 20), 68 % des codes de conduite réaffirment la volonté des entreprises de respecter la loi, ce qui témoigne d'un certain renversement.

27 Voir notamment Mazuyer (2017b, p. 91) : « Il est possible de relever, dans le cadre de ces explications, un éventuel effet indésirable de l'introduction d'exigences légales en la matière, qui aboutit parfois à la diminution du nombre de représentants des salariés participant au CA : certaines sociétés ouvraient leur CA à des représentants des salariés avec voix consultatives plus nombreux que depuis qu'ils participent comme administrateurs. Ainsi, Danone explique que, avant la loi de 2014, quatre membres du CE assistaient

au CA avec voix consultative et que, avec la loi de 2014, deux administrateurs salariés ont été nommés, un autre salarié assistant au CA avec voix consultative. Total explique que, avant la loi, quatre membres du CE participaient avec voix consultative ; depuis la loi, un seul, en tant qu'administrateur. »

28 Code de commerce (C. com.), art. L. 210-10, I.

29 C. com., art. L. 225-96 (conditions de *quorum* et majorité qualifiée). Pour les autres sociétés, bien que la loi ne réserve pas de régime particulier aux décisions ayant pour objet de modifier les statuts, il est fréquent d'y ajouter, dès leur rédaction, une majorité qualifiée pour les décisions à prendre en assemblée générale extraordinaire, dont notamment la modification des statuts.

30 Voir notamment, concernant la société anonyme (SA), les articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce, qui imposent au conseil d'administration et au directoire de prendre en considération la raison d'être.

31 Voir ainsi, Cass., 3e civ., 14 juin 2018, n° 16-28.672, *Bull. civ.*, III, n° 64 ; *Revue des sociétés*, 2019, p. 42, note B. Lecourt ; *RTD Civ.*, 2018, p. 892, obs. H. Barbier ; *RTD Com.*, 2018, p. 701, obs. B. Lecourt ; *ibid.*, p. 982, obs. H. Monsèrié-Bon, admettant que les tiers puissent se prévaloir des statuts du groupement pour invoquer le dépassement de pouvoir commis par le gérant d'un Groupement foncier agricole (GFA). Voir en ce sens, Desbarats (2019, p. 47) : « Si l'on admet que l'introduction, dans les statuts, d'une "raison d'être" peut s'analyser comme une limitation statutaire, il devrait en résulter qu'en cas de violation de celle-ci, les tiers/parties prenantes puissent requérir l'annulation de l'acte litigieux. »

32 C. com., art. L. 210-10 à L. 210-12.

33 CE, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, n° 394.599 et n° 395.021, 14 juin 2018, p. 37 : « [...] alors que les grandes entreprises sont plus à même d'affronter les risques de conformité notamment en matière environnementale ».

34 Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

35 Article premier de la directive 2014/95/UE, précit.

36 En matière environnementale par exemple, un rapport de l'organisation Carbon Disclosure Project affirme qu'une centaine d'entreprises seraient à elles seules responsables de 71 % des émissions globales de gaz à effet de serre, ce qui permet de mettre en doute le bien-fondé de l'obligation ainsi faite à l'ensemble des acteurs économiques de remédier à cette situation.

37 Un élément de réponse peut être trouvé dans l'adaptabilité de la norme conçue par le législateur dans le cadre de l'adoption de la loi Pacte. Sur cet aspect « souple » de la loi, voir *infra*, « Finalités du Code Afep-Medef ».

38 Au Royaume-Uni, pays de naissance des codes de gouvernance, il est obligatoire de se référer au UK *Combined Code*, descendant du *Cadbury Report* et des codes *Greenbury* et *Hampel*. Selon l'étude de l'AMF (2016), c'est également le cas en Allemagne, en Belgique, en Finlande, au Luxembourg, au Pays-Bas et en Suède. Seules l'Espagne et l'Italie offrent, comme la France, la possibilité de ne se référer à aucun code.

39 Le seul « concurrent » du Code Afep-Medef est le code MiddleNext, encore que celui-ci ne vise pas exactement le même type d'entreprise puisqu'il constitue une alternative pour les petites et moyennes valeurs.

40 Voir notamment, Boisseau, 2018 : « Les investisseurs attendaient beaucoup de cette révision du code de gouvernance. "Nous aurions aimé qu'enfin le code propose de nous associer à sa rédaction et à son contrôle, comme cela se fait à l'étranger dans la plupart des pays. C'est une occasion ratée", regrette Michael Herskovich, responsable de la gouvernance d'entreprise au sein de BNP Paribas AM. »

41 « Par surcroît, l'Afep et le Medef n'ont pas souhaité, contrairement au rapport Notat-Senard, instaurer un comité des parties prenantes. Ils déclarent même, dans la recommandation 2.3, que, le conseil agissant dans l'intérêt social de l'entreprise, "il convient d'éviter" – et non plus "il n'est pas souhaitable" comme cela était mentionné dans le texte soumis à consultation –, "en dehors de cas prévus par la loi, de multiplier en son sein la représentation d'intérêts spécifiques". »

42 Communication de la Commission, *Responsabilité sociale des entreprises…*, précit., point 4.3.

43 Code Afep-Medef, art. 1.1, second alinéa.

44 *Ibid.*, art. 12.1.

45 *Ibid.*, art. 24.1.1, troisième alinéa.

46 *Ibid.*, art. 15.2.

47 Ainsi, les Anglo-Saxons distinguent la *corporate governance* de la *corporate social responsibility*.

48 L'un des actes fondateurs du mouvement de la *shareholder primacy* est sans doute la publication, en 1994, de l'ouvrage de l'American Law Institute.

49 Article 1.7 du Code Afep-Medef, relayé, en matière de composition du conseil d'administration et des différents comités, par l'article 6.2 et, en matière de nominations de nouveaux administrateurs, par l'article 16.2.1.

50 On admettra que l'essentiel de la rémunération d'un dirigeant soit fixe, au motif qu'il est par ailleurs un important actionnaire de la société, ou encore qu'il cumule son mandat avec un contrat de travail, du fait de son ancienneté en tant que salarié.

51 Expression reprise de R. Lescure, rapporteur général, Assemblée nationale, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, compte rendu n° 21, 14 septembre 2018.

52 CE, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, précit., n° 102, p. 39 : « La mise en œuvre de cette disposition, dont les effets s'attachent au processus de prise de décision, doit tenir compte de la nature de l'activité, de la taille, de la forme juridique et de l'objet des sociétés concernées. »

53 Les atermoiements autour de sa rédaction en témoignent. Les débats ont porté sur les liens entre deux notions – l'intérêt social et la RSE – conçues comme antinomiques. Une première option consistait à utiliser une conjonction de coordination entre les deux facteurs, les situant alors, sur le plan logique, à un niveau similaire. La rédaction proposée dans le cadre du projet de loi n° 1088 du 19 juin 2018 était la suivante : « La société est gérée dans son intérêt social *et* en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » (nous soulignons). La seconde option, finalement retenue, remplace cette conjonction par une virgule, permettant l'inféodation des considérations sociales et environnementales à l'intérêt social.

54 Le nouvel article 1844-10 du Code civil dispose : « La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, *alinéa 1*^{er}, et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général » (nous soulignons). La méconnaissance des dispositions relevant du second alinéa de l'article 1833 ne saurait constituer une cause de nullité de la société, le législateur ayant tenu à limiter les risques de nullité.

55 Remarquons toutefois que la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre avait prévu une amende civile pouvant aller jusqu'à dix millions d'euros en cas de manquement aux obligations de vigilance ainsi mises en place, mais le Conseil constitutionnel a censuré le dispositif. Sur ce point, voir *infra*, « Sanctionner la déviation ».

56 C. com., L. 225-102-1. Voir notamment Mourre (2018) ; Malecki (2017) ; Emeriau, Anaya (2017) ; Alexandre (2018).

57 « En ce qui concerne l'ajout [...] du principe d'une "prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux" de l'activité d'une société lors de sa gestion [...], l'impact juridique devrait être limité : l'obligation d'une prise en considération correspond en effet à une obligation de moyens [...] », *Étude d'impact du projet de loi Pacte*, 28 juin 2018, p. 546, [https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/etudes-d-impact-des-lois/ei_art_39_2018/ei_ecot1810669l_pjl_pacte_cm_18.06.2018.pdf], consulté le 25 février 2022.

58 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

59 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

60 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

61 Lorsque ce n'est pas le cas, notamment pour les acteurs soumis *de facto* aux politiques d'approvisionnement de leurs clients, il existe néanmoins une contrainte non juridique, induite par le pouvoir de marché de l'auteur de cette politique. Pourtant, la rupture des relations commerciales n'est pas assimilable à la sanction prévue en matière de codes de gouvernance, puisqu'il s'agit dans un cas d'une sanction d'ordre commercial, d'ordre financier dans l'autre. Ainsi, il nous semble nécessaire de distinguer pouvoir de marché et pouvoir du Marché.

62 Qu'il s'agisse d'organes relevant de l'autorité de l'État ou d'autorités administratives indépendantes.

63 Voir notamment Berthillon (2017).

64 Voir ainsi, MacNeil et Li (2006), qui démontrent que la tolérance des investisseurs face à l'absence de conformité est liée, dans une certaine mesure, à de bonnes performances financières. La perspective s'en trouve

quelque peu inversée, car c'est la performance qui agit ici sur la perception de la gouvernance, les investisseurs considérant cette dernière comme un motif d'excuse de la « déviation ». En réintroduisant le critère de la qualité de l'explication en cas de déviation, Arcot et Bruno (2007) observent que les entreprises qui s'éloignent des recommandations du *Combined Code* (le code britannique de gouvernance d'entreprise) vont même jusqu'à surperformer lorsqu'elles prennent soin de détailler les raisons de l'inapplication des recommandations écartées. Démontrant empiriquement que les mêmes règles ne peuvent être uniformément appliquées à l'ensemble des sociétés cotées, ils en déduisent que « l'adhésion à des principes généraux entendus de bonne gouvernance d'entreprise ne mène pas nécessairement à des performances supérieures » (p. 1057).

65 L'article L. 225-37-4, 8° du Code de commerce dispose : « Lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été, ainsi que le lieu où ce code peut être consulté, ou, à défaut d'une telle référence à un code, les raisons pour lesquelles la société a décidé de ne pas s'y référer ainsi que, le cas échéant, les règles retenues en complément des exigences requises par la loi [doivent être précisées] ».

66 Voir, en ce sens, Malecki (2014, p. 14) : « La science juridique pourra apporter la confiance, la rationalité et, surtout, des outils permettant d'engager des actions en responsabilité, de puiser dans la richesse du droit des contrats à même de donner force obligatoire aux nombreux engagements, de trouver le maillon manquant dans une chaîne de responsabilités, de redécouvrir à la fois les notions d'indivisibilité, d'ensemble contractuel, d'aménagements contractuels de tous ordres, de clause pénale, de condition purement potestative, de protection de la partie prenante la plus faible… La "séquence du droit", qui n'est en réalité que le retour du droit dans une matière dominée par les sciences du management ou sciences économiques, entraînera dans son sillage des notions, principes, manières de raisonner qui tantôt s'entrechoqueront, tantôt se compléteront. »

67 Pour une description de ces multiples interactions concurrentielles, voir notamment Hennebel et Lewkowicz (2007, p. 147-225, spéc. p. 173).

68 Par exemple, des rôles respectifs des autorités administratives indépendantes et de l'État en la matière.

69 Voir *supra*, Introduction.

70 Voir ainsi l'ancien article 24.3 de la version de juin 2013 du Code Afep-Medef.

71 Lors de la révision du Code de novembre 2016, article 26.2 (les guillemets matérialisent la difficulté qu'il y a à concevoir une disposition réellement impérative dans un instrument basé sur le principe *comply or explain*).

72 En mai 2016, les actionnaires s'étaient prononcés à 54,12 % contre la rémunération de Carlos Ghosn, mais le conseil d'administration, réuni en l'absence du président-directeur général, a décidé, sur proposition du comité des rémunérations, d'approuver la rémunération de ce dernier.

73 Voir *supra*, « Hétéronomie du Code Afep-Medef ».

74 Cet événement tragique a également donné lieu à un certain nombre d'accords à l'échelle internationale relatifs aux conditions de travail au Bangladesh. Voir notamment, sur ces derniers, Belporo (2016). L'auteur remarque que ces divers instruments « visent ainsi à pallier les limites des codes de conduite qui sont généralement unilatéraux et qui ne favorisent pas forcément tous les intérêts des travailleurs visés » (p. 723).

75 Il ne s'agit pas ici d'en faire un exposé exhaustif, tant ces avantages peuvent prendre des formes multiples. Pour un exemple de réduction de prime d'assurance aux sociétés disposant d'un code de conduite audité, voir notamment Hennebel et Lewkowicz (2007, p. 155). D'autres raisons, tel le fait de « signaler aux actionnaires, aux activistes et aux médias que la société est engagée dans une démarche éthique pour qu'en cas de crise, lorsque la société est accusée d'avoir un comportement non éthique, ce comportement soit perçu comme une exception », ou encore de « créer une culture d'entreprise cohésive » (Carasco, Singh, 2003).

76 Voir *infra*, « Confusion normative et crédibilité de la RSE ».

77 D'autant plus appréciable d'un point de vue plus général qu'il aboutit à une harmonisation « par le haut ».

78 Selon la classification de R. Lanneau (2013), c'est de « sécurité juridique matérielle » dont il s'agit, par opposition aux sens de l'expression tournés vers la procédure et l'effectivité du droit, lesquels sont nécessairement inopérants dans un système normatif pour l'essentiel déjudiciarisé.

79 Ici entendue comme l'organisation rationnelle des différents vecteurs de la RSE.

80 Désormais codifiées à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce.

81 Ainsi de la possibilité de se doter d'une raison d'être et de la société à mission (art. 1835 du Code civil).

82 Ainsi de la modification de l'article 1833 du Code civil.

83 Ainsi de la mise en place de labels étatiques.

84 Voir *supra*, « Obligatoriété de la loi ».

85 L'expression est ici entendue dans son sens classique de « passager clandestin » et vise à désigner les hypothèses dans lesquelles une entreprise cherche à retirer un bénéfice réputationnel d'une démarche RSE sans pour autant joindre les actes à la parole. L'exemple le plus connu est sans doute le « *greenwashing* », mais il ne fait aucun doute que de telles pratiques prospèrent dans d'autres domaines. Notons d'ailleurs que les codes de gouvernance semblent susceptibles de constituer un outil privilégié pour de tels comportements. En effet, l'adhésion à un code de gouvernance peut aisément laisser croire à l'adoption implicite d'une démarche RSE, alors même que celle-ci, bien que prévue par le code, risque d'être tout simplement évincée, et ce dans le respect du principe *comply or explain*. Dans la mesure où il est plus qu'improbable que les consommateurs consultent les documents de référence des entreprises dont ils sont clients.

86 Voir notamment US Supreme Court, *Nike Inc. v. Kasky*, 26 juin 2003, 02-575, 539 US 654.

87 Cass. crim., 25 septembre 2012, *Erika*, n° 10-82.938, *Bull. crim.*, n° 198 ; *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2673, obs. L. Neyret ; *ibid.*, p. 2675, note V. Ravit et O. Sutterlin ; *ibid.*, p. 2711, note P. Delebecque ; *JCP G*, 2012, doctr. 1243, note K. Le Couviour ; *BJS Soc.*, 2013, p. 69, note F.-G. Trébulle ; *Envir.*, 2013, étude 2, M. Boutonnet ; *Gaz. Pal.*, 24 octobre 2012, p. 8, note B. Parance ; *Dr. envir.*, décembre 2012, n° 207, p. 371, obs. M.-P. Camproux-Duffrène, V. Jaworski et J. Sohnle ; *AJCT*, 2012, p. 620, obs. M. Moliner-Dubost ; *RJE*, 2013, p. 457, obs. M.-P. Camproux-Duffrène et D. Guihal.

88 Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, art. 6.2 : « Une pratique commerciale est également réputée trompeuse lorsque [...] elle implique b) le non-respect par le professionnel d'obligations contenues dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié dès lors que i) ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables et ii) que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code. »

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

90 RDPG, articles 2 et 3.

91 En effet, celui-ci dépend essentiellement de l'idée que l'on se fait des problématiques qu'elle englobe. Si l'on considère que seuls les acteurs d'une importance systématique sont à la fois responsables et en mesure de remédier aux difficultés sociales et environnementales de notre temps, alors sans doute faut-il privilégier une approche par seuil. Si, à l'inverse, on considère que toutes les entreprises ont, dans des proportions variées, un rôle à y jouer, alors c'est une approche identique à celle du RGPD qu'il faut privilégier. À notre sens, la question ici n'est plus d'ordre légistique, mais bel et bien politique, ce qui nous conduit à la laisser pleinement ouverte.

92 RDPG, article 28 : « Le responsable du traitement met en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer et être en mesure de démontrer que le traitement est effectué conformément au présent règlement. Ces mesures sont réexaminées et actualisées si nécessaire. »

93 Le RGPD impose la nomination d'un *data protection officer* lorsque l'entreprise en cause, quelle que soit sa taille, poursuit pour l'essentiel des activités de traitement qui, « par leur nature, leur portée ou leur finalité, exigent un suivi régulier et systématique à grande échelle des personnes concernées » (art. 37.1.b.).

94 RDPG, article 38, 3° : « Le responsable du traitement et le sous-traitant veillent à ce que le délégué à la protection des données ne reçoive aucune instruction en ce qui concerne l'exercice des missions. Le délégué à la protection des données ne peut être relevé de ses fonctions ou pénalisé par le responsable du traitement ou le sous-traitant pour l'exercice de ses missions. Le délégué à la protection des données fait directement rapport au niveau le plus élevé de la direction du responsable du traitement ou du sous-traitant. »

95 RGPD, articles 4.12, 33 et 34, considérants 85 à 88 ; Groupe de travail, article 29 sur la protection des données, *Lignes directrices sur la notification des violations de données à caractère personnel conformément au règlement (UE) 2016/679*, 3 octobre 2017, WP 250.

96 L'article 174 de la loi Pacte prévoit, dans l'année de l'entrée en vigueur de la loi, la remise d'un rapport relatif à la création d'une politique de labellisation publique.

97 Loi Pacte, art. 176.

98 Cons. const., décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

99 « Subis les conséquences de ta propre loi. »

RÉSUMÉ

Français
L'article part du constat d'une concurrence normative entre la loi et les codes de gouvernance autour de la responsabilité sociale des entreprises (RSE). Au-delà de l'aspect éminemment politique de la question, il s'agit d'y voir l'occasion de mesurer les avantages et les inconvénients respectifs de la loi Pacte ou du Code Afep-Medef en tant que vecteur de concrétisation de la RSE. À l'examen, aucune de ces sources ne semble pleinement adaptée à ses spécificités. Plus encore, la concurrence normative autour de la RSE lui nuit plus qu'elle ne la sert, car elle contribue à brouiller la frontière de l'obligatoire et du volontaire, alors même que c'est le bénéfice réputationnel d'une démarche spontanée et non contrainte qui fait tout l'attrait de la RSE pour les entreprises. Ainsi, l'inopportunité de laisser proliférer des sources contradictoires nous conduit à préconiser des types de normes organisant l'articulation de l'obligatoire et du volontaire. En prenant l'exemple d'autres disciplines dans lesquelles, tout comme pour la RSE, le destinataire de la norme est le seul à pouvoir déterminer les modalités de respect de cette dernière, c'est la *compliance* (« conformité ») qui, en définitive, nous semble la plus adaptée pour réaliser l'intégration de la RSE en droit positif.

INDEX

Mots-clés
inflation normative, concurrence normative, effectivité, légitimité, responsabilité sociale des entreprises, RSE, compliance, conformité, codes de gouvernance, droit dur, droit souple

AUTEUR

Florent Berthillon
Docteur en droit privé, qualifié aux fonctions de maître de conférences,
Université Jean Moulin Lyon 3 ; florent.berthillon@gmail.com

Le renouveau de la promesse du vote électronique. Étude du vote par chaîne de blocs au regard du système électoral français

Serge Surin

PLAN

Introduction
1. Le renouveau du vote électronique par l'avènement de la chaîne de blocs
   1.1. La première expérience du vote par chaîne de blocs en Virginie-Occidentale
      1.1.1. Une expérience au déroulement apparemment réussi
      1.1.2. Une expérience critiquée
   1.2. Les signaux d'un climat propice à la chaîne de blocs électorale en France
      1.2.1. Les signaux émis par la jurisprudence ordinaire et constitutionnelle
         1.2.1.1. Les signaux donnés par la jurisprudence civile
         1.2.1.2. Les signaux envoyés par la jurisprudence administrative
         1.2.1.3. Les signaux constatés dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.
      1.2.2. L'apport des expériences participatives et consultatives en ligne
2. Le vote par chaîne de blocs : une technique en prise avec la souveraineté de l'État
   2.1. Le problème du fonctionnement par Internet de la chaîne de blocs
      2.1.1. Un problème lié à la gestion de l'Internet mondialisé par l'ICANN
      2.1.2. Une gestion incompatible avec la souveraineté de l'État
   2.2. Le vote par chaîne de blocs : une révolution incontournable ?
      2.2.1. L'avènement d'Internet et la chaîne de blocs : deux phénomènes comparables
      2.2.2. Le pari de la recherche sur les potentialités de la chaîne de blocs
Conclusion

TEXTE

Introduction

1 Les travaux portant sur le vote électronique en France, y compris dans une perspective comparée, sont nombreux (Guglielmi, Ihl, 2015 ; Le Bot, Arlettaz, 2010). L'objectif de cette analyse n'est pas de revenir sur le sujet, mais de mettre en lumière les avancées technologiques en la matière qui conduisent à interroger le système de vote classique en temps de crise.

2 Néanmoins, avant de s'atteler à cette tâche, il convient de lever quelques risques de malentendus. Lorsqu'on parle de vote électronique, on ne parle pas toujours de la même chose. Il faut distinguer le vote électronique classique, qui s'effectue *via* une machine à voter, du vote électronique à distance, qui nécessite l'usage d'Internet (Le Bot, 2010, p. 47-51). En effet, si tous les systèmes de vote électronique partagent des caractéristiques communes, comme un fonctionnement basé sur des « systèmes informatiques », « sans bulletin papier » et donc totalement « dématérialisé » (Le Bot, 2010, p. 45), le vote électronique à distance, dont relève le vote par chaîne de blocs, repose presque[1] totalement sur le Web puisqu'il permet de voter à distance et ce géographiquement de n'importe quel endroit, depuis un ordinateur, voire un téléphone portable, connectés à Internet. Ce vote fait ainsi sauter tous les verrous symboliques. Comme l'affirme Olivier Le Bot, « il n'y a plus d'urne, plus d'isoloir. Le vote se fait en un "clic" » (2010, p. 50). Ainsi, avec le vote électronique à distance, « ce n'est pas le citoyen qui va à l'urne [...] mais l'urne qui vient à lui » (2010, p. 49).

3 Les débats sur le vote électronique ont, pour ainsi dire, été ravivés par l'avènement de la nouvelle technique de vote par la chaîne de blocs (ou *blockchain*), expérimentée pour la première fois en Occident[2] dans le courant de l'été 2018 lors une élection politique en Virginie-Occidentale (États-Unis), bien que de manière partielle.

4 Précisons d'emblée que vote électronique à distance et vote par chaîne de blocs vont de pair ; la chaîne de blocs n'est qu'une technologie plus élaborée, ou plus complexe, qu'une simple plateforme de vote en ligne ; mais, quel que soit leur mode de fonctionnement ou leur degré d'intelligence, toutes ces techniques de vote non traditionnelles, dématérialisées et automatisées fonctionnent grâce à Internet.

La principale particularité du vote par chaîne de blocs ne réside pas tant dans son impossibilité sans l'usage d'Internet, qui permet à la technologie qui l'accompagne de fonctionner, que dans le niveau élevé de sécurité qu'on lui prête. Mais l'usage obligatoire d'Internet dans ce type de vote soulève certaines questions liées notamment au principe de souveraineté des États sur lequel on reviendra.

5 Qu'est-ce que la chaîne de blocs [3] ? Plusieurs approches s'affrontent, mais, du point de vue juridique, la situation n'est pas claire.

6 Ainsi, un avis de 2017 de la Commission d'enrichissement de la langue française refuse l'appellation anglo-saxonne *blockchain* pour aborder la notion de « chaîne de blocs », équivalent, selon le contexte, à « monnaie électronique », « pair à pair », « preuve de travail », « validation de bloc », comme un « mode d'enregistrement de données produites en continu, sous forme de blocs liés les uns aux autres dans l'ordre chronologique de leur validation, chacun des blocs et leur séquence étant protégés contre toute modification ». Précision importante, le texte de la Commission note que cette modalité d'enregistrement « est notamment utilisée dans le domaine de la cybermonnaie, où elle remplit la fonction de registre public des transactions ». Une telle acception ne laisse pas place à l'analyse juridique mais plutôt économique de la chaîne de blocs.

7 Pour M. Benchoufi et N. Chiche, « il s'agit d'un protocole assurant l'échange d'informations entre pairs, sans intermédiaire, l'ensemble du réseau étant garant de l'intégrité des échanges par le biais d'un système de validation cryptographique complexe ; tous les utilisateurs détiennent en effet une copie infalsifiable des échanges, une sorte de grand livre des transactions appelé "ledger" » (Benchoufi, Chiche, 2016). Cette approche de la technologie a le mérite d'une certaine neutralité, au sens où elle est détachée de la seule sphère économique. Il en va de même de celle de Blockchain France, entreprise de conseil sur les technologies de la chaîne de blocs, qui souligne, pour sa part, que « la *blockchain* est une technologie de stockage et de transmission d'informations, transparente, sécurisée, et fonctionnant sans organe central de contrôle [4] ». La firme a étendu la définition de cette technologie à « une base de données qui contient l'historique de tous les échanges effectués entre ses utilisateurs depuis sa création. » Sécurisée et distribuée, cette base de

données « est partagée par ses différents utilisateurs, sans intermédiaire, ce qui permet à chacun de vérifier la validité de la chaîne ».

8 D'après les différents experts qui analysent cette technologie, il en existe trois types (Landau, 2018, p. 80 ; Boucher, Nascimento, Kritikos, 2017, p. 4-6). D'abord, la chaîne de blocs publique qui est ouverte à tous. En ce sens :

> « Chacun peut lire une blockchain publique et y accéder librement sans restriction. Chaque transaction apparaît sur le registre public, dès lors que l'utilisateur respecte le protocole. Une blockchain publique supprime tout intermédiaire de confiance, puisque les utilisateurs participent au processus d'approbation des transactions (grâce à une récompense, de nature financière dans la plupart des cas). » (Landau, 2018)

9 Ensuite, la chaîne de blocs privée qui appartient à son seul propriétaire, lequel est le seul à pouvoir écrire dans le registre de la chaîne ; c'est-à-dire que « le droit d'ordonner des transactions sur cette *blockchain* est restreint. Le propriétaire définit les caractéristiques de cette *blockchain* selon son gré, notamment le droit de lecture, qui peut être public ou restreint » (Landau, 2010). Enfin, il existe une chaîne de blocs dite de consortium qui est à la fois publique et privée. Dans ce troisième cas, le processus d'approbation est contrôlé par certaines données déterminées au préalable et le « droit de lecture peut être public ou restreint selon les règles fixées *ex ante* par les membres du consortium habilités à en déterminer les règles » (Landau, 2010).

10 Ces différentes approches définitionnelles de la chaîne de blocs, qui présentent toutes un caractère péremptoire, interrogent à plusieurs titres sur le plan juridique.

11 Il est dit que, si aujourd'hui Internet est dominé par les grands groupes économiques comme Facebook, Google, etc., la chaîne de blocs qui utilise des plateformes « inviolables » où les données sont cryptées supprime tout intermédiaire, y compris, et surtout, l'État. Le problème est qu'une immense majorité des individus n'est pas en mesure de savoir comment ni par qui sont élaborés les protocoles de la chaîne de blocs, ainsi que le cryptage des données ; et cette technologie ne fonctionne pas seule, elle repose sur Internet. La preuve

en est que, si vous ne disposez pas d'Internet aujourd'hui, il vous est impossible d'accéder au marché du Bitcoin et de l'Ethereum qui sont les deux chaînes de blocs les plus connues et les plus utilisées. Il est dit aussi que cette technologie fonctionne « sans intermédiaires », pourtant, on apprend que des « mineurs » sont chargés de valider les blocs de la chaîne. Ainsi, comme l'a souligné H. Croze, les mineurs sont bel et bien des intermédiaires « alors que les apôtres des *smart contracts* vantent l'intérêt de supprimer le coût des intermédiaires, notamment des rédacteurs » (Croze, 2019, p. 54 ; Mahdoud, 2019). Dans ces conditions, on voit bien que les intermédiaires dont on veut se débarrasser par la chaîne de blocs, qui s'inscrit dans un esprit *libertarien*[5], représentent tout ce qui s'apparente à la puissance publique comme l'État, mais pas des exécutants rémunérés pour le contrôle d'informations échangées dans une transaction quelconque. La logique de la chaîne de blocs est l'exécution automatique et systématique des contrats et accords entre personnes sans possibilité de contourner les termes de ces conventions par des habiles et stratégiques interprétations, à condition que lesdits termes soient clairs.

12 Pour illustrer la logique de la chaîne de blocs, prenons l'exemple d'un bail d'habitation. Dans le cadre de l'exécution de ce contrat particulier, la finalité de la chaîne serait de supprimer les contentieux interminables qui existent. Comment ? Actuellement, un locataire de mauvaise foi peut demeurer pendant des mois, voire des années, dans un logement sans payer les loyers. De la même manière, un propriétaire indélicat peut encaisser des loyers pendant des mois, voire des années, sans réaliser les travaux nécessaires qui sont à sa charge. Le contrat intelligent viendrait alors supprimer les contentieux devant les tribunaux d'État, trop tolérants envers les personnes de mauvaise foi, en rendant le logement inutilisable (coupure d'électricité, lumières éteintes, portes condamnées, réfrigérateur inaccessible, etc.) pour le locataire récalcitrant ; et, de même, en rendant impossible le transfert des loyers sur le compte du propriétaire qui n'exécute pas les travaux nécessaires dans le logement[6]. Évidemment, la chaîne des transactions en blocs montrerait plus facilement qui a failli le premier dans la chaîne d'exécution du bail et qui doit être déclaré responsable. C'est ce contexte qui a conduit H. Croze à affirmer : « La prétendue "révolution de la *blockchain*" ne serait en

réalité qu'une révolution probatoire, plus modestement une nouvelle technique, ce qui n'est nullement négligeable » (Hervé Croze, 2019, p. 34).

13 Ainsi, avec le vote par chaîne de blocs, on pourrait imaginer que le Conseil constitutionnel n'ait plus à rédiger des centaines de décisions après chaque élection législative grâce à l'impossibilité des fraudes habituelles constatées et dont le Conseil estime qu'« *à supposer* » qu'elles soient avérées, elles n'entachent pas le scrutin [7], ce qui est très problématique du point de vue du respect des procédures sans lesquelles le droit n'est plus.

14 Dans ce contexte, la question se pose de savoir si le vote par chaîne de blocs est, comme l'est devenu Internet depuis les années 1990, en passe de s'imposer aux systèmes électoraux traditionnels. Cela pourrait d'ailleurs s'avérer particulièrement utile en temps de crise comme celui du coronavirus. Cette question qui appelle une réponse prophétique est difficilement appréhendable par l'analyse juridique dans la mesure où cette modalité de vote n'est pas juridiquement définie, hormis l'esquisse de définition qui renvoie à la sphère économique [8]. Pour autant, la pratique du vote par chaîne de blocs en Virginie-Occidentale permet d'aborder la question en mettant l'accent sur le renouvellement potentiel du mécanisme électoral classique (1) tout en analysant les questions que cette nouvelle pratique soulève au regard de la souveraineté des États (2).

1. Le renouveau du vote électronique par l'avènement de la chaîne de blocs

15 Bien que les critiques qui bloquent le vote électronique en France depuis les années 1960-70 n'aient pas cessé [9], cette modalité d'expression démocratique n'a pas non plus cessé d'évoluer et de gagner du terrain à l'étranger. L'expérience du vote électronique par le biais de la technologie de la chaîne de blocs en Virginie-Occidentale est un cas notoire à analyser. Il convient de s'arrêter un instant sur cette première expérience dans un État américain (1.1)

avant d'analyser la manière dont elle pourrait être accueillie en France (1.2).

1.1. La première expérience du vote par chaîne de blocs en Virginie-Occidentale

16 Si cette expérience apparaît, du moins en apparence, comme un succès (1.1.1), cette modalité de vote politique demeure néanmoins vivement critiquée (1.1.2).

1.1.1. Une expérience au déroulement apparemment réussi

17 Il convient d'abord de rappeler que le vote par correspondance est autorisé aux États-Unis pour qui peut en bénéficier et qui en fait la demande dans un délai limité avant le scrutin. Pour ce qui concerne les militaires et ressortissants américains ne vivant pas aux États-Unis, une loi fédérale spéciale régit leur situation. Il s'agit de la loi sur le vote par correspondance des citoyens sous uniforme et résidant à l'étranger (*Voters Covered under the Uniformed and Overseas Citizens Absentee Voting Act [UOCAVA]*) du 28 août 1986. Les États fédérés peuvent définir les modalités du vote de ces catégories particulières d'électeurs. C'est dans ce cadre que la Virginie-Occidentale a expérimenté le vote par chaîne de blocs (CDB).

18 En effet, la Virginie-Occidentale (VO), État fédéré des États-Unis, a, au cours de l'été 2018 expérimenté avec succès le vote par CDB. Ce vote n'a été cependant permis qu'aux seuls militaires et personnes vivant hors du sol américain. Malgré la véhémence des détracteurs de ce choix politique majeur et osé [10], le site du secrétaire d'État de la VO explique dans une vidéo *rodée* que le vote par CDB, qui est extrêmement encadré, est une réussite.

19 Selon cet État et la société Voatz [11] qui assure la sécurité du scrutin par CDB, vidéo illustrant le processus à l'appui, le vote est garanti en trois étapes. Avant ces trois étapes, plusieurs précautions sont prises. L'électeur doit télécharger l'application de la CDB et remplir un formulaire classique (nom, prénom, date de naissance, etc.) ; il doit donner son empreinte digitale en appuyant sur un bouton spéci-

fique ; et il doit numériser son visage en le bougeant pour éviter qu'un robot puisse le faire à sa place.

20 D'abord, le vote est sécurisé car il va directement dans la chaîne blocs jusqu'au soir de la journée de la tenue de l'élection ; ensuite, l'électeur reçoit une copie de son bulletin rempli par courriel, ce qui lui permet de vérifier la validation de son vote ; enfin, une copie du bulletin rempli est également envoyée au bureau du secrétaire d'État qui ne peut l'ouvrir qu'aux fins de prononcer les résultats extraits de la CDB ou s'il a des questions à propos du bulletin.

21 Comment cela fonctionne-t-il ? Des textes et une vidéo (Secretary of State, Mac Warner) sur le site du secrétaire d'État de la VO montrent que le vote est extrêmement encadré. En effet, plusieurs étapes où plusieurs précautions sont prises sont nécessaires pour assurer la sécurité du vote.

- L'électeur doit d'abord demander un bulletin de vote par correspondance depuis une application en ligne (Federal Vote Assistance Program [FVAP]) ;
- Il fait le choix d'un envoi par courriel ou par SMS ;
- Le greffier du comté du lieu du scrutin vérifie l'enregistrement de l'électeur, le valide et lui envoie les instructions par courriel dans les 24 heures à compter de la réception de la demande faite *via* FVAP ;
- L'électeur doit télécharger l'application de la CDB (Voatz) depuis son téléphone et remplir un formulaire classique (nom, prénom, date de naissance, etc.) ;
- L'application demande à l'électeur de vérifier son identité en numérisant sa carte d'identité ;
- L'application demande ensuite à l'électeur de prendre une vidéo *selfie* de son visage en le bougeant afin de vérifier qu'il s'agit bien d'une personne vivante et non d'un robot qui agit à sa place ;
- L'électeur attend la vérification de son identité qui peut prendre de longues minutes, sinon davantage ;
- Il se déconnecte de l'application Voatz et se reconnecte en cliquant sur vérification ;
- Apparaît alors à l'écran l'identité vérifiée de l'électeur ;
- Le greffier du comté envoie alors le bulletin précédemment demandé dans l'application Voatz sur le téléphone de l'électeur ;

- L'électeur clique sur la rubrique « élections » de l'application Voatz pour accéder au bulletin ;
- Un écran apparaît avec les nom et prénom, parti politique, comté et État de chaque candidat ; l'électeur peut choisir de voter pour un candidat en cochant la case prévue devant ses nom, prénom… ou voter blanc ;
- Une fois le choix du vote fait, l'application demande à l'électeur de valider son vote par son empreinte digitale en touchant un emplacement spécifique apparu à l'écran ou par un *selfie* comme vérification biométrique finale ;
- Enfin, pour être certain que le vote est *privé*, *sûr* et *sécurisé*, il est expliqué :
    - D'abord, le vote est sécurisé car il va directement dans le registre de la CDB jusqu'au soir de la journée de la tenue de l'élection ;
    - Ensuite, l'électeur reçoit une copie de son bulletin de vote rempli par courriel, ce qui lui permet de vérifier la validation de son vote ;
    - Dans le même temps, enfin, une copie du même bulletin de vote rempli est également envoyée au bureau du Secrétaire d'État qui ne peut l'ouvrir qu'aux fins de prononcer les résultats extraits du registre de la CDB ou s'il a des questions à propos du bulletin.
- Le soir de l'élection, le registre de la CDB est ouvert et le bulletin de vote de l'électeur est compté comme les bulletins de vote papier.

22 Force est de constater que cette modalité de vote est des plus complexes. Dans la vidéo précitée de 4 minutes et 19 secondes, on ne dénombre pas moins de quinze étapes (sans compter des sous-étapes) pour voter par la chaîne de blocs en VO. Ce constat conduit à conclure que cette modalité de vote n'est, pour l'instant, dans une société où chacun n'est pas encore familier avec l'outil informatique, pas faite pour les personnes non habituées à l'usage des téléphones intelligents ou pressées alors que la rapidité de ce mode de vote pouvait être l'une des attentes des électeurs rompus à l'usage des nouvelles technologies.

1.1.2. Une expérience critiquée

23 Par comparaison, la société Orange a mis en place un système de vote en ligne *via* la chaîne de blocs Etherum dont il est expliqué qu'il « vise à réengager les citoyens dans la vie de leur commune et promouvoir la démocratie participative. Notre solution 100 % mobile et notre application gratuite pour tous les citoyens simplifie le

processus de vote et offre une nouvelle énergie à la démocratie digitale ». (Dubois, 2018). Le P-DG d'Orange, Stéphane Richard (2011-2022), a beau parler « des scrutins en ligne dont les processus sont décentralisés et respectent strictement le principe d'anonymat » (Dubois, 2018), les critiques demeurent intactes dans la mesure où les mineurs chargés de valider les blocs d'opérations de la chaîne peuvent certainement avoir accès au contenu du vote et à l'identité de son émetteur de l'autre côté de l'écran [12]. L'expérience virginienne du vote par CDB n'a pas échappé à ces critiques liées au manque de transparence et au risque de fraude dans le processus [13].

24 Cette critique du vote par CDB s'inscrit donc dans un contexte plus global, celui du traitement algorithmique des décisions publiques. S'agissant du cas américain, C. O'Neil explique très bien ce contexte :

> « Depuis une dizaine d'années, aux États-Unis, nous déléguons à des outils mathématiques des décisions majeures touchant à l'éducation, la santé, l'emploi ou la justice, avec une prétention à l'objectivité. Les personnes qui sont aux manettes voudraient faire croire que les arbitrages sont effectués en toute neutralité par les chiffres, mais, bien sûr, ce sont elles qui exercent le pouvoir de décision. »
> (O'Neil, 2018)

25 Ces critiques légitimes prennent une place plus importante depuis les élections américaines de 2020. En effet, le vote électronique est, depuis l'élection de Joe Biden, grâce notamment à l'important appui de la communauté noire des États-Unis *via* le mouvement Black Lives Matter, contesté par le camp des républicains qui tentent, par des législations au sein d'États comme le Texas, de limiter le vote à distance en général qui, il est vrai, favorise la participation de la masse populaire peu intéressée habituellement par les processus électoraux. Ces législations limitatives du vote électronique pourraient cependant se trouver neutralisées dans leurs effets par le législateur fédéral car le mouvement précité fait actuellement pression sur l'administration Biden afin qu'elle fasse adopter par le Congrès américain le *For the People Act*, projet de loi visant notamment à contrecarrer les lois étatiques qui limitent cette modalité de vote au niveau fédéré.

26 Si l'on se cantonne au secret du vote, qui demeure un cadre absolu en France, ce traitement informatique, algorithmique ou mathématique ne convient pas aux scrutins politiques. Pour P. Martin, le secret du vote est une garantie « permettant une participation libre » et « dégagée des pressions » (2006, p. 9). Mais, comme l'a soulevé ce même auteur, pour certains, le secret du vote serait immoral « car il permettrait à certains de céder à des opinions indignes ou trop égoïstes qu'ils n'auraient osé soutenir en public » (2006, p. 19). On aurait tort de rejeter complètement cet argument dans la mesure où le secret du vote remet, d'une certaine manière, en cause sa sincérité comme le montrent les arrangements non démentis entre Bernard Tapie et Jean-Marie Le Pen lors des législatives de 1993 (Soucheyre, 2019 ; Rakotoarison, 2019).

27 En d'autres termes, le vote par CDB serait préférable pour la sincérité du scrutin mais pas pour le secret du vote. Celui-ci s'inscrit, selon P. Martin, dans la conception libérale de la société occidentale. L'auteur affirme : « Le succès du vote secret est significatif de la victoire de la conception libérale et individualiste du vote, et plus généralement de la "privatisation" de l'activité politique qu'elle signifie pour le plus grand nombre » (Martin, 2006, p. 20). Ainsi, « le vote secret n'a pas seulement pour effet de protéger le faible contre des pressions sur le fort, il isole également l'électeur de ses égaux, et permet ainsi de rompre dans l'isoloir des solidarités dont il se sentirait tenu d'afficher en public (ouvrier votant à droite contre les consignes de son syndicat, par exemple) » (2006, p. 20). Suivant ces considérations, le secret ne favorise pas la sincérité du scrutin. Il joue le rôle d'« une mesure raisonnable instituée en fonction de la société telle qu'elle est, avec toutes ses inégalités, et non pas d'une société idéale où chacun pourrait afficher ses opinions en toute liberté et toute indépendance » (2006, p. 21). Cependant, l'auteur n'ignore pas que « l'instauration du vote secret sur le modèle australien (avec isoloir) a pu être utilisée contre la démocratie, afin de restreindre la participation des noirs aux élections dans le sud des États-Unis à partir de 1888 » (2006, p. 21).

28 Ces conceptions du vote secret montrent qu'il s'agit d'un principe ambivalent dont le respect à tout prix ne se justifie pas toujours ; il pourrait ainsi être dépassé dans le cadre d'une nouvelle sphère démocratique.

29 Comme l'a souligné B. Morel, ce n'est pas tant le risque d'erreur technique lors du vote électronique qui est un problème que l'impossibilité pour le juge d'accéder aux éléments lui permettant d'assurer un contrôle des opérations de vote (2018, p. 384) sans l'intermédiaire de spécialistes dont il ne comprend pas forcément les méthodes de travail.

30 Selon G. Koubi, ces modalités de vote sont une manière de tenir encadré le citoyen-électeur qui, en définitive, demeure « inévitablement éloigné des affaires publiques » (2015, p. 289) alors qu'il devrait en être l'acteur principal. L'auteure remarque également que, si le vote électronique par Internet[14] n'a pas eu le succès escompté, Internet est largement utilisé depuis quelques années pour des consultations en ligne, et elle souligne en même temps l'effet platonique des résultats de celles-ci car elles ont lieu « sans qu'elles accèdent pour autant à un rang décisionnel » (2015, p. 278). Cependant, si ce constat est vrai du point de vue juridique, depuis quelque temps, il semble qu'un changement soit apparu et que l'on s'aperçoive au contraire que les résultats de consultations en ligne sont porteurs d'une charge contraignante, du moins du point de vue politique[15]. Reste à savoir les chances de cette modalité de vote par CDB de s'appliquer en France.

1.2. Les signaux d'un climat propice à la chaîne de blocs électorale en France

31 Il convient d'entendre par chaîne de blocs électorale une CDB destinée à la tenue de scrutins dans des élections politiques, à l'instar des élections législatives, présidentielles ou européennes. Plusieurs éléments permettent de prédire que la CDB, en matière d'élections politiques, pourrait un jour s'imposer dans le système français. Ces signaux sont perceptibles à la fois dans la jurisprudence (1.2.1) et dans la pratique de plus en plus fréquente des consultations en ligne initiées par l'État (1.2.2), désormais soutenues par les menaçantes crises provoquées par des pandémies comme la Covid-19.

1.2.1. Les signaux émis par la jurisprudence ordinaire et constitutionnelle

32 Si l'expérience du vote électronique dans les scrutins politiques reste timide en France, elle est devenue courante dans les scrutins professionnels. On le voit avec le développement de sociétés comme Alphavote, Neovote, Docaposte ou encore Legavote. De ce fait, les techniques liées à la sécurité du vote électronique dans le milieu professionnel, préconisées notamment par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) [délibération n° 2019-053 du 25 avril 2019 portant adoption d'une recommandation relative à la sécurité des systèmes de vote par correspondance électronique, notamment *via* Internet], doivent, sous le contrôle du juge, respecter les principes généraux du droit électoral. En l'absence d'expériences conséquentes de cette modalité de vote en milieu politique, son utilisation en milieu professionnel sera ici observée afin de percevoir la manière dont elle pourrait être plus largement accueillie dans les scrutins politiques.

33 En milieu politique, le vote électronique, auquel appartient le vote par CDB, est aujourd'hui permis pour les seules communes de plus 3 500 habitants, dont certaines décident d'y recourir après autorisation du préfet, bien que le gouvernement ait récemment manifesté sa volonté de mettre fin à l'usage des machines à voter, ce qui a heurté les communes ayant adopté cette modalité de vote (Zignani, 2017). L'article 4 du projet de loi *avorté* pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, qui porte sur l'élection des députés des Français établis hors de France, dans le but de « renforcer la sécurité juridique du scrutin »,

> « prévoit que le recours au vote par correspondance sous pli fermé ne sera plus possible le jour où les conditions de mise en œuvre du vote par Internet permettront de garantir le secret du vote et la sincérité du scrutin. Le respect de ces conditions sera matérialisé par la décision d'homologation, par le ministre des Affaires étrangères, du système d'information du vote électronique ». (Assemblée nationale, 2018)

34 Si l'on se fie à certaines positions jurisprudentielles sur l'usage des nouvelles technologies en matière électorale, l'électorat des Français de l'étranger pourrait être une porte d'entrée pour le vote par CDB.

1.2.1.1. Les signaux donnés par la jurisprudence civile

35 La chambre sociale de la Cour de cassation a, dans son arrêt n° 17-29.022 du 3 octobre 2018 sur le vote électronique dans les milieux professionnels, jugé que l'exercice personnel du droit de vote constitue un principe général du droit électoral auquel seul le législateur peut déroger. Donc le principe du vote électronique est accepté dans le milieu de l'entreprise ; il conviendrait de prévoir les mêmes garde-fous pour le vote par CDB à plus grande échelle, afin de prévenir les problèmes techniques ainsi que les fraudes qui peuvent en résulter.

1.2.1.2. Les signaux envoyés par la jurisprudence administrative

36 Si le Conseil d'État appelle les pouvoirs publics à « compenser le point faible de cette technologie [à savoir la CDB], qui est la certification de la relation entre le monde réel et le monde virtuel » (2017, p. 69)[16], il n'en précise pas moins que « la *blockchain* est susceptible d'usages particulièrement intéressants dans des perspectives d'intérêt public ». On peut admettre que la CDB puisse aussi être utilisée pour un vote politique qui est éminemment d'intérêt public. Par ailleurs, le Conseil d'État a, le 3 octobre 2018, rendu une décision assez intéressante[17]. Dans cette affaire, la fédération CGT Santé-Action sociale, requérante, contestait la légalité du décret n° 2017-1560 du 14 novembre 2017 relatif aux conditions et modalités de mise en œuvre du vote électronique par Internet pour l'élection des représentants du personnel au sein des instances de représentation du personnel de la fonction publique hospitalière. Le Conseil d'État a jugé que :

> « Le recours au vote électronique par Internet à l'exclusion de toute autre modalité est possible, dès lors que des précautions appropriées sont prises pour que ne soit écartée du scrutin aucune personne ne

> disposant pas à son domicile du matériel nécessaire ou résidant dans une zone non desservie par Internet ou encore ne pouvant se servir de ce mode de communication sans l'assistance d'un tiers [18]. »

37 Pour le Conseil d'État, dès lors que « le respect des principes généraux du droit électoral, de complète information de l'électeur, de libre choix de celui-ci, d'égalité entre les candidats, de secret du vote, de sincérité du scrutin et de contrôle du juge » peut « être assuré à un niveau équivalent à celui des autres modalités de vote », ce que la haute juridiction administrative estime être le cas au regard du contenu du décret attaqué, l'exclusivité du vote en ligne est juridiquement possible. Le Conseil d'État conclut également que la délibération de la CNIL ne s'impose pas au pouvoir réglementaire qui peut la suivre ou pas. Mais il ne s'agit là que d'une conformité théorique, le Conseil d'État n'ayant aucune possibilité de vérifier concrètement la survenance d'éventuelles fraudes, il devra se soumettre aux experts, comme le fait le Conseil constitutionnel en matière de lois de nature financière [19], ou aux personnes possédant un degré de connaissances techniques et scientifiques élevé [20].

1.2.1.3. Les signaux constatés dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

38 Dans un communiqué de presse du 29 mars 2007 sur les machines à voter, le « Conseil constitutionnel a tenu à rappeler [...] que l'utilisation des machines à voter pour les élections, notamment présidentielles, est autorisée par le législateur depuis 1969. / Ce recours aux machines à voter dans les conditions fixées par l'article L. 57-1 du Code électoral a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel ». En d'autres termes, il revient au législateur de s'assurer des conditions du bon déroulement du scrutin et du respect de ce que le Conseil d'État qualifie de « principes généraux du droit électoral ». Bien que cette position du Conseil constitutionnel, exprimée dans un simple communiqué de presse, ait été sévèrement critiquée par une partie de la doctrine (Thorel, 2007) et qu'elle ait une valeur plus proche de l'*imperium* que de la *jurisdictio*, elle émane du juge constitutionnel lui-même qui demeure lié par elle.

39 Dans une décision du 12 juin 2018, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur l'usage des algorithmes, plus proches de la technologie

de la CDB, dans le traitement des demandes des administrés par l'administration, une décision qui s'avère très intéressante à ce propos. Le juge de la rue de Montpensier y a jugé que « le législateur a défini des garanties appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés des personnes soumises aux décisions administratives individuelles prises sur le fondement exclusif d'un algorithme [21] ». Autrement dit, dès lors que le législateur prend des précautions pour assurer les droits et libertés des personnes et la transparence des décisions prises sur le fondement d'une telle technologie, il lui est loisible de permettre l'usage de celle-ci. On voit mal comment il pourrait en aller autrement si le législateur venait à décider d'adopter la modalité de vote par CDB.

40 Encore plus proche du vote par CDB, le système de soutien électronique aux propositions de loi visant à organiser un référendum d'initiative partagée (RIP) prévu à l'article 11 de la Constitution et qui, pour la première fois, a été mis en œuvre pour empêcher la privatisation des aérodromes de Paris en 2019, permet de cerner plus précisément la position du Conseil constitutionnel sur le vote électronique. Dans sa décision-observations n° 2019-1-9 RIP du 18 juin 2020, le Conseil constitutionnel souligne le succès du recueil de soutiens presque exclusivement électronique, bien qu'il précise, toutefois, que « cette procédure électronique de recueil des soutiens a également présenté certaines insuffisances et plusieurs défauts » et que « si ceux-ci n'ont pas eu de conséquences déterminantes sur l'issue des opérations, [ils] ont pu contribuer à altérer la confiance des citoyens dans cette procédure » [22]. Ainsi, ces difficultés, d'ordre essentiellement technique et ergonomique (usage complexe du site Internet dédié au recueil vu comme peu intuitif et insuffisamment adapté à une consultation destinée à un large public, incohérence nominative entre la carte d'identité et le registre électoral unique de l'Insee [23], etc.), ne sont, pour le Conseil constitutionnel, pas de nature à décourager le vote électronique qui demeure largement marginalisé quant à sa pratique en France. D'ailleurs, le Conseil l'a dit et répété, « la plupart de ces difficultés n'ont cependant pas eu de conséquences déterminantes sur l'issue des opérations ». Enfin, le Conseil constitutionnel réaffirme le constat qu'il a fait dès le début de sa décision-observations : « En définitive, pour une première expérience de participation citoyenne à l'échelon national, sous une forme quasi-

entièrement électronique, le bilan peut rassurer quant à la faisabilité d'une procédure principalement numérique. » Ce constat va dans le sens d'un élargissement de l'usage du vote électronique en matière politique en France, notamment après cette période de crise sanitaire née de la Covid-19 qui a mis le numérique au centre de la vie sociale où bien des événements n'ont pu se tenir qu'à distance. C'est pourquoi le Conseil s'est solennellement adressé aux autorités de l'État en affirmant : « Les difficultés observées ci-dessus devraient conduire le ministère de l'Intérieur et, plus largement, les pouvoirs publics à réfléchir aux possibles améliorations du dispositif électronique de recueil des soutiens », et cela, « sans préjudice d'éventuelles évolutions de son cadre juridique ».

41 Ces signaux positifs du côté des tribunaux chargés de contrôler le respect des principes fondamentaux des modalités de vote sont complétés, outre le système de soutien aux RIP qui vient d'être évoqué, par les expériences consultatives et participatives en ligne qui ont tendance à s'imposer aux pouvoirs publics.

1.2.2. L'apport des expériences participatives et consultatives en ligne

42 Le vote électronique à distance est monnaie courante en France, même si les résultats qui en découlent n'ont pas de valeur juridique. Le projet de loi pour une République numérique devenu loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 a, du moins en partie, été élaboré par consultation en ligne [24]. Plus récemment, la consultation citoyenne lancée par l'Assemblée nationale entre février et mars 2019 sur le changement d'heure a été réalisée en ligne [25]. Seules 2,1 millions de personnes ont participé à cette consultation. Pour un électorat de près de 45 millions de personnes, c'est peu ; cela montre que le vote électronique à distance, et donc celui effectué par chaîne de blocs, ne remplacera pas demain le système de vote classique, mais il constitue certainement une alternative qui prendra de plus en plus de place.

43 De la même manière, la participation citoyenne au Grand Débat national lancé du 13 janvier au 15 mars 2019 par le président Macron s'inscrit dans ce registre. Et, bien que le processus de consultation en ligne ait été critiqué (Berne, 2019), voire contesté, le pouvoir politique a tiré certaines conséquences des résultats qui en découlaient,

puisque le président de la République a, lors de sa conférence de presse du 25 avril 2019, évoqué plusieurs mesures retenues pour être transformées en textes normatifs, à l'instar de la prise en compte du vote blanc et le référendum d'initiative citoyenne, même si le président exprime des réserves sur ces points.

44 Toutes ces opérations électorales à valeur consultative, mais ayant des conséquences concrètes sur l'organisation et le fonctionnement du système démocratique français, se passent sous l'œil du Conseil constitutionnel qui n'a souvent pas pu exercer son contrôle de gardien de la Constitution de 1958 [26], mais il n'est pas non plus certain que le juge de la rue de Montpensier veuille s'aventurer sur ces terrains éminemment politiques.

45 Bien que le rapport de l'Assemblée nationale précité juge « nécessaire un encadrement du développement des *blockchains* par l'application de normes de droit positif » , il reconnaît que des voix s'élèvent pour demander « à ne pas brider l'innovation et à tirer les enseignements de l'usage des "*blockchains*" avant de légiférer » (Raudière, Mis, 2018, p. 86) à leur encontre. D'ailleurs, sans doute poussé par la crise sanitaire due à la Covid-19 qui a mis à mal à plusieurs reprises l'expression démocratique (reports des élections municipales et régionales-départementales), l'ancien président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré, dans ses observations sur le rapport qu'il a remis au Premier ministre le 13 novembre 2020 à propos du report des élections régionales et départementales de 2020, s'est montré favorable au développement du vote électronique par Internet puisqu'il suggère au gouvernement « d'envisager le développement du vote par correspondance ou par Internet » (Debré, 2020).

46 Cependant, l'usage de la CDB dans les élections politiques pose la question de la souveraineté de l'État eu égard notamment au mode de fonctionnement de cette technologie.

2. Le vote par chaîne de blocs : une technique en prise avec la souveraineté de l'État

47 Le vote par CDB, comme le vote électronique par Internet en général, pose la question de la souveraineté de la plupart États, qui ne mènent pas la danse des technologies numériques et d'Internet. La technologie de la CDB n'est, pour le moment, pas opérationnelle sans une connexion à Internet. De ce fait, les critiques visant habituellement la gestion d'Internet en réseau n'échappent pas à la gestion de la CDB (2.1). Cependant, malgré ces critiques légitimes, il se pourrait que cette modalité de vote devienne incontournable de la même manière qu'Internet est devenu indispensable dans le quotidien des individus (2.2).

2.1. Le problème du fonctionnement par Internet de la chaîne de blocs

48 S'il est impossible de créer une CDB sans l'usage d'Internet, la question principale à propos de la modalité de vote fondée sur cette technologie doit porter d'abord sur la gestion de l'Internet mondialisé par l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) (2.1.1) afin de mieux appréhender le problème de la souveraineté de l'État qu'il pose (2.1.2).

2.1.1. Un problème lié à la gestion de l'Internet mondialisé par l'ICANN

49 Aujourd'hui, on le sait, Internet est géré par l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) ou Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet, dont le siège se trouve en Californie aux États-Unis. Cette implantation américaine du gestionnaire d'Internet suscite l'inquiétude [27] de certains spécialistes des intelligences artificielles comme L. Alexandre qui affirme : « Le scénario le plus probable dans les dix à quinze prochaines années n'est pas un éclatement d'Internet mais une bifurcation entre

un Internet dirigé par les Chinois et un Internet non chinois dirigé par les États-Unis » (2019, p. 54).

50 Ce point de vue est partagé par certains juristes. Par exemple, J. Arlettaz affirme qu'« en théorie en effet, l'ICANN peut tout simplement effacer, en un clic, l'ensemble des ressources d'un État ou rendre inaccessibles toutes les adresses en ".fr" » (2010, p. 43).

51 Face aux critiques dont il a fait l'objet, l'ICANN a dû se réorganiser. Mais ce n'est qu'en 2016 que l'organisme a, sous l'impulsion de Barack Obama, mis fin « à sa dépendance juridique avec le Département du commerce du Gouvernement américain » (Arlettaz, 2010, p. 43)[28]. Bien que, désormais, on puisse affirmer que l'« ICANN et le gouvernement américain : c'est fini » (Ailliot, 2016), cette société demeure une entreprise stratégique de nationalité américaine et qui peut d'un moment à l'autre se mettre discrètement au service du gouvernement de son État. En effet, comme l'a souligné un article du *Monde* en 2016, la gestion d'Internet représente un « [e]njeu géopolitique majeur » (Benchoufi, Chiche, 2016). Les auteurs de cet article affirment :

> « Depuis toujours, les États-Unis, convaincus d'avoir une responsabilité historique dans le fonctionnement et le développement d'Internet, ont orienté sa gouvernance selon leurs intérêts. Ils ont placé une association de droit privé californien, l'ICANN, au centre du dispositif d'adressage et de nommage : allocation des adresses IP et gestion des noms de domaines ressources assurée par le DNS [Domain Name System]. »

52 Et même si on affirme que l'ICANN « a également permis aux internautes du monde entier d'élire leurs représentants au sein [de son] Directoire » (Benchoufi, Chiche, 2016), nombre d'électeurs de différents pays, et pour différentes raisons, n'ont jamais pu prendre part à une telle élection. Donc le problème de la gestion du Web demeure intact au regard de la souveraineté des États, ce qui, pour le moment, plombe l'idée d'un vote souverain à tous les niveaux d'un État par le biais de la CDB.

53 C'est d'ailleurs dans cet esprit que le rapport de l'Assemblée nationale précité propose d'« engager l'Union européenne dans une action résolue et indispensable à la préservation de notre souveraineté » (Raudière, Mis, 2018).

2.1.2. Une gestion incompatible avec la souveraineté de l'État

54 La souveraineté, traditionnellement considérée comme « autorité politique exclusive » (Gicquel, Gicquel, 2015, p. 69) de l'État, est un attribut essentiel de celui-ci lui donnant droit de tout décider sur son territoire et dans la conduite de ses affaires intérieures comme extérieures (Gicquel, Gicquel, 2015, p. 70-74). Mais on peut se demander si, avec le développement des nouvelles technologies et du cyberespace, on ne passerait pas d'une souveraineté de l'État au sens classique à une souveraineté de l'individu, sachant que l'objectif libertarien des penseurs de la technologie de la CDB est clairement de réduire la puissance de l'État qui écraserait l'individu par ses pouvoirs exclusifs comme celui de battre monnaie (Raudière, Mis, 2018, p. 63-64).

55 Les CDB publiques, dites sans permissions, c'est-à-dire ouvertes à toutes et tous, sont considérées comme pouvant être « l'incarnation de valeurs politiques et sociales, comme la transparence et la redistribution du pouvoir » (Boucher, Nascimento, Kritikos, 2017, p. 6). Quant aux CDB à permissions, dont le fonctionnement et l'accès sont limités à quelques acteurs, tel l'État, elles sont considérées comme étant « moins transparentes et décentralisées que leurs homologues sans permissions, si bien qu'elles incarnent des valeurs sociales et politiques légèrement différentes » (Boucher, Nascimento, Kritikos, 2017, p. 6). Dans ce cas, on revient au système des registres traditionnels avec toute leur imperfection en termes de transparence et de confiance.

56 Selon un spécialiste, la CDB est « le grand registre des transactions[29] ». Tout le problème est la clé permettant de décrypter ces transactions et donc, potentiellement, de les manipuler en les modifiant à des fins malveillantes. La question n'est pas tant qui possède cette clé, mais combien d'individus la possèdent et/ou sont susceptibles de la connaître. Dès lors se pose aussi la question de la souveraineté non plus à l'échelle de l'individu, mais à celle des États. Ainsi, le cas des États, comme la Chine ou les États-Unis, qui dominent l'Internet et le monde numérique en général se trouve au centre du débat sur la perte de souveraineté des petits États face à

ces grandes puissances tant en matière politique que militaire et économique (Pierucci, Aron, 2019 ; Pierucci, 2019)[30]. C'est pour pallier ce risque que la France relance son projet de « cloud stratégique » (projet Andromède abandonné en 2009), du moins pour les données « les plus sensibles », afin, clairement, d'empêcher les GAFAM[31] américains de transférer des données d'entreprises françaises au gouvernement américain (Lamigeon, 2019 ; Gauvain, 2019). Dans cette situation, face aux grandes puissances précitées, les États de l'Union européenne, pris individuellement, sont dans une situation de faiblesse. C'est sans doute pour cette raison que l'Union européenne s'est récemment dotée de deux règlements importants en matière de régulation numérique, le *Digital Services Act* (règlement sur les services numériques) et le *Digital Markets Act* (règlement sur les marchés en ligne). Le premier, bien que non axé sur les questions politiques, est intéressant pour notre étude car il pose le souci de la souveraineté numérique de l'Union européenne. Selon la Commission européenne, le *Digital Services Act* vise à « assurer un environnement digital sécurisé et responsable[32] ». Et, plus largement, parmi les principaux objectifs de ce règlement, se trouve la volonté de permettre « un plus grand contrôle démocratique et une meilleure supervision des grandes plateformes[33] ».

57 Comme la CBD ne fonctionne pas à l'aide d'un organe central de contrôle, à l'instar de traditionnels registres de comptes bancaires ou de cadastres, les experts affirment que :

> « N'importe qui peut demander l'ajout d'une transaction à la chaîne de blocs, mais une transaction n'est acceptée que si l'ensemble des utilisateurs s'accordent sur sa légitimité, par exemple sur le fait que la demande provient bien d'une personne habilitée, que le vendeur de la maison ne l'a pas déjà vendue, et que l'acheteur n'a pas déjà dépensé l'argent. Cette vérification s'effectue de manière fiable et automatique pour le compte de chaque utilisateur, ce qui crée un système de registre très rapide, sûr et remarquablement résistant à la falsification. » (Boucher, Nascimento, Kritikos, 2017, p. 5)

58 Mais cette affirmation pose un problème dans la mesure où la transparence absolue à laquelle elle invite à croire n'est pas démontrée ; elle a même donné des signes clairs du contraire. En effet, il est dit que la « vérification [des transactions et/ou opérations de la CDB]

s'effectue de manière fiable et automatique pour le compte de chaque utilisateur » (Boucher, Nascimento, Kritikos, 2017, p. 5). Tout le problème repose sur le « pour le compte de chaque utilisateur ». Cette information suppose un tiers de confiance sur la légitimité duquel « l'ensemble des utilisateurs s'accordent ». Qui est ce tiers de confiance unanimement légitime ? Comment est institué ce tiers de confiance ? Qu'est-ce qui permet d'avoir un tel niveau de confiance en ce tiers si l'on ne dispose pas de moyens permettant de vérifier individuellement l'origine desdites transactions et opérations ? Sans des réponses concrètes à ces interrogations, bien qu'il soit infirmé de manière pompeuse que « si une attaque contre l'intermédiaire suffit pour détruire ou altérer un registre traditionnel, il est nécessaire, dans le cas d'une chaîne de blocs, de réussir une attaque simultanée contre chacune des copies du registre » (Boucher, Nascimento, Kritikos, 2017, p. 5), la confiance et la transparence absolues dont on parle ne pourront, rationnellement et objectivement, être que théoriques, la masse de la population ne sera pas prête à accepter une telle affirmation qui, d'ailleurs, pourrait avoir pour conséquence de renforcer les thèses nées de ce que certains appellent, non sans ambiguïtés, populisme ou complotisme.

59 On peut donc s'interroger sur l'objectif final de certaines entreprises multinationales, comme Microsoft, qui se lancent dans la diplomatie parallèlement aux États. En effet, Microsoft mène depuis des années des campagnes pour la « paix dans le cyberespace » au point, selon *Le Monde*, de « concurrencer les diplomaties traditionnelles » conduites par les États (Untersinger, 2018). Son président et directeur juridique, Brad Smith, croit à la paix entre États dans le cyberespace, mais avec une lucidité qui ne trahit pas la démarche : « L'espionnage fait partie de l'activité des États depuis leur apparition. Nous ne défendons pas l'arrêt de cette activité quand elle est faite légalement et de manière responsable. Ce sur quoi nous nous concentrons, à ce stade, c'est la protection des civils, des citoyens innocents, des hôpitaux, des écoles » (Untersinger, 2018). Mais toute la question est de savoir si cet optimisme de Microsoft peut et doit être partagé par tous au point de mettre une confiance totale dans les systèmes de vote par CDB alors même que des États comme la France ont à plusieurs reprises soupçonné des États étrangers d'avoir tenté de s'interférer dans des processus électoraux internes (Laparade, 2017).

Là encore, la confiance dans ce système de vote laisse planer du moins un certain doute.

60 Néanmoins, si cette expérience du vote électronique parvient à convaincre et à mobiliser suffisamment les individus à la chose publique, on peut imaginer que son usage finira par s'imposer ; en ce sens, on ne peut pas, par principe, fermer la porte au vote par CDB, bien que les questions liées à la sécurité du vote demeurent entières.

2.2. Le vote par chaîne de blocs : une révolution incontournable ?

61 Il est sans cesse répété que la technologie de la CDB « est révolutionnaire car elle instaure d'emblée la confiance dans le réseau, sans dépendre d'une autorité centrale » (Benchoufi, Chiche, 2016). Si l'on parvient à faire croire à cette confiance, à défaut de démontrer sa réalité, le vote par CDB s'imposera, comme Internet dans les années 1990 (2.2.1), à condition que les recherches portant sur cette technologie soient investies tant par des initiatives privées que par les pouvoirs publics (2.2.2).

2.2.1. L'avènement d'Internet et la chaîne de blocs : deux phénomènes comparables

62 L'avènement d'Internet a suscité de nombreuses inquiétudes dans les années 1990 (Bellon, 2018 et 2019), mais il est aujourd'hui un outil indispensable du quotidien. Rien n'empêche que la technologie de la CDB emprunte la même voie malgré les dangers qu'il pointe.

63 Le principal danger du vote électronique concerne la sincérité du scrutin et le secret du vote (Le Bot, 2010, p. 58-62). Quant à la sincérité du vote – largement liée à des problèmes techniques ou à une possible configuration ou manipulation malveillante des machines à voter (Anziani, Lefèvre, 2014 ; Deromedi, Détraigne, 2018) ou des systèmes informatiques connectés à Internet sans possibilité de prouver d'éventuelles fraudes –, la CDB fait la promesse de la garantir par son mode de fonctionnement décentralisé avec des données infalsifiables, car cryptées, et dont toute tentative de fraude serait impossible du fait que tout le scrutin serait affecté et donc annulé, ce qui empêcherait qu'un candidat en tire un quelconque profit. Mais,

dans l'hypothèse où un État étranger pourrait provoquer, par un acte de guerre informatique, l'annulation de tout un scrutin tenu dans un autre État, cela pose là encore la question de la souveraineté des États que ne pourrait pas garantir la CDB [34], du moins dans son mode de fonctionnement actuel.

64 Hormis cette difficulté liée à la gestion actuelle d'Internet sur lequel repose le fonctionnement de la CDB, la sincérité du vote paraît surmontable. Mais on sait que la sincérité du vote n'est pas seulement en danger du fait de l'outil informatique utilisé ; elle l'est également du fait de postures politiques extérieures aux modalités pratiques du vote [35]. Partant de là, le secret du vote ne paraît pas nécessaire, bien que le juge constitutionnel y voie un élément de garantie de la sincérité du scrutin [36] ; l'absence du secret pourrait même s'avérer un levier important pour un franc dialogue entre les membres du corps social. En ce qui concerne la sincérité du scrutin, si le progrès technique permet de l'évacuer dans le vote par CDB, les humains entre eux trouveront toujours une manière de la fausser, à moins qu'une sanction exemplaire les en dissuade.

65 Enfin, si l'on admet que nous sommes entrés dans une « nouvelle démocratie » (Le Bot, 2010, p. 57), on peut s'interroger sur ce que signifie symboliquement le secret du vote dans le fonctionnement d'une société démocratique. Ne pourrait-on pas s'en passer ? Autrement dit, le secret du vote est-il si important que cela ? Ce secret n'est-il pas le reflet du manque de transparence dans le fonctionnement des institutions et des services que celles-ci assurent ? Cette interrogation, qui est encore vive s'agissant d'Internet et de ses différents usages, pourrait occuper une place centrale dans les études des potentialités de la CDB.

2.2.2. Le pari de la recherche sur les potentialités de la chaîne de blocs

66 Bien que les critiques du vote électronique classique, qui pourrait également s'adresser au vote par CDB, doivent s'exprimer afin de construire un système de vote le plus fiable possible, elles ne doivent pas empêcher toute recherche sur les potentialités de cette technologie dans le vote politique [37]. De plus, si cette modalité de vote peut faire craindre la montée de ce qu'on appelle péjorativement le

« populisme », elle pourrait également en être un rempart contre celui-ci. C'est ce qu'explique G. Mentré : « Les citoyens rendus participants et assesseurs du système souhaiteront bientôt s'exprimer sur les conditions mêmes du vote. On peut craindre que cela ouvre la porte à plus de populisme. Mais on peut aussi penser qu'une telle évolution constituera au contraire le meilleur rempart contre le populisme, chacun devenant coresponsable du système tout entier » (2018). Sur ce point, L. Alexandre pointe une opposition entre deux camps : « L'avenir serait celui d'une lutte entre progressistes ouverts aux changements technologiques et conservateurs – bioconservateurs – qui ne veulent pas en entendre parler et s'y opposeraient » (2019, p. 7).

67 C'est dans cette optique que de nombreuses voix s'élèvent pour qu'une recherche sérieuse soit conduite sur les potentialités de la technologie de la CDB. Le rapport d'une mission parlementaire de l'Assemblée nationale propose d'aller en ce sens. En effet, si ce rapport soulève des réserves quant à l'usage de la CDB dans les élections politiques, il n'en propose pas moins d'investir dans cette technologie afin de ne pas, une fois de plus, être des simples spectateurs et suiveurs obligés d'une marche technologique qui nous dépasse. Le rapport Landau susvisé sur les cryptomonnaies va dans le même sens.

68 Certes, en matière électorale, le rapport de la mission parlementaire soulève que « les informations recueillies par la mission donnent à penser que les caractéristiques de la technologie soulèvent des questions auxquelles il paraît difficile d'apporter aujourd'hui des réponses totalement satisfaisantes, en tout cas pour l'organisation de scrutins nationaux et locaux » (Raudière, Mis, 2018, p. 66). Néanmoins, il constate que l'expérience des autorités de Genève en Suisse montre que « le recours aux *blockchains* rend possible la création d'une urne électronique qui permet d'établir le nombre de votants, sans que l'on sache vers qui se sont portés leurs suffrages », sans ignorer que le procédé de « la connaissance des pseudonymes utilisés par les électeurs permet […] de retracer l'expression de leurs suffrages » (Raudière, Mis, 2018, p. 66). Celui-ci ne résout donc pas le problème du secret du vote. Malgré ce point qui concerne un principe fondamental du système électoral français, le rapport conclut que « les contraintes et limites auxquelles se heurtent encore aujourd'hui les

blockchains ne sauraient conduire à en exclure l'usage car la technologie procure un indiscutable levier de modernisation » (Raudière, Mis, 2018, p. 66).

69 Par ailleurs, d'autres pays européens semblent plus optimistes sur l'avenir du vote par CDB. Par exemple, en Belgique, il est affirmé que :

> « Techniquement, rien ne s'oppose à ce que le contrat intelligent de la blockchain fasse son entrée en politique. Il "suffirait" d'attribuer à chacun une adresse électronique à usage unique (on ne vote qu'une fois). Chaque électeur pourrait voter pour l'adresse électronique électorale de son candidat. La blockchain rendrait les résultats transparents, tout en maintenant l'anonymat des votants. À la fermeture de la session de vote, les résultats seraient publiés automatiquement. » (Verset, 2019)

Conclusion

70 Les perspectives du vote par chaîne de blocs (ou *blockchain*) sont encouragées par les revendications d'une démocratie directe et libertarienne qui accompagne le développement de cette technologie. Sur ce point, S. Ozil fait remarquer à juste titre que les systèmes démocratiques actuels, tant au niveau national que supranational, ont tous été construits à une époque où Internet n'existait pas (2018). Il convient de prendre en compte, désormais, une époque où des crises de type Covid-19, nécessitant le confinement des populations, pourraient être amenées à surgir de manière récurrente à l'avenir. Cela signifie que ces systèmes ne sont plus en phase avec la société des individus connectés et des nécessités politiques et sociales. Il faut donc penser sérieusement la question de l'usage des algorithmes en général dans la promotion de la démocratie. Les opérations de vote (tenue du bureau, dépouillement, comptage, annonce de résultats) ont toujours été confiées à un petit nombre de personnes, souvent âgées, même si le processus est *théoriquement* ouvert à tout le monde. La question se pose alors de savoir ce qui pourrait justifier que cette même confiance ne puisse être mise dans les personnes manipulant les algorithmes de la CDB au nom de l'État dans le cadre d'un vote.

71 Sans vouloir se vouer à un mimétisme béat de l'expérience américaine du vote par chaîne de blocs, il convient d'observer et d'analyser les potentialités de cette technologie afin de ne pas abandonner son exploitation à d'autres, comme cela a été fait pour Internet après l'expérience du Minitel. À moins que la quantité d'espace nécessaire au stockage des données dans les CDB, qui se mesure en térabits, ne freine le développement de cette technologie. Mais, dans la mesure où les données électorales seraient détruites entre deux élections d'une même nature, le problème pourrait en définitive ne plus se poser.

72 Enfin, si la technologie de la CDB ne répond pas au principe du secret du vote, alors qu'elle répondrait à celui de la sécurité de celui-ci, on pourrait se demander si, conceptuellement et logiquement, il est nécessaire de mettre le secret du vote sur le même plan que celui de sa sécurité. Un débat sur cette question serait probablement nécessaire afin de déterminer le degré d'importance et d'intérêt de maintenir le secret du vote. Car, en effet, l'usage quotidien de la carte bancaire permet d'établir auprès de quel commerce un individu fait ses courses, voire quel type de produits il achète ou quel type de vêtements il porte, et ce fait ne paraît pas déranger outre mesure ; alors pourquoi le secret du vote devrait tenir tant à cœur ? L'interrogation demeure entièrement ouverte.

BIBLIOGRAPHIE

Ailliot A., 2016, « L'ICANN et le gouvernement américain : c'est fini ! », IREDIC, [http://www.iredic.fr/2016/11/21/licann-et-le-gouvernement-americain-cest-fini/], consulté le 18 janvier 2022

Alexandre L., 2019, « La guerre invisible », dans L. Alexandre, J.-F. Copé, *L'intelligence artificielle va-t-elle aussi tuer la démocratie ?*, Paris, JC Lattès

Alexandre L., Copé J.-F., 2019, *L'intelligence artificielle va-t-elle aussi tuer la démocratie ?*, Paris, JC Lattès

Anziani A., Lefèvre A., 2014, *Vote électronique : préserver la confiance des électeurs*, rapport d'informations du Sénat fait au nom de la Commission des lois, n° 445

Arlettaz J., 2010, « La révolution numérique est-elle une révolution démocratique », dans O. Le Bot, J. Arlettaz (dir.), *La démocratie en un clic ? Réflexions autour de la notion d'e-démocratie*, Paris, L'Harmattan, p. 33-44

Assemblée nationale, 2018, « Projet de loi pour une démocratie plus

représentative, responsable et efficace. Exposé des motifs », [http://www.assemblee-nationale.fr/15/projets/pl0976.asp], consulté le 18 janvier 2022

Auffray C., 2020, « Saisie de crypto-monnaie record des États-Unis liée au terrorisme », *Cryptonaute*, [https://cryptonaute.fr/saisie-de-crypto-monnaie-record-des-etats-unis-liee-au-terrorisme/], consulté le 18 janvier 2022

Bellon A., 2019, « Des utopies du Net aux start-up administratives : la place des acteurs publics dans la révolution numérique », séminaire du CIS-CNRS, Canal-U, [https://www.canal-u.tv/chaines/cnrspouchet/seminaire-du-cis/des-utopies-du-net-aux-start-ups-administratives-la-place-des], consulté le 18 janvier 2022

Bellon A., 2018, *Gouverner l'Internet. Mobilisations, expertises et bureaucraties dans la fabrique des politiques publiques*, thèse, Université Paris 1

Benchoufi M. Chiche N., 2016, « La technologie blockchain redistribue la gouvernance de l'Internet », *Le Monde*, [https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/04/29/la-technologie-blockchain-redistribue-la-gouvernance-de-l-Internet_4910831_3232.html], consulté le 18 janvier 2022

Berne X., 2019, « Grand débat : un député réclame la transparence sur les logiciels de traitement des contributions », *Next Inpact*, [https://www.nextinpact.com/news/107685-grand-debat-depute-reclame-transparence-sur-logiciels-traitement-contributions.htm], consulté le 18 janvier 2022

Boucher P., Nascimento S., Kritikos M., 2017, *Comment la technologie de la chaîne de blocs pourrait changer nos vies. Analyse approfondie*, Bruxelles, Unité de la prospective scientifique (STOA), Union européenne

Bricteux C., 2018, « La contribution de l'ICANN à l'émergence d'un standard global de la liberté d'expression », dans M. Disant, G. Lewkowicz, P. Türk (dir.), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, p. 243-271

Cambrai T., 2017, *Comprendre la blockchain : une technologie qui a changé la face du monde*, auto-édition

Commission d'enrichissement de la langue française, 2017, « Vocabulaire de l'informatique (liste de termes, expressions et définitions adoptés) », *Journal officiel de la République française*, n° 0121, texte n° 20

Commission européenne, s. d., *The Digital Services Act: ensuring a safe and accountable online environment*, [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en], consulté le 18 janvier 2022

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), 2018, « Blockchain et RGPD : quelles solutions pour un usage responsable en présence de données personnelles ? », étude

Conseil constitutionnel, 2007, « Communiqué du 29 mars 2007 sur les machines à voter », [https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communique/communique-du-29-mars-2007-sur-les-machines-a-voter], consulté le 18 janvier 2022

Conseil d'État, 2017, *Étude annuelle 2017. Puissance publique et plateformes*

numériques : accompagner l'« uberisation », Paris, La Documentation française

Croze H., 2019, « Les *smarts contracts* sont-ils des objets juridiques », dans F. Marmoz (dir.), *Blockchain et droit*, Paris, Dalloz

Debré J.-L., 2020, *Quelle date et quelle organisation pour les élections régionales et départementales*, rapport de M. Jean-Louis Debré à M. le Premier ministre, [https://www.gouvernement.fr/partage/11871-remise-du-rapport-de-jean-louis-debre-sur-les-elections-departementales-et-regionales], consulté le 18 janvier 2022

Deromedi J., Détraigne Y., 2018, *Rapport d'information sur le vote électronique*, Sénat, Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, n° 73, session ordinaire de 2018-2019

Disant M., Lewkowicz G., Türk P. (dir.), 2018, *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant

Dubois É., 2018, « Orange présente une solution de vote électronique sous blockchain », *Cryptonaute*, [https://cryptonaute.fr/orange-presente-solution-vote-electronique-blockchain/], consulté le 18 janvier 2022

Gauvain R., 2019, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, rapport au Premier ministre, Assemblée nationale

Gicquel J., Gicquel J.-É., 2015, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 29e éd., Paris, LGDJ

Guglielmi G., Ihl O. (dir.), 2015, *Le vote électronique*, Paris, LGDJ

Holder S., 2019, « Is this experiment in digital democracy too crazy to work? », *CityLab*, [https://www.citylab.com/life/2018/09/is-this-west-virginia-experiment-in-digital-democracy-crazy/569542/], consulté le 18 janvier 2022

Jones B., 2018, « Blockchain may power future elections, but it's no silver bullet for fraud », *Digital Trends*, [https://www.digitaltrends.com/computing/blockchain-could-be-implemented-in-electoral-voting-by-2019/], consulté le 18 janvier 2022

Kazeem Y., 2018, « The world's first blockchain-powered elections have just happened in Sierra Leone », *World Economic Forum*, [https://www.weforum.org/agenda/2018/03/the-world-s-first-blockchain-powered-elections-just-happened-in-sierra-leone], consulté le 18 janvier 2022

Kosoff M., 2020, « "A horrifically bad idea": Smartphone voting is coming, just in time for the midterms », *Vanityfair*, [https://www.vanityfair.com/news/2018/08/smartphone-voting-is-coming-just-in-time-for-midterms-voatz], consulté le 18 janvier 2022

Lamigeon V., 2019, « Face au *Cloud Act* américain, le grand retour du "cloud souverain" français », *Challenges*, [https://www.challenges.fr/entreprise/face-au-cloud-act-americain-le-grand-retour-du-cloud-souverain-franais_664976], consulté le 18 janvier 2022

Landau J.-P., 2018, *Les crypto-monnaies*, rapport au ministre de l'Économie et des Finances

Laparade L., 2017, « La Russie accusée de vouloir "pirater" l'élection présidentielle

en France », *La Dépêche*, [https://www.ladepeche.fr/article/2017/03/30/2546921-russie-accusee-ingerence-election-presidentielle-france.html], consulté le 18 janvier 2022

Le Bot O., 2010, « Le vote électronique : modalités, potentialités, dangers », dans O. Le Bot, J. Arlettaz (dir.), *La démocratie en un clic ? Réflexions autour de la notion d'e-démocratie*, Paris, L'Harmattan, p. 45-66

Le Bot O., Arlettaz J. (dir.), 2010, *La démocratie en un clic ? Réflexions autour de la notion d'e-démocratie*, Paris, L'Harmattan

Longuet G., 2019, *Le devoir de souveraineté numérique*, rapport du Sénat, [http://www.senat.fr/rap/r19-007-1/r19-007-1.html], consulté le 18 janvier 2022

Macron E., 2019, « Conférence de presse à l'issue du Grand Débat national. Propos liminaire », [https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/04/25/conference-de-presse-grand-debat-national], consulté le 18 janvier 2022

Marmoz F. (dir.), 2019, *Blockchain et droit*, Paris, Dalloz

Mahdoud R., 2019, « L'autre 20 heures », *Le Media*, [https://www.youtube.com/watch?v=-UmuNLTX4G0], consulté le 18 janvier 2022

Martin M., 2006, *Les systèmes électoraux et les modes de scrutin*, 3e éd., Paris, LGDJ

Mathieu T., 2019, « Grand Débat national : quelles garanties de transparence pour la consultation en ligne ? », [https://www.europe1.fr/societe/grand-debat-national-quelles-garanties-de-transparence-pour-la-consultation-en-ligne-3841271.amp], consulté le 18 janvier 2022

Mentré G., 2018, « La blockchain, une révolution démocratique pour les citoyens », *La Tribune*, [https://www.latribune.fr/opinions/tribunes/la-blockchain-une-revolution-democratique-pour-les-citoyens-784952.html], consulté le 18 janvier 2022

Morel B., 2018, « Les enseignements des expériences européennes du vote électronique », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 114, p. 371-394

Nakamoto S., 2008, « Bitcoin : système de monnaie électronique en pair-à-pair », [https://bitcoin.fr/Bitcoin-explique-par-son-inventeur/], consulté le 18 janvier 2022

Nogal M., 2019, *Louer en confiance*, rapport au Premier ministre

O'Neil C., 2018, « Les algorithmes sont une arme de domination sociale », interview dans V. Radier, *Bibliobs*

Ozil S., 2018, « Opinion. Quand les réseaux sociaux posent la question d'une démocratie directe », *Les Échos*, [https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-189735-opinion-quand-les-reseaux-sociaux-posent-la-question-dune-democratie-directe-2228433.php], consulté le 18 janvier 2022

Pascot Ph., 2017, « Corruption et politique », *Thinkerview*, [https://www.thinkerview.com/philippe-pascot-corruption-politique/], consulté le 18 janvier 2022

Pierucci F., Aron M., 2019, *Le piège américain. L'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique témoigne*, Paris, JC Lattès

Pierucci F., 2019, « Alstom : la France vendue à la découpe ? » *Thinkerview*, [https://www.youtube.com/watch?v=dejeVuL9-7c], consulté le 18 janvier 2022

Rakotoarison S., 2019, « Bernard Tapie : faut-il encore s'acharner sur cet homme ? », *AgoraVox*

Raudière L. (de la), Mis J.-M., 2018, *Rapport d'information sur les chaînes de blocs (blockchains)*, n° 1501, Assemblée nationale

Secretary of State, Mac Warner, s. d ., « Absentee Voting Information », [https://sos.wv.gov/elections/Pages/AbsenteeVotingInformation.aspx], consulté le 18 janvier 2022

Soucheyre A., 2019, « Législatives, Bernard Tapie aurait sollicité Le Pen en 1993 », *L'Humanité*

Sputnik France, 2019, « Des observateurs français se disent impressionnés par le vote électronique à Moscou », [https://fr.sputniknews.com/russie/201909081042061884-des-observateurs-francais-se-disent-impressionnes-par-le-vote-electronique-a-moscou/], consulté le 18 janvier 2022

Surin S., 2017, « Quelques brèves analyses de la décision n° 2017-5074/5089 AN du 8 décembre 2017 du Conseil constitutionnel », *Blog*

Thorel J., 2007, « Machines à voter : un professeur de droit conteste la position du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, [https://www.lemonde.fr/societe/article/2007/04/03/machines-a-voter-un-professeur-de-droit-conteste-la-position-du-conseil-constitutionnel_891459_3224.html], consulté le 18 janvier 2022

Toledano J., Janin L., 2018, *Les enjeux des blockchains*, rapport, France Stratégie

Türk P., 2018, « Les standards constitutionnels mondiaux : contribution à la définition de la notion et rôle d'Internet dans leur diffusion », dans M. Disant, G. Lewkowicz, P. Türk (dir.), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, p. 273-296

Untersinger M., 2018, « Microsoft : "Aujourd'hui, la technologie est utilisée pour s'attaquer à la démocratie" », entretien avec Brad Smith, *Le Monde*, [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/11/13/microsoft-aujourd-hui-la-technologie-est-utilisee-pour-s-attaquer-a-la-democratie_5382851_4408996.html], consulté le 18 janvier 2022

Vaghela Y., 2018, « How blockchain could dramatically change politics », *IT Chronicles*, [https://itchronicles.com/blockchain/how-blockchain-could-dramatically-change-politics/], consulté le 18 janvier 2022

Verset J.-C., 2019, « Pourquoi la blockchain commence déjà à changer notre vie », *RTBF.be*, [https://www.rtbf.be/info/medias/detail_pourquoi-la-blockchain-commence-deja-a-changer-notre-vie?id=10213291], consulté le 18 janvier 2022

Yeretzian A. et al., 2016, *La blockchain décryptée. Les clefs d'une révolution*, Paris, Netexplo

Zignani G., 2017, « Fin des machines à voter : des mairies en colère », *La gazette des communes*, [https://www.lagazettedescommunes.com/531880/fin-des-machines-a-voter-des-mairies-en-colere/], consulté le 18 janvier 2022

NOTES

1 Le vote par téléphone et par SMS existe, notamment aux États-Unis.

2 En effet, la première expérience de cette modalité de vote dans le monde a eu lieu en mars 2018 en Afrique en Sierra Leone (Kazeem, 2018).

3 La première apparition de la chaîne de blocs remonte à 2008. La lettre de mission du rapport Toledano sur les enjeux de la *blockchain* précise : « Apparue en 2008 dans un article publié sous le pseudonyme de Satoshi Nakamoto, elle est utilisée depuis 2009 pour faire fonctionner ce qui en constitue l'exemple le plus emblématique : la cryptomonnaie Bitcoin » (Toledano, Janin, 2018, p. 127). L'article en question, datant du 19 août 2008, se trouve sur le site Bitcoin.fr en version française et téléchargeable en version originale (Nakamoto, 2008).

4 Voir le site Internet de l'entreprise qui a également publié plusieurs travaux sur cette technologie, not. Yeretzian *et al.* (2016) ; voir également Cambrai (2017).

5 En effet, l'objectif de la technologie de la chaîne de blocs est de dépasser l'État en vue d'un fonctionnement de la société sans intermédiaire (Raudière, Mis, 2018, p. 63). En ce sens, « la technologie des *blockchains* répond à tout le moins aux aspirations du mouvement libertarien qui postule un retrait de l'État et l'abandon de son privilège de battre monnaie », préférant ainsi « les relations contractuelles entre individus, en rupture avec une organisation fondée sur un contrat social particulier » (p. 64). On ne peut pas dire que des représentants politiques apprécient une telle conception de la société, mais ils sont bien obligés d'admettre que « le concept [de la chaîne de blocs] revêt également une dimension politique en ce qu'il s'efforce de proposer une réponse à une crise de confiance frappant la société et porte en lui une redéfinition des relations sociales et des rapports d'autorité » (p. 64). Conscient de cette rupture entre système étatique et individus, le rapport se montre sensible à « l'apport des *blockchains* à la simplification des relations entre les usagers (particuliers et entreprises) et les services publics » (p. 65) révélé par l'expérience de la chaîne de blocs dans l'émission d'une carte d'identité électronique en Estonie.

6 D'ailleurs, bien qu'il n'évoque pas les *smart contracts*, le rapport de M. Nogal au Premier ministre (2019) semble aller dans ce sens.

7 Décision n° 2017-5074/5089 AN du 8 décembre 2017, AN, *Essonne* (1re *circ.*), *Mme Farida Amrani et autres* ; voir également Surin (2017).

8 Voir l'article L. 223-12 du Code monétaire et financier relatif, notamment, aux plateformes de financement dit participatif et des technologies appliquées au monde de la finance ; voir également l'ordonnance n° 2017-1674 du 8 décembre 2017 relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers : le « dispositif d'enregistrement électronique partagé » est considéré comme un élément de définition de la chaîne de blocs (Croze, 2019, p. 34).

9 Le vote électronique est juridiquement permis en France depuis la loi n° 69-419 du 10 mai 1969 modifiant certaines dispositions du Code électoral. Il a été renouvelé par la loi n° 88-1262 du 30 novembre 1988 modifiant diverses dispositions du Code électoral et du Code des communes relatives aux procédures de vote et au fonctionnement des conseils municipaux. Pour une analyse éclairée de ces textes, voir Le Bot (2010, p. 48-49).

10 Verified Voting Foundation, [https://www.verifiedvoting.org], consulté le 18 janvier 2022.

11 [https://voatz.com], consulté le 18 janvier 2022.

12 Ce point soulève la question du traitement des données personnelles dans la CDB, comme le souligne la CNIL (2018).

13 Sur ces critiques, voir Vaghela (2018) ; Jones (2018) ; Kosoff (2020) ; Holder (2019).

14 Le vote électronique par Internet a semble-t-il été expérimenté avec succès à Moscou lors des élections régionales du dimanche 8 septembre 2019, cela malgré les failles qui avaient été annoncées quelques jours plus tôt par un Français aux autorités russes (Sputnik France, 2019).

15 En témoignent, par exemple, les consultations précédant la loi pour une République numérique du 7 mai 2016 et, dans une moindre mesure, celles du Grand débat national.

16 Pour y parvenir, le rapport de l'Assemblée nationale du 12 décembre 2018 sur la chaîne de blocs propose de créer des formations diplômantes dans le domaine de cette nouvelle technologie (p. 72-73) et d'« établir une "vision prospective partagée des emplois et des compétences" en vue de structurer une sous-filière *blockchains* au sein de la filière numérique » (proposition n° 8, p. 73).

17 Conseil d'État, 3 octobre 2018, n° 417312, *Élection des représentants du personnel de la fonction publique. Possibilité d'un vote exclusif par Internet*.

18 Conseil d'État, 3 octobre 2018, n° 417312, précit., consi. 5 ; voir, dans le même sens, Conseil d'État, 26 janvier 2021, n° 437989, *Union des syndicats CGT APHM et autres*.

19 Voir décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, cons. 4 et 5 ; dans le même sens, voir décision n° 2015-725 DC du 29 décembre 2015, *Loi de finances pour 2016*, cons. 5 et 6.

20 Voir notamment décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 8 et 10 ; et, plus récemment, décision n° 2021-946 QPC du 19 novembre 2021, *Société Pétroles de la côte basque (Part des biocarburants prise en compte dans la filière gazole pour le calcul de la taxe générale sur les activités polluantes*), § 10.

21 Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, § 65-72, spéc. § 72.

22 Décision n° 2019-1-9 RIP du 18 juin 2020, *Observations du Conseil constitutionnel sur les opérations de recueil des soutiens à la proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aérodromes de Paris*.

23 Institut national de la statistique et des études économiques.

24 Voir la plateforme collaborative de consultation qui a été dédiée à ce projet de loi pour une République numérique, [https://www.republique-numerique.fr/project/projet-de-loi-numerique/consultation/consultation], consulté le 18 janvier 2022. Il convient de constater que le gouvernement actuel a, peu ou prou, mis en œuvre la même méthode consultative citoyenne pour plusieurs de ses réformes, dont le projet de loi dit Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (Pacte), janvier-février 2018.

25 [http://www2.assemblee-nationale.fr/15/autres-commissions/commission-des-affaires-europeennes/secretariat/a-la-une/2-103-999-participations-a-la-consultation-citoyenne-sur-la-fin-du-changement-d-heure], consulté le 18 janvier 2022.

26 La loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 n'a par exemple pas été déférée au Conseil constitutionnel qui n'a donc pas pu se prononcer

sur certaines de ses dispositions assez problématiques ainsi que sur sa procédure d'adoption.

27 Bien que l'ICANN puisse être considéré comme un outil au service de l'émergence de droits et libertés fondamentaux au niveau mondial (Bricteux, 2018, p. 243-271), son potentiel contrôle par les États-Unis, malgré la réforme de 2016 sus-rappelée, continue légitimement à inquiéter bien des États (Türk, 2018, p. 296).

28 Il faudrait étudier cet ancien lien entre l'ICANN et le Département du commerce américain par rapport aux sanctions à coups de milliards que font payer les États-Unis aux entreprises européennes et du reste du monde. Sur ce dernier point, voir Pierucci (2019).

29 [https://bitcoin.fr/Comment-lire-dans-la-blockchain/], consulté le 18 janvier 2022.

30 C'est d'ailleurs dans ce sens que le *Rapport d'information sur les chaînes de blocs (*blockchains) de l'Assemblée nationale propose d'« appuyer les initiatives tendant à favoriser l'établissement de standards européens ou internationaux pour le fonctionnement des *blockchains* » (Raudière, Mis, 2018, proposition n° 14, p. 106). Un rapport du Sénat sur la souveraineté numérique de la France va dans le même sens (Longuet, 2019).

31 Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft.

32 [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en/], consulté le 18 janvier 2022.

33 *Ibid.*

34 D'autant que les promesses de la chaîne de blocs pourraient, en définitive, s'avérer un vœu pieux. En effet, il paraîtrait que des bitcoins ont été récemment saisis par le ministère américain de la Justice, ce qui remet en cause le caractère crypté, infalsifiable, etc., de la chaîne de blocs mis en avant par les défenseurs de cette technologie (Auffray, 2020).

35 Voir l'accord entre Bernard Tapie et Jean-Marie Le Pen lors des législatives de 1993. Celui-ci, qui a toujours tiré à boulets rouges sur le Front national, avait, par une prouesse pas si rare en politique et non démentie, passé un accord avec ce parti politique visant à ce que ses candidats se maintiennent au second tour des élections législatives de 1993, cela dans l'objectif d'affaiblir et de siphonner la droite.

36 Décision n° 2020-849 QPC du 17 juin 2020, *M. Daniel D. et autres (Modification du calendrier des élections municipales)*, § 16 : « Selon le troisième alinéa de l'article 3 de la Constitution, le suffrage "est toujours universel, égal et secret". Il en résulte le principe de sincérité du scrutin. » Ces trois qualificatifs sont-ils vraiment une cause ayant pour conséquence de faire apparaître le principe de sincérité du scrutin ? La réponse est davantage politique que juridique.

37 Ph. Pascot, par exemple, affirme : « C'est ceux qui seront derrière l'écran qui dirigent. Et j'ai des preuves aujourd'hui qu'il y a déjà des truandages sur le vote électronique, y compris des élections françaises » (2017).

RÉSUMÉ

Français

Si la technologie de la chaîne de blocs (ou *blockchain*) est, pour le moment, loin d'être d'une maturité telle qu'on puisse, en toute confiance, l'utiliser pour le vote électronique à distance, elle mérite d'être explorée compte tenu de ses potentialités. Cette nouvelle modalité de vote, déjà expérimentée en 2018, apparemment avec succès, en Virginie-Occidentale (États-Unis), est particulièrement intéressante à étudier dans le contexte de la crise de la Covid-19 qui a bouleversé plusieurs processus électoraux en France (élections municipales et régionales reportées), sachant que des experts médicaux annoncent la survenance de plus en plus fréquente de ce type de crises. La principale particularité du vote par chaîne de blocs est qu'il n'est pas possible sans l'usage d'Internet qui permet à la technologie qui l'accompagne de fonctionner, ce qui soulève certaines questions liées notamment au principe de souveraineté des États. En effet, au moment où les États, à l'affût d'informations sur leurs partenaires en vue notamment d'affirmer leur puissance, s'espionnent à travers des outils informatiques (affaire *Pegasus* par exemple), il semble que cette technique de vote, si elle est envisagée, conduira certainement à d'abord régler le problème de la gestion du Web mondialisé par l'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ou Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet), qui est un organisme, certes « privé », mais dont le siège social se trouve aux États-Unis. Cette contribution tend à étudier de manière critique cette nouvelle modalité de vote politique à partir de l'expérience virginienne.

INDEX

Mots-clés
vote électronique, chaîne de blocs, blockchain, démocratie, souveraineté, État

AUTEUR

Serge Surin
Docteur en droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, chargé d'enseignements en droit public, Université Sorbonne Paris Nord ;
serge.surin@hotmail.fr

Une convention d'expérimentation territoriale, soutien aux parcours professionnels des personnes en situation de handicap

Stéphanie Berthomé-Lelaure

PLAN

1. Lever les freins aux parcours professionnels des personnes en situation de handicap : entre volonté politique et propositions innovantes
   1.1. La reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé par la Maison départementale des personnes handicapées (MDPH) : entre technicité, délai et pertinence
   1.2. Les opportunités et menaces : le nécessaire passage de la notion de filières à celle de parcours
2. Des dispositifs coordonnés et modulables, sources d'inspiration de la convention d'expérimentation
   2.1. Des prestations modulables, coordonnées et évaluées
   2.2. Des dispositifs modulables et coordonnés déjà déployés
3. Une convention d'expérimentation, outil de consécration d'un dispositif intégré « plateforme : un emploi pour tous »

TEXTE

1 La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) a pour objet de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales des personnes handicapées sur un pied d'égalité avec les autres (article premier). Aux termes de l'article 27,

> « les États Parties reconnaissent aux personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, le droit au travail, notamment à la possibilité de gagner leur vie en accomplissant un travail librement choisi ou accepté sur un marché du travail et dans un milieu de travail ouverts, favorisant l'inclusion et accessibles aux personnes handicapées. Ils garantissent et favorisent l'exercice du droit au travail, y compris pour ceux qui ont acquis un handicap en cours

> d'emploi, en prenant des mesures appropriées, y compris des mesures législatives ».

2 Pour autant, le compte rendu de l'examen de la France par le Comité des droits des personnes handicapées (CDPH) des Nations unies du 23 août 2021[1] révèle des « niveaux de discrimination structurelle à l'encontre des personnes en situation de handicap ». Le rapporteur du Comité espère d'ailleurs que la France passe au modèle du handicap basé sur les droits de l'homme. De plus, en France, encore 16 % de la population bénéficiant de la reconnaissance administrative du handicap sont au chômage contre 8 % pour l'ensemble de la population. On observe également un taux d'emploi des personnes handicapées de 37 % contre 66 % pour l'ensemble de la population.

Tableau 1 : Taux d'activité, de chômage et d'emploi des personnes handicapées en 2019 en %

	Reconnaissance administrative[1]			*Population en situation de handicap*[2]			*Ensemble de la population*		
	Ensemble	Femmes	Hommes	**Ensemble**	Femmes	Hommes	**Ensemble**	**Femmes**	**Hommes**
Taux d'activité	**44**	44	44	**54**	53	55	**72**	**68**	**75**
Taux d'emploi	**37**	37	37	**47**	46	47	**66**	**62**	**69**
Taux de chômage[3]	**16**	16	17	**13**	13	13	**8**	**8**	**9**
Effectifs (en milliers)	**2 722**	**1 360**	**1 362**	**5 951**	**3 204**	**2 748**	**40 815**	**20 840**	**19 975**

1. Personnes déclarant disposer « d'une reconnaissance administrative d'un handicap ou d'une perte d'autonomie ».

2. Personnes déclarant disposer « d'une reconnaissance administrative d'un handicap ou d'une perte d'autonomie » ou déclarant à la fois « une maladie ou un problème de santé qui soit chronique ou de caractère durable » et « être limitées, depuis au moins six mois, à cause d'un problème de santé, dans les activités que les gens font habituellement ».

3. Le taux de chômage est calculé sur la population active âgée de 15 ans ou plus.

Champ : France hors Mayotte, population âgée de 15 à 64 ans, vivant en ménage ordinaire.

Source : « Emploi, chômage, revenus du travail », Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), 2019.

3 Bien que ces données fassent l'objet d'interprétations hétérogènes, il ne peut être nié, objectivement, que les personnes handicapées connaissent une perte de chance en matière d'emploi. Or, il revient aux pouvoirs publics de mettre en œuvre les moyens adaptés afin de protéger ce droit tout en veillant à leur efficience. L'État régule ainsi les inégalités par la mise en place d'un système de santé et de protection sociale adapté. Depuis les années 1970, en sus des structures sanitaires, est aussi déployé un ensemble d'établissements et de services sociaux et médico-sociaux. Leurs missions sont de mener des actions d'information, de prévention, de dépistage et de soutien auprès de personnes nécessitant l'intervention d'équipes pluridisciplinaires. Bien que la démarche soit remarquable et réponde aux recommandations des instances internationales et européennes, ces moyens paraissent se superposer sans lien apparent. Une meilleure coordination pourrait sûrement favoriser l'emploi des personnes en situation de handicap. C'est à ce dessein que s'attache cet article en soumettant les bases d'une réflexion relative à l'élaboration d'une convention d'expérimentation, potentiel support de coordination des dispositifs aux mains des personnes concernées et des acteurs intervenant dans les parcours professionnels. Pour cela, un rappel du contexte de développement de ces mesures pourra être utile pour mieux appréhender les enjeux d'une telle proposition.

4 De l'accent mis à l'origine sur les missions du secteur médico-social [2], le législateur a évolué progressivement, dès 2002, en portant davantage son attention sur les fondements de l'action. Les enjeux étaient alors de corriger et de prévenir les inégalités tout en veillant à l'autonomie et la citoyenneté des individus. Ainsi, selon les chiffres clés de l'aide à l'autonomie publiés en 2020 par la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA), l'offre d'établissements et de services médicalisés a presque doublé en dix ans pour améliorer l'accompagnement des adultes handicapés, avec notamment plus 25 500 places dans des maisons d'accueil spécialisées (MAS) et foyers d'accueil médicalisés (FAM), et plus 27 000 places dans des services d'accompagnement à la vie sociale (SAVS) et services d'accompagnement médico-social pour adultes handicapés (SAMSAH) en cofinancement avec les départements. En outre, 8 600 places ont été créées dans les établissements et service d'aide par le travail (ESAT) et plus de 9 000 places dans les foyers non médicalisés depuis 2009. Or, « notre pays

consacre cette année 51 milliards d'euros aux politiques publiques handicap, soit 2,2 % de sa richesse produite chaque année (PIB). Pour donner un ordre d'idée, c'est autant que pour la recherche, ce qui nous classe à la troisième place européenne derrière la Suède et le Danemark. La France peut être fière. La plus importante partie du budget, 11 milliards, est dédiée à l'Allocation adultes handicapés (AAH), mais nous investissons aussi 4 milliards pour favoriser l'intégration dans l'emploi » (Cluzel, 2021).

5 Depuis la loi de 2005, la politique du handicap, tout en mettant l'accent sur l'impact de l'environnement sur la situation de handicap, énonce aussi des critères liés aux déficiences parmi lesquelles est citée l'« altération substantielle, durable ou définitive » des « fonctions psychiques ». D'après les données statistiques publiées par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) en 2001, une personne sur quatre sera touchée à un moment de sa vie par un trouble psychique ; les troubles psychiques comptant parmi les causes principales de morbidité et de mortalité. Dans le programme pluriannuel – psychiatrie et santé mentale 2018-2023, la Haute Autorité de santé (HAS) souligne que :

> « Ces troubles et la souffrance qu'ils engendrent ont des répercussions sur la vie personnelle et sociale des personnes concernées ainsi que sur leur entourage. Ils ont par ailleurs des conséquences économiques importantes, les dépenses d'assurance maladie du régime général liées à la prise en charge des personnes souffrant de troubles psychiques ayant représenté 15 % des dépenses d'assurance maladie du régime général en France en 2015. » (CNAMTS, 2003)

6 Lors de la conférence nationale du handicap du 19 mai 2016, le président de la République avait d'ailleurs annoncé qu'un volet spécifique de la stratégie pluriannuelle de l'évolution de l'offre médico-sociale serait dédié au handicap psychique. Ce volet, décliné en sept axes stratégiques, présente la diversité des besoins et souligne la nécessité notamment de :

- déployer et accompagner le parcours global coordonné pour les personnes en situation ou à risque de handicap psychique,

- prévenir et réduire les situations de non-recours initiales ou après ruptures de parcours,
- accompagner les personnes vers et dans le logement,
- favoriser l'accompagnement vers l'emploi en milieu ordinaire de travail,
- faire évoluer les pratiques des professionnels du secteur sanitaire, social et médico-social.

7 Pour cela, la loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016 et son décret d'application du 27 juillet 2017 ont posé les bases d'une politique de santé mentale territorialisée et centrée sur l'accès de tous à des parcours de santé et de vie de qualité et sans rupture. « À ce titre, [le décret] prévoit [d]es actions destinées à prévenir la survenue ou l'aggravation du handicap, par l'accès le plus précoce possible aux soins notamment de réhabilitation, et aux accompagnements médico-sociaux[3]. » D'ailleurs, la feuille de route « Santé mentale et psychiatrie » du Comité stratégique du 28 juin 2018 insiste sur la nécessité de promouvoir une démarche globale de réhabilitation sociale et professionnelle par une prise en compte précoce du contexte professionnel par le milieu soignant, une structuration du réseau des services de santé au travail et des relations avec les caisses d'assurance maladie. Ces actions devraient permettre de

> « gagner en efficience dans les politiques de maintien dans l'emploi, renforcer le repérage et l'intervention précoces des cellules de prévention de la désinsertion professionnelle pilotées par l'assurance maladie, favoriser le recours aux dispositifs de formation et de reconversion professionnelle ouverts aux personnes exposées à certains risques professionnels ou victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles (compte professionnel de prévention, compte personnel de formation) ».

8 La mise en œuvre de cette approche dans les territoires peut être réalisée dans le cadre des Projets territoriaux de santé mentale (PTSM) et des conseils locaux de santé mentale. Cette feuille de route fixe ainsi le cap d'une transformation structurelle et systémique du champ de la santé mentale et de la psychiatrie. Elle entend offrir des réponses de qualité, coordonnées et diversifiées pour répondre et s'adapter aux besoins de chaque usager dans une dynamique d'« aller vers » et *d'empowerment*. Afin de soutenir le déploiement de la réha-

bilitation psychosociale, vecteur de rétablissement, l'instruction du 16 janvier 2019 a en outre défini cette offre et en a apporté des éléments de cadrage.

9 L'accent a été mis sur le nécessaire travail en réseau lequel peut être formalisé par le biais de la convention ci-après présentée afin que soit mis en œuvre un projet global, fondement des parcours inclusifs.

10 Cette logique de parcours doit prendre en compte la complexité de l'environnement et la nécessaire coordination entre les partenaires. Elle induit la constitution de dispositifs souples. Il s'agit d'envisager une démarche dynamique qui « conduit à construire des réponses régulièrement renouvelées tout au long de la vie pour coller au plus près des attentes et des besoins des personnes et garantir leur place pleine et entière dans la société. Ce mouvement impose également de penser les organisations et les articulations pour éviter les ruptures ». Les parcours professionnels des personnes s'inscrivent ainsi dans une dynamique de désinstitutionalisation dans le sens présenté par la Commission européenne (Verdier, 2013). En effet, la culture institutionnelle se caractérise par une mise à l'écart des bénéficiaires, une dépersonnalisation (avec le retrait des effets personnels, les signes et symboles de l'individualité), la rigidité de la routine (horaires fixes pour le réveil, repas et activités sans tenir compte des préférences ou des besoins personnels), une organisation collective et une distance sociale liée au statut différend entre le personnel et les bénéficiaires. Sur la base des fondements de la Convention internationale des droits des personnes handicapées, le concept de processus de production du handicap démontre l'importance de l'individualisation des accompagnements et la prise en compte des habitudes de vie. Or, les contraintes institutionnelles ne le permettent pas toujours. C'est la raison pour laquelle les politiques publiques tendent de plus en plus à favoriser un parcours dans le milieu dit « ordinaire » avec le soutien et l'appui de structures spécialisées.

11 Cet article a donc pour dessein de soumettre des propositions pour favoriser des parcours professionnels plus fluides des personnes en situation de handicap, par le biais d'une convention d'expérimentation territoriale, en prenant en compte le cadre juridique actuel. Pour cela, après avoir analysé les freins et proposé des leviers pour les

lever (1), nous analyserons les dispositifs (2) pouvant inspirer la convention d'expérimentation (3).

1. Lever les freins aux parcours professionnels des personnes en situation de handicap : entre volonté politique et propositions innovantes

12 La convention d'expérimentation a pour objectif de proposer une solution pour assurer la fluidité des parcours professionnels des personnes en situation de handicap. Dans une logique chronologique de parcours seront pris en compte successivement les opportunités et menaces par rapport à la reconnaissance administrative du handicap (1.1) et au cadre institutionnel proposé en termes d'accompagnements (1.2).

1.1. La reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé par la Maison départementale des personnes handicapées (MDPH) : entre technicité, délai et pertinence

13 Tout d'abord, la personne qui souhaite bénéficier de la reconnaissance de son handicap doit suivre un rite initiatique administratif. En effet, à des conditions liées à l'âge et au lieu de résidence s'ajoute l'altération des fonctions. La personne doit déposer une demande auprès de la MDPH qui sera étudiée par l'équipe pluridisciplinaire. L'objectif de la création des MDPH était de proposer un lieu unique d'accueil, d'information et de conseil où les demandes pourraient être formalisées et les besoins, évalués. Les MDPH sont l'interlocuteur de référence pour accompagner les parcours de vie des personnes en situation de handicap. Il s'agit donc d'une certaine forme de plateforme abordée sous l'angle d'un guichet unique. Pour déposer sa demande, la personne doit présenter un dossier dont la technicité

peut rendre le remplissage parfois difficile. D'ailleurs, pour inciter les médecins à soutenir leur patientèle dans ces démarches et rendre ce dossier plus accessible, l'avenant n° 9 à la Convention médicale a été signé le 30 juillet 2021 entre les médecins libéraux et la Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM). Cet accord vise à faciliter l'accès aux droits par l'octroi d'un soutien financier aux médecins qui peuvent de cette manière valoriser le temps qu'ils mobilisent dans l'élaboration du premier certificat médical de demande de dossier MDPH. Toutefois, l'efficacité de cette mesure est conditionnée par la formation préalable des professionnels de santé au remplissage de ce formulaire.

14 Afin de permettre à l'équipe pluridisciplinaire de la MDPH de prendre les orientations selon une évaluation des besoins de la personne de manière pertinente, le décret n° 2005-1587 du 19 décembre 2005 intégré à l'article R. 146-27 du Code de l'action sociale et des familles (CASF) prévoit que « le directeur peut, sur proposition du coordonnateur, faire appel à des consultants chargés de contribuer à l'expertise de l'équipe pluridisciplinaire ». Se pose alors la question du financement et du statut juridique de ces consultants. Peuvent-ils être des professionnels agissant dans un établissement sanitaire ou médico-social ? Si tel est le cas, ne faudrait-il pas avoir alors une vigilance particulière à l'égard du principe de la séparation des pouvoirs : entre celui qui ordonne et celui qui exécute. Ne risque-t-on pas de rencontrer le biais par lequel les établissements sociaux et médico-sociaux (ESMS) vont tenter d'évaluer en fonction de besoins de gestion ? Ce risque peut toutefois être limité car seule la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) est à même de se prononcer sur une orientation. D'ailleurs, les mises en situation professionnelle en établissement et service d'aide par le travail (MISPE) permettent à l'équipe pluridisciplinaire de bénéficier d'évaluation en ESAT pour des primo-demandeurs d'orientation ESAT. Pour autant, seule la décision de la CDAPH a autorité. Donc, une évolution du rôle des professionnels des établissements sanitaires et médico-sociaux pourrait être envisagée dans une dynamique de collaboration avec la MDPH. D'ailleurs, l'annexe 13 de la circulaire porte cette évolution en indiquant que la participation de professionnels des centres de rééducation professionnelle (CRP) aux équipes pluridisciplinaires des MDPH prévue à l'article R. 146-27 du CASF doit

être encouragée et devenir plus systématique. À ce jour, seulement quelques établissements et services de pré-orientation ou de réadaptation professionnelle (ESRP), nommés CRP avant le décret du 2 octobre 2020, participent à l'équipe pluridisciplinaire d'une MDPH et de grandes disparités sont observées au sein d'une même région où sont implantés ces établissements. Le modèle de convention d'expérimentation pourra mettre en avant le rôle des ESMS par la réalisation de prestations indirectes dans le cadre d'une participation aux équipes pluridisciplinaires des MPDH. Cela aura pour effet de soutenir les personnes en situation de handicap, les professionnels de l'équipe pluridisciplinaire et tout autre acteur intervenant dans le parcours de la personne tout en permettant peut-être de réduire les délais de traitement, facteur de rupture de parcours.

15 En outre, en sus des disparités territoriales en matière d'évaluation, *les délais de traitement* par les MDPH sont hétéroclites et souvent liés aux relations tissées entre les professionnels et les membres de l'équipe pluridisciplinaire de la MPDH. D'ailleurs, dans le cadre de la Conférence nationale du handicap du 11 février 2020, un accord de méthode avait été signé entre l'État et l'Assemblée des départements de France afin d'optimiser le pilotage et le fonctionnement des MDPH. Ainsi que l'expose le baromètre national des MDPH, publié en juillet 2021, les délais peuvent aller de 1,4 mois pour Saint-Martin à 8,7 pour le département de la Corse, avec une moyenne de 4,1 mois, au cours du 1er trimestre 2021. Or, ces délais de traitement peuvent nuire à la fluidité des parcours voire engendrer des ruptures. À ce sujet se rajoutent les questions liées à la disparité des évaluations. Comme a pu le soutenir Jean-René Lecerf, lors d'une question écrite au Sénat en avril 2011, il a été établi que, pour des pathologies identiques chez des personnes pourtant du même âge, les conditions de prise en charge du handicap pouvaient être différentes. Des traitements très hétérogènes d'une MDPH à l'autre sont observés pour de simples demandes de cartes d'invalidité pour des situations de handicap similaires. Toutefois, il existe une réelle prise en compte de ces freins. En effet, les mesures mises en place par les décrets du 5 octobre 2018 et du 24 décembre 2018 ont permis un allègement des démarches administratives. Pour éviter les situations de rupture de droits au moment du renouvellement et, plus généralement, pour limiter les écueils des délais de traitement, la RQTH peut être prorogée jusqu'à la décision

suivante. Elle peut également être attribuée sans limitation de durée lorsque la situation n'est pas susceptible d'évolution. Quant à l'harmonisation des systèmes d'information des maisons départementales des personnes handicapées (SI-MDPH), elle simplifie certaines procédures pour les personnes handicapées, garantit une équité de traitement et réduit les délais de réponse. Quant à l'outil ViaTrajectoire, il permet une meilleure réactivité des établissements et services face aux besoins des personnes à réception des orientations. La mise en place d'un service en ligne de dépôt des demandes [4] facilite également les démarches administratives pour peu que les personnes aient accès à l'outil informatique. Il n'en demeure pas moins que la constitution du dossier demeure la même et que l'accessibilité numérique n'est pas égale sur l'ensemble du territoire.

16 De plus, comme le souligne le rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) 2019-2020 « Handicap et emploi », la singularisation des « travailleurs handicapés » par un statut et la mise en place de mesures spécifiques tend à les assigner et à les stigmatiser :

> « L'effet de discrimination positive recherché peut se révéler contreproductif et agir au détriment des personnes qu'il est censé aider. Le fonctionnement des dispositifs est davantage guidé par une logique institutionnelle et catégorielle que par une logique de réponse aux besoins avérés. L'architecture même de ces dispositifs engendre des effets pervers, que favorise une application standardisée. Il en résulte que l'efficacité du modèle en termes d'insertion professionnelle n'est pas à la hauteur des besoins et attentes, ni des efforts consentis. »

17 Les personnes en emploi, pour bénéficier d'aides au maintien dans l'emploi, lors de la survenue d'un événement générateur de handicap, doivent obtenir une reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (RQTH) ce qui les situe dans une situation singulière par rapport aux autres salariés. Malgré le soutien proposé par l'Association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (AGEFIPH) auprès des entreprises, le taux d'emploi des 6 % n'est encore malheureusement pas souvent atteint au sein des entreprises concernées. Il en est d'ailleurs de même dans la fonction publique malgré le soutien du Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique (FIPHFP), même si le taux

d'emploi est plus élevé que dans le secteur privé. La convention d'expérimentation proposera des hypothèses de solutions pouvant permettre de valoriser un rôle préventif de l'AGEFIPH indépendamment de l'attribution ou non de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (RQTH). Enfin, la question de la pertinence de l'attribution de la RQTH est remise en question dès lors qu'elle n'est plus utilisée comme un outil de travail au bénéfice des personnes puisqu'elle est systématiquement accordée ; elle perd donc progressivement de son sens. Néanmoins, elle permet l'attribution de l'Allocation aux adultes handicapés (AAH) et permet de répondre aux besoins de subsistance des personnes. En fonction de la situation dans laquelle se trouvent les individus, les démarches pourront être plus ou moins incitatives pour éviter les ruptures de parcours. Ainsi faudra-t-il, par exemple, prendre en considération la situation des personnes percevant un salaire, des indemnités journalières, l'AAH, une gratification au titre du statut de stagiaire, les allocations-chômage, les personnes sans revenu quittant le milieu scolaire ou universitaire… avec toutes les questions relatives au cumul ou non de ces ressources.

18 Après avoir pris en considération les freins et les leviers à l'« entrée » dans la vie active des personnes en situation de handicap par la préalable reconnaissance administrative du handicap, il convient de les aborder sous l'angle du parcours professionnel.

1.2. Les opportunités et menaces : le nécessaire passage de la notion de filières à celle de parcours

19 Il convient de prendre aussi en compte, chronologiquement, l'évolution du cadre juridique relatif aux établissements et services accompagnant les parcours professionnels des personnes en situation de handicap.

20 Tout d'abord, le cadre administratif des établissements médico-sociaux s'est développé dans *une logique de filières*, c'est-à-dire que des missions leur ont été assignées en fonction d'une catégorie de population. Ainsi, la classification FINESS (Fichier national des établissements sanitaires et sociaux) ne prend en compte que des

catégories d'établissements et services conformément aux autorisations délivrées au détriment de l'émergence de dispositifs à plusieurs établissements et services. Même si la réforme engagée par le décret n° 2017-982 du 9 mai 2017 relatif à la nomenclature des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS) accompagnant des personnes handicapées ou malades chroniques a mis en œuvre une démarche de simplification et d'assouplissement du régime d'autorisation, il n'en demeure pas moins que le régime des autorisations existantes en modère la portée. En effet, l'article L. 313-1 du Code de l'action sociale et des familles indique que :

> « L'autorisation ne peut être cédée qu'avec l'accord de l'autorité compétente pour la délivrer, qui s'assure que le cessionnaire pressenti remplit les conditions pour gérer l'établissement, le service ou le lieu de vie et d'accueil dans le respect de l'autorisation préexistante, le cas échéant au regard des conditions dans lesquelles il gère déjà, conformément aux dispositions du présent Code, d'autres établissements, services ou lieux de vie et d'accueil. »

21 Quant à l'article L. 313-1-1 du même Code, il précise que :

> « Sont soumis à autorisation des autorités compétentes en application de l'article L. 313-3 les projets, y compris expérimentaux, de création, de transformation et d'extension d'établissements ou de services sociaux et médico-sociaux relevant de l'article L. 312-1, les projets de lieux de vie et d'accueil ainsi que les projets de transformation d'établissements de santé mentionnés aux articles L. 6111-1 et L. 6111-2 du Code de la santé publique en établissements ou services sociaux et médico-sociaux relevant de l'article L. 312-1 du présent Code. »

22 Cela génère une certaine rigidité tant du point de vue de la conception de l'institution, qui apparaît cantonnée à la notion d'établissements, services, etc., que du frein à l'adaptation. Dès lors que les autorisations se concentrent sur un public en particulier, seules les personnes qui bénéficient d'une orientation de la MDPH peuvent avoir accès à un de ces établissements ou services énoncés à l'article L. 312-1 CASF. Même s'il apparaît que le législateur a voulu créer de la souplesse en intégrant dans le 11e alinéa de l'article 312-1 CASF, la catégorie « centre ressources » indépendamment d'une quelconque

filière, il apparaît en pratique que les autorisations accordées se concentrent sur une typologie de public spécifiquement. Et les gestionnaires de ces établissements et services veillent à n'accompagner que les personnes qui disposent bien de cette orientation, laissez-passer indispensable à la valorisation de l'activité conformément aux objectifs ciblés dans le Contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens (CPOM). Dans le cadre de la négociation du CPOM pour les établissements et services médico-sociaux, l'évaluation de l'activité et du taux d'occupation se fait au regard des personnes accueillies bénéficiant de cette orientation. Parfois même, elle restreint le dispositif aux personnes issues du territoire. Toutefois, l'article 55 de la loi de financement de la Sécurité sociale (LFSS) pour 2020 a limité la portée du taux d'occupation en prévoyant que « l'activité de l'établissement ou du service ne [peut] en aucun cas être appréciée exclusivement au regard du taux d'occupation ». Le rapport n° 2436 de l'Assemblée nationale du 20 novembre 2019 souligne que les critères qualitatifs doivent aussi être pris en compte par les autorités de tarification et de contrôle. Pour autant, au quotidien, les personnes accompagnées et les professionnels continuent de se heurter aux mécanismes de financements pluriels (Agence régionale de santé, Conseil départemental, Direction régionale et interdépartementale de l'hébergement et du logement, Conseil régional, etc.) et à leur rigidité. Par exemple, une association peut gérer des établissements et services disposant d'autorisation administrative différente. Elle peut ainsi soutenir le parcours professionnel des personnes dans un hôpital de jour. Or, pour bénéficier des soins dans cet établissement de santé, il n'est pas nécessaire de bénéficier d'une RQTH. Dans cette même association, il peut y avoir des établissements et services d'orientation professionnelle ou de réadaptation professionnelle qui requièrent une RQTH pour y être accompagné et permettre à ces établissements de facturer aux autorités de tarification. Quand bien même, le gestionnaire est le même, les modalités administratives d'accueil et de valorisation de l'activité diffèrent. Cette situation peut contrevenir à la fluidité des parcours voire être source de ruptures. Ainsi, un patient qui a besoin d'une formation tout en bénéficiant de soins pourrait disposer de l'évaluation et de la mise en situation au sein d'un établissement et service de réadaptation professionnelle (ESRP). Malheureusement, le financement actuel ne permettra pas à l'ESRP de financer cet accompagnement puisque la personne n'a non

seulement pas la RQTH mais qu'elle ne dispose pas non plus d'une orientation de la MDPH. Toutefois, cette situation bloquante est prise en compte par les pouvoirs publics. Dans le secteur sanitaire, le rapport de la Cour des comptes de février 2021 souligne que « l'offre est cloisonnée [...] entre le secteur sanitaire et les établissements et services médico-sociaux (ESMS) [...]. L'organisation des soins est construite en "silos", éclatée entre divers modes de prises en charge, y compris le plus souvent au sein d'un même opérateur ». Comme le souligne la Cour des comptes, cette situation est source de « pertes d'efficacité "systématiques" ». Et le décompte de l'activité dans les hôpitaux de jour en psychiatrie à partir principalement des jours de présence ne favorise pas la flexibilité nécessaire à des parcours fluides et en cohérence avec les besoins spécifiques de chaque patient en dehors des murs.

23 Ensuite, pour remédier à ces dysfonctionnements liés à cette logique catégorielle, une évolution s'est engagée progressivement dans *une dynamique de parcours*. Quelques actions ont tenté de répondre à une logique de parcours pour éviter les ruptures. Ainsi en a-t-il été par exemple de la circulaire n° DGCS/SD3B/CNSA/2013/381 du 22 novembre 2013. En effet, celle-ci visait à mettre en place une coordination adaptée pour certaines situations critiques. Elle avait pour objectif d'apporter l'information et les instructions nécessaires aux agences régionales de santé (ARS) concernant l'organisation d'une procédure de prise en compte des situations individuelles critiques de personnes handicapées enfants et adultes qui, en raison de la complexité de leur situation, se trouvaient en rupture de parcours et pour lesquelles aucune solution d'accompagnement adaptée n'était trouvée dans le cadre des compétences de droit commun des MDPH. En préambule, ce texte rappelle que :

> « Certaines personnes handicapées, du fait notamment de la technicité des soins nécessaires pour un accompagnement adapté, ont besoin d'interventions très spécifiques, concertées et coordonnées. Elles peuvent être confrontées à une absence de prise en charge, à des refus ou à des ruptures d'accueil unilatérales. La transformation de l'offre médico-sociale, son articulation avec le champ sanitaire et social, le déploiement des plans "maladies rares", "handicap rare", autisme, sont des réponses structurelles mais dont

> le terme est incompatible avec l'urgence exprimée par les personnes et leur famille. »

24 Il fallait donc trouver des solutions en matière de coordination ; les pouvoirs publics étant conscients de l'origine des ruptures dans les parcours. Bien que ces actions ponctuelles soient remarquables, le rapport Piveteau du 10 juin 2014 est considéré comme le précurseur d'une évolution de l'offre afin de mettre un terme aux ruptures dans les parcours. Il établit deux conditions cumulatives pour obtenir un système dit efficace : il faut partir des besoins et des attentes de la personne qui vit dans un environnement propre au quotidien (plus souvent nommé « milieu ordinaire ») et faire intervenir des accompagnements spécialisés nécessaires pour permettre à la personne d'y répondre et ainsi prévenir les situations de handicap. Il s'agit par conséquent de faire prévaloir le principe de subsidiarité ; le milieu dit ordinaire doit être le principe.

25 Enfin, à ces logiques de filières doivent se substituer *des réponses modulables*. Ce rapport souligne, au point 7.1.2., qu'« une "réponse" doit mobiliser des "dispositifs" (ou "plateformes"), c'est-à-dire des interventions multimodales et d'intensité adaptable » qu'il définit de la façon suivante :

> « L'offre modulaire est d'abord une offre "multimodale", qui permet d'articuler plusieurs interventions professionnelles en les séquençant dans le temps (par exemple, un accueil en foyer d'accueil médicalisé [FAM] avec quelques journées par semaine ou par mois en ESAT, ou en hôpital de jour). L'offre modulaire est également une offre "d'intensité adaptable", qui permet l'accompagnement renforcé – temporairement ou durablement – par une densification des interventions (par exemple, l'intervention de l'hospitalisation à domicile [HAD] en MAS, ou d'un orthophoniste libéral en instituts médico-éducatifs, etc.). »

26 C'est sur la base de ces principes constitutifs de leviers que la convention d'expérimentation doit s'appuyer. D'ailleurs, les pouvoirs publics ont déjà mis en place des dispositifs inscrits dans cette dynamique. Il convient désormais de les analyser pour inspirer la proposition de convention.

2. Des dispositifs coordonnés et modulables, sources d'inspiration de la convention d'expérimentation

27 Grâce aux textes juridiques déjà adoptés (1.1), des dispositifs modulables et coordonnés (2.2) peuvent être mis en place pour pallier les biais engendrés par la logique de filières dans le cadre des autorisations et du Contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens (CPOM).

2.1. Des prestations modulables, coordonnées et évaluées

28 Tout d'abord, il était indispensable d'apporter davantage de modularité par le biais d'une adaptation du cadre général d'intervention des établissements sanitaires et médico-sociaux : le CPOM. Pour rappel, cette forme de contractualisation a été mise en place par la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale. L'enjeu était alors de mettre en cohérence les objectifs du gestionnaire et de ses structures avec les politiques publiques sociales et médico-sociales. Avec la circulaire DGCS/3B/2017/148 du 2 mai 2017 relative à la transformation de l'offre d'accompagnement des personnes handicapées dans le cadre de la démarche « une réponse accompagnée pour tous », de la stratégie quinquennale de l'évolution de l'offre médico-sociale (2017-2021) et de la mise en œuvre des décisions du Comité interministériel du handicap (CIH) du 2 décembre 2016 (NOR : AFSA1713274C), le CPOM constitue un moyen pour améliorer, moderniser et transformer l'offre par une description des modalités de contribution à la construction du parcours des personnes en réseau avec des partenariats formalisés notamment. Les liens entre le financement des structures et la réponse aux besoins et attentes des personnes peuvent ainsi s'en trouver renforcés. Par cette circulaire, la secrétaire d'État chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l'exclusion et la directrice de la CNSA insistent sur la nécessaire coopération entre les acteurs pour mettre en œuvre des passerelles entre les différents modes de prise en charge et les divers types

d'établissements ou services d'un même gestionnaire en fonction de l'évolution des personnes handicapées et de leur parcours de vie. Le fait qu'un même gestionnaire dispose d'établissements ou services avec des autorisations différentes doit permettre de faciliter les passerelles par le biais du CPOM. D'ailleurs, le guide méthodologique de la mesure de l'activité publié par le CNSA en 2019 confirme cette évolution en affirmant le passage d'une « logique de "parcours" et de réponse accompagnée, et le dépassement de la notion de "places". Le fonctionnement des établissements et services en "dispositif" permet une adaptation continue aux besoins des usagers. Les évolutions du secteur tendent à gommer la distinction entre "établissements" et "services" au profit d'une réflexion globale sur les modalités d'accompagnement dans leur ensemble ». L'introduction d'une certaine souplesse dans le fonctionnement et l'environnement institutionnel du secteur médico-social devrait permettre le développement de modes d'intervention sur les lieux de vie de la personne, à son domicile et en milieu ordinaire, facteur d'inclusion des personnes en situation de handicap. La convention d'expérimentation territoriale aura ainsi pour vocation de pouvoir être un outil à destination des gestionnaires qui souhaiteraient décrire les processus d'accompagnement dans une logique de parcours.

29 Ensuite, la garantie de la pertinence et de l'efficacité de cette modularité doit être consacrée par une évaluation rigoureuse. Dans le décret n° 2018-5196 du 27 juin 2018 relatif à la modulation des tarifs des établissements et services sociaux et médico-sociaux en fonction de l'activité et à l'affectation de leurs résultats retient, comme critère d'évaluation, le nombre de prestations réalisées au cours de l'année civile. Or, une logique de parcours plaide davantage pour une analyse de l'offre médico-sociale sous l'angle des résultats pour les personnes. Il revient donc au gestionnaire de s'appuyer sur l'expertise des pairs-aidants et du savoir expérientiel des personnes concernées pour soumettre aux autorités de tarification des indicateurs d'évaluation pertinents. Même si ce décret fait encore référence au taux d'occupation, il n'en demeure pas moins qu'une nouvelle voie de négociation est offerte avec le recours à la nomenclature SERAFIN puisque l'activité est évaluée en fonction du nombre de prestations.

30 Enfin, pour comprendre l'intérêt du recours à cette nomenclature, comme outil d'évaluation, il convient d'apporter quelques éléments de

précisions. La Direction générale de la cohésion sociale (DGCS) et la CNSA conduisent, depuis fin 2014, les travaux nécessaires à la réforme de la tarification des établissements et services qui accueillent et accompagnent les personnes handicapées en France. La feuille de route du projet SERAFIN-PH, validée par le Comité stratégique de la réforme le 26 novembre 2014, a acté le principe d'une méthode participative pour construire les nomenclatures de besoins et de prestations. Ainsi, un Groupe technique national (GTN) composé de différents acteurs concernés par la réforme a été constitué. On y retrouve des représentants de l'État, des ARS, des départements, des MDPH, des agences, des établissements publics de l'État et de la Caisse nationale de sécurité sociale, des fédérations gestionnaires et associations de directeurs, les représentants des associations et des gestionnaires, désignés par le Conseil national consultatif des personnes handicapées (CNCPH) en janvier 2015 et d'autres opérateurs tels que l'Association nationale des centres régionaux d'études, d'actions et d'informations (ANCREAI). Cette indication apporte une précision fondamentale par rapport aux potentiels signataires de la convention. L'objectif de ce projet est de proposer un nouveau modèle d'allocation de ressources. Mais, au-delà de la dimension financière, il s'agit d'un outil qui s'inspire de la Classification internationale du fonctionnement (CIF) et qui peut constituer un moyen pour organiser les structures en mode « dispositif ». En effet, cette nomenclature se fonde sur une approche multidimensionnelle (ou « écosystémique ») du handicap qui prend en compte les interactions entre les facteurs personnels et environnementaux qui ont des conséquences sur les fonctions et structures psychiques et corporelles de la personne, limitent ses activités et réduisent sa participation sociale. Cette nomenclature présente l'avantage de valoriser à la fois le temps passé pour les « prestations directes » (les prestations de soins et d'accompagnement) et pour les « prestations indirectes » (fonctions de pilotage et fonctions support) nécessaires à la mise en œuvre et à la qualité des prestations directes. Il sera fondamental que les éventuels utilisateurs de la convention d'expérimentation prennent en compte les évolutions de cette nomenclature car le Comité stratégique du 8 décembre 2020 a précisé que le nouveau modèle tarifaire serait approfondi en 2021 et devrait permettre la mise en place d'une expérimentation à blanc du pré-modèle tarifaire en 2022. Parallèlement, un kit pédagogique sur l'utilisation qualitative

des nomenclatures des besoins et des prestations sera mis à disposition des acteurs par l'équipe SERAFIN-PH.

31 Après avoir présenté les bases juridiques pouvant permettre d'offrir des parcours modulables et coordonnés, il convient désormais de présenter les dispositifs déjà déployés.

2.2. Des dispositifs modulables et coordonnés déjà déployés

32 La prise en compte de ces enjeux liés au décompte de l'activité et à la fluidité des relations avec la MDPH a été consacrée notamment par la loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016 (article 91) et le décret du 24 avril 2017 relatif au fonctionnement des ESMS en dispositif intégré dont l'annexe 1 comprend le cahier des charges définissant les conditions de fonctionnement en dispositif intégré. Sa mise en place nécessite, en premier lieu, la signature d'une convention-cadre départementale, interdépartementale ou régionale entre MDPH, ARS, organismes de protection sociale, services académiques et organismes gestionnaires d'Instituts thérapeutiques, éducatifs et pédagogiques (ITEP) et de Services d'éducation spéciale et de soins à domicile (SESSAD) qui doivent s'engager à fonctionner conformément au cahier des charges. Or, ainsi que le souligne la CNSA dans son guide publié en janvier 2019, dans le cadre du dispositif ITEP (DITEP), la coexistence d'un comptage de l'activité d'accueil de nuit en nuits, de l'accueil de jour en journées, et de l'ambulatoire en actes ou séances n'est pas sans poser de problèmes. En effet, cela revient à additionner des unités d'œuvres différentes. Cette situation rend complexe également la définition d'une cible d'activité pertinente. En dépassant ces difficultés administratives, les pouvoirs publics ouvrent la voie des possibles et consacrent la prévention des ruptures de parcours. Dès lors qu'une orientation DITEP est accordée par la CDAPH, nul n'est besoin de déposer un nouveau dossier auprès de la MDPH même en présence d'une modification substantielle du plan personnalisé d'accompagnement. Dès lors que l'ensemble des parties sont d'accord sur les changements de modalités d'accompagnement envisagées, une nouvelle notification n'est pas nécessaire. Si nous nous inspirons de ce dispositif en prenant l'exemple d'une personne accompagnée par un ESAT qui revoit son projet et souhaite

bénéficier d'une formation en établissements et services de réadaptation professionnelle (ESRP), cela lui serait alors possible dès lors qu'il s'agit du même gestionnaire ou qu'une convention de partenariat a été formalisée. Cette hypothèse sera par conséquent prise en compte dans le cadre de la proposition de convention d'expérimentation.

33 Dans une logique similaire au déploiement de la logique de parcours, la loi de 2016 précitée institue également les « plateformes territoriales d'appui à la coordination des parcours complexes ». Le décret n° 2016-919 du 4 juillet 2016 précise d'ailleurs que : « La plateforme territoriale d'appui vient en soutien à l'ensemble des professionnels sanitaires, sociaux et médico-sociaux qui ont besoin de recourir à des compétences complémentaires pour les patients relevant d'un parcours de santé complexe. » Il s'agit donc d'un guichet auquel peuvent faire appel les professionnels. En l'espèce, la convention d'expérimentation vise à répondre aux demandes de la personne et à favoriser sa participation. De ce fait, ce modèle ne sera pas retenu dans le cadre de la convention d'expérimentation soumise. Et cela d'autant plus qu'avec la loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé, ces plateformes ont vocation à être regroupées, avec les coordinations territoriales d'appui (CTA), les centres locaux d'information et de coordination (CLIC) et les méthodes d'action pour l'intégration des services d'aide et de soins dans le champ de l'autonomie (MAIA), d'ici 2022, dans les dispositifs d'appui à la coordination (DAC), seul interlocuteur pour les parcours de santé et de vie complexes.

34 Ont également été mis en place des pôles de compétences et de prestations externalisées (PCPE). Ils ont été définis par l'instruction n° DGCS/SD3B/2016/119 du 12 avril 2016 relative à la mise en œuvre des pôles de compétences et de prestations externalisées pour les personnes en situation de handicap qui en a fixé un cahier des charges types. Il s'agit d'un dispositif qui vient compléter une organisation fonctionnelle et territoriale, dont la finalité est de concevoir et organiser une réponse transitoire ou pérenne, pour des personnes n'ayant pas de réponse partielle ou totale adaptée à leurs besoins. Étant donné que l'objet de cette étude est de proposer une fluidification des liens entre les établissements et services déjà existants, ce mode de fonctionnement ne sera pas non plus retenu même s'il constitue une source d'inspiration.

35 Dans la mesure où le sujet traite du parcours professionnel des personnes en situation de handicap, il ne peut être fait l'impasse sur l'emploi accompagné également considéré comme un dispositif aux termes du décret n° 2016-1899 du 27 décembre 2016. Les dispositions de l'article D. 5213-88 du Code du travail, qui en sont issues, précise que l'objectif de l'emploi accompagné est l'insertion dans le milieu ordinaire de travail. Grâce à une convention de gestion, une personne morale dite gestionnaire organise le soutien à l'insertion professionnelle et l'accompagnement médico-social du travailleur handicapé ainsi que l'accompagnement de son employeur. Ce dispositif s'inscrit dans le cadre du plan régional d'insertion des travailleurs handicapés. Il fait le lien entre un travailleur handicapé, en emploi en milieu ordinaire ou en ESAT, et une entreprise et une personne morale gestionnaire ; les modalités conventionnelles de ce dispositif sont donc une source d'inspiration indéniable à l'élaboration de la convention d'expérimentation.

36 Pour corriger le manque de lisibilité lié à la multiplicité des acteurs et des dispositifs, la plateforme Mon Parcours Handicap [5] a été instituée afin de faciliter l'accès à l'information, d'autant plus qu'elle met à disposition cette information suivant la méthode « Facile à lire et à comprendre » (FALC). Le projet Communautés 360, présenté en janvier 2021, invite à expliciter les relations et les pratiques, à définir précisément les circuits de transfert des informations et à caractériser les opérations à réaliser pour chaque sollicitation.

37 Le décret n° 2020-1216 du 2 octobre 2020 relatif aux missions et aux conditions d'organisation et de fonctionnement des établissements et services de pré-orientation et de réadaptation professionnelle pour les personnes handicapées permet d'ouvrir le débat et offre des opportunités d'évolution puisqu'il apparaît possible, pour toute personne morale ou physique, de solliciter les services de ces établissements. De plus, ce même décret souligne que ces établissements et services ou leurs gestionnaires peuvent avoir recours à une plateforme de services pour mobiliser ou mettre en commun les moyens nécessaires à la réalisation de leurs missions. Toutefois, l'arrêté détaillant ces modalités n'a pas encore été adopté.

38 Riche de ce panel de dispositifs juridiques – pour en revenir au dessein de cette recherche –, l'objectif est de proposer aux personnes

en situation de handicap, dont le projet de vie requiert l'exercice d'une activité professionnelle, des prestations adaptées pour répondre à leurs besoins. Cette idée se rapproche manifestement de la définition juridique de la notion de plateforme retenue à l'article L. 312-7-1 du CASF. Y est précisé que le fonctionnement en dispositif intégré correspond à une organisation des établissements et des services afin de favoriser un parcours fluide et des modalités d'accompagnement diversifiées, modulables et évolutives en fonction des besoins des enfants, des adolescents et des jeunes adultes qu'ils accompagnent. La voie est également ouverte aux dispositifs partenariaux dès lors qu'une convention, présentée dans les développements suivants, est signée entre les établissements et services intéressés.

39 Ce document de travail, à destination de l'ensemble des partenaires engagés au service du parcours professionnel des personnes en situation de handicap, doit aussi être délimité du point de vue de sa portée.

3. Une convention d'expérimentation, outil de consécration d'un dispositif intégré « plateforme : un emploi pour tous »

40 Dans la feuille de route MPDH 2022, déployée en octobre 2020, il était fixé cinq axes de transformation parmi lesquels sont présentées l'adaptation des droits et des parcours aux besoins de la personne en situation de handicap et la clarification du rôle et de l'engagement des différents acteurs, fondements du projet de convention d'expérimentation territoriale. Le rapport IGAS souligne que les tentatives de coordination dans le champ de l'emploi des personnes handicapées ont déjà fait l'objet de treize conventions à la date d'élaboration du rapport. Néanmoins, ce projet a pour objet de soutenir les structures dans la redéfinition de leurs process centrés sur la personne. Il s'inspire d'un certain nombre de documents juridiques déjà élaborés, à savoir :

- L'accord de confiance entre l'État, l'Assemblée des départements de France (ADF), les associations représentatives des personnes en situation de handicap et les organisations du secteur de l'offre d'accompagnement du handicap.
- Le modèle de convention de gestion des dispositifs d'emploi accompagné proposé dans l'arrêté du 23 novembre 2017.
- Le modèle national de convention-cadre soumis dans l'instruction n° DGCS/3B/2017/241 du 2 juin 2017 relative au déploiement du fonctionnement en dispositif intégré des ITEP et des SESSAD.
- Les recommandations de bonnes pratiques professionnelles (RBPP) et les outils intégrés dans les volet 1 et 2 « Pratiques de coopération et de coordination du parcours de la personne en situation de handicap », publiés par l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM) en mars 2018 et disponible sur le site de la Haute Autorité de santé (HAS).

41 Inspirée de ces documents et des développements proposés par Jean-René Loubat [6], cette convention aura pour objectif de favoriser la coordination de structures existant au sein d'une même entité gestionnaire avec ses partenaires dans une dynamique de *case management*, car elle se caractérise par « un souci d'efficience (objectifs prévus, durée déterminée, évaluation systématique), par une posture centrée sur la personne et ses intérêts (*advocacy*), une relation privilégiée (*coaching*) et une recherche d'autonomie (*empowerment*) de la personne et maîtrise du processus ». Cette convention intègre donc les différentes étapes de coordination du parcours et des projets professionnels personnalisés telles que Jean-René Loubat les propose et qui comprennent : l'accueil, l'appréciation de la situation, la planification et la mise en réseau, la mise en œuvre et le suivi continu, l'évaluation et enfin la sortie ou le réajustement.

42 Il ne s'agira pas de juxtaposer les établissements et services de l'entité gestionnaire dans une logique unique d'économie d'échelle mais bien de proposer un outil pour mettre en place une véritable plateforme de services. M. Loubat propose qu'un « service de coordination de parcours et de projets personnalisés » soit au cœur de l'environnement. Toutefois, même si ce modèle peut être retenu, la convention offre la possibilité d'envisager l'organisation différemment. En effet, le rapport IGAS 2019-2020 a souligné l'importance des solutions indivi-

dualisées et du lien relationnel. Le fait de passer préalablement par un « guichet » coordonnant le parcours peut peut-être avoir pour biais de ne pas créer le lien recherché. D'ailleurs, les personnes ont déjà accès à un guichet unique par l'intermédiaire de la MDPH. Le fait de devoir passer encore par un service de coordination de la plateforme reviendrait à créer de nouveau un guichet, ce qui pourrait avoir pour résultat de contrevenir à la réactivité recherchée. Peut-être est-il en effet plus pertinent que des professionnels de chaque pôle de compétences puissent se réunir pour aider le professionnel coordinateur de parcours. Toutefois, la personne doit bénéficier de l'accompagnement d'une personne « référente » si elle le souhaite ; même si nous avons conscience que le *turnover* des professionnels induit nécessairement du changement. Chaque plateforme, avec l'appui des personnes, élabore son projet ; il n'est nullement question ici de s'inscrire dans un quelconque choix. Il reviendra donc au gestionnaire de déterminer, dans les processus, les modalités de recours aux prestations par la personne avec un choix en faveur ou non du service de coordination au sein de la plateforme ou d'autres modalités innovantes.

BIBLIOGRAPHIE

Actualités sociales hebdomadaires. Numéro juridique et social, 2019, « Plateformes de services. Enjeux, stratégies, repères juridiques », n° 3130, cahier n° 2

ANAP (Agence nationale d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux), 2019, *Mettre en place la réhabilitation psychosociale dans les territoires*

ANESM (Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux), 2018, *Pratique de coopération et de coordination du parcours de la personne en situation de handicap*, p. 53-57

Cluzel S., 2021, « La France consacre 2,2 % de son PIB aux personnes en situation de handicap », *Décideurs Magazine*, 4 mai 2021

CNAMTS (Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés), 2017, *Améliorer la qualité du système de santé et maîtriser les dépenses. Propositions de l'assurance maladie pour 2018*, rapport au ministre chargé de la Sécurité sociale et au Parlement sur l'évolution des charges et des produits de l'assurance maladie au titre de 2018 (loi du 13 août 2004)

Cour des comptes, 2021, *Les parcours dans l'organisation des soins en*

psychiatrie, rapport public thématique

Loubat J.-R., 2016, « Chapitre 3. PFS : mythe organisationnel ou réalité opérationnelle ? », dans J.-R. Loubat, J.-P. Hardy, M.-A. Bloch (dir.), *Concevoir des plateformes de services en action sociale et médico-sociale*, Malakoff, Dunod, p. 97-147

OMS (Organisation mondiale de la santé), 2001, *La santé mentale : nouvelle conception, nouveaux espoirs*, rapport sur la santé dans le monde

Penicaud m., Cluzel s., Dussopt o., 2019, « Ensemble, Osons l'emploi. La stratégie pour l'emploi des personnes en situation de handicap », dossier de presse, 18 novembre 2019

Piveteau D., 2014, *"Zéro sans solution" : le devoir collectif de permettre un parcours de vie sans rupture, pour les personnes en situation de handicap et pour leurs proches*, rapport

Sanchez J., 2016, « Quelles sont les logiques à l'œuvre dans les métamorphoses des institutions du secteur médico-social », dans AIRe, MèTIS Europe (dir.), *Dispositif ITEP : métamorphoses institutionnelles. Enjeux pour les différents acteurs, les organisations et l'environnement*, Nîmes, Champ social Éditions, p. 19-40

Verdier P., 2013, « Vous avez dit "désinstitutionalisation" ? Il ne suffit plus de "désinstitutionnaliser", il faut maintenant "déprofessionnaliser" ! », *Journal du droit des jeunes*, vol. 323, n° 3, p. 9-10

NOTES

1 Voir [https://www.ungeneva.org/fr/news-media/meeting-summary/2021/08/la-france-na-pas-encore-integre-lapproche-du-handicap-fondee-sur], consulté le 7 janvier 2022.

2 Le projet de thèse intitulé « L'entreprise, un levier pour l'inclusion professionnelle des personnes en situation de handicap », menée dans le cadre d'une Convention industrielle de formation par la recherche (CIFRE) signée avec l'association d'entraide Vivre et le laboratoire IODE, avec le soutien de l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées (AGEFIPH) et de l'Association nationale de la recherche et de la technologie (ANRT), aborde notamment ce sujet. Voir [https://iode.univ-rennes1.fr/interlocuteurs/stephanie-berthome-lelaure], consulté le 7 janvier 2022.

3 Art. R3224-6 du Code de la santé publique issu du décret du 27 juillet 2017.

4 Voir [https://mdphenligne.cnsa.fr], consulté le 7 janvier 2022.

5 Voir [https://www.monparcourshandicap.gouv.fr], consulté le 7 janvier 2022.

6 Jean-René Loubat, psychosociologue, docteur en sciences humaines, est consultant et formateur libéral auprès des institutions sanitaires, sociales et médico-sociales, et président d'honneur du *think tank* Parcours & Innovations. Il a été enseignant aux Facultés catholiques de Lyon, conseiller pédagogique à l'INFIPP, chargé de cours en sciences de l'éducation (Lyon II), conseiller technique au CREAI Rhône-Alpes, formateur à l'Institut de formation des cadres de santé de l'hôpital du Vinatier de Lyon, conférencier en sciences sociales à l'École de management de Lyon, ainsi que dans diverses écoles de travail social. Il a produit de nombreux ouvrages personnels, comme *Élaborer son projet d'établissement*, *Penser le management*, etc., et contribué à divers ouvrages collectifs.

RÉSUMÉ

Français

Chaque jour, des personnes en situation de handicap perdent leur emploi ou rencontrent des difficultés pour accéder à un travail. Pourtant, le droit à l'emploi et le droit au travail sont des droits de l'homme reconnus à tout être humain et un certain nombre d'outils juridiques ont été mis en place pour en assurer l'effectivité. Néanmoins, il apparaît, au cours d'entretiens menés auprès de personnes en situation de handicap, d'acteurs de l'entreprise et de professionnels du secteur sanitaire et médico-social, que les obstacles à l'exercice de ces droits ne paraissent pas levés. Il faut être force de propositions. C'est la raison pour laquelle cet article offre une éventuelle solution en proposant l'élaboration d'une convention d'expérimentation, outil de coordination et potentiel levier à l'inclusion professionnelle. Par une analyse du cadre juridique international, européen et national seront mis en exergue les freins et les leviers à l'inclusion professionnelle selon une approche chronologique des parcours. Tout d'abord, la technicité, les délais de traitement et la pertinence de la reconnaissance administrative de la qualité de travailleur handicapé par la Maison départementale des personnes handicapées (MDPH) seront débattus. Ensuite seront prises en compte les transformations en cours des modalités d'accompagnements sanitaires, sociaux et médico-sociaux pour s'adapter aux besoins des personnes et promouvoir leurs droits et leur pouvoir d'agir. Enfin, à partir des dispositifs existants organisés sous forme de plateformes ou de guichets, les enjeux et les modalités de la coordination de l'ensemble des acteurs seront évoqués.

INDEX

Mots-clés
personnes en situation de handicap, parcours professionnel, emploi, inclusion professionnelle, coordination des acteurs, secteur sanitaire, secteur médico-social, convention d'expérimentation

AUTEUR

Stéphanie Berthomé-Lelaure
Doctorante, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ;
stephanie.berthomelelaure@gmail.com