

Au cœur des combats juridiques

Pensées et témoignages de juristes engagés

Actes du colloque « Pratique du droit, pensée du droit
et engagement social » organisé à Dijon les 11 et 12 mai 2006
par le CREDIMI (UMR 5598), le CNRS
et l'Université de Bourgogne.

Au cœur des combats juridiques

Pensées et témoignages de juristes engagés

sous la direction de
Emmanuel Dockès

avec les contributions de :

Marilyn Baldeck	Olivier Leclerc
Florence Bellivier	Albert Lévy
Bernard Bolze	Danièle Lochak
Michèle Bonnechère	Sébastien Manciaux
Alain Bouilloux	Philippe Masson
François Brun	Olivier Mazaudoux
Olivier Camy	Isabelle Meyrat
Véronique Champeil-Desplats	Isabelle Moine-Dupuis
Renaud Colson	Étienne Pataut
Emmanuel Dockès	Jérôme Pélisse
Jean-Pierre Dubois	RASSADJ N-PdC
Rafael Encinas de Munagorri	Laurence Ravillon
Nathalie Ferré	Bertrand Sayn
Martin Gallié	Évelyne Sire-Marin
Manuela Grévy	Rafael Soares Goncalves
Tiennot Grumbach	Pierre V. Tournier
Carlos Herrera	Jérôme Valluy
David Hiez	Jean-Christian Vaultot-Pfister
Liora Israël	Johanne Vernier
David Jacotot	Christophe Vigneau
Sylvaine Laulom	Chloé Vlassopoulou

DA||LOZ

 **Bourgogne**
Conseil régional

2007



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

DALLOZ

31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^o a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Sommaire

XI Préface

par Emmanuel Dockès, *professeur à l'Institut d'études du travail de Lyon, Université Lyon 2*

Première partie. **Droit et engagement social**

Première sous-partie. **Les juristes et l'engagement social**

7 **Le droit mis au service de causes politiques : le *cause lawyering*, un modèle d'origine nord-américaine**

par Liora Israël, *maître de conférence à l'École des hautes études en science sociales*

15 **L'avocat peut-il se dispenser d'être engagé ?**

par Tiennot Grumbach, *avocat honoraire, ancien directeur de l'ISST (Paris I)*

31 **La profession d'universitaire face à la question de l'engagement**

par Danièle Lochak, *Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), Université Paris X-Nanterre*

La profession de magistrat face à la question de l'engagement

43 **Un témoignage : « La route est tracée »**

par Albert Lévy, *délégué du Syndicat de la magistrature — Région de Lyon*

49 **Revendications et droit au Syndicat de la magistrature**

par Jean-Christian Vaulot-Pfister, *membre du Syndicat de la magistrature, membre de Magistrats européens pour la démocratie et la liberté (MEDEL)*

L'engagement de la doctrine

- 61 **L'engagement de la doctrine : l'exemple du droit de la drogue**
par Renaud Colson, *maître de conférences à l'Université de Nantes*
- 71 **L'engagement de la doctrine : l'exemple des débats sur la catégorie de « droits sociaux »**
par Carlos Miguel Herrera, *professeur de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise, membre de l'institut universitaire de France*

Seconde sous-partie. Le droit dans l'action militante

- 87 **Revendications et droit à la Confédération générale du travail**
par Philippe Masson, *responsable du secteur juridique de la Confédération générale du travail (CGT)*
- 93 **Revendications et droit à la Ligue des droits de l'homme**
par Jean-Pierre Dubois, *président de la Ligue des droits de l'homme (LDH), professeur de droit à l'Université Paris Sud (Paris 11)*
- 97 **Agir au soutien des étrangers : l'exemple du Groupe d'information et de soutien des immigrés**
par Nathalie Ferré, *présidente du Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), maître de conférences à l'Université Villetaneuse (Paris XIII)*
- 103 **Au secours !**
par Bernard Bolze, *fondateur de l'Observatoire international des prisons (1990-1998), animateur d'Une peine point barre, Campagne nationale contre la double peine (2001-2003), coordinateur de Trop c'est trop, Campagne pour le respect du numerus clausus en prison*
- 107 **Le Collectif lyonnais de lutte contre la démagogie sécuritaire et les violences policières (CIRDEL)**
par Bertrand Sayn, *avocat au barreau de Lyon, président section Lyon du Syndicat des avocats de France, membre du CIRDEL*
- 113 **Une association pour l'accès au droit et à la justice : le RASSADJ Nord Pas-de-Calais**
Intervention rédigée collectivement par les militants du Réseau d'associations, syndicats et structures de travail social pour l'accès au droit et à la justice — Nord Pas-de-Calais (RASSADJ N-PdC)

- 123 **Agir contre les violences faites aux femmes au travail**
par Marilyn Baldeck, *chargée de mission de l'Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail (AVFT)*

Deuxième partie. **Regards critiques sur les sources du droit**

Première sous-partie. **Rapports de force et conflits de sources**

- 139 **Gagner en justice et perdre en pratique : lorsque l'administration et le législateur bafouent les décisions de justice en droit des étrangers**
par Nathalie Ferré, *présidente du Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), maître de conférences à l'Université Villetaneuse (Paris XIII)*
- 145 **Le droit de la sécurité sociale à l'épreuve des pratiques administratives**
par Alain Bouilloux, *maître de conférences, directeur de l'Institut d'études du travail de Lyon (IETL), Université Lyon 2*
- 159 **Étude critique du rôle des syndicats dans la gouvernance de l'Union européenne**
par Christophe Vigneau, *maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Institut des sciences sociales du travail*
- 179 **Le droit inactivé par l'« accord »**
par François Brun, *sociologue, chercheur au Centre d'études de l'emploi*
et Jérôme Péliasse, *sociologue, maître de conférence à l'Université de Reims Champagne-Ardenne, chercheur au laboratoire Analyse et Évaluation des professionnalisations*

Seconde sous-partie. **La face cachée de la régulation « douce »**

- 193 **La référence à l'« éthique » dans le champ des relations de travail : nouveau facteur d'assujettissement des salariés ?**
par Isabelle Meyrat, *maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise*

- 207 **Relations de travail et *soft law* : réflexions à partir de la normalisation ISO**
par Manuela Grévy, *maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), ISST*
- 219 **Droit social communautaire et nouvelles formes de régulation : la stratégie européenne pour l'emploi**
par Sylvaine Laulom, *maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID*

Troisième partie. **Combattre pour l'application du droit**

Première sous-partie. **Porter le droit à ceux qui en sont exclus**

- 237 **L'accès au droit et à la justice des personnes prostituées sur la voie publique en France**
par Johanne Vernier, *doctorante en droit à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), attaché temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université Paris X-Nanterre*
- 245 **Que faire des nouvelles règles pénitentiaires européennes, adoptées par le Conseil de l'Europe le 11 janvier 2006 ?**
par Pierre V. Tournier, *Centre d'histoire sociale du xx^e siècle (UMR CNRS 8058, axes « politiques pénales et pénitentiaires »)*
- 259 **Le droit, la pratique du droit et la politique de réhabilitation des *favelas* à Rio de Janeiro,**
par Rafael Soares Goncalves, *Laboratoire SEDET (Sociétés en développement dans l'espace et dans le temps) de l'Université Paris VII*

Seconde sous-partie. **À la recherche de règles pour l'effectivité des droits**

- 277 **Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve**
par David Jacotot, *maître de conférences à la Faculté de droit de Dijon*
- 287 **La protection du salarié lanceur d'alerte**
par Olivier Leclerc, *maître de conférences à l'Université Paris X-Nanterre (IRERP, UMR CNRS 7029)*

Quatrième partie. **Regards sur le contenu des règles de droit**

Première sous-partie. **Droit et légitimation du pire**

- 307 **Le droit, légitimation du pire ou légalisation du mieux ?**
par Évelyne Sire-Marin, *magistrat, coprésidente de la fondation Copernic, membre de la Ligue des droits de l'homme*
- 311 **Dictature civile et défense citoyenne. Quelle stratégie contre l'état d'urgence ?**
par Rafael Encinas de Munagorri, *professeur à l'Université de Nantes*
- 317 **La fiction juridique de l'asile**
par Jérôme Valluy, *Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Réseau scientifique TERRA (Travaux, études, recherches sur les réfugiés et l'asile : <http://terra.rezo.net>)*
- 327 **L'engagement ontologique du juriste**
par Olivier Camy, *Faculté de droit et de science politique de Dijon, IEP Paris*

Deuxième sous-partie. **Droit du commerce international et valeurs non marchandes**

- 343 **Les contrats du commerce équitable**
par Laurence Ravillon, *maître de conférences à la Faculté de droit de Dijon, Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI)*
- 355 **L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'homme**
par Sébastien Manciaux, *maître de conférences à l'Université de Bourgogne, membre du Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI)*
- 371 **Les contrats sur le vivant et le partage équitable des résultats de la recherche et de la bioprospection**
par Florence Bellivier, *professeur à l'Université Paris X-Nanterre*
- 379 **Accès au médicament et commerce international**
par Isabelle Moine-Dupuis, *maître de conférences à l'Université de Bourgogne, Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI)*

- 389 **Les normes de l'OIT et de l'OMC dans la coopération ACP-CE**
par Martin Gallié, *docteur en droit, attaché temporaire d'enseignement et de recherche à la Faculté de droit de Clermont-Ferrand*

Troisième sous-partie. **Protection des travailleurs et Union européenne**

- 409 **Pour une mobilisation des ressources du droit européen en faveur des droits sociaux**
par Michèle Bonnechère, *professeur à l'Université d'Évry, Val d'Essonne*
- 421 **Libre circulation des services et protection des travailleurs en Europe**
par Étienne Pataut, *professeur à l'Université de Cergy-Pontoise*

Quatrième sous-partie. **Le glaive et la balance**

Logique économique et logique humaniste

- 441 **Libertés économiques et droits de l'homme ou la liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux**
par Véronique Champeil-Desplats, *Université de Paris X-Nanterre, directrice du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF)*
- 455 **Pour un droit de l'économie sociale**
par David Hiez, *professeur à l'Université du Luxembourg*

Présent et futur du droit de l'environnement

- 473 **Protection de l'environnement ou protection du pollueur? L'emprise des industriels sur la politique antipollution**
par Chloé Vlassopoulou, *maître de conférences à l'Université de Picardie, Jules Verne — CURAPP/CNRS*
- 487 **Potentialités et faiblesses du droit international de l'environnement : plaider pour un droit mondial**
par Olivier Mazaudoux, *allocataire-moniteur à l'Université de Limoges, doctorant au CRIDEAU/CNRS-INRA*

Préface

Emmanuel Dockès

Professeur à l'Institut d'études du travail de Lyon, Université Lyon 2

Ce livre, fruit des rencontres de Dijon de mai 2006, est l'œuvre de juristes qui se reconnaissent dans un certain engagement social.

L'idée de « juriste engagé » apparaît *a priori* assez floue. Elle n'est pas pour autant dépourvue de sens. Le juriste engagé est d'abord un juriste. Il manie le droit. Il sait user des forces que recèle cette jungle de textes. Il sait user de cet outil qui prétend à la souveraineté et dont on sait la violence potentielle. Et il est aussi « engagé ». Le qualificatif est fort. Marqué par la figure de l'intellectuel engagé, il renvoie une image faite de volonté d'action concrète et de valeurs progressistes. Il s'agit donc d'un connaisseur du droit, qui s'engage en cette qualité, et qui entend user de l'outil juridique au soutien des valeurs et des causes qu'il a faites siennes.

Cependant, dès que l'on essaie d'aller plus loin, d'adopter une définition plus rigoureuse, de déterminer une véritable catégorie de personnes, tout glisse, tout devient fuyant. Vue de près, l'image du juriste engagé se fractionne, se divise en une multitude de figures diverses. Il est bien des manières de mobiliser des connaissances juridiques au profit d'un engagement. Combattre pour que, par le droit, une certaine justice soit faite, pour que le sens des règles ne dérive pas trop loin des valeurs humanistes et démocratiques qui paracent au sommet du système juridique. Lutter contre certaines dérives barbares, du droit ou de la pratique. Faire connaître le droit, leurs droits aux justiciables. Porter le droit au contact des personnes qui en sont, par leur statut ou leur situation sociale, les plus éloignées. Dévoiler une pratique, dénoncer des solutions aussi terribles que juridiquement légitimées. Se battre pour un client démuné. Trouver le texte, le raisonnement, qui va, cette fois, éviter de trancher le litige dans un sens, qui semblait s'imposer, mais qui, en conscience, était inacceptable. Il n'est pas de comportement-type qui serait la définition du juriste engagé. Il n'est même pas de théorie du droit qui puisse se prévaloir d'être une condition de l'engagement, ni de théorie dont on puisse dire qu'elle interdit tout engagement au

juriste¹. Il est encore moins de catéchisme du bon « juriste engagé ». Il n'est que des figures multiples, diverses, parfois opposées ou contradictoires, et qui forment ensemble une image bigarrée. Montrer ces facettes, dans leur intensité et leur diversité, est la première force de ce livre.

Celui-ci est fait de pensées, de récit, d'exemples, qui témoignent de la variété des chemins que peut emprunter celui ou celle qui entend user de l'outil juridique et de son savoir, au service d'une certaine éthique, d'une certaine conscience. On y lira les difficultés, les limites, les possibles échecs d'un tel engagement, mais aussi les effets, souvent très concrets, qu'il permet, à l'occasion, d'obtenir. L'engagement se révélera encore être un puissant ressort pour la compréhension du droit. Si la connaissance juridique est un outil pour l'engagement, il apparaît aussi clairement, que, la réciproque est, elle aussi, vraie. L'engagement et le constant éveil de l'esprit critique qu'il exige, permettront de révéler certains pans du droit sous un jour plus net, plus cru, plus corrosif aussi parfois.

La première partie est consacrée à la recherche des figures qu'emprunte l'association du droit et de l'engagement, dans différents contextes, professionnels ou militants. Les parties suivantes regroupent des études, des réflexions, des témoignages. Les unes analysent de manière critique et concrète les évolutions, parfois essentielles, qui frappent actuellement les fabriques du droit (deuxième partie). Les suivantes montrent des chemins possibles dans la lutte pour l'application effective du droit (troisième partie). Les dernières portent un regard, toujours emprunt d'humanisme, souvent corrosif, sur le contenu de certains pans du droit situés au cœur des grands débats juridiques et politiques actuels (quatrième partie).

Le livre refermé, on ne saura peut-être toujours pas définir positivement le « juriste engagé », mais on saura ce qu'il n'est pas. Il n'est ni résigné, ni contemplatif. C'est un acteur. Souvent en situation difficile, souvent au contact du pire, souvent minoritaire parmi ses pairs, parfois victime de quelque mise à l'écart de la part des bien-pensants qu'il dérange, il est, par l'écrit ou le terrain, par la plaidoirie ou le jugement, par le conseil individuel ou la protestation collective, dans ses cours ou dans la rue, un acteur essentiel au maintien de la démocratie et de ses valeurs.

1. Certaines théories, réalistes et normativistes, interdisent au juriste de s'engager lorsqu'il exerce son métier *en tant que scientifique*. Mais ce juriste « scientifique » est alors nettement distingué du juge, de l'avocat, et d'autres praticiens : il n'a donc rien d'un juriste habituel. Peut-être même s'agit-il d'un juriste imaginaire. Quoiqu'il en soit, pour les tenants de ces théories à visée scientifique, le savant lui-même reste autorisé à s'engager, lorsqu'il cesse son activité scientifique et agit comme citoyen. Et il ne lui est nullement demandé, alors, d'être pris d'amnésie et d'oublier tout de son savoir juridique. Au contraire, pour certains tenants de ces théories, la connaissance scientifique du droit doit être un outil en faveur de l'engagement. Alors certaines théories positivistes parmi des plus centrées sur la science admettent voire encouragent l'engagement du juriste, comme juriste. La séparation de l'engagement et de la science est leur seule exigence.

Première partie

Droit et engagement social

Dans la question des rapports entre droit et engagement social deux points de départ sont possibles. Le premier (première sous-partie) est de partir d'activités et de professions juridiques et de rechercher la place que peut prendre un engagement en leur sein. Le second (seconde sous-partie) est de partir de l'engagement militant, tel qu'on le trouve notamment au sein d'associations ou de syndicats et de montrer la place qu'occupe alors l'outil juridique. Il ne s'agit que de points de départ distincts. Les chemins parcourus, souvent, se rejoignent. Il n'est pas rare de retrouver le juriste engagé au côté et même parfois au sein d'organisations militantes. De même, certains militants se spécialisent dans l'usage du droit et deviennent ainsi juristes. Certains permanents des organisations militantes sont même parfois embauchés directement, au vu de leur formation, en qualité de juriste.

Il ne faut pas dès lors s'étonner de trouver plus que des passerelles entre les deux sous-parties qui suivent. Certains auteurs, qui s'expriment dans la seconde en leur qualité de militant, auraient pu le faire dans la première, en partant de leur profession, et *vice versa*. L'important est ici de montrer comment peuvent être dépassées certaines tensions, certaines contradictions même, pour que connaissances du droit et pratiques militantes se nourrissent les unes les autres, pour le plus grand bien des idéaux démocratiques.

Première sous-partie

Droit et engagement social

Le droit mis au service de causes politiques. Un détour par le *cause lawyering*, un modèle d'origine nord-américaine

Liora Israël

Maître de conférences à l'École des hautes études en sciences sociales

Il s'agit de proposer dans ces quelques pages un détour nord-américain, pour appréhender le triptyque « Pratique du droit, pensée du droit et engagement social ». Les États-Unis ont plutôt mauvaise presse à l'heure actuelle du côté des juristes engagés français : du plaider coupable mué en CRPC à la généralisation du modèle de la *law firm*, les exemples les plus discutés concernent surtout la manière dont il faudrait se protéger de telles exportations. Néanmoins, il est d'autres histoires et d'autres réflexions propres à la vie du droit aux États-Unis qui peuvent inspirer ou en tout cas faire réfléchir qui cherche à comprendre la portée politique du droit. Dans cette perspective, le *cause lawyering* est un objet hybride et difficilement saisissable : en effet, ce terme relativement intraduisible¹ désigne à la fois un type d'avocat — voire même de juriste dans certains contextes, un type de pratique du droit, mais aussi un courant d'analyse. Ce dernier s'est développé depuis une dizaine d'années et a pris pour objet d'études un certain nombre de profils et de pratiques d'avocats militants, engagés, défenseurs de minorités ou d'activistes (ces différentes caractéristiques ne se recoupant pas strictement)². Il ne s'agit pas d'entrer ici dans un débat sur le

1. L. Karpik a proposé de traduire le terme par celui d'« avocat des causes », au risque de perdre la dimension d'activité suggérée par le terme de « *cause lawyering* ». V. le dossier qu'il a coordonné sur ce thème, « La défense engagée », *Justices* décembre 2001.

2. Austin Sarat & Stuart Scheingold (dir.), *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1998, 560 p. ; Austin Sarat et Stuart Scheingold, *Cause Lawyering and the State in a Global Era*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2001, 417 p. ; *The Worlds Cause Lawyers Make : Structure and Agency in Legal Practice*, Stanford, Stanford University Press, 2005 ; Stuart A. Scheingold & Austin Sarat (dir.), *Something to Believe In. Politics, Professionalism, and Cause Lawyering*, Stanford University Press, Stanford, California, 2004.

constructivisme en sociologie, pour savoir si ce qui est regroupé sous le terme de « *cause lawyering* » désigne bien plus que l'ensemble des objets de recherche des chercheurs qui se sont regroupés sous ce terme. De manière plus concrète et plus intéressante je l'espère, je vais tenter de revenir sur les paradoxes et les tensions entre droit et politique révélés par ces travaux, dont par hypothèse on peut poser qu'ils sont au moins partiellement intéressants au-delà du seul cas américain. Il s'agira ainsi de tenter de comprendre comment une pensée du droit peut se matérialiser dans des pratiques, et de répondre à la question de savoir comment le droit peut devenir le véhicule d'un engagement politique et social.

Une des formes d'action privilégiée illustrant la portée du *cause lawyering* est celle de l'« affaire », de la grande cause portée devant les tribunaux. Comme l'a bien montré Élisabeth Claverie³, l'affaire judiciaire, par l'écho public qu'elle rencontre, peut être posée en exemple d'une injustice ou d'un scandale plus général, et devenir le symbole d'une cause dont elle participe de l'élargissement et de la publicisation. Mais la grande affaire, dont les modèles historiques pour la France sont l'affaire *Calas* ou l'affaire *Dreyfus*, n'est pas, loin de là, seule synonyme de défense politique : la défense de minorités défavorisées correspond bien elle aussi, moins visible et plus incertaine, à une forme d'engagement de l'avocat dans la défense de son client, et souvent bien au-delà de la simple défense de son client. Le *cause lawyering*, en tant qu'il regroupe des formes aussi contrastées de défense engagée, témoigne de l'intrication entre causes judiciaires ou juridiques et causes publiques. Il correspond à des formes de passage du singulier au collectif, du juridique au politique, du privé au public, qui caractérisent le travail particulier de la cause dans l'espace public.

Les avocats engagés, porteurs de ces caractéristiques, sont ainsi l'objet depuis une quinzaine d'années, aux États-Unis tout d'abord, des recherches d'un groupe de travail dirigé par Austin Sarat et Stuart Scheingold, deux membres importants du courant de recherche interdisciplinaire *Law and Society*⁴. La réflexion sur le *cause lawyering* qu'ils vont initier va s'élaborer progressivement autour de ce néologisme forgé pour décrire l'activisme judiciaire d'avocats, qu'ils soient de gauche, radicaux, féministes, possédant une spécialisation thématique comme celle de la lutte pour les droits civiques dans les années 1960-1970, voire pratiquant le *public interest lawyering*, c'est-à-dire le travail dans des associations ou des services publics locaux, dans une logique d'accès au droit.

Les études empiriques correspondant à l'analyse de ces différentes configurations sociales ont mis en évidence la portée politique du droit révélée par ces pratiques d'avocats. Mais ce courant de recherche comportait également des enjeux politiques à l'intérieur même des études socio-juridiques, visant notamment à pro-

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

4. Sur ce courant, v. en français : A. Vauchez, « Entre droit et sciences sociales. Retour sur l'histoire du mouvement *Law and Society* », *Genèses* décembre 2001, n° 45, p. 134-149, ainsi qu'Y. Dezalay, Austin Sarat et Susan Silbey, « D'une démarche contestataire à un savoir méritocratique. Éléments pour une histoire sociale de la sociologie juridique américaine », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* 1988, n° 78, p. 79-93.

duire dans le champ de la sociologie de la profession d'avocat et dans les facultés de droit un contrechamp, en s'intéressant non pas aux dominants, aux *corporate lawyers*, aux spécialistes des transactions rémunératrices, mais au contraire aux avocats des réprouvés, des pauvres, des minorités. Ce repositionnement de la recherche, bien que fragile institutionnellement et un peu bancal (mêlant une définition de l'objet par les motivations des acteurs, par leur spécialisation professionnelle, par leur clientèle) va se révéler très heuristique. Son intérêt va apparaître non pas tant en sociologie des professions que pour les chercheurs qui s'intéressent aux mobilisations politiques et sociales. Ces dernières peuvent passer par l'arène judiciaire et dans ce cadre vont voir apparaître l'avocat ou le magistrat, personnages relativement énigmatiques pour un spécialiste de sciences sociales.

La figure du juriste, et plus particulièrement de l'avocat, avait déjà été interrogée et critiquée précédemment par le courant des *critical legal studies* nord-américaines, analyses critiques du droit parfois désignées par l'abréviation *crits* et développée dans les années 1960-1970. Étaient dénoncées la distance induite par la relation professionnelle, la difficulté de l'accès au droit, l'asymétrie produite par l'arène judiciaire elle-même, suggérant de nouvelles formes de pratiques voire d'institutions plus coopératives et moins violentes sur le plan symbolique. De ce point de vue, les *cause lawyers* identifiés comme tels par les chercheurs qui vont se rassembler autour de cette appellation ont en quelque sorte dépassé cette critique puisqu'ils s'inscrivent de plain-pied non plus seulement dans la représentation des intérêts de leur client, mais dans une cause commune — au moins dans une certaine mesure — à l'avocat et au client.

Le *cause lawyer* est donc l'avocat d'une cause dans les deux sens du terme, son défenseur dans et hors du prétoire, souvent un militant autant qu'un professionnel (même si l'antériorité de l'un sur l'autre est variable⁵), qui vise à faire concorder les intérêts relatifs à ces deux activités. Si cette concordance entre opinion et profession semble résoudre en partie le problème de la distance entre le client et l'avocat posé par les *critical legal studies*, puisqu'il s'agit moins d'un client individuel prisonnier d'une relation marchande que d'une personne ou un groupe qui représente une cause partagée, cette configuration pose un nouveau dilemme, que l'on peut qualifier de la cause et du cas. En effet, se situer dans la perspective de faire advenir une cause à la notoriété publique et/ou politique, ou encore — selon les cas — espérer obtenir un retournement de jurisprudence souhaitable politiquement peut conduire à des tensions nouvelles : sélectionner un cas pour ses caractéristiques juridiques et négliger de résoudre des cas individuels peut-être plus douloureux sur le plan personnel mais moins « intéressants » du point de vue stratégique ; refuser de plaider les circonstances atténuantes pour que l'écho donné à une dénonciation soit plus fort (défense de rupture) ; orienter l'activité du groupe dans le sens de la compétence de l'avocat

5. R. Shamir et S. Chinski, « Destruction of Houses and Construction of a cause : Lawyers and Bedouins in the Israeli Courts », in *Cause Lawyering. Political Commitments...*, op. cit., p. 227 à 257.

(juridicisation⁶) au détriment d'autres formes d'intervention politique peut-être plus efficaces⁷.

Le *cause lawyering* ainsi identifié se situe au croisement d'une nouvelle figure du professionnel du droit, de la mise en évidence de capacités d'action plus ou moins grandes par le droit⁸, de l'analyse de ses limites aussi, notamment en termes d'effets « retour » sur la cause défendue qui peuvent se révéler relativement paradoxaux, comme j'ai pu le montrer à l'occasion d'une enquête portant sur les premières années du Groupe d'information et de soutien aux travailleurs immigrés (GISTI)⁹.

Du point de vue de la sociologie plus fine des professionnels du droit désignés comme étant des *cause lawyers*, des typologies peuvent être esquissées : certains chercheurs évoquent un continuum de juristes plus ou moins « transgressifs » par rapport à la norme professionnelle¹⁰, d'autres différencient ceux pour qui la cause est prééminente et ceux pour qui à l'inverse le cas individuel est premier. Dans certains cas, il a été souligné qu'on peut devenir un *cause lawyer* « malgré soi » en quelque sorte, par la pratique, en se spécialisant par défaut sur une clientèle réprouvée mais porteuse d'enjeux politiques, comme l'ont montré Ronen Shamir et Sara Chinski à propos des avocats des Bédouins en Israël¹¹. Le *cause lawyering* peut également être pensé dans son articulation avec des pratiques professionnelles, de l'avocat libéral travaillant en individuel au collaborateur d'une importante *law firm* qui fait du travail *pro bono*, en passant par ceux qui en Amérique du Nord s'investissent dans les *legal clinics* des facultés de droits. Il ne faut pas non plus oublier des figures plus atypiques et aux marges du modèle, mais néanmoins présentes dans certaines affaires, comme les avocats parfois avant tout techniciens, réticents à s'engager, voire très intéressés sur le plan financier, mais qui peuvent se révéler nécessaires pour gagner sur le plan judiciaire sur des enjeux très techniques, par exemple relativement à des dossiers de dommages-intérêts¹².

À partir d'une définition initiale assez simple du *cause lawyer* comme avocat des « bonnes causes », reposant largement sur le modèle historique de l'avocat de la lutte

6. J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, 2000.

7. M. McCann et H. Silverstein ont discuté cette idée pour conclure à une position plus nuancée selon laquelle les *cause lawyers* sont eux-mêmes les premiers à souligner les limites de l'action par le droit, v. M. McCann Michael et H. Silverstein, « Rethinking Law's Allurements : A Relational Analysis of Social Movement Lawyers in the United States », in *Cause Lawyering : Political Commitments and Professional Responsibilities*, *op. cit.*, p. 261 à 292.

8. R. Abel, « Speaking Law to Power : Occasions for Cause Lawyering », in A. Sarat et S. Scheingold (dir.), *Cause Lawyering, Political Commitment and Professional Responsibilities*, *op. cit.*, p. 69 à 117.

9. V. *infra*. L. Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix* 2003, n° 62.

10. S. Scheingold et A. Bloom, « Transgressive Cause Lawyering : Practice Sites and the Politicization of the Professional », 5 *International Journal of the Legal Profession* 1998, p. 209-254.

11. R. Shamir et S. Chinski, « Destruction of Houses and Construction of a cause : Lawyers and Bedouins in the Israeli Courts », in *Cause Lawyering. Political Commitments... op. cit.*, pp. 227 à 257.

12. A. Bloom, « Taking on Goliath. Why Personal Injury Litigation May Represent the Future of Transnational Cause Lawyering », in *Cause Lawyering and the State in a Global Era*, *op. cit.*, p. 96 à 116.

pour les droits civiques des années 1960-1970, l'accumulation des recherches empiriques a ainsi conduit à établir des tensions plus paradoxales. Il a ainsi été mis en évidence que la défense d'une cause n'est pas forcément liée à une victoire sur le plan judiciaire : dans certains cas, perdre un procès peut être bénéfique en termes politiques si cette décision judiciaire rencontre un écho médiatique et tend à diffuser l'idée qu'il existe une injustice, alors qu'une victoire due par exemple à une erreur de procédure peut plus difficilement susciter le sentiment d'une victoire de ce qui est juste.

La figure du *cause lawyer* met en évidence le fait que la justice, par la polysémie même du nom qui est le sien, se prête particulièrement bien à la mise en scène d'un problème dans les termes du juste et de l'injuste, du droit ou du non-droit. Ensuite, il faut gérer politiquement et socialement, pour les défenseurs d'une cause, les formes de dissonance éventuelles qui peuvent surgir des mobilisations du droit. Il est difficile dans un tribunal de défendre qu'un acte illégal est juste, au mieux l'avocat peut chercher à expliquer que la conception de la justice qu'a l'inculpé l'a fait transgresser la légalité. Il n'y a pas véritablement de possibilité de critiquer la légalité depuis l'arène judiciaire, sauf à s'engager dans des pratiques du type de la défense de rupture incarnée en France par Jacques Vergès, en remettant en cause la légitimité même de l'institution judiciaire, pour accorder un primat au combat politique, ou dans des formes plus atténuées à la réforme législative.

Les avocats sont des acteurs majeurs dans la construction sociale d'une adéquation entre la justesse d'une cause et la bonne énonciation juridique de celle-ci, d'autant plus forte qu'elle pourra s'énoncer dans un langage légitime, susceptible d'offrir une audience inaccessible autrement, à une minorité notamment. Emmanuel Henry, qui a travaillé sur le problème de l'amiante, a plus spécifiquement mis en lumière la manière dont la mise en forme médiatique d'un scandale est souvent le décalque d'une affaire judiciaire à laquelle elle emprunte le matériau de l'enquête, la progression dramaturgique¹³. Mais, plus qu'une simple forme, le droit est aussi une catégorisation dotée d'effets, surtout devant ses institutions spécialisées. Ces deux raisons font que la construction juridique de la cause peut apparaître comme particulièrement reconnue, adoptée, voire revendiquée par des militants ou des mouvements sociaux, même si c'est en partie au prix d'une dépossession de leur cause entre les mains de juristes, voire d'une reconfiguration qui peut s'avérer plus ou moins compatible avec les motivations initiales de ses promoteurs.

Les analyses en termes de *cause lawyering* sont en tension constante entre une vision quelque peu lénifiante qui révélerait ces valeureux avocats qui luttent pour le bien de manière désintéressée¹⁴, et une critique comme celle proposée par Yves

13. E. Henry, « Le droit comme vecteur de publicisation des problèmes sociaux. Effets publics du recours au droit dans le cas de l'amiante », in L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez et L. Willemez, *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, PUF, CURAPP, 2005, p. 187 à 214.

14. C. Menkel-Meadow, « The Causes of Cause Lawyering : Towards an Understanding of the Motivation and Commitment of Social Justice Lawyers », in *Cause Lawyering : Political Commitments and Professional Responsibilities*, *op. cit.*, p. 31 à 68.

Dezalay et Bryant Garth, qui assimile ce type de spécialisation à la création de nouvelles niches professionnelles, susceptibles notamment d'ouvrir des marchés à l'échelle internationale avec l'aide des fondations et agences états-uniennes¹⁵. Mais la plupart des recherches qui portent sur les avocats engagés et sur la mise en forme juridique des causes qu'ils portent essaient d'éviter ce double écueil d'une approche uniquement psychologisante ou à l'inverse fondée sur une critique purement utilitariste. C'est également ce qu'ont essayé de faire de jeunes chercheurs qui, en France, ont travaillé ce concept « importé » à l'aune de leurs terrains et de leurs problématiques. Dans le cadre d'un séminaire puis d'une publication commune¹⁶, relativement à des exemples français mais aussi sud-américains et coloniaux, les travaux sur le *cause lawyering* nous ont servi à dépayser notre regard, à interroger différemment l'environnement social étudié, sans pour autant tomber dans le travers inverse qui aurait consisté à « plaquer » sans distance aucune ce concept importé, créé relativement à un contexte social et juridique différent.

L'idée que je voudrais suggérer dans cet article, puisqu'il s'adresse à un public académique mais aussi et surtout à des praticiens engagés, comme le colloque dont il est issu, est que l'intégration prudente de ces nouveaux questionnements pourrait également être fructueuse dans le cadre d'une réflexion sur les modalités d'articulation entre pensée du droit, pratique du droit et engagement social. L'intégration de nouveaux questionnements, pour des praticiens ou des acteurs, peut constituer une source d'idée ou de critique de leur activité. D'ailleurs, un certain nombre de causes associées aux « nouveaux mouvements sociaux » — pour reprendre la formule consacrée — des années 1970 (mouvements de consommateurs, féministes, identitaires...) s'est bien inspiré de leurs homologues et souvent précurseurs nord-américains. Et il n'est pas interdit non plus de porter un regard plus critique ou du moins nuancé sur le modèle « importé » au regard de terrains différents et des expériences vécues. C'est ce que nous avons réalisé au sein de l'équipe de chercheurs évoquée ci-dessus : nous avons été amenés, du fait de nos objets, à déplacer certaines interrogations et à reformuler certains paradoxes de l'analyse du *cause lawyering*. Violaine Roussel a ainsi cherché à comprendre à quelles conditions et sous quelles contraintes un modèle du magistrat engagé pouvait être pensé, en soulignant que ces magistrats ne pouvaient être vus comme des *cause lawyers*¹⁷ que malgré eux, au sens où la revendication de partialité dans une affaire serait intrinsèquement illégitime¹⁸. D'autres travaux, comme ceux de Laure Blévis¹⁹, ont permis de montrer qu'en dernier ressort, pour des

15. Y. Dezalay, B. Garth, « Constructing Law out of Power. Investing in Human Rights as an Alternative Political Strategy » in *Cause Lawyering and the State...*, *op. cit.*, p. 354-381 et Y. Dezalay et B. Garth, *La mondialisation des guerres de palais*, Paris, Seuil, 2002.

16. B. Gaiti et L. Israël (dir.), « La cause du droit », dossier, *Politix* 2003, n° 62.

17. Dans la mesure où le terme *lawyer* désigne un juriste et non simplement un avocat.

18. V. Roussel, « Les magistrats français, des *cause lawyers* malgré eux ? », *Politix* 2003, n° 62, *op. cit.*

19. L. Blévis, « De la cause du droit à la cause anticoloniale. Les interventions de la Ligue des droits de l'homme en faveur des "indigènes" algériens pendant l'entre-deux-guerres », *Politix* 2003, n° 62, *op. cit.*

avocats et plus généralement pour les juristes, la véritable cause était peut-être avant tout celle du droit, conduisant parfois à occulter la cause initiale ou portée par les profanes. Plus généralement, nous avons eu tendance à intégrer le *cause lawyering* dans une réflexion plus large sur les développements contemporains d'un militantisme expert — que l'on peut retrouver dans le domaine médical — et qui est de plus en plus souvent appuyé sur le droit. Nous avons essayé de réfléchir à ce que le droit fait à la cause mais aussi à ce que la cause fait au droit et à ses acteurs, pour reprendre une formule de Brigitte Gaïti²⁰. Cette dimension non explicitée dans les recherches dont nous nous inspirons a notamment été travaillée en suivant dans le temps des causes et des affaires. Autre exemple, l'enquête que j'ai pu mener, toujours dans le cadre de ce groupe, sur les premières années du GISTI²¹. Cette association est certainement l'un des objets « français » qui correspond le mieux à une transposition de l'analyse en termes de *cause lawyering*, qu'il s'agisse de son origine au début des années 1970, de l'engagement à gauche de ses membres, de la cause bien identifiée dès ses débuts — la défense des travailleurs immigrés. Ce prisme s'est avéré intéressant pour traiter d'une association dont l'histoire était finalement peu connue, mais l'analyse a également permis de souligner un autre paradoxe de l'action par le droit. En effet, si ce mode d'action s'est avéré particulièrement légitime et puissant, concernant une population et des revendications politiques alors illégitimes et méconnues, il a également produit des effets inattendus. Agir par le droit, ce fut aussi dans le cas de cette histoire contribuer à mieux définir juridiquement un problème par le biais de l'action judiciaire. Cela signifiait de créer dans une situation de coproduction objective du droit avec les autorités publiques — et notamment le Conseil d'État —, position délicate pour une association critique; de rendre les personnes plus dépendantes des professionnels du droit dans un contexte de « juridicisation » de la question immigrée; de risquer en dernier ressort de contribuer à dépolitiser à combat en se focalisant sur la dimension de technique juridique, critique parfois portée par certains des premiers membres ou soutiens du GISTI. Mais le GISTI est également intéressant du point de vue identifié plus haut du développement d'un militantisme expert, en résonance avec la naissance au début des années 1970 d'autres militantismes experts reposant sur d'autres groupes professionnels, à travers des organisations partageant les mêmes premières initiales GI : Groupe d'information asile (GIA), Groupe d'information santé (GIS), Groupe d'information prison (GIP)²², le plus célèbre créé par Foucault. D'autres professions libérales connurent également l'invention de nouvelles formes critiques et militantes de pratiques professionnelles, que l'on pense au développement de la médecine humanitaire au moment de la crise du Biafra avec la création de Médecins sans Frontières, ou encore à la création des nouvelles écoles d'architecture, dont la première fut celle de Paris-

20. B. Gaïti et L. Israël, « Sur l'engagement du droit dans la construction des causes », *Politix* 2003, n° 62, *op. cit.*

21. *Op. cit.*, note 9.

22. P. Artières, L. Quero et M. Zancarini-Fournel (Documents réunis et présentés par), *Le Groupe d'Informations sur les Prisons, Archives d'une lutte (1970-1972)*, Paris, Éditions de l'IMEC, 2003.

Belleville, en rupture avec les formations classiques de l'École des beaux-arts²³. L'après 1968 a ainsi été caractérisé par l'invention de nouvelles formes d'intervention et de militantisme professionnels, également au sein des principales professions libérales d'habitude plutôt associées à un certain conservatisme social si ce n'est politique, et dont certains éléments — en général les plus jeunes — vont inventer des façons parfois subversives et plus en phase avec les suites de 1968 de repenser les frontières de leur profession. Outre le GISTI, dans le monde du droit, ces évolutions vont se traduire par la naissance d'un syndicalisme judiciaire (Syndicat de la magistrature en 1968, Syndicat des avocats de France en 1972), le développement du mouvement *Critique du droit* parmi les juristes universitaires, qui vont réfléchir sur les modalités d'enseignement du droit et sa portée sociale²⁴, ou encore le mouvement dit « des boutiques de droit ».

Si le détour comparatif dans l'espace par l'importation du modèle du *cause lawyering* peut apparaître heuristique, une des formes d'extension des réflexions sur les relations entre droit, engagement et action passe aussi dans le cas français par un retour sur ces mouvements, sur leur histoire complexe, à la fois produit d'une époque et déclinaison particulière dans le monde du droit d'une critique politique et sociale dont la postérité semble relativement faible. Une partie de ces pratiques « critiques » a finalement été institutionnalisée — via la reconnaissance des syndicats notamment — et a perdu de son poids subversif. D'autres entreprises — le mouvement *Critique du droit*, les boutiques de droit, la revue *Actes* qui accompagnait nombre de ces mobilisations — ont complètement disparu : reste à savoir pourquoi ? Le droit comme pensée critique et comme pratique sociale militante doit ainsi, pour être compris dans ses nombreux enjeux et éventuellement mobilisé dans de nouvelles luttes, être pensé dans le temps, et en relation avec les pratiques sociales et les engagements hétérogènes qui l'accompagnent, le structurent, le concurrencent parfois. Appoint ou appui de luttes ayant d'autres finalités que lui, ou objet d'une mobilisation portée par ses professionnels, le droit reste le lieu ambivalent d'un pouvoir social qui mérite d'être mieux connu.

23. J.-L. Violeau, *Les architectes et mai 1968*, Paris, Recherche, 2005.

24. V. les travaux en cours de M. Kaluszynski.

L'avocat peut-il se dispenser d'être engagé ?*

Tiennot Grumbach

Avocat honoraire, ancien directeur de l'ISST (Paris I)

« On lie les bœufs par les cornes et les hommes par la parole. »

Loysel

En hommage à deux de mes maîtres : Charlot Dusnasio, militant associatif (CLAJ) et André Gorz, essayiste.

AVOCAT/PROFESSION... D'ABORD SE METTRE D'ACCORD SUR LES MOTS

Je distingue le métier de la profession. Une profession est une activité professionnelle organisée par la loi, sous le contrôle du juge. Les professions organisées disposent de droits exorbitants et de devoirs. Elles sont placées sous le contrôle d'institutions professionnelles qui garantissent une déontologie spécifique dont les principes assurent la défense du public. Il en est ainsi dans les professions juridiques des avocats, des notaires, des huissiers. Il en est de même pour les médecins, les architectes, etc¹.

* Ce texte emprunte son architecture à des discussions internes à la commission de droit social du Syndicat des avocats de France (SAF) sur le même thème, centré sur l'engagement des avocats du SAF, en droit du travail. Une synthèse de nos discussions des 10 juin 2005 et 7 octobre 2005 a été dressée par Marie-France Bied Charreton. Elle a été enrichie de divers apports, en particulier de Michel Henry, de Daniel Joseph et de moi-même. Pour autant ce texte n'engage que moi.

1. Les journalistes revendiquent légitimement « le secret des sources ». Toutefois, ils refusent une institution nationale de protection de leur déontologie. Les sociétés de rédacteurs jouent parfois ce rôle dans le périmètre des titres et la commission de la carte ou la commission paritaire en sont des « ersatz ». Il est vrai que les « Ordres » professionnels ont une évidente tendance au corporatisme, Il me semble que face aux autres pouvoirs, pour ceux des avocats qui le veulent, ils les garantissent encore contre les excès de l'économie de marché et sauvegardes leurs missions d'intérêt public et d'accès au droit et à la justice.

L'avocat est une personne, physique ou morale qui, régulièrement inscrite dans un barreau, a notamment pour fonctions de conseiller, d'assister et de représenter ses clients dans le cadre de procédures juridiquement organisées (comme le procès, l'arbitrage ou la procédure de licenciement) et dans la négociation et la rédaction de documents contractuels. Il est alors fréquemment conduit à intervenir dans des domaines où des droits et libertés individuels et/ou collectifs sont en cause.

Préalablement à tout débat sur l'avocat face à son engagement, il convient de le placer face à son indépendance vis-à-vis de son environnement et de sa clientèle individuelle et/ou institutionnelle (I). Ce détour permet de se confronter avec le « d'où tu parles ? ». Il n'est en effet pas réaliste de parler de « l'Avocature² » en général. Depuis la grande fusion, les modes d'exercice de la profession d'avocat se sont dispersés en plusieurs métiers distincts³. Le débat sur les niveaux de l'engagement (II) ne devrait pas faire l'impasse sur le rétrécissement de la place des avocats continuant à défendre principalement les personnes et les libertés face à ceux qui exercent leurs activités à la périphérie des groupes financiers et des entreprises.

I. ENGAGEMENT ET INDÉPENDANCE ÉCONOMIQUE DE L'AVOCAT

La profession d'avocat n'est pas une activité économique banale. Elle doit s'inscrire dans une « économie de la qualité » (A) et s'écarter de la simple logique de marché pour intégrer une dimension déontologique (B).

2. Le terme d'« Avocature » inventé par l'imagination créatrice de D. Soulez Larivière (Ramsay, Paris, 1982) est un contre-sens. La magistrature est une institution de l'État et une organisation hiérarchique du fonctionnement de la justice. Les avocats déploient leurs activités dans de multiples segments de clientèles aux intérêts contradictoires, dans des spécialités diversifiées, dans des modes d'organisation hétérogènes. L'organisation en Ordre d'avocats multiplie les lieux d'organisation et multiplie les lieux d'exercice de ce « moindre pouvoir » dont la création du Conseil national des barreaux n'a pas fondamentalement bouleversé l'architecture. Le déplacement de l'activité des avocats de la défense des personnes et des libertés dans le domaine judiciaire vers le droit de l'entreprise et des organisations est une affaire beaucoup plus essentielle que la recherche de l'unité mythique d'une profession que recouvre le terme d'« avocature ».

3. Le mot d'ordre du syndicat d'avocats ACE (Avocats conseils d'entreprise) reflète parfaitement la réalité : « Une profession, des métiers ». J'ai proposé au CNB de refuser l'idée d'une profession unifiée sur tout alors qu'elle a pour mission d'accompagner dans les litiges, les conflits, les accords contractuels,... les contradictions qui traversent le protagonisme social et les différents qui opposent ou rapprochent entre eux les citoyens dans la vie quotidienne. Un CNB qui fédère (autant que cela est possible et utile), des Ordres qui unissent (ce qui doit l'être notamment dans le contrôle de la déontologie et l'exercice des missions d'intérêt public), des syndicats qui distinguent (et reflètent par leurs positions contradictoires les mouvements qui traversent les intérêts contradictoires qui se manifestent au sein de la société civile).

A. DE L'« ÉCONOMIE DE LA QUALITÉ »

C'est Lucien Karpik qui nous a aidés à découvrir l'importance de « l'économie de la qualité » face à l'économie de marché, dans divers articles et dans son livre *Les avocats*⁴. Il ne s'agit pas de dénier que l'économie de marché gouverne les comportements d'une partie de plus en plus importante de la profession d'avocat. Il s'agit de résister à cette tendance lourde tout en pérennisant la gestion de nos structures professionnelles indépendantes qui permettent des revenus légitimes aux avocats tout en favorisant l'accès à cette profession.

La volonté d'engager sa pratique professionnelle dans le cadre de l'économie de la qualité n'induit pas un refus du contrôle de gestion tout au contraire. Elle place toutefois l'avocat dans une posture qui refuse que les règles du management financier, les résultats d'exploitation et le bénéfice des actionnaires/associés ou « patrons » du cabinet mesurent seuls la réussite professionnelle. Elle exige aussi que l'avocat sorte d'une vision corporatiste de son antagonisme de jeu de rôle, « comme à guignol », avec la magistrature pour s'engager dans une vision progressiste de la justice, comme bien public au service des libertés fondamentales⁵.

La pression économique concurrentielle qui s'exerce sur l'ensemble de la profession⁶, pression qui s'est approfondie depuis la fusion entre ses deux souches actuelles (les conseils juridiques d'entreprise, les avocats de tradition judiciaire), laisse craindre que la mauvaise monnaie chasse la bonne, tant sont nombreux ceux qui abandonnent la vision de l'économie de la qualité et de « l'alliance avec le public », au profit de la prestation de service standardisée⁷.

La volonté de défense du territoire corporatiste et l'esprit de conquête de marchés nouveaux et de « clientèle captive » s'accroissent de façon excessive, sans véritable but de politique alternative dans le domaine du droit et de la défense.

Les donneurs d'ordre collectifs au sein de la société civile, associative et syndicale, ont subi cet impact. Ils ont progressivement professionnalisé leurs permanents. L'esprit d'engagement s'en émolle. La concurrence des ego entre permanents juridiques, associatifs et syndicaux, d'une part et avocats issus des mêmes études supérieures au sein des Universités, d'autre part ne facilite pas la complémentarité, et ce d'autant plus lorsque les permanents, issus directement de l'enseignement supérieur, n'ont pas d'expérience concrète des luttes de terrain et des antagonismes sociaux.

Un autre écueil possible, qui peut être lié au précédent, vient de services qui ne conçoivent plus leurs rapports avec leurs avocats(es) que comme le support d'une prestation de confort. Leur attente devient celle d'une attitude de neutralité technique extérieure, d'un mécanicien du droit agissant sur commande. On se méfie de

4. *Les avocats. Entre l'État, le public et le marché. XIII^e-XX^e siècle*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 1995.

5. A. Garapon *et al.*, *Les juges, un pouvoir irresponsable*, Paris, Nicolas Philippe éd., coll. « Justement », 2003.

6. Y. Dezalay, *Marchands de droit*, Paris, Fayard, 1992.

7. *Ibid.* V aussi, L. Karpik, « Avocats : renouveau et crise », *Justices* 1999, n° 1, p. 67-82.

la liberté de parole de l'avocat militant, dont l'expérience acquise légitime parfois la critique des militants de terrain⁸. Cette concurrence réduit l'apport de la fonction de défense⁹. On voudrait que l'avocat(e) ne soit qu'un prestataire de service pour conforter le « diagnostic partagé » avec la technostructure qui l'entoure et non plus cette « bonne femme » ou cet « honnête homme » qui conseille, défend et s'engage, y compris en toute indépendance vis-à-vis de son propre client.

Ainsi réduite, l'utilité de l'avocat est amputée de ce qui devrait être sa plus belle part.

L'art du débat de fond avec des contradicteurs, la recherche d'unification des pratiques de terrain dans l'action juridique et judiciaire, le respect des points de vue dissidents, de l'altérité, l'écoute de l'autre, sont autant de qualités qui ne s'acquièrent pas sur les bancs des facultés et que l'avocat engagé doit apprendre, cultiver tout au long de son activité professionnelle. Il doit les transmettre à ceux qui se révoltent, protestent, revendiquent, construisent de nouveaux rapports de droits et dégagent de nouveaux espaces de libertés publiques. C'est par cette voie aussi que l'expérience d'avocats engagés peut contribuer à la transformation sociale.

De plus, la construction des rapports de force intellectuels, cruciaux dans le domaine du droit et des libertés, ne peut faire l'impasse sur la contribution des juristes engagés, et singulièrement des avocats et des magistrats (professionnels, désignés ou élus).

Il faudrait aussi tenir compte des tensions qui s'exaspèrent entre les « experts » qui agissent pour défendre la place du droit et ceux qui interviennent dans le domaine du chiffre¹⁰.

8. On doit souligner que cette méfiance des appareils syndicaux centralisés n'est pas réservée qu'aux avocats. Elle se déploie également à l'égard des juges prud'hommes, des défenseurs syndicaux, des conseillers du salarié... parfois même des services juridiques des structures. Les organisations vivent une sorte d'ambivalence du comportement. D'une part, elles comprennent l'importance de la place, du rôle et de l'évolution du droit dans les pratiques de conflits et de négociation. D'autre part, elles résistent à s'en saisir pleinement comme l'un des outils de la proposition et de la transformation sociale. Les femmes et les hommes du droit sont perçus comme des êtres étrangers au monde de l'action, des notables qui parlent le volapük et dont il faut se méfier. L'humilité nécessaire de leurs incertitudes est susceptible de faciliter la contestation des « vérités » qui ne sont vraies que pour ceux qui les proclament sans jamais les confronter aux réalités.

9. H. Michel et L. Willemez, « Investissements savants et investissements militants du droit du travail : syndicalistes et avocats travaillistes dans la défense des salariés » in Ph. Hamman *et al.* (dir.), « Discours savants, discours militants : mélanges des genres », Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 2002, p. 153-175.

10. La concurrence que font aux avocats certains des « hommes du chiffre » et de certaines officines qu'ils contrôlent conduit, jusque dans nos rangs, de grandes structures d'expertise comptable proches des intérêts du mouvement syndical et des institutions représentatives du personnel à reproduire le modèle de leurs concurrents directs. Il en résulte, notamment en droit du travail, un possible contournement de l'engagement et la soumission à une logique économique du marché. Les avocats « côté salarié », au sein de la commission de droit social du SAF, devront prochainement aborder cette question. Il s'agit là d'une pression supplémentaire sur le marché du « conseil » et de la défense des intérêts et du mouvement populaire. L'occulter, ne pas soumettre cette question au débat public serait une faute politique, dès lors qu'il s'agit d'un obstacle complémentaire à l'indépendance et à l'engagement des avocats.

Les juristes et avocats engagés sont donc confrontés à un double mouvement :

- les dérives corporatistes et la domination d'intérêts financiers au sein de la nouvelle profession d'avocat ;
- l'insuffisance de la réflexion des organisations et des partis politiques du mouvement populaire sur la place du droit dans la société.

Ce double mouvement contribue au cantonnement de l'avocat(e) dans le conformisme dominant. Il risque alors de se laisser happer par une neutralité désengagée, occasionnellement ponctuée d'apparitions médiatiques, « zorroïstes » ou « zolaïstes », mais déconnectée des bouleversements collectifs qui traversent le mouvement social.

B. ENGAGEMENT ET DÉONTOLOGIE : LOGIQUE DE FIRME OU LOGIQUE DE BARREAU ?

Les professions réglementées sont par nature des *professions* « instituées » par la loi, qui impose un système de relations professionnelles et de charges d'intérêt public, et induit nécessairement une partie plus ou moins significative d'obligations et de comportements non marchands.

À titre d'exemple, on peut citer le secret professionnel, la contradiction des débats, la confidentialité des correspondances ou des échanges oraux entre avocats. On doit y ajouter la présomption de mandat *ad litem* tant dans la poursuite des procédures orales que dans les procédures écrites devant le tribunal de grande instance¹¹, etc.

Certains usages de ces professions sont, de plus, souvent ignorés du public alors que rien ne justifie cette opacité. Il en est ainsi de « la foi du Palais¹² » dans les relations entre avocats, ou entre avocats et magistrats. Il est d'ailleurs significatif, alors que cet usage est multi-séculaire, que la jurisprudence soit quasi muette sur cette pratique qui pour être confidentielle n'en est pas moins connue et reconnue. Seuls, à ma connaissance, deux arrêts récents en font mention. Ce n'est que dans les moyens du pourvoi qu'il en est fait état pour le dernier, rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation¹³. Pour autant, comme le secret des sources pour les journalistes, la foi du Palais ne se justifie que par l'intérêt du public. Sinon, elle risque de se réduire à un corporatisme étroit, voire à du copinage de nature mafieuse.

C'est dans cet esprit, que pour sa part, le SAF a privilégié la « logique de bar-

11. La présomption de mandat *ad litem* (pour l'ensemble du litige), permet aux avocats de représenter leurs clients sans avoir à présenter une procuration signée de la main de ces derniers. De cette présomption, issue de l'article 416 du nouveau Code de procédure civile, il résulte que tous les actes accomplis lors de la procédure par les avocats au nom et pour le compte de leurs clients sont automatiquement considérés comme des actes réalisés directement par les clients. V. cpdt. l'art. 8 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, qui pose un principe inverse : « L'avocat doit justifier d'un mandat écrit sauf dans les cas où la loi ou le règlement en présume l'existence. » (v. ci-dessous sur l'importance du mandat *ad litem* dans l'engagement professionnel de l'avocat au service des intérêts de ses clients).

12. T. Grumbach, « La foi du Palais ; Le “clear stream” de la pratique quotidienne du fonctionnement de la justice ... sans la foi du Palais ? », *La Lettre du SAF* juillet 2006, p. 18-19.

13. Crim. 4 février 2004.

reaux » sur la « logique de firmes¹⁴ ». Ainsi comprenons-nous le travail de formation que nous alimentons dans les barreaux. C'est sur ce rapport à la déontologie, hors champ de « l'économie de marché », que se dessine la participation des militants du SAF aux responsabilités ordinales et syndicales, au sein de chaque barreau, à la conférence des bâtonniers, au CNB et dans les organismes techniques.

C'est aussi pourquoi j'espère encore que l'inquiétant projet de « trop grande fusion » avec les « juristes d'entreprises¹⁵ » ne verra pas le jour. Je me refuse à élargir d'avantage le périmètre actuel de la profession d'avocat. Je me cantonne à celui de la nouvelle profession d'avocat avec ses « deux souches » issues de la « grande fusion » (avocats et conseils juridiques). Nul n'a encore fait le bilan critique de « la nouvelle profession » et il s'agirait déjà d'en créer une « nouvelle-nouvelle » !

Cette position n'est pas corporatiste. Elle refuse tout simplement un nouveau déséquilibre en faveur du droit de l'entreprise et des intérêts financiers, sans qu'aient été posées des règles communes à un élargissement plus fécond. La profession d'avocat a besoin de s'enrichir de nouvelles souches. Pourquoi privilégier celles qui favorisent l'avoir sur l'être, les intérêts matériels face aux intérêts sociaux ? Pourquoi ne pas organiser des passerelles avec les médecins, les architectes — urbanistes, les experts-comptables, les fonctionnaires territoriaux, les ingénieurs des eaux et forêts, les juristes du mouvement associatif et syndical, etc. ? Ces professions sont détentrices de savoirs techniques et juridiques qui pourraient leur permettre d'exercer, dans certains domaines, au moins certaines des attributions des avocats. L'élargissement de la profession d'avocat à tous les talents, les savoir-faire acquis serait une excellente chose. Encore faut-il définir un socle commun de connaissances juridiques acquises, au moins dans un domaine spécialisé. Il faudrait, de plus, que le professionnel qui entend bénéficier de passerelles d'accès pour rejoindre la profession d'avocat soit bien un indépendant, que son indépendance technique et sa liberté de conscience soient garanties, qu'il accepte des charges d'intérêt public similaires à celles de ses confrères et qu'il soit soumis aux mêmes règles déontologiques et aux mêmes modes d'exercice de la profession d'avocat.

Ce point de vue est loin d'être dominant. Il est cohérent avec ma vision de l'avocat engagé.

II. L'ENGAGEMENT : UNE OBLIGATION DE L'AVOCAT

A. L'AVOCAT DOIT S'ENGAGER AUPRÈS DE SON CLIENT

L'avocat s'investit dans un travail, au service de son client dans un cadre économique qui, quoi qu'il en dise, ne saurait se confondre avec l'économie de marché.

14. T. Grumbach, *Brouillon de culture ; Vers le 20^e Congrès du SAF*, novembre 1992, brochure dactylographiée, Archives du SAF. T. Grumbach, Cl. Michel, J.-L. Rivoire, *Contribution*, document dactylographié, Archives du SAF, juin-novembre 2005.

15. J.-Fr. Arrue, « Intégration des juristes d'entreprise » *La Lettre du SAF* mars 2006, p. 6.

Cet engagement-là est certes important mais il ressort de l'éthique professionnelle élémentaire. Il est d'ailleurs partagé dans l'exercice de certains métiers qui ne sont pas regroupés dans des professions organisées (métiers des transports publics de voyageurs, métiers de la sécurité et de la sûreté des installations, métiers de l'environnement, etc.).

Il reste que de glissements en glissements la déontologie de la profession d'avocat est rognée par les principes de l'économie de marché.

À titre d'exemples, parmi beaucoup d'autres :

- on accepte, comme l'affaire d'*Outreau* l'a démontré, qu'un avocat désigné par son bâtonnier, dans le cadre de la commission d'office, dans une affaire criminelle ou une affaire correctionnelle, puisse attendre sa désignation officielle par le Bureau d'aide juridictionnelle, avant de visiter son client détenu ;

- on admet désormais qu'un avocat qui a reçu une personne au sein de son cabinet, s'il n'a pas ouvert de dossiers contentieux pour cette personne, puisse postérieurement conseiller ou plaider contre elle ;

- on admet, sous la pression des intérêts des « *big four*¹⁶ » et des grands cabinets d'affaires que des avocats exerçant dans le même cabinet puissent conseiller des clients qui ont des intérêts contradictoires ;

- on privilégie « l'ingénierie juridique », science de l'action juridique neutre au service du client, face à la spécificité de *l'affectio societatis* entre l'avocat et son client ;

- on accepte, à l'encontre des règles et usages, la rétention de pièces et du dossier tant que le client n'a pas réglé ses honoraires, alors que l'on devrait distinguer l'obligation de diligences d'intérêt public et le contentieux spécifique du règlement des honoraires ;

- on est de plus en plus laxiste sur les violations du secret des correspondances entre avocats, au travers de l'utilisation abusive des « lettres officielles », etc.

Or à y regarder de plus près, l'ensemble de ces règles que certains disent « archaïques » ou « prémodernes » n'a été établi que dans l'intérêt des clients, en dehors de la logique de marché.

Si l'on devait intégrer aujourd'hui les « juristes d'entreprise » à la profession d'avocat, pour des raisons de logique concurrentielle avec les professionnels du droit en France, en Europe et dans le « Monde globalisé » ce ne pourrait être qu'au profit du profit et non en faveur de « l'intérêt public » et du service du public. Or comment justifier des droits que confère une profession organisée, s'il n'existe pas de fondements déontologiques, de droits et d'obligations communs pour ceux qui se réclament de son titre ?

16. « *Big four* » les quatre plus gros cabinets de « conseils ». D'origine anglo-saxonne, ces cabinets ne distinguaient pas l'audit, le commissariat aux comptes, l'expertise comptable du conseil en droit fiscal, commercial, en droit des sociétés et en organisation. La fusion entre conseils juridiques et avocats les a intégrés dans la profession d'avocat sans que la muraille entre les deux types d'activité soit complètement étanche. Hélas trois fois Hélas !

En acceptant de recevoir, de conseiller, de s'engager dans une cause, les avocats justifient leur rôle incontournable dans la défense. Il ne s'agit pas d'une simple prestation de service qui s'incorpore dans l'échange standardisé de l'économie de marché.

Une synergie doit exister entre défense, devoir de conseil et engagement. Se crée alors un certain type de relation fondée sur la confiance, laquelle se construit en réalité avant que le client ne prenne la décision de confier son dossier : tout se joue à ce moment-là. Au premier rendez-vous en quelque sorte.

Généralement, le client sera d'ailleurs venu chez cet avocat-là parce qu'il sera déjà informé de son image et par le réseau de clientèle personnelle, ou plus encore institutionnelle, quand il s'agit des organisations syndicales et des institutions représentatives du personnel¹⁷. Un travail d'adaptation se fera progressivement de part et d'autre...

Après un tel échange, l'avocat, qui a jugé ce pacte comme étant conciliable avec ses propres convictions, doit alors s'y tenir, quelles que soient les limites qu'il y trouve : il faut que le client soit convaincu que l'avocat remplira son mandat (*ad litem*) pour l'ensemble du litige. Défendre ce mandat *ad litem*, qui est une particularité de l'avocat de France est aussi, (dans le droit processuel, comme dans le droit substantiel), une garantie pour le public.

En France, le mandat *ad litem* est censé traduire l'engagement de l'avocat auprès de son client, dans la cause qu'il défend. Il est l'un des fondements essentiels de la déontologie instituante et instituée¹⁸. Jusqu'à peu l'ensemble des institutions ordinales de la profession d'avocat tirait une grande partie de leur légitimité du fait qu'elles assuraient le contrôle disciplinaire des activités professionnelles de chaque avocat. Cette déontologie était en grande partie fondée sur le rapport entre le silence et la parole. Comme chez les paysans, le principe du « tope là — cochon qui s'en dédit » était censé organiser une partie significative de leurs rapports. La « confidentialité, le secret, la foi du Palais » était une garantie pour les citoyens, dès lors que la déontologie était forte et que les Conseils de l'Ordre garantissaient une discipline : le silence d'une part et l'éclat de la parole publique d'autre part. La cérémonie judiciaire dans le cadre de son enceinte circonscrite donnait à la plaidoirie sa fonction et parfois sa portée paroxysmique sans que l'on tienne compte de l'interview de l'avocat aux marches du Palais pour

17. L. Willemez, « Quand les syndicats se saisissent du droit. Insertion et redéfinition d'un rôle », *Sociétés contemporaines* 2003, n° 52, p. 17-38.

18. Autant que je me souviens de mes lectures anciennes, Marx distingue dans *Le 18 Brumaire*, le droit instituant du droit institué (la législation instituante et instituée). Il en est de même de la déontologie. Les règles instituées sont celles qui régulent les acquis du passé. Les règles instituantes sont celles qui, en appuyant tel ou tel mouvement profond qui traverse la société, accompagne ou anticipe le changement et participe ainsi de la transformation sociale. Dans la profession d'avocat le CNB (Conseil national des barreaux) doit assurer cette mission. À titre d'exemple, le SAF a dû combattre la déontologie instituée qui, dix ans après 1968, interdisait aux avocats d'aller consulter à l'extérieur de leurs cabinets. Alors que la profession de conseil juridique d'alors pouvait se déplacer chez le client pour appuyer « l'ingénierie du droit » managérial, il a fallu imposer que nous puissions aller consulter au sein des CE et dans les locaux syndicaux. Certains militants du SAF ont été poursuivis par leur Conseil de l'Ordre pour avoir transgressé la déontologie instituée. L'engagement de l'avocat c'est aussi savoir dans la déontologie faire le choix de l'essentiel : la défense du public.

passer au « 20 heures ». Que deviendra ce rapport essentiel entre le silence et la parole si le mandat écrit entre un donneur d'ordre et un avocat se substitue à la liberté de l'action juridique et judiciaire au service des intérêts des clients ? Les Conseils de l'Ordre n'auront-ils plus comme fonction que la vérification de l'existence et du contenu du mandat écrit face aux diligences accomplies par l'avocat ? Au travers de la disposition, apparemment neutre, de l'article 8 du décret du 12 juillet 2005 qui énonce que « l'avocat doit justifier d'un mandat écrit sauf dans les cas où la loi ou le règlement en présume l'existence », n'est-ce pas la mise en cause des principes mêmes de l'engagement de l'avocat ? La logique de firme, d'organisation et de pouvoirs au détriment de la logique de barreaux, des personnes et des libertés ?

On comprend dès lors l'attachement des avocats engagés pour ce mandat global dont l'ampleur est telle, dans son acception française, qu'elle exige du professionnel un engagement « de vérité vraie » auprès du client et ce pour d'autres valeurs que celles du résultat financier pour le client, et du montant de ses honoraires et de la rapidité de leur règlement pour le professionnel du droit. L'avocat qui exerce une profession libre doit savoir qu'il n'y a pas de liberté sans risque. Dans un monde de subordination et d'assujettissement, l'autorité de l'avocat et sa légitimité doivent rester ce privilège de l'engagement. La défense du mandat *ad litem* doit en rester le signe emblématique pour tout ce qui touche la partie judiciaire de son activité. Les avocats engagés doivent se battre pour la défense de cette vision de liberté, sauf à confondre l'exercice de la profession avec les métiers honorables de la prestation de service. Ou pire de l'assimiler à ces officines de conseils d'apparence militante qui fleurissent sur ce nouveau marché porteur d'intérêts de plus en plus ouvertement marchands¹⁹.

L'avocat qui intervient dans un dossier de commission d'office ou d'aide juridictionnelle totale ou partielle, transmis par son bâtonnier, doit s'engager dans le même contrat de confiance avec son client qu'avec celui qui est venu directement le consulter en dehors de la mise en œuvre des missions d'intérêt public du barreau.

B. L'AVOCAT ET L'ENGAGEMENT DANS LES « CAUSES »

Un palier complémentaire existe lorsque les avocats, en dehors de leur exercice professionnel traditionnel, s'engagent dans une cause particulière.

Aux États-Unis et dans d'autres pays de droit anglo-saxon on parle d'avocats des

19. Les avocats du SAF ont toujours défendus un point de vue non corporatiste visant à laisser à d'autres intervenants qu'aux avocats la capacité de défendre : c'est le cas des défenseurs des organisations syndicales et associatives représentatives. Mais il n'est pas question de laisser le champ libre à des officines dont l'intervention conforte l'usage du droit et de la justice à deux vitesses : des grands cabinets d'avocats pour les nantis, les grandes entreprises et groupes, les banques et les assurances, les organisations centralisées dotées d'importants moyens financiers (comités centraux d'entreprise à structures complexes, collectivités territoriales, etc.) et une défense au rabais pour les citoyens et travailleurs isolés, les petites équipes syndicales et le mouvement populaire et associatif de terrain.

« causes »²⁰. Dans la conception d'avocats des causes, les avocats et défenseurs investissent des forces considérables, sans pour autant confondre leurs missions avec les références idéologiques de ceux qu'ils défendent. Dans l'acception française, la notion d'« engagement » est plus marquée politiquement, même si elle se distingue de l'engagement « partidaire ».

La fraction conservatrice de la « doctrine » française privilégie l'apparente neutralité de bon aloi que seraient susceptibles de garantir les professeurs des facultés de droit, seuls légitimes à commenter et/ou critiquer la jurisprudence et à pouvoir dire la doctrine²¹. Il est regrettable que pour leur part les avocats aient abandonné leur position de critique individuelle et/ou collective de la production de la norme et de son application. Cette absence des avocats dans le débat public se conjugue par ailleurs avec l'indifférence que nombre d'entre eux manifestent pour les institutions professionnelles et syndicales de la profession d'avocat. Les avocats des causes semblent tout entiers accaparés par les questions particulières qui les mobilisent : lutte contre la répression à l'encontre des immigrés en situation irrégulière, discriminations, droit au logement, droit de la consommation, défense des victimes de violences policières, défense d'associations de protection de l'environnement, discriminations, maladies professionnelles, violences faites aux femmes, etc.

Bien qu'ils participent à l'activité de nombreuses associations (Ligue des droits de l'homme, GISTI, CNL, DAL, Droit devant, Avocats sans Frontière, etc.), ces avocats souvent progressistes, parfois même très engagés politiquement, mènent parfois parallèlement une vie professionnelle très traditionnelle dans les autres domaines du droit. Engagés dans « une/des cause(s), ils cantonnent leur protestation sociale à cette cause particulière... comme dans le passé on le faisait pour l'assistance judiciaire, *pro Deo*. Fréquemment ces avocats « des causes » se refusent à militer dans, pour et par la profession d'avocats. Mobilisés sur un front particulier ils évitent de participer au débat d'ensemble sur la place du droit et de la justice dans la société en contribuant à ce que

20. V., L. Karpik et T. Halliday, « Avocats des causes et avocats politiques ; deux formes d'engagement », *Justices* 2001, hors série, p. 68 à 70. V. aussi E. Henry, « Intéresser les tribunaux à sa cause : le problème de l'amiante », *Sociétés contemporaines*, L'Harmattan, 2003, n° 52, p. 39-59, et L. Israel, « Le droit mis au service de causes politiques. Un détour par le *cause lawyering*, un modèle d'origine nord-américaine », *Sociétés contemporaines*, *op. cit.*

21. À titre d'exemple récent, M. le professeur P. Morvan écrit pour critiquer l'audace dont l'Association Loysel fit preuve en critiquant le CNE : « C'est ainsi que des praticiens du droit social, membres d'une association bénévole, ont accablé — non sans talent — le CNE et promis les pires maux aux employeurs qui y auraient recours. Cette pression doctrinale est un procédé intéressant qui démontre l'existence d'une doctrine de professionnels. Mais cette rhétorique se trouve quelque peu émoussée lorsqu'elle » est maniée par des magistrats, donc des fonctionnaires, (qui plus est retraités), ou des avocat, donc des professions libérales » (P. Morvan, « Le contrat de travail première embauche », *JCP S* 2006. 9). On est surpris que cette conception archaïque soit maintenue quand tant de professeurs de droit, et de magistrats à la retraite, sont entrés dans l'arène de l'engagement comme avocats, dans des cabinets proches des intérêts du management, et quand certains avocats engagés, d'un côté ou de l'autre de la barre, sont aussi des universitaires, ou que des universitaires et chercheurs puissent être appelés à siéger à la Cour de cassation... et c'est une excellente chose. La chasse gardée de la vieille garde de la doctrine ressemble trop à une dérive corporatiste pour qu'on y prête une trop grande attention.

l'ensemble de leur activité professionnelle soit irrigué des enseignements de leur propre pratique et de la confrontation avec celle des autres.

Leur engagement, essentiel, trouve son souffle privilégié et son expression dans ce ressort particulier qu'est la conviction, qui donne à l'avocat la volonté et le plaisir d'agir. C'est très certainement un palier supplémentaire de l'engagement. En l'état d'un tel engagement, l'avocat doit ici encore conserver le souci d'apporter au client une défense qui soit conforme à ses intérêts. Sauf circonstance exceptionnelle, et avec l'accord et le mandat ferme de son client, on ne peut défendre des intérêts généraux contre les intérêts et/ou les aspirations de la personne que l'on défend²².

C'est alors que l'engagement au service d'une cause donnée trouve sa véritable force : c'est cet engagement-là que des magistrats peuvent entendre. Il respire le vrai. Le vrai du client et de l'avocat qui ne floue les espoirs de quiconque ni les intérêts collectifs par des effets de manche inutiles.

La clé de cet engagement se construit au travers du processus d'acquisition de confiance du client envers son avocat et du respect de l'avocat envers son client. Ce processus implique naturellement la liberté de l'avocat de ne pas accepter de plaider telle ou telle cause. C'est la clause de conscience sans laquelle il n'y a pas d'avocat engagé.

Il y a longtemps que les magistrats eux-mêmes ont pris conscience de l'utilité de la contribution des avocats clairement engagés. La jurisprudence se nourrit largement de leurs débats publics en audience, par conclusions, interventions dans des colloques, séminaires et publications. Plus les engagements sont clairs, de part et d'autre, plus la motivation de la jurisprudence, à tous les niveaux, du premier juge à la Cour de cassation, sera accessible et intelligible. Et le droit n'en sera que plus créatif.

Il est dès lors impensable que l'avocat se transforme, comme on le voit parfois, pour ne pas dire souvent, en simple « technicien de la défense », en « mécanicien du droit » serviteur zélé, même imaginaire et talentueux, d'une soi-disant « ingénierie du droit²³ » neutre, sans engagement, de type « zéro faute-zéro défaut ».

C. L'AVOCAT ENGAGÉ DANS LE MOUVEMENT DE L'ENSEMBLE DE LA SOCIÉTÉ

Cet engagement de l'avocat devrait être propre à sa profession. L'avocat défend une personne physique ou morale. Mais il défend aussi, à travers elle, un cas et/ou une cause : ce qu'il dit a, de façon visible ou non, à court ou à long terme, des effets sur

22. À titre d'exemple : demander la réintégration dans l'emploi avec annulation du *Plan de sauvegarde de l'emploi* alors que le salarié ne veut pas retourner dans l'entreprise et qu'il n'est intéressé que par l'indemnisation que le plan a concédé semble une attitude incompatible avec le mandat *ad litem* de l'avocat. La référence idéale à la défense de rupture, référée à une autre époque, camoufle parfois l'insuffisance du travail de défense et la volonté de paraître.

23. V sur cette question J. Barthélémy, *Droit social, technique d'organisation de l'entreprise*, Éditions Liaisons, 2003. L'auteur y présente la synthèse de ses réflexions d'avocat organisateur. Son travail a toujours été à la fois une source de réflexions et de contestations pour les avocats « travailliste côté salarié ». Dans son livre récent J. Barthélémy, (*Droit social, technique d'organisation de l'entreprise, op. cit.*, p. 470) met bien en évidence l'interface entre la création d'un vrai « barreau d'affaires » et la généalogie de la création de l'ACE (Association française des avocats conseil d'entreprise) avec ses nombreux spécialistes en droit social avec ses liaisons fortes avec les universitaires à l'origine des DJCE (p. 457).

le plan de l'intérêt général par une sorte d'effet de ricochet dont l'on sous-estime souvent l'importance.

L'avocat qui ne le comprend pas a « le nez sur son guidon » lorsqu'il plaide ou conseille. Il ne peut cependant échapper à son implication particulière dans les problèmes de société. Ainsi, qu'il le veuille ou non, il est nécessairement « engagé » : il est dans une situation professionnelle qui lui crée des responsabilités et implique pour lui certains choix de société (mœurs, éthique, égalité sociale, dignité, respect de l'autre etc.). L'engagement est une dimension objective de sa profession.

Certains avocats considèrent qu'ils « ne doivent pas s'engager » parce que, pour défendre leur client, ils ne doivent pas prendre en compte leurs idées « personnelles » quant aux raisons pour lesquelles ils défendent telle ou telle cause, voire pour lesquelles ils exercent la profession d'avocat ; de telles considérations devant rester « au placard de leur vie privée ». Leurs conceptions en terme de valeurs sociales doivent rester occultes par rapport aux débats judiciaires. Une telle vision est illusoire. La politique de l'apolitisme est une politique. Elle conduit au positivisme. Les travaux de Danielle Lochak, sur la qualification juridique du terme « Juif » et les commentaires de la doctrine face à cette production normative, sous la période de l'État français de Vichy, en 1940, en sont une démonstration incontournable²⁴.

Ainsi même ceux des avocats qui se prétendent non engagés, au nom de la formule malheureuse du livre d'Albert Naud, *Les défendre tous*²⁵, s'engagent par omission au service de la pensée correcte, de la pensée dominante. Ces avocats, non engagés, ne veulent pas assumer consciemment cette dimension de leur profession. Les résultats, à plus ou moins long terme, de leur activité peuvent avoir des conséquences désastreuses dans l'efficacité de leur défense comme dans leurs effets sociaux.

Cela est particulièrement vrai dans le droit du travail. Nul ne peut défendre ses clients dans le cadre d'un positivisme étroit qui prend un texte dans sa lecture exégétique sans tenir compte du but poursuivi par la norme admise par les avocats « côté employeur » et des juges socialement non engagés.

À titre d'exemple, les syndicalistes clandestins, et les avocats travaillistes « côté salariés », ont continué à défendre, sous Vichy²⁶. Ils ont utilisé, contre les employeurs, des principes généraux du droit y compris pour contester les principes de la Charte du travail.

Nous faisons déjà de même avec « le plaider coupable » comme avec les contrats nouvelles embauches (CNE) qui entend précariser les règles du contrat à durée indéterminée²⁷.

24. D. Lockak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1989, p. 252 ; « Écrire, se taire... Réflexions sur la doctrine antisémite de Vichy » in *Le Genre Humain* 1996, n° 30-31, actes du colloque « L'encadrement juridique de l'antisémitisme sous le régime de Vichy », Dijon, 19 et 20 décembre 1994.

25. A. Naud, *Les défendre tous*, Robert Laffont, 1973.

26. V., J.-P. Le Crom, *Syndicats nous voilà ! Vichy et le corporatisme*, préface de Robert O. Paxton, Les Éditions de l'Atelier, coll. « Patrimoine », 1995.

27. P. et P. Bouaziz, « CNE. Vous avez dit sécurisation ? » *Semaine sociale Lamy* 3 octobre 2005, n° 1230, p. 7 et s. V., P. Bouaziz, « L'audience initiale de Conciliation et le CNE » colloque de la com-

Défendre hier les grévistes de LIP, avant-hier ceux de la Manufacture d'armes de St Étienne, aujourd'hui ceux de Métal Europe, implique que les grévistes en lutte ne soient pas défendus avec les mêmes arguments que les « patrons routiers » qui bloquent les frontières en faisant obstacle à la liberté du travail²⁸. L'engagement dans la « cause » de la défense permanente des « moins égaux que les autres » fait toujours sens.

Cet engagement politique de la défense trouve, en certaines circonstances, un haut degré de conscience de la mission de la défense et du sens démocratique et citoyen « de la défense de la défense ». Ce fut le cas pendant la Seconde Guerre mondiale et dans d'autres événements mondiaux. Il y a quelques années le bâtonnier de la Servette, à Lyon, quand il se commit d'office pour la défense de Barbie, l'a signifié de façon éclatante. C'est au barreau, en toutes occasions de « les défendre tous » et non à chacun des avocats, individuellement, qui peut se prévaloir de la « clause de conscience » de la liberté de choix de chaque avocat.

Chacun est en droit de disposer « de la liberté de ne pas choisir » tel « justiciable », et d'avoir à défendre des idées que condamnent ses propres convictions ou son éthique personnelle.

En effet, si les avocats qui se disent « neutres », non engagés, disent une chose puis son contraire lorsqu'ils passent d'un dossier à l'autre, la jurisprudence risque fort de s'écarter de plus en plus du mouvement de la société : elle sera marquée par le manque de pertinence par rapport aux questions de société, voire au manque de lisibilité et de cohérence qu'implique tout à la fois les principes généraux du droit, « l'esprit de lois », l'éthique.

La faiblesse idéologique des partisans d'une neutralité, qui se cache parfois sous la sémantique de « ingénierie juridique » réside dans son intégration au fort mouvement de notre système économique et social qui se laisse absorber par souci de la « rentabilité », au détriment de « ce qui est humain » dans la vérité juridique et judiciaire.

L'engagement de l'avocat est au centre de sa profession. Il suppose donc la compréhension que ce qu'il dit a des conséquences en terme de jurisprudence, et en fin de compte, sur des choix de transformation de la société civile, du rôle de l'État et de la place du droit et de l'institution judiciaire dans le fonctionnement d'une société démocratique.

mission de droit social du SAF du 10 décembre 2005. V. Association Loysel, T. Grumbach, P. Lanquetin, P. Lyon-Caen, Cl. Michel, Ch. Zbinden, « Employeurs, salariés vous avez été trompés », *Le Monde* 11 février 2006; par les mêmes, *Semaine sociale Lamy*, 20 février 2006, n° 1249, p. 9 (art. plus développé); E. Dockès, « Du CNE au CPDE, après le jugement du Conseil des prud'hommes de Lonjumeau », *Droit soc.* avril 2006, n° 4, p. 356.

28. V. La liberté du travail est une notion spécifique des relations du travail en France. Elle est issue des valeurs de 1789. Elle est ambivalente et confuse. L'ancestrale atteinte à la liberté du travail de l'article 414 du Code Napoléon (art 414 C. pén. initial) n'a été modifié qu'une seule fois, sous « Napoléon le Petit », en 1864. Cet article, toujours en vigueur, est redevenu d'actualité après 1968. Il est encore utilisé contre les intérêts des travailleurs en mouvements par la liberté de la grève. L'article 412-1 du Code du travail en consacre le principe : « L'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et des libertés [...] en particulier de la *liberté individuelle du travail* ».

Dans le débat public la doctrine comme les praticiens, magistrats, avocats, défenseurs, organisations syndicales et associations patronales, lisent le droit au travers de la production normative des juridictions. Sans le regard des protagonistes sociaux, des sociologues, économistes et politologues, nous restons si ce n'est aveugles, à tout le moins borgnes.

Par exemple, c'est le cas pour la tertiarisation des salariés de France. Elle apparaît nettement par l'évolution du contentieux dans les sections des Conseils des prud'hommes de France²⁹.

De même sans étude quantitative et qualitative du mouvement de « suprématisation³⁰ » de la Cour de cassation, on ne peut comprendre, notamment en droit du travail, la portée de l'inadmissibilité des pourvois, ou de certains moyens des pourvois³¹. 47 % des justiciables qui ont vu leurs pourvois déclarés inadmissibles, sans motivation véritable, sont en droit d'estimer que la justice est redevenue opaque. Or depuis 1789 elle doit se donner à voir. Elle doit se rendre « portes ouvertes » pour être transparente, au sein d'une société.

Une telle réduction du flux judiciaire dans la plus totale opacité, fait obstacle à la lisibilité et à la transparence de l'institution judiciaire. Laurent Poulet³² écrit : « Ainsi le contrôle de la Cour de cassation est pragmatique, des considérations d'opportunité peuvent la guider si bien qu'elle ne procède pas à une analyse "purement scientifique" de l'arrêt ». Cela peut expliquer nombre d'incompréhensions de la part de la doctrine à l'égard de la Cour de cassation, la première n'ayant pas accès à des informations qui ont pu guider la seconde.

« Par ailleurs l'étude de la jurisprudence est une illustration des dérives de la procédure de non-admission. [...] On ajoutera que l'absence de diffusion publique des décisions de non-admission met, dans une certaine mesure, à l'abri de la critique et qu'il ne peut être exclu que passent ainsi inaperçues un certain nombre de décisions contestables. » On ne saurait mieux dire !

La « gestion de la pénurie » induit un bouleversement des pratiques judiciaires, sans débat public. On le sait pour la non-admissibilité, on le constate pour la LOLF.

29. V., B. Munoz Perez et E. Serverin, « Le droit du travail en perspective contentieuse, 1993 à 2003 », Ministère de la Justice, juin 2005. V. aussi actualisation « *Infostat justice* » n° 87 dont le résumé est publié dans la *Semaine sociale Lamy* 4 sept. 2006, n° 12/72, p. 4/5.

30. V. sur cette question : T. Grumbach, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail » in *Études offertes à J. Péliissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 253 et s.

31. Ainsi la chambre sociale de la Cour de cassation évalue en octobre 2005 à 47 % le nombre de pourvois déclarés « inadmissible » avec le motif répétitif « Il n'y a pas lieu de statuer sur ce moyen qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ». 47 % sans autre motif. 47 % de citoyens, qui restent dans l'opacité et l'inintelligibilité des raisons qui ont conduit au rejet de leurs prétentions. À ses 47 % il convient aussi d'ajouter ceux des arrêts qui pâtissent de motivations « tampons » ou qui se contentent de renvoyer de façon contractée à la seule appréciation des juges du fond, y compris lorsque le motif de la saisine est la dénaturation ou l'omission de faits par la cour d'appel... sans compter qu'une telle procédure opaque fait obstacle au rôle des avocats près la Cour de cassation qui sont dans l'impossibilité de remplir leur « obligation de conseil » pour renseigner les parties sur les raisons qui doivent les conduire à élever, ou non, l'affaire devant la Haute juridiction.

32. L. Poulet, « Quelques observations sur le pourvoi en cassation en matière de divorce », *D.* 2005. Chron. 2636, § 13, 14 et 20.

On en a pas encore mesuré l'ensemble des effets pervers dans l'ensemble des contentieux judiciaires.

J'estime pour ma part que si les organisations syndicales représentatives de salariés, ensemble avec le SM, l'USM et le SAF entreprennent les démarches qui s'imposent auprès des parlementaires, du gouvernement, des partis de l'arc démocratique et des candidats semi-déclarés à la présidence de la République, la place du droit et de la justice pourrait enrichir l'ensemble du débat sur le projet politique d'une transformation sociale qui s'impose.

L'avocat engagé³³, étant écouté par le juge en sa qualité de *partenaire* de justice, sait qu'il contribue, non seulement à l'élaboration de la vérité judiciaire dans un dossier donné, mais aussi, au-delà du litige en cause, à l'élaboration *du droit en mouvement et à une certaine conception du rôle de l'institution judiciaire dans l'équilibre et la séparation des pouvoirs*.

L'avocat engagé a conscience de ses responsabilités et effectue des choix de ce point de vue : il utilise le droit comme outil au service des causes qu'il défend, au-delà des personnes.

Cela requiert une cohérence, une ligne directrice au-delà de chaque affaire, cette cohérence relevant d'une sensibilité, d'une motivation, d'une conviction de l'avocat qui lui est quelque part « personnelle » (v. ses origines familiales et sociales, sa culture, ses lectures, *ses engagements politiques, associatifs, culturels, philosophiques, à l'extérieur de la profession*, etc.), même si elle peut être aussi d'ailleurs le fruit d'une réflexion collective.

NE PAS CONCLURE, PARTICIPER AU DÉBAT QUI VA NAÎTRE ET SE DÉVELOPPER

Les juristes engagés ne devraient pas se contenter d'une orientation « démocratique minimale » qui inhiberait les débats et les combats en les cantonnant dans le consensus mou de la pensée correcte.

Il est vrai que dans la société contemporaine les observateurs parlent beaucoup du « désengagement militant³⁴ ». Chacun d'entre nous, peu ou prou, a constaté ce phénomène. Les plus anciens s'interrogent sur le passage du témoin « aux jeunes générations ». Encore leur faut-il ne pas oublier que le mouvement social sait réserver à la société ses capacités créatives de révoltes pour la liberté... qui n'a pas de prix et pour la dignité qui en est souvent le ressort.

Les mouvements récents pour la défense de la dignité de la jeunesse, tant dans les quartiers populaires que dans l'École et l'Université et contre le CPE et ses pro-

33. V. L. Willemez, « Engagement professionnel et fidélités militantes : les avocats travaillistes dans la défense judiciaire des salariés », *Politix* 2003, n° 62, p. 145-164.

34. O. Fillieule (dir.), *Le désengagement militant*, Paris, Belin, 2005.

longements dans le CNE, face à la France « d'en haut », enfermée dans ses égoïsmes démographiques, en sont la démonstration.

Ces mouvements redonnent l'envie de faire et de dire et ces journées de Dijon en sont l'une des manifestations au sein du milieu des juristes engagés.

Déjà un certain nombre d'articles de ces juristes marquent la vigueur d'un engagement renouvelé. La mobilisation des acteurs s'accompagne de celle des auteurs contre l'évolution prise actuellement par le droit du travail avec les lois publiées depuis quelque temps³⁵ et des prises de position, fermes et sans compromission, du côté des salariés et des syndicats de salariés, dans les débats sur le CNE et le CPE, comme dans les réformes annoncées du Code du travail.

L'ouverture des débats à tous les acteurs du droit du travail, sans sectarisme ni esprit de « parti », nous invite à combattre nos propres timidités et à encourager toutes les audaces.

35. V., E. Dockes, « Le stroboscope législatif » *Droit soc.* 2005. 835. Article particulièrement percutant et évocateur sur l'ensemble de la question.

La profession d'universitaire face à la question de l'engagement*

Danièle Lochak

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), Université Paris X-Nanterre

Le juriste universitaire est un juriste pas tout à fait comme les autres — « les autres » désignant ici les magistrats et les avocats. Bénéficiant de plus de liberté — de liberté intellectuelle et de liberté tout court — qu'un magistrat, il est en revanche tenu, en tant qu'enseignant et en tant que chercheur, par des contraintes d'objectivité et d'impartialité qui ne s'imposent pas de la même façon aux avocats.

Mais l'universitaire juriste est aussi un universitaire pas tout à fait comme les autres, en raison de la spécificité du savoir qu'il manie : un savoir utilisable par le pouvoir, voire monnayable sur la scène politique, parce qu'il est utile aux décideurs. Les juristes — on pourrait en dire autant des économistes — ont donc tendance à parler en tant qu'experts, à s'estimer porteurs d'une parole autorisée, surtout à une époque où le débat public se cristallise autour du droit, favorisant ainsi l'intervention des juristes.

Une des questions cruciales qui se pose au juriste universitaire — et plus encore au juriste engagé — est celle de l'articulation entre son travail scientifique et ses convictions de citoyen. La question se décline sous plusieurs formes : concernant le chercheur, elle a trait à l'objectivité et à la neutralité de la science, ainsi qu'à la fonction ambiguë du travail doctrinal ; à propos de l'expert qui met son savoir au service des décideurs ou entend éclairer l'opinion, la question posée est celle du dévoiement potentiel de l'expertise, lorsque l'alibi de la science recouvre ou camoufle des prises de position politiques ; lorsque le juriste intervient dans son simple rôle de citoyen engagé, la question est celle des formes que peut prendre la mobilisation du droit au service d'une cause ; comme enseignant, enfin, le problème réside dans

* Certains développements de cette contribution sont repris du texte à paraître in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de M. Troper* (Économica, 2006) sous le titre : « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes ».

le délicat équilibre entre l'objectif de former des citoyens éclairés et celui de ne pas abuser de son autorité.

I. LE JURISTE COMME CHERCHEUR : L'IMPOSSIBLE NEUTRALITÉ ?

La démarche scientifique, comme le positivisme juridique, imposent d'évacuer les jugements de valeur, ou à tout le moins de toujours bien distinguer « jugements de fait » et « jugements de valeur ».

En dépit du positivisme dominant dans les facultés de droit, l'idée que la doctrine doit être neutre n'est guère confortée par l'observation. Ce qui frappe, c'est au contraire la fréquente propension des auteurs à prendre parti et à passer d'un discours *de lege lata* à un discours *de lege ferenda*. La doctrine a également bien du mal à se défaire d'un jusnaturalisme latent, particulièrement visible lorsque les textes commentés interviennent dans des domaines fortement imprégnés du poids de la morale traditionnelle, comme les relations familiales ou la sexualité. Les commentaires qui ont entouré la naissance du Pacs montrent à quel point les juristes sont prompts à abandonner la posture du savant pour celle de l'idéologue ou du moraliste, critiquant toute réforme qui leur semble aller à l'encontre de « la nature immuable des choses »¹.

Dans la mesure, toutefois, où le juriste universitaire reste soumis en principe à des contraintes déontologiques qui lui imposent de décrire, commenter et interpréter le droit en vigueur sans faire prévaloir ses propres opinions philosophiques ou politiques, les partis pris idéologiques sont en général moins apparents : les juristes ne taisent pas leurs opinions mais ils les camouflent sous une argumentation formellement juridique. Ainsi, dans le débat particulièrement virulent auquel a donné lieu l'affaire *Perruche* dans le milieu des juristes, les deux camps se sont affrontés à coup de notions techniques et de théories juridiques : la causalité, le principe du préjudice, la nature du préjudice, l'effet relatif du contrat, la notion de « personne » ; mais derrière la conceptualisation juridique on sentait malgré tout affleurer les considérations philosophiques sous-jacentes.

Cela étant, il ne faut pas non plus avoir une vision éthérée de la science. L'épistémologie contemporaine nous rappelle que les « vérités » auxquelles nous fait accéder la connaissance scientifique, y compris dans le champ des sciences dites « exactes », ne sont jamais que des vérités relatives et historiquement situées : les questions posées, les problématiques, les modèles explicatifs, les catégories qui visent

1. L. Leveneur, « Les dangers du contrat d'union civile ou sociale », *JCP* 1997. 4069. V. aussi A. Sériaux, « Être ou ne pas être : les ambiguïtés juridiques de la constitution légale d'un contrat d'union civile », *Juris-Classeur famille* mars 1998, où l'on rappelle au lecteur que « les "couples" de concubins ne sont pas d'authentiques couples puisqu'il leur manque — au moins selon la loi — le don initial de leur personne qui fonde un devoir strict de fidélité ».

à rendre compte de la réalité perçue sont toujours dans la dépendance des valeurs et des schémas de pensée dominants à une époque et dans une société données. Dans le domaine qui nous concerne, l'idée qu'on peut dissocier entièrement les faits et les valeurs est illusoire parce que la réalité observée — les « faits » — ne prend sens qu'éclairée par les valeurs que la société lui attache. Par conséquent, en dehors même des hypothèses où l'on discerne sans peine, sous l'apparente technicité de l'argumentation, l'idéologie qui l'inspire, on peut douter de la possibilité de produire une science du droit parfaitement neutre.

Mais avoir conscience des valeurs qui sous-tendent la démarche scientifique et des déterminismes qui pèsent sur toute recherche, accepter de renoncer à l'idéal d'une science pure débarrassée de toute scorie idéologique n'entraîne pas qu'on doive s'affranchir de la déontologie de la recherche qui impose de s'astreindre à l'objectivité, de ne pas se laisser guider par ses préférences personnelles. Rendre compte du droit positif est une chose, porter sur lui un jugement en est une autre : cette distinction est assurément fondamentale, sauf à retomber dans les errements du jusnaturalisme ou à accepter de laisser libre cours à la subjectivité de chacun.

Le juriste, et notamment celui qui se reconnaît dans la figure du « juriste engagé », doit donc se frayer un chemin entre les écueils qui guettent l'universitaire attaché à sa condition de « savant » mais qui ne se résigne pas pour autant à abandonner ses prérogatives et ses responsabilités de citoyen.

Comment, en pratique, combiner ces exigences potentiellement contradictoires ? Comment s'efforcer à l'objectivité sans laquelle il n'est pas de science possible et qui implique de ne pas amalgamer jugements de fait et jugements de valeur, sans aboutir à une distanciation qui paraisse entériner ce que l'on juge éthiquement ou politiquement condamnable ?

Il est parfaitement possible, suggère Michel Troper, « de décrire de manière neutre et objective un certain droit positif que par ailleurs on réprovoque et on combat ». Cette solution a le mérite d'éviter le mélange des genres par une séparation claire entre l'activité du chercheur et les prises de position du citoyen. Mais outre qu'elle peut s'apparenter à une forme de schizophrénie, l'idée d'une dissociation totale entre ce qu'on écrit ou enseigne, d'un côté, un éventuel engagement dans la sphère publique, de l'autre, n'est pas une réponse suffisante. D'abord parce qu'on peut douter que la science du droit doive se cantonner dans la description du droit positif, ensuite parce qu'il est illusoire de prétendre décrire de façon « neutre et objective » une réalité qui n'est jamais « neutre » mais porteuse de signification politique et idéologique : de sorte que la description « neutre et objective » du droit positif produit des effets de naturalisation et de légitimation qui entrent directement en conflit avec la prétention à la neutralité de celui qui s'exprime, comme nous nous sommes efforcés de le montrer à propos des commentaires doctrinaux portant sur le droit antisémite de Vichy². En présentant de façon « neutre et objective » le droit

2. « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Publications du CURAPP, PUF, 1989, suivi de la réponse de M. Troper, « La doctrine et le positivisme ».

antisémite, en se livrant à l'exégèse des textes et au commentaire des arrêts, en dissertant doctement sur les lois raciales, en leur appliquant les mêmes méthodes d'analyse qu'aux autres branches de la législation, les juristes, nous a-t-il semblé, ont contribué à banaliser ce droit et à légitimer la politique antisémite de Vichy, l'exclusion des Juifs n'apparaissant pas, à travers leurs écrits, comme un objectif dicté par la haine raciale mais comme une chose naturelle et évidente.

Mise en évidence à propos du droit antisémite de Vichy, la fonction de légitimation du discours doctrinal est en réalité un phénomène beaucoup plus général, qu'on retrouve aussi lorsqu'il s'agit de décrire la législation applicable aux étrangers, les réformes pénales ou tout simplement l'évolution du droit de la famille³.

Il faut donc trouver une autre façon de sortir de cette double contrainte en forme de dilemme — dilemme particulièrement aigu dans des périodes ou face à des lois d'exception mais qui existe toujours de façon latente : prendre parti, c'est saper les fondements de la démarche scientifique qui exclut, justement, tout « parti pris » ; se cantonner dans une position d'observateur neutre et impartial, c'est donner l'impression de cautionner une législation ou un régime que l'on critique, voire, dans les cas extrêmes, que l'on estime devoir être combattus.

D'autant que le juriste est souvent le mieux placé pour démontrer et dénoncer le caractère dangereux ou pervers de certains textes. S'il refuse de se livrer à ce travail, qui le fera ? On ne peut être insensible, à cet égard, à la virulente attaque lancée par Henri Dupeyroux en 1938, dans les *Archives de philosophie du droit*, contre le positivisme juridique, stigmatisé comme « le refuge le plus commode pour assister à tout le spectacle sans rien risquer » : « La règle, rien que la règle, rien que le commentaire de la règle ! Que sombrent les régimes politiques, qu'une dictature emporte le parlementarisme ou que la loi de la majorité se substitue à la volonté d'un seul [...], le positiviste juridique commente toujours, en principe avec une impassible tranquillité, parfois aussi avec le plus contagieux enthousiasme, la volonté changeante des maîtres du jour. »

Mais s'il importe que la « neutralité » de l'homme de science n'anesthésie pas chez lui le sens critique et ne devienne pas l'alibi de toutes les démissions ou de toutes les compromissions, il faut avoir conscience, inversement, des risques de la posture jusnaturaliste. Pour un Dupeyroux qui récuse la neutralité positiviste parce qu'elle empêcherait, selon lui, de dénoncer les régimes totalitaires, combien d'autres utilisent la référence à la nature pour faire prévaloir leurs convictions ultraconservatrices et contester les réformes législatives qui s'éloignent par trop de la morale traditionnelle ?

La solution ne réside pas non plus, à notre sens, dans l'adoption d'une posture de dénonciation. Anti-scientifique par excellence, elle débouche sur un mélange des genres doublement dommageable : elle nuit à la crédibilité scientifique du discours sans être efficace pour la cause que l'on prétend défendre, dans la mesure où elle fait apparaître en pleine lumière la subjectivité de celui qui tient ce discours dénoncia-

3. V. Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004, p. 245 s.

teur. Un des éléments de la solution peut en revanche résider dans l'adoption d'une démarche scientifique critique, propre à éclairer ceux qui auraient spontanément tendance à adhérer à l'ordre dessiné par les règles de droit. Faire prévaloir un point de vue critique, c'est en effet viser à faire émerger ce qui n'est pas immédiatement perceptible ou visible, en refusant de se cantonner à la simple description du droit en vigueur, en démontant les processus de construction des catégories et concepts juridiques qui servent à exprimer les normes en vigueur, en n'hésitant pas à élargir le champ d'investigation aux conditions de production de ces normes ou encore aux usages sociaux du droit. L'autre élément de la solution reste, bien entendu, la possibilité pour le juriste de s'engager parallèlement à son activité de chercheur et de faire connaître son point de vue en tant que citoyen.

II. LE DÉVOIEMENT DE LA FONCTION D'EXPERT

Si la réflexion scientifique et la décision politique relèvent de logiques et supposent des aptitudes différentes, les « savants » peuvent être amenés à mettre leur savoir au service des décideurs. C'est particulièrement le cas des juristes : parce que la maîtrise du droit est nécessaire à l'exercice du pouvoir, parce que les politiques publiques doivent pour se concrétiser être traduites en règles juridiques, les gouvernants font appel aux juristes lorsqu'ils ont « besoin d'une expertise technique préalable à une prise de décision ou lorsque le savoir juridique peut [leur] apporter un surplus de légitimation »⁴. Réciproquement, la fonction d'expertise ajoute au prestige intellectuel de l'universitaire. Il y a donc là un échange de services bénéfique pour les deux parties, qui explique la propension naturelle des juristes à accepter de jouer le rôle d'expert auquel on les convie⁵.

Prêter son concours aux gouvernants est parfaitement légitime dans une démocratie. Plus généralement, le juriste peut, en utilisant sa compétence propre, éclairer les débats publics, notamment lorsque les controverses politiques, comme c'est souvent le cas, ont une dimension juridique. L'expertise peut toutefois donner lieu à des formes d'utilisation dévoyées, notamment lorsque l'invocation d'un savoir technique sert à appuyer un argument d'autorité, à légitimer des choix politiques ou à camoufler un parti pris idéologique.

Pour illustrer ces dérives ou ces dévoiements, il suffit de prendre quelques exemples de questions ayant donné lieu à des débats très controversés, voire polémiques, dans lesquels les juristes ont été sollicités d'intervenir en tant que tels ou dans lesquels ils se sont spontanément invités. Ainsi, il nous semble que la compétence juridique ne conférerait aucune légitimité particulière pour dire si la parité portait ou non atteinte au « modèle républicain », s'il convenait de dire « oui » ou

4. *Op. cit.*, p. 236.

5. Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *op. cit.*, notamment p. 176 et p. 236.

« non » à la Constitution européenne, ou encore si le mariage entre personnes de même sexe ou l'adoption homoparentale vont ou non à l'encontre d'impératifs de nature anthropologique. Toutes ces questions ont, certes, une dimension juridique, puisque, en fonction des réponses apportées, elles impliquent des réformes constitutionnelles ou législatives importantes dont la mise en œuvre nécessite le concours des juristes ; mais les réponses elles-mêmes sont dictées par des considérations politiques, par des convictions idéologiques ou philosophiques, non par des impératifs juridiques.

Le premier exemple est celui du débat sur la parité auquel les constitutionnalistes les plus éminents ont été étroitement associés. La Commission pour la parité entre les femmes et les hommes dans la vie politique, présidée par Gisèle Halimi, a auditionné de façon spécifique cinq professeurs de droit : Guy Carcassonne, Georges Vedel, Louis Favoreu, Olivier Duhamel, Francine Demichel⁶. La principale, sinon la seule question proprement juridique soulevée étant de savoir si, pour mettre en œuvre la parité, une réforme constitutionnelle était nécessaire, et la réponse à cette question ne faisant aucun doute compte tenu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il ne faut donc pas s'étonner que les contributions de ces illustres universitaires aient été assez peu juridiques. Guy Carcassonne explique que « comme tout Français pétri des principes contenus dans la Déclaration des droits de l'homme et dans la conception laïque de la démocratie, [il est] par conviction hostile à toute catégorisation de la population » ; Olivier Duhamel fait valoir que la parité serait utile, que, pour la mettre en œuvre, une révision constitutionnelle est indispensable mais possible, que l'instauration de la parité apporterait des bénéfices sociaux pour la communauté dans son ensemble ; et s'il estime qu'elle serait toutefois contraire aux principes fondateurs de la démocratie constitutionnelle, il reconnaît que ces principes fondateurs sont idéologiques plus que juridiques. Georges Vedel, pour sa part, admet avec franchise que « c'est une question assez subjective qui dépend un peu de la personnalité, de la culture, du système de valeurs que chacun porte en soi ». En l'espèce, donc, on ne peut pas faire grief aux juristes d'avoir cherché à invoquer leur compétence propre pour imposer leurs choix subjectifs ; on peut simplement se demander quel était le sens de cette consultation sur le principe (et non sur les modalités de mise en œuvre) de la parité, sinon qu'elle est apparue comme « incontournable » au regard de la fonction presque naturelle d'« expert institutionnel » remplie par la doctrine, en l'espèce la doctrine constitutionnaliste.

Un deuxième exemple : l'engagement des juristes pour le « oui », d'un côté, pour le « non », de l'autre, à la Constitution européenne. Dans l'appel à voter oui, intitulé « Juristes pour l'Europe », on pouvait lire notamment : « Le texte [de la Constitution] ne manque pas de mérites : unité du texte, plus intelligible, système de pouvoir plus simple et plus efficace, progrès dans le domaine du respect du droit, fonctionnement des institutions plus démocratique, charte des droits fondamen-

6. Observatoire de la parité, *Rapport de la Commission pour la parité entre les femmes et les hommes dans la vie politique*, par Gisèle Halimi, 1996.

taux... » et il se terminait ainsi : « Les signataires du texte ci-dessus, juristes de formation et de profession, ont des sensibilités politiques diverses. Ils ont en commun l'espoir que la construction européenne, l'invention politique la plus neuve, la plus intelligente de l'après-guerre, va se poursuivre. Cette constitution n'est pas la fin de l'histoire; elle est une étape sur un chemin qui doit rester ouvert aux générations futures »⁷. Sans doute pour répliquer à cette initiative, qui a eu un large écho puisque l'appel a été signé par plusieurs centaines de personnes dont beaucoup d'universitaires, un « appel des juristes pour le non » a été lancé par 23 personnalités appartenant toutes, sauf une, à l'Université⁸. Certes, les arguments mis en avant dans chacun des deux appels s'appuient pour partie sur une analyse du texte proposé au référendum; mais le fait même que des juristes puissent, en excipant de leur qualité de juristes, prendre des positions aussi divergentes montre bien que le véritable enjeu n'est pas juridique mais politique et que l'expertise juridique intervient comme une forme d'argument d'autorité pour donner plus de poids à des prises de position politiques, au demeurant parfaitement légitimes en soi.

Un troisième exemple illustre une autre forme de dévoiement de l'expertise qui s'apparente plus à une opération de camouflage (peut-être inconsciente) d'options idéologiques. Olivier Cayla et Yann Thomas, analysant l'affaire *Perruche*⁹, dénoncent ce mélange des genres qui conduit à faire passer des « valeurs métajuridiques [...] pour des évidences inscrites de toute nécessité dans le droit lui-même »¹⁰. Soulignant le rôle moteur joué par les juristes universitaires dans la critique de l'arrêt *Perruche*, qui ont réussi à convaincre le grand public de ce que la Cour suprême avait gravement attenté au droit et aux valeurs les plus fondamentales de notre société, ils relèvent qu'en stigmatisant la Cour de cassation pour avoir « violé le droit », ils visent en réalité sous ce dernier vocable non pas le droit positif, mais un « droit naturel » ou idéal, politiquement souhaitable à leurs yeux. C'est donc moins comme juristes, techniciens du droit positif, que comme citoyens politiquement engagés que les « anti-perruchistes » ont conduit leur argumentation; mais cette prise de parti idéologique est camouflée derrière un raisonnement qu'ils font passer pour juridique.

Pour conclure sur ce point, on peut dire que mettre son expertise au service du débat public est légitime, mais à condition de ne pas céder à la tentation — hélas fréquente — de brandir la science, ou plutôt « sa » science, comme un argument d'autorité.

7. Consultable notamment à l'adresse suivante : http://www.reseau-ipam.org/article.php3?id_article=950.

8. <http://www.c-e-r-f.org/europe-juristes.htm>.

9. Dans un arrêt rendu le 17 novembre 2000, la Cour de cassation a admis que l'enfant né avec un grave handicap pouvait demander réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution du diagnostic prénatal — fautes qui avaient empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse. Cette décision a fait l'objet de très violentes critiques, en ce qu'elle aurait consacré « le droit de ne pas naître » et ouvert la voie à des dérives eugénistes. Le législateur s'est emparé de la question et a remis en cause la solution de l'arrêt *Perruche* par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades.

10. *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, 2002.

III. LES FORMES DE L'ENGAGEMENT CIVIQUE

Les juristes universitaires peuvent, comme les autres, avoir des engagements en tant que citoyens. L'engagement civique, même lorsqu'il implique une critique de la législation en vigueur ou des décisions juridictionnelles, n'est incompatible ni avec le respect de la déontologie scientifique, ni avec la fidélité intellectuelle aux présupposés positivistes. Michel Troper rappelle à juste titre que le positivisme n'interdit pas de porter des jugements sur le droit positif : il prétend seulement que de tels jugements ne peuvent être portés au nom de la science. Et comme le dit plaisamment Alf Ross, « il est tout à fait possible sans se contredire de nier l'objectivité des valeurs et de la morale et d'être, en même temps, un honnête homme à qui on peut faire confiance pour lutter contre un régime de terreur, corrompu et inhumain ».

De fait, des juristes se sont de tout temps engagés en politique sous des formes variables et en mobilisant à des degrés divers leur compétence propre de juristes. On renvoie ici à la thèse de Marc Milet et à sa typologie des sept figures socio-politiques des professeurs de droit, depuis l'« universitaire juriste », caractérisé par une indifférence radicale à l'ordre politique, jusqu'au « politique juriste » dont la notoriété politique l'emporte sur la qualité d'universitaire, en passant par les figures intermédiaires du « juriste universitaire » chez qui le praticien, notamment par le biais de la consultation, supplante la figure professorale, du « juriste mondain » qui privilégie les interventions savantes dans l'espace public, du « juriste spectateur engagé » qui apporte son expertise à un parti politique, du « législateur juridique » détaché des contingences politiciennes avant de finir par franchir la ligne de l'engagement professionnel, ou encore du « juriste en politique » investi dans la professionnalisation politique mais en exerçant des fonctions en rapport avec sa compétence de juriste¹¹.

Mais il y a aussi l'engagement associatif. C'est plus particulièrement dans ce cadre qu'on trouve la figure du « militant expert » : celui qui met son capital d'expertise — ici, le droit — au service d'une activité militante et non au service du pouvoir. Les usages militants du droit ont été analysés et théorisés par le courant du *Cause Lawyering*, né aux États-Unis et qui s'acclimate peu à peu en France¹². Il s'agit d'observer comment certains mouvements sociaux se saisissent de cet instrument à l'appui de la cause qu'ils incarnent ou pour défendre des personnes perçues comme victimes, et utilisent les compétences spécifiques que sont le savoir et le savoir-faire juridiques pour les mettre au service de l'engagement militant¹³.

11. M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, Thèse science politique Paris II, 2000.

12. V. notamment, L. Israël, « Usages militants dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Droit et société* n° 49/2001, p. 793 ; « La cause du droit », *Politix* 2003, n° 62 ; « La défense engagée », *Justices* 2001.

13. Pour une illustration de la figure du « militant expert », on peut se reporter à l'analyse proposée par A. Marek d'une association spécifique : le GISTI (Groupe d'information et de soutien des

Le juriste engagé peut aussi correspondre à la figure de l'« intellectuel spécifique » : celui qui, selon Foucault, ne se prétend pas représentant de l'universel mais tente, à partir des problèmes qu'il rencontre dans des secteurs déterminés, liés à sa profession — le laboratoire, la prison, l'asile, l'Université... —, d'établir un nouveau type de lien entre la théorie et la pratique, d'articuler pour les faire déboucher sur des mobilisations politiques différentes formes de savoir — la compétence des uns et l'expérience des autres.

IV. L'ENSEIGNANT ET SES DILEMMES

Il y a ce qu'on écrit, mais il y a aussi ce qu'on dit, ce qu'on enseigne aux étudiants. La mission de formation est en effet ce qui caractérise en propre la fonction de l'universitaire par rapport aux autres professions juridiques. Quelle place doit-il faire — s'il doit en faire une — à ses convictions politiques ou philosophiques dans le cadre de son enseignement ?

Car tout enseignant, dès lors qu'il ne conçoit pas son rôle comme se bornant à l'exposé du droit en vigueur, se trouve nécessairement confronté, de façon plus ou moins aiguë selon la matière, selon la période, selon la nature et la force de ses propres convictions, au problème de savoir comment intégrer ce qui relève des observations du juriste, de la réflexion de l'intellectuel, des convictions du citoyen. Comment articuler sans les confondre la description du contenu des règles existantes, la mise en lumière de leurs conditions de production, de leur signification et de leur portée sociales, le jugement que, le cas échéant, on porte sur elles ?

Là encore, il n'y a pas de solution toute faite, et une certaine dose de « bricolage » est inévitable, car l'objectif est double et potentiellement contradictoire : il faut donner l'exemple en actes de la liberté intellectuelle tout en prenant soin de ne pas imposer ses opinions comme une vérité de type dogmatique ; être capable de dire ce que l'on pense tout en se gardant de toute forme d'endoctrinement, même indirecte ou involontaire. L'équilibre est d'autant plus délicat à tenir que les étudiants sont spontanément enclins à tenir pour vrai ce qui porte le sceau de l'autorité professorale (sans même parler de la propension qu'ils peuvent avoir à reprendre à leur compte les propos et les idées de l'enseignant en pensant que cela conditionnera leur réussite aux examens).

*

* *

immigrés), qui a choisi de défendre les immigrés en leur offrant l'« expertise » nécessaire en matière juridique (*Le GISTI ou l'expertise militante*, mémoire pour le DEA de sociologie politique de l'IEP de Paris, 2001). V. aussi, concernant cette fois la Cimade, J. Drahy, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la Cimade*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2004.

Tenu à des contraintes spécifiques dans sa double fonction de chercheur et d'enseignant, le juriste universitaire ne peut pas ignorer pour autant les responsabilités qu'il a en tant qu'intellectuel et citoyen. Ces contraintes et ces responsabilités ne sont pas toujours aisément conciliables. La règle essentielle, nous semble-t-il, c'est d'éviter à tout prix le « mélange des genres » : savoir distinguer, dans sa propre pratique, ce qui relève de ces différents rôles ; ne pas cultiver la confusion ; laisser comprendre, lorsqu'on s'exprime, en quelle qualité on le fait ou encore indiquer « d'où l'on parle », comme on disait naguère...

**La profession de magistrat
face à la question
de l'engagement**

Un témoignage : « La route est tracée »

Albert Lévy

Délégué du Syndicat de la magistrature — Région de Lyon

Les choses pourraient se passer dans un pays... Ici ou là. Mais ce pays c'est assurément la France, à propos de laquelle un procureur de la République avait osé affirmer, sans sourciller, dans son discours de rentrée judiciaire qu'on n'appliquait plus la loi au Sud de la Loire... On la négociait ! Le parterre d'officiels présents ce jour-là au palais de justice et bardés de décorations, de titres civils, militaires ou religieux, demeura muet à l'annonce de cette vérité qu'il eut du mal à ingérer avant la réception...

Ce pays où tout peut arriver... Le meilleur ! Avec l'affirmation des principes de liberté, d'égalité et de fraternité taillée dans la chair et le sang des justes et pétris dans le sacrifice de leur destin personnel. Le pire ! Avec ses compromissions et sa cohorte de connivences malsaines, alimentées d'intrigues forgées dans l'insupportable raison d'État et masquant pitoyablement le privilège personnel au détriment du bien commun.

... Existe-t-il encore une ou deux poignées d'humanistes qui ne tordent pas le cou à leurs convictions républicaines pour ne satisfaire que leur dessein personnel ?

Existe-t-il encore une ou deux poignées « d'illuminés inconscients », mais suffisamment lucides de la servitude volontaire dans laquelle on les a placés, pour endiguer ce pire, réfléchi et élaboré par des despotes, investis tant par la grâce de leur autorévélation que par la reconnaissance publique, qui n'utilisent les rouages de la démocratie que pour mieux s'en servir et asservir ?

Parmi ces rouages, la justice...

La justice, dans ce pays est rendue dans une ville, qu'il m'a été donné de connaître : c'est Toulon.

Toulon, qui affiche depuis des temps immémoriaux une corruption nichée dans l'inconscient collectif comme une sorte de patrimoine artistique.

Toulon, peu regardante sur les « affaires » qui alimentent plutôt fièrement le folklore local, est paradoxalement jalouse de l'image idyllique qu'elle donne d'elle-même, avec son soleil et ses palmiers... Et quand on arrive dans cette ville, que l'on est magistrat du parquet comme c'est mon cas, on est vite prévenu par une hiérarchie

qui ne vous prend pas en traître : « Vous allez savoir beaucoup de choses. Mais ici, ce sont les choses de la vie quotidienne... Forcément souterraine ». Certes, ce n'est pas la vie de tous les gens mais de quelques-uns « bien en place ». Une minorité infime, mais influente et d'importance. Celle qui fait et défait les carrières. Vous vous entendez alors dire, comme le parterre d'officiels muets et bien élevés de tout à l'heure, qu'officiellement « il n'y a pas d'affaires car il n'y a pas de dossiers ». Mais attention : interdiction de déterrer quoi que ce soit, sauf ordre contraire ! Interdiction de mettre au jour ce que tout le monde sait. Et ce tout le monde étant « les magistrats du parquet et de l'instruction ». Les vrais, les initiés... Ceux, qui ont vu, su et tu les compromissions de toutes sortes qui relèvent de la « correctionnelle » ou pire encore. Pour ne pas mettre les mains là où ça les rend sales !

On requiert alors votre accord tacite — mais un clignement des yeux suffit à rassurer votre interlocuteur — pour pérenniser le silence face à l'existence d'événements insoupçonnés, qui échappent par tradition locale, à l'information judiciaire.

Mais, on ne sait forcément rien quand on arrive ! Alors, je fais comme les autres. Je ne cherche pas à fâcher et j'entre allègrement dans le jeu de ces confidences feutrées qui finissent par transformer un novice en initié, alors que, d'ignorant, vous devenez imperceptiblement duplice, puis, pour finir, complice.

Moi aussi, j'ai fait comme si je comprenais.

J'en suis au commencement de ma tâche, et lâchement, je pense à m'assurer des faveurs inconnues mais sûrement délicieuses — carrière oblige — d'un hiérarque persuadé de ma bonne et non feinte volonté.

Le problème, avec le temps qui passe et les événements qui alimentent mon esprit, c'est que j'ai forcément commencé à savoir. Et mes premiers renoncements sont apparus... Et je me suis vu ne rien dire. J'étais volontaire pour ne pas m'exposer, par solidarité avec les autres qui savaient...

À Toulon, la compromission de nombre de ses édiles ne nourrit que très rarement et en tout cas, en catimini, une presse régionale aseptisée. C'est un peu comme l'air qu'on respire ou l'eau anisée que l'on boit assis confortablement à l'ombre des palmiers. Ça détend l'atmosphère, ça fait rire à gorge déployée et rassérène l'opinion de ceux dont on a définitivement réussi à déniveler l'intelligence, à coup d'actualités « staracadémisées ».

Dans les cafés et dans les bureaux, on en est même à envier la place de celui qui a réussi, dans la plus absolue illégalité, une belle prise. On félicite sa fortune : « Y a pas eu mort d'homme. C'est une affaire propre. Chapeau ! ». L'homme est assuré d'une belle réélection...

Ni vu ni connu !

- « Comment ça, ni vu ni connu ? Mais si on le connaît, c'est le... »
- Tais-toi ! Y a un dossier ?
- Je n'en sais rien mais peu importe, il suffit de l'ouvrir...
- Alors, pas de dossier, pas d'affaire... »

Une députée, une femme, est morte assassinée...

... L'extrême droite s'est emparée du pouvoir municipal à la surprise surjouée de ses habitants, qui se prétendent, pour la plupart, apolitiques, car comme beaucoup, ils ne sont « ni de gauche, ni de droite » !

Je ne pouvais plus me taire et accepter de détourner mon regard du miroir qui renvoyait de moi une image floue et méconnaissable. Alors, j'ai parlé et j'ai requis. J'ai usé à l'envi de ma liberté de parole dans l'intérêt de la loi et de ceux pour lesquels la justice devait être enfin rendue. Je suis entré en résistance.

Où sont les démocrates ? Tantôt, montrés du doigt, ils se cachent en attendant que ça passe. Leur objectif : s'effacer, disparaître, se mettre en réserve. C'est ce que me rappelait judicieusement le vieux médecin prudent, qui diagnostiquait en moi une maladie singulière, celle de l'antifascisme. Il en avait vu d'autres : « Les périodes troubles — et c'en est une, me disait-il — vous commandent l'ombre, et surtout pas pour résister... Croyez mon expérience, faites-vous oublier, mon vieux ! ».

Où sont les démocrates ? Tantôt, sous la lumière, et, diaphanes, ils prennent alors le risque de se singulariser en se forgeant une mentalité d'assiégés. Il n'est guère nécessaire de les dénoncer, on les devine, on les voit. Il n'est pas utile de mettre fin dans l'immédiat à leur résistance, on les ridiculise ces « faiseurs d'opinion » jusqu'à les humilier pour mieux les abattre. Et puisqu'ils ne sont pas comme les autres, on les psychiatrise !

Toulon... Toulon ! Cette métropole, irriguée en quelques semaines de l'autoritarisme qui lui sied, malmène les gens dans le quotidien de leur vie. Au travail, en famille, dans leurs occupations culturelles, au tribunal, au commissariat ou dans leur relation avec les administrations. Tel, ce directeur du théâtre de la Danse et de l'Image, dont les choix artistiques ne sont ni du goût du maire, ni de ceux du préfet, qu'on jettera dans les geôles d'une république trahie, avec la collaboration d'un procureur zélé, pour avoir à répondre de la régularité d'une note d'essence de quelques dizaines de francs, au demeurant parfaitement justifiée !

Le mot « culture » a déchaîné ici de vieilles haines recuites qu'on croyait définitivement disparues. Les revolvers ne sont fort heureusement pas sortis pour cela, mais on y était presque !

Cette ville, dans la République, devrait être imprégnée de ses valeurs, puisqu'elle est par nature, comme les autres cités, préoccupée par le bien être collectif et individuel de ses citoyens. Pourtant, la nation à l'air de n'en avoir cure de laisser aller à vau-l'eau cette partie d'elle-même livrée au pire ! Comme une sorte de *no man's land* décrété hors de la République et zone de non-droit depuis des lustres, à l'abord de laquelle on pourrait prévenir l'amateur d'émotions nouvelles : « Attention danger pour la vie » ou « À vos risques et périls » ou bien encore « Jeunes ou vieux... Attention à la contagion ».

Cette ville, dont s'est emparée l'extrême droite, est une première en politique, puisqu'elle est la seule ville de France ainsi conquise par les urnes en 1995, à regrouper en son sein, un appareil d'État prêt à l'emploi, à la différence des autres, comme Orange, Marignane ou Vitrolles, ayant eu à souffrir des mêmes affres, mais dont les citoyens pouvaient être assurés de l'appui direct des organes publics d'État

rattachés aux agglomérations limitrophes restées, quant à elles, dans le giron de la République.

Toulon était devenue pour ces nouveaux vainqueurs un laboratoire. Une sorte d'îlot salubre pour l'extrême droite, éloignée du « système », comme ils disent, et prête à recevoir la « collaboration » active de tout ce qui fait qu'une cité est politiquement, judiciairement et culturellement républicaine et démocratique.

Les autres, se contenteront, tant bien que mal, de vivre dans cet îlot devenu pour eux parfaitement insalubre en songeant, peut-être, qu'ils n'ont pas été suffisamment persévérants ou sont trop accommodants pour préserver la démocratie, qui se mérite, force est de le reconnaître, et se gagne chaque jour à l'aune de la vigilance accrue de chacun.

Notre ville — c'est la mienne et celle de mes enfants maintenant — est donc la seule conquise par le Front national, à bénéficier intra-muros des attributs de l'État avec son exécutif et son préfet hors norme en la personne de Jean-Charles Marchiani, son parlement avec son Conseil général, sa défense avec son arsenal et ses militaires et enfin l'autorité judiciaire avec son Tribunal de grande instance, son président et le procureur qui vont avec !

L'extrême droite va donc pouvoir distraire, au profit de ses causes et de ses objectifs, l'appareil public d'État, à l'insu « du plein gré » de ceux qui nous gouvernent à Paris... C'est la dure loi de la démocratie qui en persuadera plus d'un, que la résistance n'avait guère sa place en la matière et pour qui la cause n'avait que peu d'intérêt. La démocratie s'était exprimée, même si c'était pour le pire des alibis politiques ! Pourtant, cinquante ans plus tôt, on avait eu l'exemple de ces magistrats français, qui, sauf pour l'un d'entre eux, avaient sans scrupule prêté serment de faire allégeance au maréchal...

Le gué de la collusion allait être rapidement franchi par les officiels, au cours des réunions, des manifestations publiques et autres rentrées judiciaires solennelles auxquelles la République aime s'adonner et qui fédèrent habituellement l'ensemble de ses forces vives autour d'un maire chaleureusement honoré.

On n'y peut rien, m'entendrais-je répondre, c'est la loi de la République ! Et nous ne sommes que quelques rares dissidents à refuser ces évidences aux yeux d'une magistrature, nettement tranchée sur le haut de la hiérarchie, aguerrie aux flexions serviles et sourires de circonstance, qui se trouve, comme au garde à vous, pâmée devant un maire ceint de son écharpe tricolore. C'est l'essentiel, l'honneur est sauf !

Alors, dans un premier temps, on répugne en silence dans son coin. On reste à l'écart... On digère à la place des autres et ça ne passe pas. Décidément cette nourriture-là, au goût nauséux, nous reste sur l'estomac. Des collègues nous croisent après les agapes ; on ne sait si le visage fermé qu'ils arborent est de l'ordre du reproche qu'ils nous opposent ou significatif d'un commencement du dégoût d'eux-mêmes...

On ne le saura jamais... Ils sont maintenant dans l'oubli, mais j'y pense encore... La plaie n'est pas refermée.

En ville, dans un premier temps, les gens ont le visage figé et glacial des hommes insensibles au combat en faveur du respect des valeurs communes. Ils sont dans la

fuite et confrontés à leurs problèmes de tous les jours : ils ne pensent plus qu'à boucler leur fin de mois. Pire encore, certains, animés par la logique du « tout est bon à prendre » face aux effluves de l'obscurantisme, ne trouvent rien à dire à cette promiscuité dont ils s'accommodent. C'est vrai, ce nouvel environnement est de nature à leur trouver un emploi inespéré. Il y a pour eux un créneau à prendre. C'est le cas, entre autres, de ceux qui se laisseront aller à acquérir, moyennant espèces sonnantes et trébuchantes, leur poste de fonctionnaire municipal auprès d'un cacique frontiste pur et dur... Ces mêmes nervis du Front, devenus de serviles fonctionnaires, refuseront un peu de terre au carré du cimetière municipal pour enterrer les morts, parce que d'origine maghrébine.

Au palais et pour d'aucuns, les libertés individuelles ne sont que grossièretés d'intellectuels gauchistes et décadents, inconscients de la valeur des statistiques, de la gestion des flux et de la marge bénéficiaire d'une juridiction.

C'est une majorité silencieuse et duplice forgée dans l'ensemble des rouages sociaux de la cité qui va constituer une force d'appoint indispensable et indissociable du groupe qui a pris le pouvoir à force de démagogie sur les laissés-pour-compte, et d'érucciations à l'adresse de boucs émissaires coupables de leur malheur. Ces « silencieux » sont persuadés de n'avoir guère perdu leur liberté, dans leur acceptation de voir le tissu social se désintégrer. Quant à leur dignité, c'est périphérique à leur préoccupation du moment... Ils y penseront plus tard.

Si vous n'êtes pas d'accord, vous êtes sommés, par l'ordre fédérateur qui se dessine, de choisir votre camp, et la délation commence insidieusement... Et dans la fonction publique, d'aucuns fabriquent du renseignement : « qui est qui et qui fait quoi ? ». On fait le tri !

Enfin, on peut dire tout haut, ce qu'on pensait tout bas et libérer ses instincts. C'est une sacrée liberté... Et même si on n'y pensait pas, ça ne coûte plus rien de s'y essayer et de faire comme les autres. Le principal n'est-il pas de choisir le camp du plus fort ? Les tabous de la pensée qui réfrénaient jusqu'alors les écarts de langage, s'estompent peu à peu pour disparaître complètement...

Définitivement ! Ces tabous sont même dénoncés comme autant de contraintes et de verrous insupportables qui permettent dorénavant de forcer le trait à l'histoire : la *fausse histoire* qui ne serait que mensonges affectant l'humanité — qu'il s'agisse de la *Shoa* et des événements emblématiques des heures les plus noires de notre pays, sur lesquels le débat historique n'était irrémédiablement plus permis par la conscience collective. L'expression libérée et décomplexée devient une « carte de visite » qui ouvre des portes à ceux qui se trouvent depuis toujours en mal d'images valorisantes. Nul besoin de s'interroger : on pense et on parle pour vous !

C'est les beaux de comptoir qui font recette, des journalistes « anti-tout » en mal de scoop, pour des lecteurs en manque d'« ils sont partout ». Des anonymes de tout poil qui savent tout, sur le pourquoi de l'état de la France « à cause de ceux qui n'y foutent rien et qui n'ont rien à y foutre », des types dont les responsabilités diverses, étouffaient dans leurs tripes jusqu'alors un racisme latent ou épidermique et qui peuvent maintenant exulter sans crainte la noirceur de leur être et décider au bord

d'un zinc, d'une France « purifiée ». Il y a ceux qui peuvent enfin dire « qu'un Arabe est un bicot » ou « qu'un noir est un nègre », comme au temps d'une pensée bridée et révolue, où ils affirmaient, l'air entendu « qu'un chat était un chat », sans aucune répulsion pour eux-mêmes.

Je suis triste et consterné. J'ai beau fermer mes oreilles... Tout cela se dit, en ville, ici et là, dans les rues, les bistrotts, les cinémas et les salles des pas perdus, où les mots et les diatribes ne se perdent pas pour tout le monde !..

La démocratie pouvait être encore sauvegardée. Il suffisait d'un sursaut pour bousculer cette dérive insupportable du rejet de l'autre. Alors, les gens de bonne volonté réfléchissent et se fédèrent en réseaux citoyens. Ils commencent à se manifester en écrivant, en exprimant leur désarroi, d'abord dans les lieux de réunions publiques, ensuite dans les rues, avec d'autres, connus et moins connus, venus de la France entière. Tous se rassemblent autour de l'emblématique défense de la culture pour organiser des salons du livre et de la mémoire collective. Ils dénoncent les rapprochements complices entre fonctionnaires, juges ou policiers, qui prêtent leur concours à d'illégitimes protections.

Les risques paraissent circonscrits à l'échelon local mais ils n'ont rien de mineurs car leur propagation n'est guère illusoire. L'histoire à tendance à bégayer. Oui ! J'entends encore aujourd'hui, après toutes ces années passées, de tristes imitateurs clamer « La France, aimez-la ou quittez-la ! ».

On est dans le provisoire !

Décidément, dans cette ville, le crime n'aura jamais cessé de payer. Lieu quasiment mythique où la république ne cesse d'empiler dos à dos, les hommes dans leur travers les plus pervers, en mettant la démocratie en péril et en concourant à sa perte.

Dans ce marigot de tous les dangers et partout ailleurs, aujourd'hui et demain, j'ai décidé de me battre pour que soit rendue à la justice sa mission de défense des libertés, et à défaut d'être autorisé à poursuivre les nantis du crime, j'ai définitivement décidé de refuser de m'en prendre aux plus démunis...

*

* *

Dans ce pays, où l'on a dit de moi que j'étais malade d'antifascisme, pour mieux me rompre professionnellement, j'ai résolument décidé de ne plus guérir...

Revendications et droit au syndicat de la magistrature

Jean-Christian Vaultot-Pfister

*Membre du Syndicat de la magistrature, membre de Magistrats
européens pour la démocratie et la liberté (MEDEL)*

Le thème que les organisateurs de ce colloque m'ont proposé « revendications et droit » m'a, à l'origine, laissé quelque peu perplexe.

Alors, comme souvent dans ce type de situation, j'ai cherché dans mon dictionnaire historique de la langue française l'étymologie de ce mot « revendication » et, tout à coup, l'objet s'est éclairé de lui-même « revendication » signifiant d'abord « réclamation d'une chose » (*reivindicatio*) puis « action de revendiquer en justice, de prendre la défense de » enfin, à partir de 1860, par exemple sous la plume de Proudhon, « action de réclamer comme un droit.

Aussi, j'articulerai mon intervention autour de deux lignes de force de nature politique et éthique :

- celle du droit de revendiquer, d'abord ;
- celle de la revendication du droit, ensuite.

Lignes de force également constitutives à la fois de l'objet et des enjeux des actions et des luttes conduites par le Syndicat de la magistrature (SM) depuis 1968 puisque c'est, comme le Syndicat des avocats de France (SAF) je crois, l'année de sa naissance en réaction à un associationnisme judiciaire conservateur voire nettement réactionnaire et ce, dans l'effervescence politique et romantique du moment.

I. LE DROIT DE REVENDIQUER

Les magistrats fondateurs du SM revendiqueront immédiatement ce droit en se constituant clairement comme syndicat (ce qui était vraiment novateur pour l'époque) en se définissant non pas comme notables ou comme attributaires d'une charge

ou d'une fonction régalienne mais comme des travailleurs titulaires de droits spécifiques, les droits syndicaux et, en particulier, celui de faire grève et de repenser le monde dans une perspective quasi anarcho-syndicaliste.

On comprend mieux les propos suivants de Maurice Simon, le Premier président du SM, le 7 mars 1969, à la maison de l'Amérique latine devant l'assemblée générale des magistrats résistants :

« Il nous semble tout d'abord indispensable d'abolir à titre définitif la notion du juge de droit divin investi d'un pouvoir sacramentel qui peut se dispenser — du moment qu'il applique la loi — d'ouvrir grand les yeux sur le monde qui vit, change, évolue ou se transforme profondément. Le juge nous paraît surtout investi du devoir de faire de l'institution à laquelle il appartient un véritable grand service public, garantissant dans l'intérêt de la société le respect des lois qui la régissent mais accessible aussi et vraiment accessible à tout homme.

Le prestige et l'autorité du juge n'émanent pas des seuls pouvoirs que la loi lui confère, ils trouvent leur source, leur relief et leur force dans son esprit de justice, son humanité, son courage, sa fermeté, son indépendance et sa compétence.

Penser c'est bien, mais aujourd'hui il faut agir et pour agir il faut risquer et s'engager. Là est le changement nécessaire.

Notre univers judiciaire ne serait qu'un monde oublié et mort si, après avoir imaginé depuis si longtemps et si bien tout ce qui pourrait rendre la justice plus humaine, mieux adaptée et plus efficace, nous devions en rester là, renonçant au combat, vaincus d'avance, transformés en académie de l'art judiciaire couvrant de trop de voiles pudiques notre pusillanimité. Pour offrir aux hommes une justice digne de ce nom et respectable, il faut se grandir dans la difficulté dans le risque.

Tel est le sens de notre engagement et non foi. Nous suivons ce chemin sans nous dissimuler qu'il nous faudra de la persévérance, de l'obstination et de la fermeté, mais nous sommes résolus ».

C'est ainsi qu'est apparu l'engagement militant du SM. Celui-ci n'a pas cessé depuis lors. Il s'est déployé tant en interne, dans une certaine pratique de la profession de juge, qu'en externe, l'action revendicative dictée par les conceptions du SM s'étant exprimée dans tous les domaines. C'est cette action revendicative qu'il s'agit ici de détailler quelque peu.

II. REVENDICATION DU DROIT, REVENDICATION DES DROITS

Les revendications du SM se sont exprimées au plan national, comme aux plans européen et international.

A. AU PLAN NATIONAL

1. Le premier axe revendicatif a d'abord été *l'axe institutionnel* et donc *constitutionnel*.

Dès l'origine, en effet, le SM défendra l'idée d'une justice à la fois fondement et

pilier de l'État de droit, d'une justice au service des idéaux républicains de liberté, d'égalité et de fraternité.

Sur le *plan constitutionnel*, il revendiquera et revendique encore que le Conseil supérieur de la magistrature ne soit plus présidé par le président de la République et que ce dernier ne soit plus (ce qui est un paradoxe dans un système fondé sur la séparation des pouvoirs pour ne pas dire une absurdité) le garant de l'indépendance de la magistrature. Il serait nécessaire que ce Conseil puisse, enfin, être constitué de manière démocratique et que les magistrats soient minoritaires en son sein, cela pour éviter tout corporatisme et toute instrumentalisation de la justice.

Cela suppose, en outre, que seul ce nouveau conseil dispose du pouvoir de nomination, d'inspection et de poursuites disciplinaires des magistrats.

Sur le *plan institutionnel*, la revendication essentielle est celle d'une justice gardienne de la liberté individuelle et plus largement garante effective des libertés publiques. Celle aussi d'une justice au service du droit et des citoyens. Ce qui amène, en permanence, le syndicat de la magistrature à intervenir dans le débat politique, à critiquer, par exemple, les projets et propositions de loi comme cela fut le cas récemment pour la loi sur la sécurité intérieure du 18 mars 2003, ; pour les lois « Perben I » et « Perben II » des 9 septembre 2003 et 9 mars 2004, pour la loi sur la récidive du 12 décembre 2005, pour le recours à l'état d'exception le 8 novembre 2005, pour le recours à l'état d'exception le 8 novembre 2005 ou encore pour le CPE il y a quelques semaines seulement.

De la même manière, le syndicat de la magistrature a mené et mène encore une lutte constante pour l'indépendance tant des magistrats du siège que du parquet. Avec la possible mise en cause de leur responsabilité, cette indépendance est l'une des conditions essentielles de leur impartialité telle qu'elle est définie par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Par ailleurs, pour faire court, le syndicat de la magistrature soutenu en cela notamment par Gilles Deleuze, n'a cessé de mettre en cause l'organisation hiérarchique du corps, en défendant entre autres l'idée d'une organisation horizontale, et hétérarchique, fonctionnelle et démocratique, donc génératrice d'une plus grande légitimité. Cela en prônant, par exemple l'élection des chefs de juridiction, président et procureur par leurs collègues comme cela se pratique déjà dans plusieurs pays européens.

Sur ce point encore, il est important d'observer que le syndicat de la magistrature a toujours considéré qu'il avait le devoir de « parler de l'intérieur » du corps et d'en dénoncer, si cela s'avérait nécessaire, les pratiques, les déviances ou les dérives.

Tout comme il n'hésite pas soit à se constituer partie civile, par exemple dans l'affaire *Bernard Borrel*, ou encore à contester par la voie du recours pour excès de pouvoirs certains textes réglementaires devant la juridiction administrative, comme il vient de le faire à l'égard de la circulaire sur les étrangers du 21 février 2006.

2. Le second axe revendicatif, ce qui, par ailleurs, le distingue nettement de l'autre syndicat majoritaire dans la magistrature (l'Union syndicale des magistrats), est celui

de sa participation aux actions conduites par nombre d'associations et de syndicats avec lesquels il a tissé des liens anciens et parfois quasi organiques comme c'est le cas, par exemple, avec la Ligue des droits de l'homme ou le Syndicat des avocats de France.

Ainsi, qu'il s'agisse des garanties procédurales effectives devant être reconnues aux justiciables, du statut des prisonniers, de la condition pénitentiaire, du statut des étrangers, de la justice prud'homale, de la justice des mineurs, le Syndicat de la magistrature s'est toujours trouvé en première ligne pour défendre les droits fondamentaux des personnes.

Je pourrais, à cet égard, prendre 100 exemples tirés de son histoire tel celui de la première affaire *du Larzac* avec la Confédération paysanne, de l'affaire *Lip* avec la CFDT, de la défense du droit au logement avec le DAL, etc.

Je n'évoquerai que trois combats que nous avons menés et que nous menons toujours avec la légitimité que nous donnent nos connaissances de juristes et notre expérience de magistrats, c'est-à-dire de juges ou de représentants du ministère public.

Le premier de ces combats (mené initialement aux côtés de Michel Foucault) et celui que nous livrons contre le trop grand usage qui est fait de la prison (à titre de peine ou dans le cadre de la détention provisoire). Ce combat est aussi naturellement mené contre les conditions de vie en milieu pénitentiaire qu'elle génère. Le deuxième est relatif au statut des étrangers dans notre pays, le troisième à la prévention de la délinquance.

S'agissant d'abord de *la prison* nous avons, par exemple, récemment participé activement à « la journée des prisons » du 10 décembre 2005 avec l'OIT (l'observatoire international des prisons), le GENEPI, la SAF, le SNEPAP, Emmaüs, le FARAPEJ, le Conseil national des barreaux, la Conférence des bâtonniers et l'ACAT amenant entre autres les journalistes à s'interroger sur le nombre des personnes alors incarcérées soit 59 241 personnes (dont 19 300 en détention provisoire), ou encore sur le nombre de parlementaires à avoir visité les prisons (39 sur 800!).

Toujours sur ce plan, le Syndicat de la magistrature est partie prenante du collectif anti-EPM (établissements pénitentiaires pour mineurs).

S'agissant ensuite *du statut des étrangers*, c'est un combat ancien et terriblement actuel. Ainsi, sur la défense des sans-papiers, le SM a signé un appel de soutien lancé par la Ligue des droits de l'homme nommé « Appel à l'insurrection des consciences ». Il fait partie aussi du groupe « Droit des étrangers » avec le SAF, la CDH, la Cimade, Elena comme il fait partie de l'ANAF (Association nationale d'assistance aux frontières pour étrangers). C'est dans ce cadre que le SM a appelé récemment, le 3 novembre 2005, à un rassemblement devant le palais de justice de Paris pour protester contre les conditions d'accueil au dépôt des étrangers de la préfecture de police, par ailleurs également dénoncée par Gilles Roblès, lequel a considéré que ceux-ci faisaient l'objet de traitements inhumains et dégradants.

De la même manière, avec de nombreuses associations, syndicats et partis politiques, il compose le collectif « Unis contre une immigration jetable » qui a appelé à manifester à Paris contre le projet de loi dit « immigration choisie » du ministre de l'Intérieur.

S'agissant, enfin, de la *prévention de la délinquance* qui a fait l'objet d'un projet de loi du 28 juin 2006 déposé par le même ministre de l'Intérieur et actuellement en cours d'adaptation, le SDM fait partie du « Collectif national unitaire ».

Ainsi, le droit à la sûreté, lequel est un droit à être protégé contre les abus de l'État au sens de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et n'a pas le sens sécuritaire curieusement utilisé aujourd'hui dans le débat politique, le droit à la présomption d'innocence, le droit à la dignité, les droits de la défense, le droit à une défense de qualité pour tous, les droits sociaux, tel le droit au logement, le droit à la sécurité dans le travail, le droit à la vie familiale constituent-ils, avec la défense de l'indépendance de la justice et la nécessité d'un contrôle extérieur et démocratique de celle-ci, la toile de fond de l'action et donc des revendications du Syndicat de la magistrature. Le droit n'est pas alors conçu comme une fin en soi pour éviter l'anomie et l'entropie. Il n'est pas perçu comme un horizon indépassable, mais comme le moyen de promouvoir l'égalité et la justice entre les hommes.

Voici succinctement les conceptions et les pratiques du droit au SM dans l'exposé que l'on peut en faire sur le plan national.

Reste qu'il développe aussi et de manière importante des actions tant à l'échelle européenne, qu'internationale.

B. AU PLAN EUROPÉEN ET INTERNATIONAL

1. À l'échelle européenne, le Syndicat de la magistrature développe son action essentiellement au sein de MEDEL dont il a été, en 1985 l'un des fondateurs.

Ce mouvement réunit, actuellement, 15 associations ou syndicats professionnels de magistrats du siège et du parquet de 10 pays et s'est vu reconnaître le statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe et de la Commission européenne.

À ce titre, il intervient régulièrement également auprès du Conseil consultatif des juges européens (CCJE) et de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), ou encore comme expert, par exemple, dans le cadre du programme de La Haye sur « la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne ».

Ce mouvement européen, outre le fait qu'il travaille en permanence à construire un modèle de justice civile, pénale et sociale européenne, se caractérise par sa capacité à interpeler les pouvoirs publics nationaux et internationaux comme il a pu, par exemple, le faire à l'égard du gouvernement portugais, italien et français au moment où les magistrats de ces pays étaient en grève ou, encore, lorsque le président du conseil italien, Silvio Berlusconi, avait pris à partie les juges en déclarant, en particulier, « qu'il fallait être mentalement dérangé pour être magistrat ».

Sur le plan strictement revendicatif, le MEDEL n'a pas cessé de rappeler ses exigences en matière d'accès au droit, d'accès à la justice pour tous, de participation des citoyens à l'exercice de la justice ou encore de place des usagers au sein de l'institution.

De la même manière, le MEDEL milite en permanence pour une plus grande effectivité des droits politiques, économiques et sociaux en s'efforçant d'être toujours dans la défense et la promotion des droits des plus pauvres, des précaires, des immigrés.

Un autre champ d'action du MEDEL et, à travers lui, du syndicat de la magistrature est aussi celui de la lutte contre l'impunité, notamment en matière de grande délinquance économique et financière.

Par ailleurs, le MEDEL n'a cessé de soutenir les efforts faits en matière de justice internationale qu'il s'agisse des TPI ou encore de la Cour pénale internationale, soutenant chaque fois que cela est possible les initiatives prises en matière de coopération avec les justices démocratiques.

Enfin, le MEDEL a tissé des liens étroits avec le « réseau méditerranéen des droits de l'homme » et avec la « fédération des associations de juges pour la démocratie d'Amérique latine et des Caraïbes », ce qui a donné lieu, le 29 mai 2004, à la signature, à Porto, d'une déclaration commune sur, d'une part, la place et le rôle de la justice dans un État de droit et, d'autre part, la liberté d'association et de syndicalisation des magistrats de ces pays.

2. *Au-delà de ses engagements européens*, le syndicat de la magistrature travaille aussi étroitement avec ATTAC dont il est l'un des membres fondateurs ainsi qu'avec la FIDH et Amnesty international en intervenant, en particulier, soit comme conseiller juridique, soit encore comme observateur ou simple partenaire.

Par ailleurs, le syndicat de la magistrature a maintenu son engagement au sein de « la coalition pour la cour pénale internationale » dont il est le secrétaire général adjoint et qui comprend 200 ONG, associations et syndicats de 150 pays, critiquant, à cet égard, la non-intégration de son statut en droit français et exigeant de la France qu'elle ne réduise pas sa compétence en matière de crime contre l'humanité, de crimes de guerre et de génocide, en excluant toute possibilité de déclenchement de l'action publique par constitution de partie civile initiale.

Enfin, le Syndicat de la magistrature a, à de nombreuses reprises, apporté un soutien public, affiché et ferme à des syndicats, associations de magistrats et magistrats étrangers ou encore à des associations de défense des droits de l'homme menacées. Cela a été le cas, par exemple, pour les membres de l'Association des magistrats tunisiens (l'AMT) ou encore, dans le cadre de la mobilisation de la société civile et des ONG au Cameroun.

Voici, décrite à grands traits, la conception qu'a du droit et des droits le syndicat de la magistrature. Voici surtout, quelles sont ses pratiques. J'imagine que vous l'avez déjà remarqué, elles s'étendent bien au-delà du strict objet de la défense des intérêts de ses membres pour s'étendre à un large espace de la vie publique et sociale.

Exerçant une fonction certes analytique, critique et prospective mais aussi résolument militante, il a tenté, tente et tentera encore d'utiliser le droit comme outil d'émancipation des personnes et des peuples et comme l'un des éléments fon-

damentaux de la conquête de la défense de la liberté, de l'égalité et de la dignité humaine.

*

* *

En conclusion je souhaiterais citer quelques phrases tirées d'une intervention célèbre, qui à l'époque faisait presque scandale, effectuée en 1974 auprès des auditeurs de justice (c'est-à-dire des magistrats stagiaires), à l'occasion de leur arrivée à l'École nationale de la magistrature, par un magistrat syndiqué au Syndicat de la magistrature, Oswald Baudot. Cette intervention est connue sous le nom de « Harangue à des magistrats qui débutent » :

« La justice n'est pas une vérité arrêtée en 1810, c'est une création perpétuelle. Elle sera ce que vous la ferez... Réformez vous-même. Consultez le bon sens, l'équité, l'amour du prochain plutôt que l'autorité ou la tradition... Ne vous contentez pas de faire votre métier. Vous verrez vite que pour être un peu utile, vous devez sortir des sentiers battus. Tout ce que vous ferez de bien, vous le ferez en plus. Qu'on le veuille ou non vous avez un rôle social à jouer... Vous ne décidez pas que sur le papier. Vous tranchez dans le vif. Ne fermez pas vos cœurs à la souffrance et vos oreilles aux cris... D'ailleurs, vous constaterez qu'à rebours des principes qu'elle affiche, la justice applique extensivement les lois répressives et restrictivement les lois libérales. Agissez tout au contraire... Soyez beaux joueurs, soyez généreux ce sera une nouveauté ! ».

Ces propos gardent, je crois, toute leur actualité.

L'engagement de la doctrine

L'activité doctrinale, se prétend parfois objective voire scientifique. Sans aller jusque-là, il faut reconnaître qu'elle est une activité rationnelle ou du moins raisonnable et que, comme telle, elle ne saurait être résumée à la simple expression de sentiments, de croyances ou de jugements de valeur. Mais, ne serait-ce que par ses fonctions basiques de mise en cohérence du droit ou d'aide à la décision de justice, elle participe à la création de la norme et est, nécessairement, influencée par les options, les choix, les jugements de valeurs des auteurs. Il n'est pas de doctrine neutre. Mais il est une doctrine qui prétend l'être, qui ne craint pas la tromperie et ne s'engage que de manière masquée. Il est aussi une doctrine que se ment à elle-même et croit sincèrement faire œuvre simplement descriptive, faisant de la tautologie son but ultime. L'effort est sincère, même si l'échec est patent. Il est enfin une doctrine consciente de la part prise par ses valeurs, consciente même de la part que doivent prendre ces valeurs sous peine de perte du sens, consciente encore de la nécessaire transparence de telles prises de position. Ainsi, les postures doctrinales sont-elles variées, même si aucune n'est neutre. Plutôt que d'en faire la liste, ou la typologie, il a semblé préférable, plus simplement de montrer au travers d'exemples comment la doctrine s'engage, politiquement, de manière consciente ou inconsciente, transparente ou hypocrite. Les exemples possibles sont alors légion. Lors de l'introduction du PACS, des pensées directement inspirées de dogmes religieux furent présentées comme de simples déductions juridiques ce qui aurait pu donner lieu à bien des analyses. L'exemple fameux de l'affaire *Perruche* aurait pu, lui aussi, être une fois de plus développé. Ce sont deux débats moins étudiés qui ont ici retenu l'attention : le premier agite le droit de la drogue et le second s'interroge sur la catégorie de « droits sociaux ».

L'engagement de la doctrine : l'exemple du droit de la drogue

Renaud Colson

Maître de conférences à l'Université de Nantes

Conceptualisée par les philosophes existentialistes, la notion d'« engagement » désigne le mode d'existence de celui qui choisit de s'impliquer activement dans le cours du monde et de se mettre au service d'une cause pour transformer la réalité¹. Associé notamment à la figure de Jean-Paul Sartre, l'intellectuel engagé renonce à sa position de spectateur pour prendre part aux conflits de son temps et défendre les sans-voix.

Dans cette perspective, « l'engagement de la doctrine » sonne comme un oxymore, rapprochement improbable de termes aux définitions contradictoires. En effet, la doctrine, définie comme « *littérature* du droit »², et par extension comme collectivité des auteurs d'ouvrages juridiques, ne semble pas pouvoir être sujet d'engagement. En tant que corps social, elle ne présente pas une cohésion suffisante pour engager collectivement ses membres³, et si certains, professeurs, avocats ou juges, n'hésitent pas individuellement à s'aventurer en politique, c'est comme simples citoyens. Quant à la doctrine entendue comme discipline scientifique, elle consiste essentiellement en une description systématique du droit positif⁴. Le corpus doctrinal, somme d'opinions juridiques émises par les auteurs, est un espace de contro-

1. Sur « l'engagement », v. l'article de J. Ladrière consacré à cette notion dans *l'Encyclopaedia Universalis*; rappr. V^o « Engagement », par R. Rochlitz, in A. Jacob et S. Auroux (dir.), *Dictionnaire des notions philosophiques (Encyclopédie philosophique universelle, II^e partie)*, PUF, 1990.

2. J. Carbonnier, *Droit civil-Introduction*, 26^e éd., PUF, 1999, p. 297. Sur la doctrine en France, v. P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2003; rappr. A. Bernard et Y. Poirmeur (dir.), *La doctrine juridique*, PUF, 1993.

3. En ce sens, L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré, « Antithèse de "l'entité" (à propos d'une opinion sur la doctrine) », *D.* 1997. Chron. 229.

4. Sur la forme emprunté par cette science systématique, v. A. Arnio, V^o « Dogmatique juridique », in A.-J. Arnaud et al., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 188.

verses techniques et théoriques, mais il n'autorise que marginalement l'expression ouverte de convictions politiques⁵.

Pourtant, à y regarder attentivement, il n'est pas certain que la science du droit, telle qu'elle s'élabore dans nos facultés, puisse se concevoir sans une certaine forme d'engagement. La doctrine juridique présente en effet, de manière discrète mais certaine, tous les traits d'une « pensée engagée » défendant des valeurs et agissant sur le monde⁶. La démonstration de cette hypothèse, qui peut être apportée par l'analyse de contenu de n'importe quel champ du corpus doctrinal, le sera ici à partir d'extraits de manuels, articles et fascicules d'encyclopédies juridiques, relatifs au droit de la drogue, et plus précisément aux normes applicables au consommateur de stupéfiants.

En comparaison des vifs débats que suscite la pénalisation de l'usage de stupéfiants dans l'espace public⁷, les discussions doctrinales sur la prohibition sont feu-trées⁸. Le droit des drogues illicites, s'il suscite des divergences de vues entre auteurs, ne diffère pas des autres branches du droit dans le traitement méthodologique que lui réserve la communauté des juristes savants. Les analyses dogmatiques des normes juridiques applicables à l'usager de stupéfiants sont, à ce titre, exemplaires de la manière dont la doctrine s'exprime sur le droit en vigueur.

Combinant description systématique et appréciation critique du statut applicable aux consommateurs de drogues illicites, la dogmatique pénaliste apparaît doublement normative : par son objet tout d'abord, mais également par sa méthode⁹. Malgré la posture positiviste des auteurs, qui distinguent conceptuellement le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être, les écrits doctrinaux multiplient les jugements de valeur déterminant la condition juridique des usagers de stupéfiants. Cet engagement doctrinal, évident lorsque *de lege ferenda* les auteurs raisonnent dans la perspective d'une amélioration du droit existant (A), caractérise également, quoique plus discrètement, les descriptions *de lege lata* des règles en vigueur (B).

5. Lorsqu'un auteur, ou un ensemble d'auteurs, revendiquent néanmoins ouvertement un positionnement idéologique marqué, la spécificité de leur discours oblige à y voir une « doctrine engagée ». V. par exemple les travaux portés par la collection « Critique du droit » (Presses universitaires de Grenoble/Maspéro) et la défunte revue *Procès* au tournant des années 1970 et 1980.

6. En ce sens, v. V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, not. p. 291.

7. Par exemple la commémoration très médiatisée de « l'appel du 18 joint » qui donne lieu, tous les ans, à des rassemblements dénonçant la répression frappant les usagers de cannabis.

8. Pour une présentation et une mise en contexte de la problématique prohibitionniste, v. R. Colson (dir.), *La prohibition des drogues : Regards croisés sur un interdit juridique*, Presses universitaires de Rennes, 2005.

9. Sur la dimension normative de la science du droit, v. M. Troper, V^o « Science du droit », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, spéc. *in fine* ; comp. A. Supiot, *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, not. p. 122 à p. 125.

I. L'ENGAGEMENT DOCTRINAL DE *LEGE FERENDA*

Selon une idée généralement admise, la doctrine exerce une double fonction à l'égard du droit positif : elle se livre à sa présentation systématique afin de le rationaliser, et à son évaluation critique pour en apprécier les qualités. Mené à l'aune d'une loi idéale afin de redresser les défauts de la loi positive, cet examen *de lege ferenda*, qui requiert le maniement de valeurs morales et politiques, porte sur les fins du droit (A) et sur les modalités techniques de leur mise en œuvre (B).

A. L'APPRÉCIATION DES FINALITÉS DU DROIT

En amont de l'exposition systématique de telle ou telle institution juridique, la doctrine est amenée à en présenter les finalités sociales. Qu'elle y consacre une phrase ou de longs développements, c'est à la lumière des objectifs poursuivis par les règles de droit qu'elle opère leur description. Ainsi les manuels de droit pénal rappellent-ils, à juste titre, que l'éradication de l'usage de stupéfiants constitue l'objectif du droit des drogues illicites. Ce constat, qui donne à voir le dessein législatif à l'origine de la loi du 31 décembre 1970, n'implique en soi aucun jugement de valeur. Mais il arrive que les auteurs, glissant de l'exposition des finalités du droit à leur évaluation, se risquent à apprécier l'opportunité de la prohibition instituée par le législateur.

C'est le plus souvent positivement que la doctrine sort de sa réserve pour justifier la réglementation en vigueur. Dénonçant le caractère « condamnable » de l'emploi de substances « lorsqu'il s'agit de rechercher [...] des sensations euphorisantes »¹⁰, rappelant le « coût social de la toxicomanie »¹¹, les auteurs insistent dans leur majorité sur « la gravité de la situation »¹². Cette rhétorique, qui élève le « problème de la drogue » au rang de « fléau social »¹³, justifie *a contrario* le principe politique de la prohibition et l'incrimination de l'usage de stupéfiants qui en découle. La doctrine s'engage ainsi dans l'ordre des valeurs puisqu'elle légitime un interdit juridique en se fondant sur un double idéal : l'abstinence individuelle et l'hygiénisme collectif.

Les rares auteurs qui critiquent l'ordre prohibitionniste laissent eux aussi percer leur engagement, quoique dans un sens inverse¹⁴. Opposant la liberté du sujet à la morale de l'abstinence, ils évoquent les effets pervers d'une logique pénale aveugle aux réalités de l'usage. Le recours à des valeurs libérales permet à cette doctrine minoritaire de contester l'objectif du droit en vigueur (l'éradication de l'usage) et

10. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel : Droit pénal spécial*, Tome 1, Cujas, 1982, p. 1162.

11. P. Conte, *Droit pénal spécial*, Litec, 2003, p. 113.

12. M. Véron, *Droit pénal spécial*, 10^e éd., Armand Colin, 2004, p. 68.

13. B. Bouloc, *Pénologie*, 3^e éd., Dalloz, 2005, p. 463.

14. V. notamment le précis de F. Caballero et Y. Bisiou, *Droit de la drogue*, Dalloz, 2000, particulièrement le chapitre consacré à la théorie du droit de la drogue, p. 94 et s.

d'en proposer un autre, à savoir la réduction des risques sanitaires et sociaux des drogues par leur légalisation contrôlée¹⁵. Pour ces auteurs, la critique axiologique de la prohibition ne se limite pas à l'appréciation de ses finalités et doit être étendue à la technique juridique qui la met en œuvre.

B. L'ÉVALUATION DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE

L'examen doctrinal des techniques mises en œuvre par le législateur et les juges doit être distingué de l'appréciation des finalités du droit. Un auteur peut adhérer à la volonté législative de lutter contre la consommation illicite de drogues, et dans le même temps questionner la pertinence de certaines des règles applicables à l'usager de stupéfiants¹⁶. Cette critique, relative au procédé permettant d'atteindre un objectif dont la légitimité n'est pas remise en question, est le plus souvent menée à l'aune des canons de la dogmatique juridique. Elle peut porter sur la validité ou sur l'opportunité de la règle décrite. Dans les deux cas, le jugement doctrinal nécessite la mobilisation, au moins implicite, de valeurs au service d'un engagement pour l'amélioration technique du droit¹⁷.

Cet engagement apparaît de manière exemplaire dans les écrits des auteurs qui remettent en cause la conformité de l'infraction d'usage de stupéfiants au bloc de constitutionnalité¹⁸. Selon cette doctrine minoritaire, l'incrimination de l'usage solitaire par une personne majeure, à son domicile privé, d'une substance absorbée volontairement porterait atteinte à la liberté fondamentale de faire « tout ce qui ne nuit pas à autrui »¹⁹ et au principe selon lequel « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société »²⁰. La critique, pointant une contradiction dans la hiérarchie des normes, est en apparence purement technique. Le raisonnement qui la supporte n'est cependant pas dénué de fondements axiologiques.

Si certains auteurs réclament un assouplissement de la législation en vigueur considérée comme trop répressive, d'autres dénoncent au contraire les failles d'un dispositif trop clément dans lesquelles peuvent s'engouffrer les consommateurs de drogues. C'est ainsi qu'a été sévèrement appréciée la décision de la cour d'appel de Papeete retenant l'excuse de nécessité pour relaxer un prévenu paraplégique cultivateur de cannabis thérapeutique²¹. Exerçant pleinement son rôle de censeur de la

15. F. Caballero, « Une alternative à la prohibition des drogues : la légalisation contrôlée », *Droits* 1994, n° 19, p. 125.

16. V. par exemple J. Borricand, « La politique criminelle française de fond en matière de stupéfiants », in Institut de sciences pénales et de criminologie, *Problèmes actuels de science criminelle*, vol. XIV, PUAM, 2001, not. ses critiques sur le dispositif thérapeutique institué par la loi de 1970, p. 22 et s.

17. Sur la dissimulation des enjeux politiques de la technique juridique, v. R. Encinas de Muna gorri, « Qu'est-ce que la technique juridique ? », *D.* 2004. Chron. 711.

18. F. Caballero et Y. Bisiou, *op. cit.*, p. 547.

19. Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

20. Article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

21. CA Papeete (ch. corr.), 27 juin 2002, *D.* 2003. 585, note P. Gourdon.

jurisprudence, le commentateur de l'arrêt plaide dans sa note pour une appréciation plus stricte des conditions d'admission de l'état de nécessité. Son analyse est exemplaire de la manière dont la doctrine, sous couvert d'un examen technique de la jurisprudence, valorise la répression systématique de l'usage de stupéfiants. Mais il est d'autres moyens, plus discrets, par lesquels les auteurs prennent position en favorisant, ou en entravant, la diffusion des valeurs sous-jacentes au droit en vigueur.

II. L'ENGAGEMENT DOCTRINAL *DE LEGE LATA*

Théoriquement opposée à l'examen critique du droit positif, la fonction doctrinale de présentation savante des règles juridiques ne présente pas pour autant un caractère purement descriptif et objectif. Cet exercice dont les effets sur la réalité juridique sont patents ne va pas sans positionnement axiologique des auteurs. Ces derniers doivent prendre parti sur la signification du droit et lui apporter leur caution : l'exposition systématique des normes en vigueur présuppose en effet leur interprétation (A) et conduit à la légitimation des catégories qu'elles instituent (B).

A. L'INTERPRÉTATION DES RÈGLES DE DROIT

Pour mener à bien la description systématique du droit, la doctrine interprète les normes en vigueur : elle en découvre le sens²². En matière d'interprétation, la science juridique a depuis longtemps troqué le « fantasme du sens littéral »²³ contre l'idée d'une signification toujours à construire²⁴. Prenant un tour plus ou moins radical²⁵, les thèses en présence convergent vers l'idée que l'interprète dispose d'une latitude certaine dans la détermination du sens juridique, sans cependant oblitérer totalement le rôle contraignant des règles, du but et des enjeux qui régissent l'activité herméneutique²⁶. Activité logique et idéologique²⁷, l'interprétation engage donc

22. Sur la découverte du sens en droit, v. Oppetit (B.), *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 129 et s.

23. Rigaux (F.), *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997, p. 239.

24. Sur ce point, v. Landowski (E.), « Statut et pratiques du texte juridique », in D. Bourcier et P. Mackay, (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, LGDJ, 1992, p. 441.

25. Le radicalisme n'excluant pas, en ce domaine, la rigueur intellectuel comme l'atteste les travaux sur l'interprétation de M. Troper. De cet auteur, et sur ce sujet, v. par ex. « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 2000, n° 4 (nouvelle série), p. 4. Comp. pour un regard non moins réaliste, mais dans un registre sociologique, sur la communauté des juristes interprètes les réflexions de J. Chevallier, « Les interprètes du droit », in A. Bernard et Y. Poirmeur (dir.), *La doctrine juridique, op. cit.*, p. 259.

26. F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, p. 446.

27. Sur l'articulation de ces deux aspects de l'interprétation, v. J. Wroblewski, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *APD* 1972, tome 17, p. 71.

l'homme, sa subjectivité, « ses passions et ses faiblesses »²⁸. Cela est vrai des interprètes du droit en général, et des commentateurs du droit des drogues illicites en particulier.

La liberté dans l'interprétation juridique se donne à voir avec une évidence particulière dans la description des infractions à la législation sur les stupéfiants. La doctrine, jouant de l'incertitude affectant les contours de certaines incriminations, spéculer sur l'application maximaliste ou minimaliste qu'il convient de leur donner. Une illustration en est donnée par la controverse existante sur le traitement réservé à « l'usager détenteur ». Celui qui détient des drogues en vue de sa consommation personnelle est-il passible des peines applicables à un consommateur (un an de prison et 3 750 euros d'amende²⁹) ou de celles frappant la détention illicite de stupéfiants (dix ans de prison et 7 500 000 euros d'amende³⁰) ? La question divise les auteurs qui, dans le silence du droit, s'engagent dans un sens ou dans l'autre sur le fondement de leurs convictions personnelles³¹.

Même les fascicules d'encyclopédies juridiques, travaux descriptifs par excellence, laissent percer ponctuellement l'engagement de leurs auteurs. C'est ainsi qu'un commentateur, exposant les modalités légales de prise en charge médicale des toxicomanes, n'hésite pas à affirmer que l'autorité sanitaire doit saisir le procureur de la République chaque fois qu'elle se heurte au « mauvais vouloir » d'un usager de drogues³². Cette interprétation, qui ne se déduit logiquement ni des textes commentés, ni de l'intention du législateur, n'est pas neutre. Elle reflète les convictions d'un auteur qui, sous couvert de description du droit, révèle sa propre conception de la lutte contre la toxicomanie dans laquelle l'autorité sanitaire est avant tout un relais de l'institution pénale. Reste que, même s'il avait réprimé ses convictions dans l'exposé du droit en vigueur, cet auteur aurait néanmoins contribué à la légitimation d'un dispositif qui assimile tous les usagers de drogues à des malades délinquants.

B. LA LÉGITIMATION DES CATÉGORIES JURIDIQUES

La législation sur les stupéfiants, comme toute réglementation, ne se résume pas à un ensemble de règles contraignantes. Elle est aussi un discours dont les catégories conceptuelles, dotées d'une forte autorité symbolique, agissent en profondeur sur les représentations collectives. L'activité savante de description systématique du droit

28. F. Terré cité par G. Cornu, « La découverte du sens en droit », *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 316.

29. Art. L. 3421-1 CSP.

30. Art. L. 222-37 C. pén.

31. La sévérité est de mise pour R. Merle et A. Vitu qui considèrent que le délit de détention de drogues est commis par « ceux qui, même pour leur usage personnel, se ravitaillent auprès d'intermédiaire » (*op. cit.*, p. 1166). *Contra* J. Pradel et M. Danti-Juan insistant sur le fait que l'article L. 222-37 du Code pénal, qui incrimine la détention de stupéfiants, vise les agissements des intermédiaires (*Droit pénal spécial*, Cujas, 2001, p. 116).

32. J. Penneau, *J.-Cl. Pénal (annexes)*, fasc. 40 : « Substances vénéneuses », 1996, n° 57.

en vigueur participe à ce processus. En reprenant à son compte les concepts forgés par le législateur, le discours doctrinal les *dépolitise* et leur donne une objectivité quasi-scientifique³³. Ce processus de « naturalisation » des catégories juridiques joue pleinement pour la figure du « drogué » qui accède, sous l'effet conjugué des discours légal et doctrinal, à une existence incontestable.

Variant sensiblement selon les auteurs, la présentation savante du dispositif légal de lutte contre la toxicomanie donne souvent lieu à la mise en valeur d'une des deux dimensions, sanitaire ou répressive, du statut de l'usager de stupéfiants. La décision de placer l'accent sur le premier ou le second aspect relève d'un jugement de valeur³⁴. Mais quel que soit le choix opéré, les auteurs doivent raisonner à l'intérieur du cadre tracé par la législation en vigueur. Dès lors, pour la doctrine, la question est de savoir si l'usager de drogues « est un délinquant, un malade, ou les deux à la fois »³⁵. Cette problématique constitue l'horizon de la controverse dogmatique au-delà duquel les auteurs qui s'aventurent renoncent à leur prétendue neutralité.

En se cantonnant à l'exposé du droit positif, la doctrine confère, qu'elle le veuille ou non, un effet de « vérité » aux postulats de la prohibition en vertu desquels tout usage de stupéfiants dégénère en abus et tout consommateur est un toxicomane³⁶. Sauf à se livrer à un travail de déconstruction conceptuelle auquel les auteurs ne sont guère familiers³⁷, la description systématique de la législation en vigueur contribue nécessairement à en diffuser les valeurs, voire à les caricaturer comme ce manuel de criminologie qui traite de l'usager de drogues au chapitre des « délinquants malades mentaux et anormaux mentaux »³⁸. Cette fonction de légitimation politique du droit, qui opère en dépit des éventuelles réserves formulées par les commentateurs sur les normes en vigueur, inscrit définitivement le discours doctrinal dans l'ordre des valeurs et révèle l'irréductible engagement social de ses auteurs.

*

* *

Prenant acte du fait que la dogmatique juridique mêle irréductiblement jugements de réalité et jugements de valeur, le sujet de droit désenchanté par l'arbitraire doctrinal

33. Lochack (D.), « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité », in P. Amssele (dir.), *Théorie du droit et science*, *op. cit.*, not. p. 306 et s.; rapp. P. Jestaz et C. Jamin, *op. cit.*, p. 246 à p. 252.

34. Certains auteurs passent complètement sous silence les possibilités de traitement offertes aux usagers de drogues dans le cadre d'une procédure judiciaire pour ne présenter que le dispositif répressif existant (M. Véron, *op. cit.*, p. 74). D'autres au contraire valorisent les mesures sanitaires (B. Bouloc, *op. cit.*, p. 465 et s.).

35. P. Conte, *op. cit.*, p. 114.

36. Est à cet égard révélatrice l'utilisation indifférenciée des notions d'usage de drogues et d'abus de drogues par certains auteurs (v. par exemple G. Leclair, « Stupéfiants », *Rép. pénal Dalloz*, not. n° 5).

37. V. cependant les remarquables efforts de distanciation opérés par F. Caballero et Y. Bisiou à l'égard des valeurs sous-tendant le principe prohibitionniste (*op. cit.*, p. 96 à p. 106).

38. R. Gassin, *Criminologie*, 4^e éd., Dalloz, 1998, p. 464.

peut s'abandonner au scepticisme. Faut-il pour autant en déduire que le principe, la technique et l'interprétation des textes instituant la prohibition de l'usage de stupéfiants, ne peuvent être l'objet que de commentaires subjectifs, fruits des convictions morales et du rapport au plaisir, à la mort et à la déviance, de chaque auteur ? À cette posture sceptique la philosophie du droit contemporaine oppose une vision moins pessimiste : celle d'un discours savant sur le droit relevant d'une rationalité pratique approchée par la discussion et soumise à la loi du meilleur argument³⁹.

Certes, les valeurs véhiculées par la dogmatique sont insusceptibles de faire l'objet d'une démonstration logique⁴⁰, mais elles admettent en revanche une discussion raisonnée qui, menée conformément à l'éthique de l'argumentation, aboutit idéalement à un consensus⁴¹. Dès lors, le commentateur souhaitant faire prévaloir sa conception, plus ou moins critique, et son interprétation, plus ou moins restrictive, des règles applicables aux usagers de drogues illicites « doit s'efforcer de *socialiser ses convictions* »⁴². Cet effort de persuasion, par lequel le juriste savant fait partager les valeurs orientant son discours dogmatique, implique que celles-ci soient explicitées et justifiées, au besoin par la référence à des faits sociaux et des discours scientifiques extérieurs au droit.

Les sciences de l'homme et de la société offrent d'utiles ressources pour évaluer l'efficacité du dispositif légal de lutte contre la toxicomanie. Les droits étrangers autorisent d'intéressantes comparaisons qui éclairent d'une lumière nouvelle les vices et les vertus de la réglementation française applicable au consommateur de stupéfiants. Les autorités éthiques et médicales rendent régulièrement des avis sur les effets contre-productifs de la pénalisation de l'usage de drogues illicites. Les acteurs de la politique des drogues eux-mêmes, juges, avocats, policiers, travailleurs sociaux et associations d'autosupport des usagers de drogues, s'expriment sur l'échec avéré et les effets pervers de la « guerre à la drogue ». Ces discours, trop rarement pris en compte par la communauté juridique savante⁴³, lui sont pourtant nécessaires pour

39. B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2002, p. 91.

40. Sur la dichotomie du fait et de la valeur à l'origine de cette impossibilité logique, v. R. Ogien, « Normes et valeurs », in M. Canto-Sperber (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 4^e éd., PUF, vol. 2, not. p. 1360 à p. 1362.

41. Cette idée, largement diffusée chez les juristes par les travaux de C. Perelman (not. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999, (1^{re} éd. 1979)) est vivifiée par l'entreprise philosophique contemporaine qui consiste à repenser la *dimension pratique de la raison* en élaborant une éthique de la discussion (A. Cortina, « Éthique de la discussion et fondation ultime de la raison », in A. Renaut (dir.), *Histoire de la philosophie politique. Tome 5 — Les philosophies politiques contemporaines (depuis 1945)*, Paris, Calmann-Lévy, 1999, p. 185).

42. L'expression est de G. Bachelard, *La psychanalyse du feu*, Gallimard, 1985 (1^{re} éd. 1949), p. 134.

43. V. cependant. R. Colson (dir.), *La prohibition des drogues : Regards croisés sur un interdit juridique, préc.* Faisant le point sur la question-clé de l'interdit des drogues par le droit, ce travail collectif repose sur une double posture heuristique. D'une part, l'articulation des sciences sociales : l'histoire, la sociologie, l'économie, la géopolitique et la théorie du droit sont sollicitées pour décrire et évaluer les effets de la prohibition. D'autre part, la prise en compte des discours d'acteurs : magistrat, avocat, policier, clinicien et usager de drogue sont invités à rendre compte de leurs expériences respectives du régime légal frappant les drogues illicites.

fonder et justifier les jugements de valeurs qu'elle opère dans l'exercice de sa fonction.

*
* *

D'une manière générale, la pensée juridique court le risque de voir sa pertinence affaiblie par son ignorance du monde. Pour que le discours doctrinal ne se limite pas à un simple exercice rhétorique, il importe que l'engagement irréductible de la dogmatique dans l'ordre des valeurs se double d'un engagement des auteurs pour mieux connaître la réalité sociale⁴⁴.

44. V. déjà, il y a cinquante ans, A. Tunc, « Pour sortir du néolithique (Recherche et enseignement dans les Facultés de droit) », *D.* 1957. Chron. 71.

L'engagement de la doctrine : l'exemple des débats sur la catégorie de « droits sociaux »*

Carlos Miguel Herrera

*Professeur de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise,
membre de l'Institut universitaire de France*

La problématique de ma communication entend se placer à l'intérieur de ce rapport entre « pensée du droit » et « engagement social » qui constitue l'un des axes de notre colloque. Ce passage par la théorie juridique contribuera peut-être à souligner jusqu'à quel point la question de l'engagement des juristes est loin d'être simple. Depuis ses origines, l'idée d'« engagement » semble associée le plus souvent à une position progressiste¹. Toutefois, on peut penser que cette prise de « conscience de son appartenance à la société et au monde de son temps » qui appelle à mettre « sa pensée ou son art au service d'une cause » ne correspond pas nécessairement à une option de progrès. Si, comme l'écrivait Norbert Elias, la forme d'interrogation typique de la pensée engagée est un : « qu'est-ce que cela signifie pour moi ou pour nous ? »², l'engagement pourra emprunter plusieurs directions et il conviendrait, dès lors, d'approcher l'engagement des juristes sous une pluralité de significations.

Du moment où l'art et la pensée du droit sont traditionnellement associés, par leurs propres producteurs, à une certaine objectivité, qui se lit souvent comme synonyme d'apolitisme, les formes de l'engagement chez les juristes semblent renfermer, en outre, certaines spécificités. Il n'est pas dans mes intentions de présenter une typologie des modalités d'engagement des juristes, qui risque fort d'ailleurs d'avoir

* Certaines des idées présentées ici sont développées dans un autre travail plus étendu, à paraître.

1. Si l'on se fie au *Robert*, cette acception apparaît vers 1945, avec J.-P. Sartre et l'idée d'une « littérature engagée ». Mais E. Mounier revendique la diffusion de la catégorie en France, du moins dans les milieux philosophiques, vers la fin des années 1930, à partir des travaux de Scheler et Jaspers. V., E. Mounier, *Le personnalisme* (1949), Paris, PUF, 1961.

2. N. Elias, *Engagement et distanciation* (1983), trad. franç., Paris, Fayard, 1993.

une valeur relative³. Je me contenterai de souligner un fait : lorsqu'on est en présence d'un engagement de type « conservateur », il ne se présente pas en général comme tel, c'est-à-dire de manière explicite, qui serait le propre, me semble-t-il, d'être au service d'une cause, de prendre position. Au contraire, compte tenu de ce que Norbert Elias appellerait les « normes sociales de la distanciation », ces interventions se font parfois même en termes de « neutralité ». Une neutralité qui, toujours dans ces discours, prendrait sa racine dans l'idée même de droit, dans sa « nature »⁴. Autrement dit, l'engagement du juriste conservateur prend la forme d'une défense du « droit »⁵, ce qui, comme nous le verrons plus tard, ne va pas sans conséquences. Je ne veux pas dire par-là que tous les juristes soient engagés, comme on l'a prétendu parfois ; il existe également en droit des formes de distanciation qui ne sont pas moins réelles (et spécifiques).

L'une des notions qui permettent d'analyser le fonctionnement de l'engagement des juristes, aussi bien dans une pente progressiste que dans une option conservatrice, est la catégorie de « droits sociaux ». D'habitude, on identifie les discours juridiques favorables à l'efficacité juridique de ces droits (et des « droits de l'homme » en général) avec un engagement en faveur du progrès social (je garde à dessein cette terminologie extrêmement floue). Dans l'un de ses derniers ouvrages, Norberto Bobbio soulignait que le fondement des droits sociaux était « une raison d'égalité » ; or, justement pour lui, l'égalité était la valeur qui permettait de tracer une distinction claire entre « droite » et « gauche » en tant qu'idéologies politiques⁶.

Cette association d'une catégorie juridique à une idéologie de gauche est sans doute à l'origine des contestations théoriques qui souffre de l'idée de « droits sociaux » comme notion juridique (au sens technique). Le temps sont loin, me semble-t-il, où l'on pouvait affirmer que les droits contenant des obligations positives ne sont pas de « véritables normes juridiques », car il leur manquerait une condition indispensable, l'aptitude à l'effectivité, qui les plaçait en dehors du droit⁷. Mais ils restent

3. Pour Elias, il y a entre les deux extrêmes de la distanciation et de l'engagement un continuum, qui constitue l'aspect le plus intéressant à étudier. Je rajouterai, pour ma part, que le contenu du discours des juristes renferme souvent un plus grand intérêt pour déterminer leur engagement que l'analyse de leur comportement. V., C. M. Herrera « Juriste de gauche — le mot, la chose », in C. M. Herrera, *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République*, T. II, Paris, Kimé, 2005, et « Doctrine juridique et politique : à la recherche du regard interne ? », in J. Le Goff, M. Doat (dir.), *Complexité et droit*, à paraître.

4. De l'idée que le droit est une technique (sociale, de production de conduites), il ne s'en suit nullement que cette technique serait neutre.

5. Il n'est pas un hasard si, dans une récente typologie des figures socio-politiques des professeurs de droit, la figure du « juriste engagé », ainsi que celle du « politique juriste », sont incarnés par les professeurs de gauche, qui semblent, dans tous les cas, les plus nombreux. M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, Thèse de doctorat en science politique, Paris II, 2000, T. 2. Malheureusement, la place nous manque ici pour discuter l'idée d'engagement des juristes qui ressort de cet ouvrage.

6. N. Bobbio, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma, Donzelli, 1994.

7. P. Braud, *La notion de liberté publique en droit français*, Paris, LGDJ, 1968. Il note avec raison que l'expression « droit social » est pléonastique. Pour lui, la terminologie des « droits sociaux » n'a

encore perçus comme des droits spéciaux, particuliers, contingents, se confondant souvent avec une politique sociale. En effet, ces droits sont définis, avant tout, à travers des prestations matérielles de l'État. Or, les caractéristiques de leur mise en œuvre les feraient, au fond, incompatibles avec les droits de l'homme, du moins dans la vision que la doctrine juridique traditionnelle a construit depuis le XIX^e siècle, et qui reste encastrée sur la notion de « droit subjectif ». En effet, pour un Jean Rivero, les garanties des droits de liberté « relèvent directement et exclusivement de l'initiative des titulaires aussitôt qu'elles sont reconnues »⁸. Si la notion de « droit subjectif » a fait l'objet d'une critique serrée tout au long du XX^e siècle, à cause des présupposés idéologiques qu'elle charriait, elle n'a vraiment jamais perdu sa force opératoire dans la réflexion juridique. La raison pourrait être toute simple : la notion de « droit subjectif » s'accommode bien de l'idéologie libérale et individualiste qui structure nos sociétés modernes. Et elle peut toujours servir pour établir une hiérarchie juridique entre droits de liberté et « droits sociaux ».

On peut l'entrevoir déjà : si la question du fondement juridique des « droits sociaux » semble si importante c'est par les conséquences que sa définition aura sur le plan pratique, et, plus particulièrement, sur leur « justiciabilité ». Déjà Friedrich Hayek, critiquant la Déclaration universelle de droits de l'homme de 1948, disait que ce document « ne contient rien qui définisse ces droits de telle façon qu'un tribunal puisse éventuellement spécifier leur contenu dans un cas d'espèce »⁹. À vrai dire, comme l'a bien signalé récemment un autre philosophe du droit italien, Luigi Ferrajoli, l'existence d'un droit fondamental passe, du moins du point de vue d'une théorie normative, par sa reconnaissance dans une norme juridique ; le problème de sa garantie, certes central, ne se confond toutefois pas avec la première question. Rien n'interdit, dans le cas des « droits sociaux » en particulier, la recherche de nouvelles techniques juridiques concrètes pour assurer leur garantie¹⁰.

Plutôt que ce beau programme pratique, auquel une littérature importante (à l'étranger...) est déjà consacrée, je voudrais interroger, dans les pages qui suivent, ce refus de la catégorie de « droits sociaux », qui se fait même en présence des normes juridiques qui proclament leur existence. Il est paradoxal, en ce sens que la négation de droits reconnus dans des textes juridiques en vigueur (comme des constitutions et des traités internationaux) se fasse au nom du « droit ». Bien entendu, face à ces « paradoxes » nous ne manquerons pas de retrouver un positionnement engagé, mais ce qui m'intéresse ici de souligner est de quelle manière se construit ce passage de l'idéologique au juridique. Et cette première partie n'épuisera pas mon propos. Car

qu'une utilité extra-juridique, compte tenu du fait que les droits constitutifs d'obligations positives se placent du côté de la morale politique.

8. V., J. Rivero, *Les Libertés publiques*, t. 1 *Les droits de l'homme*, 5^e éd., Paris, PUF, 1987.

9. F. Hayek, *Droit, législation, et liberté*, t. 2 *Le mirage de la justice sociale*, trad. franç., Paris, PUF, 1995 (1976).

10. Le droit, comme le souligne Ferrajoli rappelant des vieilles thèses kelsénienues, est de nature dynamique, les normes juridiques sont produites, non déduites. V., L. Ferrajoli, « Los derechos fundamentales en la teoría del derecho », in L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005 (2000).

la négation de la portée juridique des « droits sociaux », d'abord sur un plan général, puis en matière constitutionnelle, a conduit à des forts engagements théoriques en leur faveur. Cependant, comme je voudrais le montrer dans la seconde partie de ce travail, les juristes engagés en leur faveur se sont vu dans l'obligation de fonder, positivement, la portée juridique de ce « social ». Ce faisant, la démarche conduit à certaines impasses, et sur la définition de ces droits et sur leur statut par rapport aux « autres » droits de l'homme.

I. La pensée de Friedrich Hayek est particulièrement illustrative du rejet de l'idée de « droits sociaux » au nom d'une idéologie libérale. Pour ce juriste devenu prix Nobel d'économie, déjà l'épithète « social » est problématique, car il renvoie aux intérêts de la totalité de la société. À travers les usages politiques qui se répandent dans la seconde moitié du XIX^e siècle chez les classes gouvernantes, « le concept en vint graduellement à signifier que “la société” devait se considérer comme responsable de la situation matérielle de tous ses membres ». Étant donné qu'un ordre de marché, d'après Hayek, ne peut opérer aucune distribution correspondant à des critères de justice matérielle, le gouvernement serait alors obligé de remplir des tâches particulières « qui ne sont pas nécessaires au maintien du droit et de l'ordre, ni à la fourniture de certains services que le marché ne peut procurer ». Dans la mesure où, pour réaliser le bien-être matériel des individus, il faut au gouvernement des pouvoirs discrétionnaires, la revendication d'une égalité matérielle ne peut être réalisée, en dernière instance, que par des systèmes totalitaires, excluant que les individus agissent librement en fonction de leurs propres objectifs. Et puisque de tels rapports supposent des règles de conduites imposées par des supérieurs aux subordonnés, l'idée de justice sociale finit par être incompatible avec l'idée d'État de droit telle qu'il l'entend. Nous voyons déjà comment le terrain se prépare pour accueillir l'argumentation juridique : pour Hayek, un droit « social » comporterait la domination du droit public sur le droit privé, puisqu'il s'agirait « des règles d'organisation pour des fonctionnaires publics »¹¹.

Dans cette optique, il est impossible d'imaginer des droits créances abstraitement définis (autrement dit, sans indication des circonstances et de la personne sur lesquelles repose l'obligation) à l'égard d'un ordre spontané. Même en définissant de manière concrète l'individu ou l'institution sur lesquels pèserait cette obligation (par exemple, un organisme social), on se trouverait en contradiction avec l'ordre spontané. En effet, il y aurait toujours une opposition entre les droits individuels et les droits sociaux, dans la mesure où la réalisation des derniers suppose d'entraver le plan des individus. Cela n'empêchait nullement Hayek, contrairement à ce que l'on pense parfois, de concevoir qu'un État puisse consacrer des ressources en faveur des indigents ou même se soucier de question de santé publique

11. F. Hayek, *Droit, législation, et liberté*, *op. cit.*

ou éducation, car ils existent des besoins communs qui doivent être traités par une action collective, « ne serait-ce que dans l'intérêt de ceux qui entendent être protégés contre les réactions de désespoir des nécessiteux ». La question repose sur la méthode, et le problème d'un État « social », comme le *Welfare State*, est, qu'une fois posée la légitimité du but, il pourra utiliser n'importe quel moyen, y compris ceux contraires à la liberté (comme la contrainte, la monopolisation, l'universalisation et l'obligatorité d'un système) ainsi qu'une intervention dans l'économie. Du dispositif d'aide aux indigents, on serait passé à un système de redistribution de revenus, mais ce qui nous retiendra ici est que les « droits sociaux » sont posés comme équivalents l'intervention positive de l'État (économiquement coûteuse)¹².

En réalité, certaines de ces thèses avaient déjà été avancées dans la France des années 1930 par Georges Ripert, qui leur donnera un tour plus intégral après la Seconde Guerre mondiale¹³. Mais l'engagement politique en faveur d'un libéralisme conservateur, qui se présente tout nu chez Hayek, reçoit un tournant juridique plus spécifique, au nom de la technique, chez Ripert. Pour ce dernier — dans des analyses marquées par l'expérience du *Front Populaire* — la démocratie refuse désormais l'idée de « fraternité », trop liée à la notion de « charité », et remplace l'idée de « devoir » par celle de « droit ». Dans cette configuration, c'est l'État, au nom de tous, qui doit intervenir pour la protection des faibles. Et la protection des faibles par le droit donne un grand nombre de mesures légales, « sans que personne veuille y voir un abandon de la liberté ». En tout cas, la démocratie, contrairement à l'Église, considère « que les malheureux sont les créanciers de la collectivité parce qu'ils sont malheureux et même s'ils le sont par leur faute »¹⁴.

Lorsque la Constitution de 1946 reconnaîtra, sous la forme de principes « particulièrement nécessaires à notre temps », des « droits sociaux », Ripert constate que « tout homme est devenu créancier de la société et ne manque pas de réclamer âprement son droit. Il n'est plus question de fraternité et d'assistance ». C'est l'idéologie du « droit social » qui permettrait de « faire accepter la destruction des droits individuels sans autoriser la protestation contre l'injustice de ce sacrifice », car elle aura pour but la réalisation de l'égalité sociale¹⁵. Au fond, c'est la propriété privée qui est visée, notamment à travers les nationalisations, afin de toucher la puissance de l'entreprise et du capitalisme industriel en général. Mais pour Ripert, « tout droit est par

12. F. Hayek, *La constitution de la liberté*, Paris, Litec, 1994 (1960).

13. Nous avons déjà attiré l'attention sur ce rôle de précurseur que l'on peut octroyer au doyen de la Faculté de droit de Paris (v. C. M. Herrera, « Par le droit, au-delà du droit ? Sur les origines du socialisme juridique en France », in C. M. Herrera (dir.), *Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2003). Nous revenons plus longuement sur ce rapport dans un travail sur la philosophie politique de Ripert, à paraître.

14. G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936. Les transformations du droit, civil en particulier, qui, pour Ripert, équivalaient à un déclin, obéissaient à des facteurs politiques, et étaient imposées par le nombre.

15. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955. Il appellera les juristes à empêcher le triomphe des plus forts, en appelant aux forces morales qui peuvent atténuer le conflit.

sa nature même égoïste en ce sens qu'il est donné pour satisfaire les fins personnelles de l'homme », tout droit « social » n'aurait donc que l'apparence du droit, son langage. Un droit, selon Ripert, « ne saurait être commun à tous, sans quoi il n'existerait pas. Il est une source d'inégalité, car celui qui le possède a une situation supérieure à celles des autres »¹⁶.

Si la position de Ripert a pu perdre sa pertinence sur un plan strictement juridique, elle valide, ne serait-ce que par le négatif, l'idée de créance pour penser la catégorie de « droits sociaux ». En réalité, cette vision avait des origines non libérales, bien avant la sanction de la Constitution de la IV^e République, notamment dans l'une des conceptions qui servira de fondement idéologique à la politique sociale en France, le solidarisme. C'est contre cette idée que Maurice Hauriou refusait de concevoir l'aide sociale comme un service public accordant un droit de créance aux individus. Mais c'est sous la forme d'un « devoir social » qui se traduit à l'époque par l'idée de créance¹⁷.

La soudure entre « créance » et « droit », en revanche, apparaît positivement liée dans les analyses de Jean Rivero sur le préambule de la Constitution de 1946, qui généralise la catégorie de « droit créance » pour penser ces nouveaux droits. Après avoir signalé que les « droits sociaux » « doivent s'entendre comme supposant de la part de l'État une action positive », Rivero s'attache à souligner leur nature juridique particulière, différente des droits de l'homme. Ils ne relèvent pas de la même catégorie, notamment pour le type de protection mis en place. En ce qui concerne les « droits sociaux », « tant que le service n'est pas créé, tant que l'État n'a pas réuni les moyens nécessaires pour s'acquitter de son obligation, le droit du créancier ne peut s'exercer ». Et leur mise en œuvre non seulement laisse à l'État une marge d'appréciation discrétionnaire très large, mais elle dépend de ses ressources. En fait, ce type de droit de créance « ne va pas, et ne peut aller pratiquement, jusqu'à contraindre l'État à créer le service nécessaire »¹⁸. Finalement, l'idée d'un droit de créance permettait d'alimenter la thèse du caractère non universel des « droits sociaux », du moins par comparaison aux droits de l'homme. Si « l'objet du droit reste pratiquement indéfini jusqu'à ce que le législateur ait procédé aux choix nécessaires », il n'est pas difficile de conclure, comme le fait Rivero plus tard, que les « droits sociaux » n'ont pas « une valeur universelle et permanente »¹⁹.

16. Déjà dans les années 1930, il soutenait que « l'absolutisme du droit individuel ne peut être condamné en soi car il n'est que la traduction juridique du désir de l'âme de conquérir la puissance et la liberté, et ce désir est légitime ». G. Ripert « Abus ou relativité des droits », *Revue critique de législation et jurisprudence* 1929.

17. V., C. M. Herrera, « La pensée constitutionnelle du social », in E. Millard, F. Julien-Laferrière, D. Valadés (dir.), *Idées et institutions constitutionnelles au XX^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, à paraître.

18. J. Rivero, *Les Libertés publiques*, op. cit., p. 123.

19. *Ibid.*, p. 85. Les arrières pensées idéologiques chez Rivero sont plus subtiles, mais point moins présentes, notamment quand il soutient que la demande de sécurité, que les droits-créances adressent à la société, peut conduire au totalitarisme, ou encore quand, pour une pensée de la « juste conciliation », il renvoie à la doctrine sociale de l'Église, notamment l'encyclique *Pacem in Terris* de Jean XXIII, de 1963.

L'argument aura un grand succès, y compris pour analyser une jurisprudence autrement plus riche que celle de la IV^e République. Lorsque la reconnaissance constitutionnelle des droits « sociaux » sous la forme d'un « objectif de valeur constitutionnelle », comme un « droit au logement décent », se fera à travers le principe de « dignité de la personne humaine », la doctrine constitutionnelle ne manquera pas de souligner une anomalie, puisque ledit principe est propre aux « droits fondamentaux d'essence libérale ». Les « droits sociaux » étant contingents, leur rattachement à un principe absolu, inhérent à la qualité humaine, poserait « un grave problème », ignorant la césure nette qui existe entre deux types de droits. Il s'agit de refuser le lien direct entre principe de dignité de la personne humaine et une exigence sociale, et même de dénoncer l'ambiguïté du terme « droit-créance » qui pourrait laisser croire qu'un individu peut faire valoir directement la créance devant un juge. Les exigences sociales pourraient se traduire, tout au plus, sous la forme d'un « objectif » constitutionnel, qui ne se trouverait pas sur le même plan que les « droits fondamentaux » (comme le droit de propriété privée)²⁰.

Il serait pourtant réducteur d'associer la critique des « droits sociaux » au nom de leur nature juridique à une pensée libérale. Le refus de « droits sociaux » au nom du « droit » peut présenter d'autres variantes, parfois empruntées par des juristes engagés dans des options progressistes. Pour ne rappeler qu'un argument qui a connu un large écho outre-Rhin, y compris chez des juristes sociaux-démocrates, on a soutenu que les « droits sociaux » ne peuvent pas être reconnus comme des droits constitutionnels d'application directe (« fondamentaux »), car leur sanction par un tribunal conduirait à transférer le domaine de la politique sociale de la sphère de décision du Parlement à celle de la justice. Pour ces auteurs, non seulement les juges ne sont pas élus, mais encore ces droits « sociaux », ont un objet trop imprécis du point de vue de l'interprétation. Et puisqu'il s'agit toujours de prestations matérielles, ils supposent une dépense financière, qui doit être décidée, encore une fois, par le pouvoir « politique ». C'est pourquoi on préfère voir dans ces normes plutôt des directives, qui, en tant que buts, ne sont pas concrètes, et s'adressent avant tout aux organes politiques de décision. Cet argument est différent de celui qui voyait dans les « droits sociaux » des droits incompatibles avec les droits-libertés, en commençant par la propriété privée. Mais il a en commun d'appréhender toujours les « droits sociaux » par le biais d'une prestation de l'État, financièrement coûteuse, qu'il s'agirait soit d'interdire, soit de confier aux seuls organes politiques, mais qui ne donnerait, en aucun cas, aux individus le pouvoir de réclamer directement leur protection à un juge. Bref, ils ne seraient pas des droits.

Cependant, si les arguments liés aux modalités de la mise en œuvre des droits sociaux, et notamment de la dépense économique qu'ils entraînent, peuvent être alimentés par des racines idéologiques différentes, ils ne peuvent pas moins être

20. V., à titre d'exemple significatif, B. Mathieu, « Le droit au logement révélateur de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique », *Le Genre Humain* 2002, n° 38-39. Une primauté des droits sociaux sur des droits libéraux serait d'ailleurs, toujours selon l'auteur, « source de totalitarisme ».

relativisés. Ne serait-ce que du fait que des « droits-libertés » comme le droit de propriété, qui, selon les schémas traditionnels, ne demanderaient pour leur protection qu'une abstention de la part de l'État, comportent, en réalité, des coûts économiques notables (en commençant par l'organisation d'un cadastre). De même, des droits politiques, comme l'organisation des élections, sont également très coûteux en termes de dépenses publiques. Même les droits civils et politiques sont inconcevables sans l'activité « positive » de l'État.

II. La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, depuis les années 1970, a modifié l'approche des « droits sociaux » de la doctrine juridique française. Même si elle n'est pas vraiment majoritaire, une orientation se dégage pour défendre la pleine portée juridique de la notion, y compris en matière constitutionnelle. Tout en donnant aux « droits sociaux » le statut des véritables droits, cette doctrine garde cependant la séparation entre droits-libertés et droits-créances, et, surtout, considère que ces droits impliquent toujours une action positive de l'État²¹.

On retrouve chez les partisans de la notion de « droits sociaux » une tendance à défendre des définitions d'un type particulier, que l'on pourrait appeler des définitions matérielles, voire axiologiques. Elles sont censées rendre au « social » sa nature juridique, notamment en termes de « solidarité », laquelle serait la matrice de ces droits. Cette position présuppose dans ce « social » un élément substantiel, qui conditionne la compréhension de ces droits et expliquerait leur modalité pratique.

De nos jours, les tentatives les plus systématiques de concevoir les « droits sociaux » comme des droits universels dans la doctrine juridique française se construisent à travers les projections théoriques du concept de « République sociale ». Dans un livre récent, M. Borgetto et R. Lafore considèrent qu'« au centre de la problématique du droit social, il y a l'État », il serait même « la formulation juridique de l'ambition redistributive et protectrice de la puissance publique »²². Nul doute, les droits-créances demandent une intervention active des pouvoirs publics. Mais tout en soutenant l'idée de « prestations positives de la société » comme fondement des « droits sociaux », Borgetto défendait déjà dans sa riche thèse, et contre Rivero, leur caractère universel (et même de droit naturel, selon ses termes)²³. Il se voit alors obligé de faire appel à la valeur de la « solidarité » pour leur donner un « horizon

21. M. L. Pavia, D. Rousseau, « France », in J. Iliopoulos-Strangas (dir.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne*, Athènes, Bruxelles, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2000, p. 353. Il en serait ainsi du moins des alinéas 10, 11, 12, 13 du Préambule de 1946, qui consacraient un « statut positif, c'est-à-dire le droit d'exiger certaines prestations de la collectivité ». Sur l'argument, qui donnera lieu à une littérature importante, v. déjà R. Pelloux, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDP* 1947. 381.

22. V., M. Borgetto, R. Lafore, *La république sociale*, Paris, PUF, 2000, p. 119.

23. M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993, p. 99. Il est vrai que, au fond, Borgetto ne s'occupe que du droit à l'assistance sociale, qui sert de modèle pour les « droits sociaux ».

d'universalité ». Mais on est devant un concept « métajuridique », comme le disent les auteurs, et la difficulté réapparaît dès que l'on doit déterminer les formes juridiques que cette solidarité exige : il s'agit de droits à prestations qui assurent les mécanismes de distributions, ils sont même des droits catégoriels. Ainsi conçu, le caractère universel semble se dérober sous la modalité concrète de ces « droits » : « leur réalisation effective constitue une tâche impossible », ils opèrent comme des guides « pour initier des politiques concrètes d'intégration sociale »²⁴. Du coup, ces « droits sociaux » ne semblent plus des droits au sens strict.

C'est le même type de difficulté à laquelle était confronté jadis Georges Burdeau. Il avait parlé d'un « droit de l'homme situé », qui se fonderait, comme les droits individuels, dans une exigence de la nature humaine. Mais, en les définissant comme la « consécration juridique du besoin », il les particularisait sur une certaine catégorie d'individus (avant tout, les travailleurs) et sur une certaine modalité (la prestation). Il s'agissait finalement de droits particuliers, qu'une catégorie d'homme a en raison de leur situation, leur mode de vie (il parlera même, dans les années 1940, des « droits de classe »). Et « l'exigence d'une intervention positive de l'État, que postule leur réalisation », relativise encore leur caractère inhérent à la nature humaine. Finalement, les « droits sociaux » auraient plus une valeur de programme adressé au législateur, pour l'avenir, que de constatation d'un droit positif, existant²⁵.

La voie de la définition matérielle des « droits sociaux » comme entité spécifique est, à vrai dire, ancienne, et on peut la faire remonter (au moins...) aux débuts du constitutionnalisme social européen du xx^e siècle, tel qu'il s'exprime par exemple dans la Constitution de Weimar, où son célèbre article 151 proclamait comme but de la réglementation de la vie économique la garantie d'« une existence humaine digne pour tous ». Pour les juristes socialistes allemands, attachés à la valeur constitutionnelle des « droits sociaux », cette norme comportait un nouveau concept d'égalité, de type matériel. Associés à une idée particulière d'égalité, matérielle et substantielle, les « droits sociaux » donneraient lieu à un régime juridique, différencié, devant une inégalité de fait. On a pu, par la suite, chercher à préciser davantage le contenu de cette égalité matérielle. L'un des moyens était la notion de « niveau de vie » qui, « dans un concept plus ample de liberté », se retrouvait dans le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par les Nations unies en 1948. Toujours dans le domaine du droit international, le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels de 1966 se propose de cerner davantage, dans son article 11, le contenu de ce « droit de toute personne à un niveau de vie suffisant », par une référence à la nourriture, le vêtement et le logement adéquats, y compris pour sa famille. Mais les opérations conceptuelles qui cherchent à

24. V., M. Borgetto, R. Lafore, *La république sociale*, op. cit., p. 145. Un décalage dont les auteurs sont conscients, lorsqu'ils affirment que ces droits « bien que posés comme universels, donnent naissance à des politiques particularistes ».

25. V., G. Burdeau, *Manuel de droit public. Les libertés publiques. Les droits sociaux*, Paris, LGDJ, 1948.

construire la définition des « droits sociaux » sur ces paramètres achoppent toujours sur d'autres questions, non moins « matérielles », comme celle du critère qui permettrait de définir une vie décente ou même, plus directement, celle des moyens de l'État à mettre en œuvre. Par ce biais, on arrive, dans le meilleur des cas, à réserver la justiciabilité de ces droits à des situations d'exception (l'extrême indigence, le danger imminent), ce qui les éloigne, encore un peu, de leur universalité.

Sur le fond, ces analyses « engagées » pour une pleine reconnaissance juridique des « droits sociaux » restent, paradoxalement, débitrices d'une vision réductrice de la catégorie, les comprenant exclusivement sous le modèle des droits à des prestations matérielles, des droits à quelque chose, renvoyant à l'activité factuelle de l'État. Elles finissent par déboucher sur une notion spécifique de « droits sociaux ». Les formes d'exigibilité judiciaire atteignent alors rapidement une limite. Ce qui laisse toujours ouverte la contestation au nom du « droit ». Non pas que les besoins n'existent pas. Ils sont certainement « sociaux », mais ils ne seraient pas des « droits ».

Finalement, c'est toujours un même argument théorique qui est mobilisé par des juristes engagés, en faveur ou contre la catégorie de « droits sociaux ». En réalité, c'est le premier engagement, au nom du « droit », qui surdétermine les théorisations des défenseurs de la notion. Dès lors, les visions favorables n'ont pas vraiment changé de terrain conceptuel ; elles opèrent dans les meilleurs des cas un renversement, sinon une assomption, des fondements donnés par les conceptualisations traditionnelles. De sorte qu'une forme de consensus s'instaure autour de l'idée de « prestation matérielle » pour penser les « droits sociaux », assumée, sous la modalité juridique d'une créance de la « communauté », par les uns et les autres.

En réalité, l'État n'est pas toujours obligé à engager une action positive pour protéger des « droits sociaux ». Ce n'est pas un hasard si la doctrine traditionnelle avait dû abandonner des pans entiers de sa conceptualisation concernant des « droits sociaux » comme le droit de grève ou la liberté syndicale. Sans parler du respect des « droits sociaux » devant un tiers, des actions négatives (comme les interdictions) : des règles peuvent s'avérer très efficaces pour garantir la santé ou le logement, comme le rappelle une jurisprudence (étrangère) et une littérature très riche.

Mais ce qui est pris ici comme la « nature juridique » des « droits sociaux » peut se révéler comme une modalité politique issue d'un développement historique des fonctions de l'État en Europe, notamment après la Seconde Guerre mondiale. Une politique d'intégration sociale était traduite par la reconnaissance de droits d'un certain type (des prestations matérielles), dont bénéficiait une certaine catégorie des sujets, puisqu'il s'agissait, comme l'écrivait Burdeau en 1948, de réintégrer « le travailleur dans une société accueillante et sûre »²⁶.

En tout cas, il n'y a pas de transparence entre un engagement en faveur d'une société plus égalitaire et les arguments juridiques en faveur des « droits sociaux » en

26. En effet, il existe une tension politique interne aux « droits sociaux », entre deux pôles, d'émancipation et d'intégration, qui conditionne la paire conceptuelle utilisée pour définir leur caractère, universalité et particularité. Sur ce point, je me permets de renvoyer à C. M. Herrera, « Sur le statut des droits sociaux. La constitutionnalisation du social », *RUDH* 2004, vol. 16, n° 1-4.

termes de contenu matériel. En un sens, il est intéressant de rappeler que des juristes qui étaient en même temps des militants socialistes, ne se sont pas condamnés toujours à donner une définition matérielle du social pour pouvoir concevoir des droits « sociaux ». En effet, on peut identifier un autre projet théorique qui défend le caractère juridique des « droits sociaux » sans abandonner la tradition des droits de liberté inaugurée par les révolutions du XVIII^e siècle. Elle apparaît, en France, de manière contemporaine aux thèses solidaristes (et contre elles), sous la plume d'un non-juriste, Jean Jaurès, qui reconstruit une théorie politique à travers l'idée de « droit à la vie ». Sur un plan plus juridique, elle était illustrée, non sans quelques hésitations, par un juriste allemand très critiqué par Hayek, Gustav Radbruch, qui soutenait l'idée que les « droits sociaux » ne sont que les droits de l'homme individualisé, l'ensemble des droits perdants leur caractère abstrait, de droit naturel²⁷. En France, à la même époque, Boris Mirkine-Guetzévitch soutenait que ces nouveaux droits sociaux cherchaient à « créer un minimum de conditions *juridiques* qui permettront d'assurer l'indépendance sociale de l'individu »²⁸. L'intérêt de cette entreprise est de souligner qu'il n'y a pas d'opposition de « nature » entre deux types de droits.

En définitive, sur le plan des fondements les « droits sociaux » peuvent être considérés comme des « droits-libertés », pour garder la catégorie traditionnelle, compte tenu qu'ils cherchent la maximisation de l'autonomie de la personne et la réduction de l'arbitraire. En ce sens, la vieille opposition que la doctrine française établit entre les pouvoirs d'exiger (propre aux « droits sociaux ») et les pouvoirs de faire (propre aux droits de l'homme), n'a pas de raison d'être, tous ces droits peuvent se rattacher à un même pouvoir d'agir. Cela implique de rompre avec l'idée que le « social » est, sous une modalité substantivée, essentiel dans la définition des « droits sociaux ». D'une part, les « droits sociaux », comme tous les autres droits de l'homme, apparaissent un composé variable de prestations positives et obligations négatives où, bien que l'action de l'État puisse s'avérer centrale, elle ne n'épuise pas leur signification²⁹. D'autre part, il n'y a pas de droits qui seraient, par « nature », fondamentaux³⁰.

*

* *

27. Sur ces deux visions, je me permets de renvoyer, respectivement à « Jean Jaurès et l'idée de droit social », *Cahiers Jean Jaurès* 2000, n° 156, et « Compromis politique et théorie juridique chez Gustav Radbruch », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 11, 2000, désormais repris dans C. M. Herrera, *Droit et gauche. Pour une identification*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2003.

28. V., B. Mirkine-Guetzévitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, Marcel Giard, 1931. Elle sera approfondie par d'autres juristes socialistes, en particulier, un constitutionnaliste argentin, C. Sánchez Viamonte, dans le cadre d'une théorie des droits de l'homme. Sur cette théorie constitutionnelle, v. C. M. Herrera, « Socialismo jurídico y reformismo político en Carlos Sánchez Viamonte », *Revista de Estudios Políticos* 2001, n° 113.

29. V., G. J. H. Van Hoof, « The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : a Rebuttal of Some Traditional Views », P. Alston, K. Tomasevski (dir.), *The Right To Food*, Dordrecht, Nijhoff, 1984.

30. V., N. Bobbio, « Sul fondamento dei diritti dell'uomo », *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1997.

La question du débat doctrinal sur les fondements des « droits sociaux » nous aura permis d'illustrer le caractère complexe de l'engagement des juristes, en montrant notamment qu'il n'y a pas de lien ontologique entre certaines positions politiques et certains concepts. Cela n'implique nullement, bien entendu, de nier la valeur de l'engagement en matière de droits, car, comme le rappelait Bobbio, « le problème de fond concernant les droits de l'homme n'est pas tant aujourd'hui celui de les justifier, mais celui de les protéger. Ce n'est pas un problème philosophique, mais politique ». Ici et maintenant, il le reste toujours...

Seconde sous-partie

Le droit dans l'action militante

Les contributions qui suivent sont l'œuvre de juristes de formation, qui militent au sein de syndicats ou d'association, et de militants, qui, sans formation juridique initiale, sont devenus juristes par les nécessités de leur action militante. Par leurs témoignages et leurs réflexions, ces auteurs montrent comment, au quotidien, entre leurs mains, le droit peut devenir un puissant instrument de défense des intérêts sociaux.

Revendications et droit à la Confédération générale du travail

Philippe Masson

*Responsable du secteur juridique de la Confédération générale
du travail (CGT)*

Avant d'aborder ce qui nous importe le plus, c'est-à-dire les actions présentes et leurs perspectives d'avenir, je veux rappeler d'où l'on vient.

Dès l'origine de la CGT, revendications et droit ont formé un compte infernal ! Nos premiers congrès résonnent encore des débats virulents entre les militants issus des Bourses du travail, animant permanences juridiques et conseils de prud'hommes et ceux des fédérations d'industries dont les regards et les efforts étaient tournés vers la préparation du « grand soir ». La charte d'Amiens, dont nous fêtons cette année le centenaire, confirma l'objectif de « l'expropriation capitaliste par la grève générale », et donc de la destruction d'un État considéré comme au service exclusif du patronat. Dans cette conception, le droit produit, contrôlé et appliqué par un État de ce type est d'abord un obstacle à l'action syndicale.

Il n'est pas question de traiter ici l'évolution des rapports entre l'action syndicale et les perspectives de changement social tout au long de l'histoire de la CGT. Mais si les temps et les conceptions ont changé, notre rapport originel au droit a laissé quelques traces. Bien qu'en recul, certaines idées restent vivaces :

– considérer le droit comme un palliatif, dont on se préoccupe seulement lorsque la « noble » action syndicale n'a pas permis d'accéder au rapport de force nécessaire ;

– se méfier quelque peu du militant juriste, soupçonné de compromission avec l'ordre établi puisqu'il s'efforce d'en comprendre et d'en utiliser les règles.

Fort heureusement, cela n'a pas empêché notre confédération d'occuper le terrain de l'action juridique — les lecteurs du *Droit ouvrier* le savent bien — ni d'obtenir des résultats spectaculaires. Je pense, par exemple, à l'affaire *Clavaud*, premier exemple de réintégration d'un salarié non protégé, licencié pour s'être exprimé sur ses conditions de travail dans les colonnes de l'*Humanité*.

Mais ce qui est engagé depuis 10 ou 15 ans est d'une autre portée et nous fait espérer que le couple infernal puisse un jour connaître une relation conjugale harmonieuse ! Il s'agit de faire du droit un outil à part entière de l'action et de la stratégie syndicales, à partir d'une pratique vivante, évolutive, combative des ressources juridiques, procédures judiciaires comprises. Et de montrer que le raisonnement juridique, les concepts qu'il mobilise et la rigueur qu'il exige peuvent enrichir la réflexion syndicale. Plutôt que de décrire dans l'abstrait les efforts accomplis dans ce sens, je vais les illustrer par quelques exemples.

I. LES CHÔMEURS « RECALCULÉS »

Un avenant à la convention UNEDIC en date du 1^{er} janvier 2003 avait prévu un changement des conditions d'indemnisation des demandeurs d'emploi, y compris pour celles et ceux inscrits avant cette date. Ce texte, combattu par la CGT, instaurait également le « plan d'aide au retour à l'emploi » (PARE). En conséquence, au 1^{er} janvier 2004, des centaines de milliers de demandeurs d'emploi allaient subir une réduction drastique, en montant et en durée, des prestations qui leur avaient été annoncées au moment de leur inscription.

Pour être franc, les tentatives de mobilisations effectuées fin 2003 se limitèrent à quelques maigres rassemblements devant les sièges du MEDEF. Début 2004, émergea l'idée que l'UNEDIC avait d'une façon ou d'une autre violé ses engagements et qu'on pouvait lui en demander réparation, y compris par voie judiciaire.

Idée iconoclaste, car elle induisait une conception contractuelle des relations entre l'UNEDIC et les demandeurs d'emploi, alors que nous défendions — et défendons toujours — la nature assurantielle des prestations chômage. Nous avons d'ailleurs combattu le PARE, qui s'appelait à l'origine le CARE — « C » initiale de contrat, à cause justement de la démarche de contractualisation qu'il véhiculait. L'idée était iconoclaste à un point tel, que nombre d'excellents avocats, proches de nous, déconseillèrent formellement d'y donner suite.

Nous avons cependant décidé « d'y aller », en commun avec plusieurs associations. En 3 mois, 123 TGI seront saisis de milliers de demandes. Des dizaines de comités de chômeurs se créent ou renaissent. Nous gagnons une première fois à Marseille le 15 avril 2004, jugement peu après confirmé par la cour d'appel d'Aix, puis à Paris et à Créteil le 11 mai ; ces deux jugements seront quant à eux infirmés en appel. La doctrine s'empare de l'affaire, je citerai seulement le retentissant article d'Alain Supiot sur le respect de la parole donnée ; les médias suivent, l'opinion publique s'émeut. La lutte des chômeurs recalculés est devenue une affaire nationale que le gouvernement est contraint de régler en rétablissant 1,1 million de demandeurs d'emploi dans leurs droits initialement liquidés. Deux brèves remarques pour en terminer avec cet exemple :

– nous avons assumé une pluralité d’approches juridiques : ici on a plaidé le respect du contrat, là, l’intangibilité des droits liquidés, s’appuyant sur la jurisprudence obtenue dans le cas des pensions de retraite servies par l’AGIRC et sur l’approche patrimoniale des prestations sociales initiée par la CJCE; ailleurs c’est le défaut d’information et la légèreté blâmable des ASSEDIC qui furent mis en avant. Cette pluralité donna lieu à de passionnantes rencontres avec les avocats investis dans les procédures. Elle ne fut jamais un obstacle à la défense de nos propres conceptions et revendications en matière d’assurance chômage;

– l’action judiciaire a lancé la mobilisation, parce qu’elle fut dès l’origine conçue pour cela et portée, jusque dans les détails de procédure, par les collectifs CGT et les associations; elle est ensuite passée au second plan, à tel point que peu des acteurs de l’époque savent où on en est aujourd’hui! Pour information, nous attendons la décision de la Cour de cassation saisie d’un pourvoi de l’UNEDIC à l’encontre de l’arrêt d’Aix-en-Provence.

II. LES ÉQUIVALENCES

Depuis 70 ans, des centaines de milliers de salariés des hôtels-restaurants, du commerce de détail, du gardiennage, de l’action sociale... subissent les conséquences d’une série de décrets issus de la loi du 21 juin 1936, la « loi des 40 heures ». Sous prétexte de périodes de travail moins intenses que d’autres, leur temps de présence est considéré comme équivalent à une moindre durée de travail effectif.

Ce régime, aux lourdes conséquences sur les horaires de travail n’a fait l’objet que de peu d’actions revendicatives.

Dans le cadre d’un véritable feuilleton syndicalo-juridique concernant les éducateurs effectuant des permanences de nuit dans les établissements d’éducation spécialisée, le Conseil d’État a été saisi d’un recours en annulation d’un des multiples décrets pris ces dernières années pour tenter d’assurer une base légale à ce système. Il a posé une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) sur la compatibilité des équivalences avec la directive 93/104/CE sur le temps de travail. Par décision du 1^{er} décembre 2005, celle-ci a constaté l’incompatibilité, à partir de sa définition constante du temps de travail comme étant « tout temps passé à la disposition de l’employeur, sans pouvoir vaquer librement à ses occupations » et en rappelant que la législation européenne sur la durée du travail doit s’interpréter en fonction de l’objectif de protection de la santé des travailleurs.

Le 28 avril, le Conseil d’État a dû annuler le décret attaqué, non sans essayer d’imposer une lecture restrictive et fort contestable de la décision de la CJCE. Ces épisodes judiciaires, dont on mesure la complexité, ont permis de relancer l’action contre le régime des équivalences. Mais ils n’auront bien sûr d’efficacité que

si la mobilisation « par les voies syndicales habituelles » se développe au niveau nécessaire.

*
* *

On aurait pu développer d'autres exemples, comme le combat contre les discriminations syndicales, pourtant instructif à de nombreux titres. Il fut l'occasion de pratiques judiciaires novatrices, telle l'utilisation du référé et contribua à une évolution culturelle majeure dans notre conception du militantisme : passer d'une vue « martyrologique » selon laquelle l'entrave à la carrière est une conséquence scandaleuse certes, mais quasiment normale de l'engagement syndical, à l'exigence de pouvoir mener de pair une vie professionnelle épanouissante et une activité militante. Évolution qui induit l'importante notion de « devoir de l'organisation » vis-à-vis de celles et de ceux qui, en tant qu'individus, s'investissent dans son action collective.

Bien entendu, la découverte (et la pratique) du droit comme outil dynamique utilisable par les travailleurs dans leur combat de tous les jours, ne vont pas sans tâtonnements, inégalités et réticences diverses. Je veux seulement évoquer les deux questions qui me semblent les plus aiguës parmi celles auxquelles nous sommes confrontés dans cette démarche.

La première est la prise en compte des droits de la personne. Dans notre conception syndicale, les conquêtes en droit social se formalisent par des normes collectives dont l'individu salarié ne bénéficie qu'à travers son appartenance à un collectif de travail. Toute approche individualisante, à commencer par le contrat de travail, apparaît comme d'abord favorable au patronat et suscite la méfiance.

Mais quand on fait condamner l'usage par l'employeur d'une clause contractuelle de mobilité au motif qu'elle viole de façon disproportionnée le droit du salarié à une vie familiale normale, sur quel registre joue-t-on ? Et quand le contrat individuel devient un rempart contre un accord dérogatoire minoritaire aggravant les conditions de travail ? Ou quand le principe de loyauté contractuelle — entré dans le Code du travail à l'occasion de la loi définissant et réprimant le harcèlement moral —, quand cette épouvantable notion civiliste est utilisée comme tempérament au pouvoir de direction de l'employeur ?

La CGT a engagé une réflexion d'ensemble sur la notion de « garantie collective » et proposé l'élaboration d'un « nouveau statut du travail salarié », visant à assurer à chaque travailleur une sécurité sociale professionnelle et fondée sur la notion de « garantie attachée à la personne du salarié et opposable à tout employeur successif ».

Je veux seulement souligner le rôle de l'approche juridique dans cette démarche syndicale du nouveau statut du travail salarié. En posant des questions précises sur la traduction en normes sociales, sur les difficultés à résoudre — qui est comptable des droits du salarié ? qui les finance ?, etc. — on oblige à une réflexion plus concrète, on stimule ce qui est et doit rester d'abord une construction revendicative. On rappelle

par là même que les conquêtes sociales issues de la lutte et du rapport de force ne sont devenues opératives que traduites en règle de droit positif. C'est ce que nous appelons entre nous « le droit (et le devoir) d'ingérence juridique » dans la vie de la CGT.

La seconde question est celle du travail avec les experts, professionnels extérieurs à la CGT ou juristes militants de l'organisation.

Nous avons un besoin immense d'expertise et il ne fera probablement que s'accroître. Le droit du travail est complexe, son maniement ne souffre pas l'amateurisme et l'ignorer conduit à des déconvenues ou des « effets boomerang » ravageurs. Ceux qui par formation, expérience, travail personnel assidu, ont acquis ces compétences sont donc indispensables. Mais le risque existe que cette expertise ne conduise à une délégation de pouvoir, à une confiscation des décisions par celles ou ceux qui connaissent la matière. Or l'aspect juridique d'une situation, les contraintes et les pistes fournies par l'analyse « en droit », doivent être des éléments parmi les autres de la stratégie syndicale à définir et la décision toujours appartenir aux directions élues par chaque organisation.

La difficulté peut tenir à l'expert, lorsqu'il outrepassé son rôle ou n'inscrit pas sa compétence personnelle, dont il est légitimement fier, dans un indispensable travail collectif. Elle peut aussi venir des autres militants qui, par méconnaissance de ce qu'est le droit ou rebutés par ses complexités, sont trop heureux de déléguer à quelque(s) un(s) le soin de se débattre dans le borbier juridique.

Cela nous a conduit à développer les sessions d'initiation à l'utilisation du droit, pour que le plus grand nombre possible d'élus du personnel, de responsables syndicaux, acquièrent les notions de base indispensables à une coopération fructueuse avec les experts membres ou non de la CGT.

Il nous faut aussi porter une grande attention à l'exercice de leur responsabilité par les militantes et militants investis d'un mandat juridique ou animant ces activités. L'exigence envers eux doit s'accompagner d'une aide concrète de l'organisation. Nous y arrivons le plus souvent. Quand il y a un échec, c'est une perte pour le combat commun et chacun en est meurtri.

*

* *

Pour conclure sur une note optimiste, je veux dire combien la qualité et la diversité des contributions présentées au cours de cette journée nous ouvrent de perspectives de réflexions et d'actions communes. Ce colloque confirme la possibilité d'un très large rassemblement pour la défense des libertés, du progrès social, de la démocratie et la responsabilité de la CGT pour y tenir toute sa place.

Revendications et droit à la Ligue des droits de l'homme

Jean-Pierre Dubois

*Président de la Ligue des droits de l'homme (LDH),
professeur de droit à l'Université Paris-Sud (Paris 11)*

La Ligue des droits de l'homme, « bonne mémoire et mauvaise conscience de la République » selon l'un de ses anciens présidents, Yves Jouffa, est sans doute la plus ancienne association de défense des droits de l'homme au monde. Fondée en 1898 par des témoins à décharge au procès fait à Émile Zola pour son « J'accuse », elle naît dans le contexte judiciaire et politique exceptionnel de l'affaire *Dreyfus*¹, et cette naissance va situer et orienter l'association jusqu'à aujourd'hui sur trois plans fondamentaux :

- la défense des droits passe par l'attachement au droit ;
- la défense des droits suppose une mobilisation civique ;
- la défense des droits, parce qu'elle est assumée dans une perspective universaliste, exige la prise en charge théorique et pratique² de l'articulation entre le politique et le juridique³.

Les choix décisifs pour l'avenir de la LDH ont été opérés très tôt dans l'histoire de l'association : choix de l'universalité, de l'indivisibilité et de l'effectivité des droits à conquérir, à défendre et à faire vivre.

1. L'« Affaire » est en effet une spectaculaire suite de combats judiciaires mais aussi et surtout une étape décisive dans la démocratisation de la République. Sur les premières décennies de la LDH, on se reportera avec profit à la thèse d'E. Naquet sur *la Ligue des droits de l'homme de 1898 à 1940*, soutenue en juin 2005 à l'IEP de Paris (direction Serge Berstein) et en cours de publication.

2. Et l'on sait depuis Kant que ce qui est faux en pratique ne peut être vrai en théorie.

3. Si l'État hégélien est chargé de l'actualisation politique de l'universel juridique, les défenseurs des droits de l'homme peuvent tout autant revendiquer cette tâche comme vigie et comme contre-pouvoir indispensable face au risque permanent de « dés-universalisation » de l'État...

I. UNIVERSALITÉ

Dès l'assemblée générale fondatrice de juin 1898, l'objet associatif s'élargit de la défense d'un innocent sacrifié, parce que juif, à la raison d'État, à celle de « tout homme dont la liberté serait menacée ou dont les droits seraient violés ». Ainsi notre manifeste fondateur fait-il immédiatement le choix de l'universalité des droits. Cet impératif catégorique fondateur nous vaut régulièrement incompréhension voire injures⁴, mais il reste notre colonne vertébrale.

C'est ainsi que, contre vents et marées, nous persistons à refuser non seulement de hiérarchiser, mais même de séparer, les combats contre l'antisémitisme, le racisme et les discriminations qu'ils secrètent : la concurrence victimaire, l'affrontement mémoriel et les replis communautaires sont des poisons mortels pour la garantie des droits de tous et pour la vie même de la cité. Un peu seuls sur cette ligne il y a deux ans dans le mouvement antiraciste, nous le sommes moins aujourd'hui — du moins à l'aune des discours — et nous nous en réjouissons sans baisser la garde pour autant.

II. INDIVISIBILITÉ

Les droits de tous, mais aussi tous les droits : cinq ans après sa naissance, la LDH fut confrontée à un choix décisif, plus difficile que celui de l'universalité mais tout aussi « fondateur » sur le long terme : fallait-il s'en tenir à la défense des libertés, des « droits civils et politiques » dirait-on aujourd'hui, ou bien s'aventurer aussi sur le terrain de « la Sociale », c'est-à-dire de l'égalité des droits sociaux ? Francis de Pressensé, deuxième président dans l'histoire de la Ligue et député proche de Jean Jaurès, engage dès 1903 la LDH sur le deuxième chemin : elle défend des syndicalistes emprisonnés, combat pour les retraites ouvrières et pour celles des instituteurs, dénonce la violence de la répression des conflits sociaux. Un tiers des adhérents la quittent, mais le cap sera maintenu. Au Congrès de 1936, le rapporteur de la résolution thématique consacrée au « droit à la vie » (impliquant les droits à l'éducation, à la santé, au logement, aux congés, à la protection sociale, etc.) creuse encore ce sillon⁵ : douze années plus tard, René Cassin, principal juriste de la France libre et membre de notre Comité central, fut comme chacun sait la principale plume de la DUDH, première proclamation conjuguant l'universalité (planétaire) et l'indivisibilité (DCP et DESC réunis dans le même *corpus*) des droits de l'homme. S'il est vrai

4. H. Leclerc, président de la LDH de 1995 à 2000, se fit ainsi traiter d'« avocat de pédophiles » pour avoir rappelé l'universalité de la présomption d'innocence alors que le procès équitable, des années avant Outreau, n'était guère à la mode.

5. Il est vrai que c'est au siège de la LDH et sous la houlette de son président V. Basch qu'avait été signé, l'année précédente, le pacte du « Rassemblement populaire » contre le fascisme.

que le passage au normatif exigea dix-huit ans plus tard sur le second plan un recul, puisqu'il y a non pas un mais deux « pactes de New York », la référence symbolique de 1948 reste forte et fondatrice pour tous ceux qui, comme nous, ne confondent pas mondialisation des enjeux et « globalisation impériale ».

La LDH refuse donc plus que jamais le piège de la prétendue alternative entre « gauche morale » et « gauche sociale », entre défense des libertés et combats pour l'égalité. Elle fait sienne l'idée d'« égaliberté »⁶ face aux visions hémiplegiques qui, depuis la chute du mur de Berlin, n'ont même plus la débile excuse, ou plutôt le paravent géopolitique, que fournissait le face à face de la guerre froide. On peut refuser la « pensée unique » néolibérale sans pour autant porter le deuil du soviétisme...

III. EFFECTIVITÉ

Les droits de tous, tous les droits, certes... Encore faut-il, au pays des beaux discours révolutionnaires, « prendre les droits au sérieux »⁷. On dit qu'il n'y a pas d'amour, mais seulement des preuves d'amour ; il en est de même de la pratique des droits. Loin d'être les « droits de l'hommes » qu'ont successivement dépeint le Club de l'Horloge, Jean-Marie Le Pen, Nicolas Sarkozy et hélas quelques autres qu'on aura la charité de ne pas citer, nous revendiquons en permanence le plus grand réalisme à la fois juridique, politique et social.

Juridique parce que, pour tout dire, le « droit mou », le « droit bavard » ne sont pas notre tasse de thé. Nous déplorons ainsi depuis cinq ans que la « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » reflète l'écart entre les discours humanistes et les pratiques brutales d'une Union européenne enlisée dans le déficit démocratique, la « société de marché » et le fantasme d'une Europe forteresse. Mais balayons à notre porte gauloise : qu'est-ce que le droit au logement, objectif constitutionnel proclamé voilà douze ans par le Conseil du même nom, s'il n'est pas « opposable » ? qu'est-ce que le « droit à la vie familiale normale » affirmé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) lorsqu'on arrête des enfants de trois ans dans leur classe pour les conduire, avec leurs parents certes, dans des centres de rétention puis pour les reconduire à la frontière ? Qu'est-ce que la lutte contre les discriminations quand, en Seine-Saint-Denis, les collèges et lycées classés en ZEP comptent *plus* d'élèves par classe que les autres ? Les raisons ne nous manquent donc pas de persister à juger l'arbre politique — quelle que soit son étiquette — à ses fruits.

Politique (et social) donc, aussi, car nous sommes, statutairement, une « association politique » — certes pas un parti, car nous n'aspirons pas au pouvoir, mais une association de citoyens qui posent des questions politiques et qui prennent part

6. Pour reprendre l'heureuse formule d'E. Balibar.

7. R. Dworkin peut ici servir de précieuse boussole.

au débat politique. Nous pensons que les causes des violations des droits de l'homme sont toujours, au sens fort, politiques, et que dès lors la seule alternative à la régression des droits, à la montée de l'anomie, d'une violence « durkheimienne » et de la désintégration sociale, c'est la reconstruction du politique, c'est-à-dire l'invention d'acteurs et de procédés d'« agir communicationnel » qui mettent fin à cet incroyable décalage entre la société française du début du *xxi*^e siècle et des institutions politiques devenues illisibles et « débrayées » par rapport au tissu social.

Sommes-nous loin du sujet imparti ? Nullement : la LDH n'a jamais cessé d'affirmer que si le droit est un outil précieux au service des droits (ce dont témoigne l'activité quotidienne de nos sections, de leurs permanences juridiques, du service juridique de notre siège et de notre réseau d'avocats), la garantie à la fois première et ultime des droits réside dans l'exercice de la citoyenneté.

À ceux qui douteraient de la pertinence de la devise du *Canard enchaîné*⁸ ou qui ne l'étendraient pas à l'ensemble des droits fondamentaux, la victoire contre le CPE, le combat du printemps 2006 contre la réforme du CESEDA et celui de l'automne 2006 contre le projet de loi dit « de prévention de la délinquance » offrent d'utiles rappels à la réalité. Les droits ne se conquièrent, ne se défendent et ne progressent que par l'engagement militant des citoyens... y compris lorsqu'ils sont, de surcroît, juristes.

C'est assez dire que notre attachement kantien à l'universalisme ne saurait nous conduire à « avoir les mains pures parce que nous n'aurions pas de mains »⁹, comme si l'alternative imposée était entre inertie et compromissions. Victor Basch, président de la Ligue des droits de l'homme qui devait être assassiné en 1944 avec son épouse Ilona par des miliciens bien français, résumait dans les années 1930 ce que la Ligue pensait — et pense toujours — du droit, de sa pratique et de l'engagement social dans les termes suivants : « la LDH ne se contente pas de réclamer que l'on applique la portion de justice que contiennent les lois, elle veut que l'on inscrive dans les lois la totalité de la justice ».

*

* *

Utopie ? Rocher de Sisyphe ? D'abord, « les utopies d'aujourd'hui sont les réalités de demain ». Et puis, revenant à la « raison pratique » qui éclairait depuis Königsberg le temps des révolutions, on peut définir les droits de l'homme vus par la LDH comme la « tâche infinie » qui, pour Emmanuel Kant, était la définition même de l'idée... et on peut aussi, nous le revendiquons encore, « imaginer Sisyphe heureux ».

8. « La liberté ne s'use que si l'on ne s'en sert pas ».

9. Mais cette formule cruelle de Péguy visait à la vérité non pas Kant mais ses épigones...

« Agir au soutien des étrangers » : l'exemple du Groupe d'information et de soutien des immigrés

Nathalie Ferré

*Présidente du Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI),
maître de conférences à l'Université Villetaneuse (Paris XIII)*

C'est la première fois qu'il m'est donné l'occasion de parler du GISTI dans une enceinte universitaire. L'exercice n'est pas si simple. Le GISTI n'est pas pour moi — je devrais dire pour « nous » — un objet de recherche (il l'a déjà été pour d'autres), mais un espace de militantisme et de réflexion politique. Il manquera sans aucun doute cet œil extérieur critique que l'on peut attendre.

Le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)¹ est né en 1972. On a coutume de dire qu'il est le bébé d'une rencontre fructueuse entre juristes et acteurs de terrain, plus précisément des élèves de l'ENA et des travailleurs sociaux au contact avec les populations immigrées. Même si cela nous fait parfois sourire aujourd'hui à force de le dire et de l'écrire, il n'en demeure pas moins que ce rapprochement constitue une part réelle de notre histoire.

Le GISTI est apparu dans un contexte particulier, le début des années 1970, marqué par les pratiques administratives, souvent illégales car dénouées de fondement légal et un relatif désintéret de la communauté scientifique pour l'immigration. Des circulaires allaient alors se multiplier sous couvert de la crise économique annonciatrice du paradigme de la politique migratoire de ces trente dernières années : celui de la fermeture des frontières à l'immigration de travail². Ainsi est née l'idée d'utiliser le droit comme instrument de combat politique : dénoncer les pratiques illégales, conquérir de nouveaux droits pour les étrangers.

1. Par la suite, il deviendra le « groupe d'information et de soutien des immigrés », sans que le sigle soit modifié, en raison de l'élargissement du public concerné.

2. Avec la dernière réforme en date adoptée le 30 juin par le Parlement, on est passé à un nouveau paradigme, celui de la sélection induisant une reprise officielle de l'immigration de travail.

Il paraît important ici de revenir sur la naissance du GISTI pour mieux mesurer aujourd'hui son rôle, ses actions en faveur des étrangers et de leurs familles. Si son expertise sur le terrain du droit continue à conférer au GISTI sa notoriété, en mêlant présence sur le terrain et soutien juridique, l'association nous semble aussi contribuer largement au débat sur les politiques nationale et européenne d'immigration et d'asile. Un regard sur le passé qui permet, à notre sens, d'éclairer le présent. L'évolution du GISTI est avant tout marquée par la pérennité de quelques lignes directrices qui ont traversé son histoire.

I. DE LA NAISSANCE DU GISTI...

1968 a favorisé une meilleure visibilité du phénomène de l'immigration, participant ainsi à la politisation du débat. Il est à noter que les travailleurs étrangers ont participé au mouvement social en cherchant à inscrire dans des revendications plus globales des revendications plus spécifiques, tenant lieu à leur statut.

Les années 1970 sont marquées par différentes luttes ayant trait à l'immigration. Le GISTI s'est toujours intéressé à ces luttes, son degré d'implication variant selon les époques, les forces de l'association ou encore les revendications et les formes choisies.

– *la lutte des travailleurs étrangers* qui réclament un statut juridique stable. Il faut ici mentionner et évaluer l'impact des circulaires dites « Fontanet-Marcellin » (1972). Celles-ci entendent mettre fin aux régularisations automatiques qui avaient cours tant que la France n'avait pas décidé de fermer ses frontières à l'immigration nouvelle de main d'œuvre. Elles répondaient aux pratiques patronales de l'époque, qui s'étaient librement développées pendant les « Trente glorieuses » et qui désignaient de fait la procédure d'introduction placée entre les mains de l'ONI comme l'exception et non la règle. Avec les circulaires précitées, l'État veut reprendre la « maîtrise », du moins réinstaurer une forme de contrôle, de l'immigration en posant deux règles nouvelles, celle pour l'étranger de produire un contrat de travail d'une durée au moins égale à un an et une seconde destinée aux employeurs, les obligeant à déposer au préalable toute offre d'emploi à l'ANPE avant de pouvoir embaucher un étranger. Les deux textes vont déclencher des grèves de la faim, qui ne seront pas ou peu soutenues par les organisations syndicales ;

– *la lutte dans les foyers* dits « SONACOTRA », pour un logement décent qui vont durer plusieurs années (1974-1979) ;

– *la lutte contre le racisme*. Une série de faits divers dramatiques — en l'occurrence trois crimes racistes — suscitent une forte émotion, et entraînent la mise en place de comités de défense³.

3. V. appel des 137 intellectuels, parmi lesquels J.-P. Sartre, M. Foucault et G. Deleuze.

C'est à la même époque que naît le GISTI. En 1971, une poignée d'élèves de l'ENA décide donc de s'unir pour défendre les principes de l'État de droit. Portant un regard critique sur le contexte politique et administratif, ils font le choix d'un thème à faible visibilité, celui de l'immigration et où règne « *une forme d'anarchie juridique* » pour mener leur action. Leur vision du droit se veut active : mettre des compétences juridiques au service d'une cause, celle des étrangers. Parce que ces élèves de l'ENA ne trouvent pas de répondant du côté des organisations syndicales, ils vont se tourner vers des acteurs de terrain, des travailleurs sociaux (de la CIMADE). Dès lors apparaissent deux déclinaisons de l'action du GISTI :

- agir par le droit ;
- agir par l'écrit.

« Agir par le droit » suppose de mener des actions contentieuses ; « agir par l'écrit » conduit à l'élaboration de brochures et de guides de façon à rendre accessible un droit jusqu'alors très méconnu. Un droit qui intéresse si peu alors les universitaires.

Il résulte de sa façon d'utiliser l'outil juridique que le GISTI n'est pas au sens premier du terme une association de défense des étrangers, impliquant une intervention au cas par cas, en accompagnant du début à la fin des dossiers individuels. L'objectif à atteindre est de tendre vers l'égalité des droits pour tous les étrangers. Pour cette raison, les différentes permanences sont perçues comme un terrain permettant de construire des stratégies contentieuses et politiques. Pour autant, il ne faut pas nier quelques écarts dans la pratique, notamment parce que l'ouverture des dossiers n'est pas entièrement soumise à des règles sélectives, loin de là, et que la part de l'humain et la personnalité des bénévoles contrarient — et c'est tant mieux — cet objectif principal, sans oublier le respect dû aux personnes qui font appel à l'association, souvent en dernier recours.

En amont de la prise en charge éventuelle de dossiers personnels, le GISTI nous paraît jouer un rôle important dans l'accès au droit, c'est-à-dire par la mise à disposition d'instruments (textes, modèles de recours, notes pratiques...) permettant, si ce n'est aux intéressés eux-mêmes, en tout cas à ceux qui les accompagnent et les soutiennent (amis, associations, travailleurs sociaux...), de trouver les références textuelles et d'adopter les bons réflexes. C'est un peu comme un passage de relais organisé, de responsabilisation aussi des différents acteurs intervenant dans le champ considéré. Peu important que ce soit des acteurs occasionnels ou professionnels.

Le développement d'une activité de publication a participé de son envie de faire partager ses expériences et de l'idée selon laquelle il faut maîtriser le droit dans tous ses arcanes pour mieux le contrer. Ses premières publications sont le miroir de sa réflexion « politico-juridique ».

Ainsi dès 1974, sort chez Maspero *Le petit livre juridique des travailleurs immigrés*. En guise d'introduction, on pouvait y lire : « les informations contenues dans cette brochure font apparaître : comment les textes et l'utilisation qui en est faite cantonnent les immigrés dans un rôle de force de travail adaptable aux besoins de l'économie... ». Plus loin dans le texte, le guide décline les trois façons d'utiliser la législation, induisant les regards portés sur elle :

– « le droit n'est pas égalitaire et il est profondément insuffisant. Pour autant, il permet de résoudre des cas concrets ;

– le droit est un terrain de lutte. Il offre des armes utiles, notamment en raison des contradictions internes des sociétés capitalistes ;

– sans être la panacée, le droit est une arme parmi d'autres. Sans illusion sur la portée des armes juridiques, il faut néanmoins utiliser les ressources du droit pour en tirer à chaque fois l'avantage "maximal". Des actions au "cas par cas" sont sans portée, si elles ne s'insèrent pas dans une lutte collective ».

Le style n'est sans doute plus tout à fait le nôtre. Pour autant, le GISTI d'aujourd'hui peut encore se reconnaître dans les propos ici rapportés.

II. ... À SON VISAGE ACTUEL

Le temps n'a pas radicalement changé le GISTI. Certes sa notoriété s'est accrue, sa visibilité ayant été — étant toujours ? — largement associée à ses victoires juridiques et en particulier aux deux arrêts de principe⁴ qui portent son nom.

Mais sa façon d'utiliser l'outil juridique conserve les mêmes lignes directrices ayant prévalu à sa naissance. Le refus « du cas par cas » demeure. Il signifie en particulier que le GISTI ne compte pas les dossiers gagnés, et ne les prend pas entièrement en charge (constitution des pièces et du dossier). Il ne se déplace pas dans les préfectures pour défendre les dossiers, n'appelle que très rarement les ministères ou autres lieux où sont prises les décisions. Ce qui compte avant tout, ce qui est recherché, c'est de contribuer à l'émergence de règles susceptibles de bénéficier au plus grand nombre possible d'intéressés et non d'obtenir un succès individuel par le jeu de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du préfet. Sauf exception. À la différence d'associations qui sont nos partenaires, les permanences, peu importe leur forme, fonctionnent presque exclusivement avec des bénévoles. Les salariés de l'association ne s'occupent pas directement des dites permanences et traitent peu de cas individuels (sauf à imaginer et initier des actions contentieuses nouvelles et marquées par une forme d'originalité). Ils constituent des personnes ressources dans leur champ de compétence respective. L'objectif assigné aux actions contentieuses rencontre pour autant des écueils. Outre qu'une grande partie des recours n'aboutisse pas, les solutions jurisprudentielles sont trop souvent impuissantes à réformer les pratiques ou donnent lieu à une parade du législateur, qui les réduit à néant.

Deux évolutions notables méritent ici d'être signalées :

– l'une est due au déplacement du débat et des prises de décision. Le contexte n'est plus seulement national. Depuis Amsterdam, la politique d'asile et d'immigration se dessine aussi au niveau de l'Union européenne. La prise en compte de cette

4. CE 8 décembre 1978 qui consacre le droit à mener une vie familiale normale ; CE 29 juin 1990 qui reconnaît au Conseil d'État le droit d'interpréter les traités internationaux.

« communautarisation », loin d'être achevée, du champ considéré a conduit le GISTI à trouver des partenaires européens (institutionnels, mais surtout associatifs) et à construire des contentieux extra-nationaux. Un phénomène tel que l'externalisation des questions d'asile et d'immigration nous emmène, comme le fait l'Union elle-même, au-delà des frontières de l'espace européen. Pour être plus concrète, la volonté de l'Union de confier — d'imposer — la gestion des frontières et des migrations à des pays voisins (ex : le Maroc) implique de suivre ces déplacements et de trouver sur place des partenaires et, le cas échéant, de trouver de nouveaux espaces contentieux ;

– l'autre est liée à une évolution de notre objet. L'expertise juridique acquise par le GISTI, induisant de suivre les remaniements des textes — de la fameuse ordonnance du 2 novembre 1945 au Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile — et les pratiques sous-tendues par les politiques mises en place, a conforté son expertise politique. Si le GISTI est aujourd'hui visible et connu pour sa connaissance du droit des étrangers et du droit d'asile, qu'il soit national ou européen, il est aussi reconnu pour son positionnement politique. C'est en 1997 qu'avec une poignée d'autres associations, il défendra l'idée de la liberté de circulation, fruit de ses connaissances acquises, de son regard critique porté sur près de trente ans de « détricotage » du droit des étrangers, marqué d'abord par l'obsession de la lutte contre l'immigration irrégulière. Beaucoup d'organisations se sont depuis ralliées à cette alternative de la politique de fermeture des frontières ou aujourd'hui de sélection.

Alors, « agir au soutien des étrangers » nous paraît recouvrir toutes les dimensions évoquées, avec les caractéristiques que nous avons tenté de faire surgir. Pour résumer, une approche offensive dans l'usage du droit, sans angélisme, qui se retrouve dans les activités récurrentes du GISTI, à savoir :

– analyser tous les textes nouveaux de façon précise, pointer les changements par rapport à la situation antérieure, prévenir les dangers, mesurer les effets et la portée⁵ ;

– continuer à combattre par la voie contentieuse les textes illégaux (des circulaires aux décrets), de susciter ces mêmes actions contentieuses lorsqu'il n'est pas possible d'agir directement (saisine du Conseil constitutionnel, de la CJCE par le Parlement européen...). Étant entendu que parfois l'action contentieuse, alors portée généralement dans un cadre inter-associatif, a une vertu symbolique, en ce sens où personne ne se fait d'illusion sur le résultat mais qu'il paraît impossible de se taire⁶. L'action contentieuse a pour objet principal de donner de la visibilité à un texte pour mieux le dénoncer ;

– former enfin en droit des étrangers et mettre à la disposition des personnes des publications à jour, lisibles, que l'on essaie d'adapter aux publics. Il s'agit alors

5. On peut mentionner le travail d'analyse opéré sur le nouveau projet du ministre de l'Intérieur dans le cadre du collectif « uni(e)s contre une immigration jetable ».

6. V. le recours porté par plusieurs associations, parmi lesquelles la Ligue des droits de l'homme, le MRAP ou encore le syndicat de la magistrature, contre la circulaire du 21 février 2006 sur les conditions de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière qui offre aux autorités « un véritable manuel du contrôle au faciès » sous couvert d'un juridisme effrayant.

de donner des armes juridiques pour là encore défendre ses droits ou les droits de l'autre.

*
* *

Au bout du compte, le GISTI a relativement peu changé depuis plus de trente ans dans son rapport au droit et ses relations avec le politique. On retrouve parmi les membres de l'association ce même mélange (travailleurs sociaux, avocats, universitaires...). Ce sont souvent — mais ce n'est pas si curieux — ceux et celles qui n'ont pas de formation juridique initiale qui sont les plus prompts à inventer des actions et à les initier devant les tribunaux.

Au secours!

Bernard Bolze

Fondateur de l'Observatoire international des prisons (1990-1998), animateur d'Une peine point barre, Campagne nationale contre la double peine (2001-2003), coordinateur de Trop c'est trop, Campagne pour le respect du numerus clausus en prison

Il y a les praticiens du droit et les penseurs du droit qui mettent le droit au service de l'engagement social, le leur comme celui des autres. Il y a les militants, dont je suis, qui font appel au droit, parfois de façon rudimentaire et malhabile, pour appeler à la transformation sociale. Je maîtrise mal le droit mais je fais appel à des notions simples du droit pour tenter de le faire respecter. Je ne cherche pas à être un expert du droit. J'en connais le nécessaire pour entreprendre certains combats et pour comprendre qu'à ce point bafoué, le droit n'est plus le problème.

Le problème est de nommer encore « démocratie » un ensemble qui tolère que le droit énoncé ne soit pas respecté. Pire, le problème est que la dénonciation des entorses au droit, bénignes ou graves, ne suffit plus au rétablissement du droit. Le problème est de nommer « législateur » la cohorte des parlementaires qui se satisfont d'avantage de l'effet d'annonce que de l'application du résultat. Le problème est de nommer « juges » des professionnels du droit qui infligent des traitements cruels, inhumains et dégradants sans sourciller, fabriquent tous les jours des zones de non-droit, dans les cellules de prison particulièrement. Le problème est de nommer « organisation » des droits de la personne des dispositifs plus enclins à la compétition, au faire-valoir médiatique et aux trajectoires personnelles qu'au règlement en commun des problèmes repérés. Le problème est que les journalistes ne nous aident plus à y voir clair. Nous le montrerons plus loin.

Engager une campagne pour le respect du *numerus clausus* en prison consiste à mobiliser l'opinion publique pour tenter de faire respecter le droit : dans une place, une personne. La belle affaire ! Comme s'il n'appartenait pas au juge de faire appliquer la loi. Quand les pouvoirs judiciaire et politique s'affranchissent aussi légèrement des règles conçues ensemble, tout devient possible y compris l'administration de mauvais traitements. En France et depuis longtemps, c'est chose faite.

La France est justement dénoncée avec force pour la situation de ses prisons. Les rapports sont tous « accablants », forcément accablants. Premier des griefs : la surpopulation et son cortège de maux, toujours douloureux, parfois violents.

Nous disposons pourtant du cadre pour bien faire : et sur le papier, tout est parfait. Les lois, circulaires et règlements nous disent tout de la mise en cellule des personnes de jour comme de nuit, de l'espace dévolu à chacun (moins de 11 m² : une place), de l'aménagement des peines, des alternatives à la détention. Mieux : nous pouvons compter sur l'expérience que confère l'étude statistique pour prévenir la récidive : plus la peine est aménagée, moins la récidive est grande¹.

Nous avons l'immense privilège de bénéficier d'un droit positif et donc l'immense responsabilité d'exiger son application. À trop laisser grignoter le capital démocratique légué par la cohorte de celles et ceux qui se sont battus pour nos libertés d'aujourd'hui, nous devenons comptables de leur érosion, comme des violences de demain. Si la responsabilité du législateur et celle du juge sont grandes, celle des citoyens que nous sommes ne l'est pas moins.

Un exemple contemporain nous éclaire sur l'importance du poids de l'opinion publique sur l'évolution du droit et du respect des personnes. Parlons de la double peine qui n'a jamais vraiment quitté l'actualité depuis cinq ans.

Non, la double peine n'a pas été supprimée par le vote au Parlement de la loi de 2003 sur les étrangers, comme l'écrit *Le Monde* dans le chapeau de l'article consacré à Arno Klarsfeld en date du 1^{er} juillet 2006 : « L'avocat a été nommé médiateur chargé d'examiner les demandes de régularisation des familles sans-papiers. Fils de Serge et Beate Klarsfeld, militants de la mémoire juive, il s'est rapproché du ministre de l'Intérieur depuis l'abrogation de la double peine ». Mais non plus, dorénavant, tout ne sera pas comme d'habitude, comme tentent de nous le faire croire quelques personnes attachées à démontrer finement que le ministre de l'Intérieur est vraiment de droite ! Les nouveaux obstacles rencontrés par les étrangers qui aspirent à vivre en France sont réels... et pas tellement nouveaux. En matière de double peine, nous avons gagné quelque chose, mais quoi ?

Si la double peine est la peine complémentaire d'interdiction du territoire français que peut prononcer un juge à l'encontre de tout étranger, en sus de la peine principale de prison, celle-ci subsiste dans le Code pénal, et les organisations associées dans la récente campagne nationale sont unanimes à le déplorer. Pourtant, si la double peine est la mesure d'éloignement du territoire national, prononcée par un juge ou par le ministère de l'Intérieur, qui frappe un étranger dont l'essentiel de la vie est en France, nous constatons que certains groupes de personnes bénéficient désormais d'une réelle protection, au premier rang desquelles les personnes qui ont commencé à séjourner habituellement en France avant l'âge de treize ans. Nous ne prétendons pas avoir réglé le problème. Nous considérons avoir participé à la prise de conscience d'une profonde injustice et constatons une avancée, conséquente pour ceux qui en bénéficient, cruelle pour ceux qui en sont exclus. Cette brèche dans

1. V. les travaux de P.-V. Tournier/CNRS.

l'archaïsme des mentalités et des pratiques doit être saluée. Elle doit être aussi élargie et ses restrictions combattues.

Le secteur associatif a la responsabilité de mettre en œuvre des interventions pédagogiques et des rapports de force pour faire avancer le droit, celui des étrangers en l'occurrence. Quand les grandes organisations françaises attachées aux droits humains soulignent un recul généralisé du droit des étrangers, démontrent-elles avec succès l'essence répressive du pouvoir élu ? Expriment-elles leur défaite ou trahissent-elles leur inefficacité ? Si perdre ne signifie pas nécessairement avoir tort, cela ne signifie pas non plus avoir raison. Acceptons d'interroger le seul terrain sur lequel nous avons tout pouvoir d'intervention : le nôtre.

Faire progresser le droit, c'est d'abord faire évoluer les mentalités. Il importe de s'adresser à l'opinion publique, c'est-à-dire à des voisins que l'on n'a pas choisis, dans des termes accessibles, sans jargon et sans langue de bois. Suis-je en train de convaincre ce voisin quand je l'assure que les atteintes aux droits de la personne étrangère seront résolues par la régularisation de tous les sans-papiers, par la suppression des frontières et la fin de toutes les expulsions ? Telle n'est pas mon expérience. Voilà des slogans qui témoignent d'une utopie que nous partageons, et qui néanmoins ne disent rien sur la façon de l'atteindre. Les bonds en avant sont appréciables, mais nous avançons plus sûrement ensemble pas à pas. Nous ne devons jamais juger comme négligeable le combat minuscule qui permet de déconstruire un mur de prison, un pan de frontière, ou qui fait de l'étranger un homme, c'est-à-dire un frère. Pour l'utopie, pas de baguette magique, et ne comptons pas sur les lendemains qui chantent. L'utopie souvent nommée ne saurait être brandie comme un étendard imposé. Chacun se bricole la sienne avec plus ou moins de dextérité, petite lumière dans un monde complexe.

Il importe, ensuite, de s'adresser aux parlementaires et, en priorité, à ceux qui ne pensent pas comme nous, surtout quand ils sont majoritaires ! Je ne convaincs pas un opposant politique en le méprisant ou en parlant plus fort que lui mais en tentant d'apporter la démonstration de l'inanité ou de l'injustice du « modèle » en vigueur. Cela n'est pas très bien vu dans nos rangs, et d'aucuns considèrent déjà le procédé comme une compromission pour un résultat forcément moyen. Voilà une posture souvent inconfortable que tout militant des droits humains se doit d'assumer. Sous peine de faire passer son dessein politique avant l'homme de chair et de sang qu'il prétend accompagner.

Dans sa page 3 du *Monde* du 23 mai 2006, Luc Bronner écrit à propos de la crise des banlieues : « En complément des sanctions judiciaires, le ministre de l'Intérieur avait demandé aux préfets d'expulser la centaine d'étrangers impliqués dans les émeutes. Seulement sept procédures ont été engagées, dont trois ont été mises à exécution. "Parmi la centaine d'étrangers interpellés, un grand nombre d'entre eux était protégé", reconnaît l'entourage de Nicolas Sarkozy. Les étrangers mineurs ou arrivés en France avant 13 ans notamment, ne peuvent être expulsés dans ce cadre ».

Ce qui n'empêche pas Dominique Simonnot d'écrire dans *Libération* du 7 juin 2006 : « Censée protéger de l'expulsion les condamnés n'ayant d'étranger que leur

passerport, sa loi de décembre 2003 s'est révélée un quasi-leurre, tant elle compte d'exceptions, critères et conditions. D'ailleurs, lors des émeutes de novembre, le ministre de l'Intérieur a montré en quel respect il tenait sa propre loi en proclamant : "Nous expulserons les jeunes étrangers ayant participé aux émeutes" ». Cherchez le leurre !

Ainsi sont faites nos luttes : simples à l'évidence à leurs débuts, complexifiées sans fin, détournées pour des objectifs illisibles aux yeux de l'opinion publique qui finit par s'en désintéresser.

Trop c'est trop, Campagne pour le respect du *numerus clausus* en prison devait rencontrer l'adhésion de toute personne de bonne foi censée lutter pour le droit et la dignité des personnes détenues. Si le terme « *numerus clausus* » pouvait défriser certains, la définition que nous en donnions, « une place, une personne », devait emporter la mise, l'enjeu symbolique et l'enjeu réel devaient balayer les états d'âme. Il n'en a rien été.

La section française de l'Observatoire international des prisons, qui défendait depuis des années la notion de *numerus clausus* a admis son « erreur » au moment du lancement de la Campagne. Ainsi décrit-elle le *numerus clausus* dans son Rapport 2003 : « le seul dispositif susceptible de concrétiser l'intolérance absolue au surencombrement des prisons ». « Cette affirmation manquait singulièrement de clairovoyance », avoue-t-elle en avril 2006 à ses adhérents, dont beaucoup, cependant, ont choisi de participer à la Campagne. Cette lettre de trois pages aux adhérents ne mentionne à aucun moment que l'initiateur de la Campagne est le fondateur de l'OIP, mais elle n'oublie pas de faire dire que la Campagne contre la double peine, animée par le même, a été « une réforme de dupes ». On l'aura compris, ce n'est pas le sort des détenus qui importe ici. Ni le résultat. C'est la prétention.

*

* *

Pendant la dispute, l'abus continue ! Législateurs, juges, journalistes, militants associatifs, même combat ! Au secours !

Le Collectif lyonnais de lutte contre la démagogie sécuritaire et les violences policières (CIRDEL)

Bertrand Sayn

*Avocat au barreau de Lyon, président section Lyon du Syndicat
des avocats de France, membre du CIRDEL*

« ... face à une telle situation, j'estime qu'il faut que nous tenions bon, que nous résistions, et qu'au nom des principes qui sont ceux d'une société démocratique, nous n'acceptons pas ces dérives. Nous sommes peu, nous sommes faibles, mais il n'empêche, je le crois, nous défendons des valeurs essentielles. »¹

Le CIRDEL est le Centre d'initiative et de réflexion pour la défense des libertés.

Il s'agit d'un collectif sans équivalent en France quand au nombre d'organisations qu'il regroupe mais semblable à de nombreux collectifs qui travaillent pour construire et diffuser un discours cohérent et fondé sur la question de l'évolution du droit pénal en France et en Europe et sur les questions des rapports qu'entretiennent la police, la justice et les citoyens.

Ce collectif a été créé en novembre 2002 à l'initiative de Bruno Guichard (À Gauche Autrement), d'Albert Lévy (Syndicat de la magistrature), d'Armand Creuse (LCR) et de M. Jacques Dumortier (LDH), à la suite des manifestations organisées dans toute la France mais de façon unitaire seulement à Lyon, puis d'un meeting auquel participera la quasi-totalité des organisations actuellement membres.

Nous étions alors dans une phase importante de restriction des libertés qui débute classiquement après le 11 septembre 2001 et l'affaire *Bonnal* dite « du chinois » (depuis relaxé...), et dans le temps d'une campagne électorale et de ses discours sécuritaires nourris par des images et des faits divers bien choisis.

1. Me H. Leclerc. *Petites affiches* 7 avril 2005.

Le collectif est composé de vingt-trois organisations : Ligue des droits de l'homme, Syndicat de la magistrature, Syndicat des Avocats de France, MRAP, CFDT, FSU, G10 Solidaire, À Gauche Autrement, LCR, Alternatifs, MJS, PS, les Verts, Ras l'Front, UNEF, SOS Racisme, FCPE 69, ATTAC-Rhône, Témoins, CIRC Lyon, Cabiria, mouvement Le Nid, ARTAG.

I. *Le fonctionnement* est induit par le nombre important de membres qui composent le CIRDEL.

Une réunion mensuelle ouverte à tous permet d'entendre chaque organisation sur le fonctionnement du collectif et sur les différents sujets de fond.

Les décisions sont prises par consensus entre les présents puis sont diffusées par mail à tous. Sans réaction sous deux jours, les dispositions sont réputées acceptées. Le « bureau », composé par les cinq à dix membres le plus souvent présents, prend soin de respecter toutes les organisations et de profiter des compétences spécifiques de chacune d'elles pour les travaux communs.

Le SM, la LDH, le SAF interviennent pour l'évaluation des risques pour les libertés ; « Cabiria » se charge des questions concernant la prostitution pour l'application du nouveau délit de racolage passif, pour les questions de la sécurité des prostituées, de l'inefficacité de la mesure, des relations avec les services de police ; les éducateurs nous éclairent sur leur rôle dans le cadre de la prévention de la délinquance ou sur la pertinence de la construction d'un établissement pénitentiaire pour mineurs censé éduquer les jeunes détenus [...], l'association « Témoins », le MRAP et SOS racisme recueillent les témoignages en matière de violences policières et de discriminations. Autant d'exemples qui démontrent l'intérêt de cette mise en commun des compétences.

Une assemblée générale annuelle permet de rendre compte du travail accompli, obtenir quitus des membres et discuter des orientations de l'année nouvelle.

Des comptes rendus sont systématiquement dressés par mail après chaque réunion aux organisations membres.

II. Le CIRDEL est *un outil d'information* (ou de contre-propagande !) au travers notamment de l'organisation de « conférences » qu'organisent les différents membres du collectif, *un observatoire « improvisé » des rapports police, justice, citoyens* lors de l'accompagnement d'un certain nombre de personnes depuis la garde à vue jusqu'à l'issue de la procédure judiciaire, *un outil de réflexion* par la mise en commun des réflexions et des expériences et par la création de groupes de travail.

A. *L'information* est dirigée d'abord à l'attention des organisations membres qui, soit participent activement aux réunions, soit sont systématiquement tenues informées des travaux réalisés et de la teneur des interventions faites en public.

Il existe plusieurs groupes de travail : la vidéo surveillance, la prévention de la délinquance, les établissements pénitentiaires pour mineurs notamment.

Chacun se nourrit ainsi de nos échanges sur l'évolution du droit et des pratiques. Nous réfléchissons ensemble sur les rapports que les citoyens entretiennent avec le droit. Dans notre collectif, ces citoyens sont magistrats, avocats, prostituées, éducateurs, militants antiracistes, gens du voyage, chômeurs, provenant des milieux alternatifs, membres de partis politiques importants.

Réalité du droit, réalité des gardes à vue, réalité des prétoires et vérité judiciaire, réalité de la détention, réalité de l'application des peines, réalité des chiffres de la délinquance...

Il est fondamental que tous aient par le truchement de ce collectif accès à la réalité !

L'information est aussi dirigée vers un public le plus large possible.

Il s'agit d'informer sur la réalité des évolutions législatives ; sur les enjeux démocratiques du droit pénal et de la procédure pénale au regard des principes constitutionnels, de l'indépendance des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, du principe de la sûreté des personnes, de la liberté d'aller et venir, de la protection de la propriété privée, du domicile.

Il s'agit aussi de sensibiliser les personnes sur les jeux politico-médiatiques pervers que joue l'essentiel des médias et de la classe politique.

Le collectif a par exemple organisé un colloque sur les violences policières en 2003 en présence d'un sociologue, de représentants des travailleurs sociaux et des services éducatifs auprès du tribunal, de magistrats, d'avocats et de victimes ; il prépare deux colloques, l'un sur l'intervention des médecins en garde à vue, sujet important en ce qui concerne les violences policières et la recherche de la preuve, l'autre sur la proportionnalité des actes de police.

C'est également l'organisation de points presse et de conférences.

L'intervention du juriste est indispensable pour décrypter et traduire ce que ces réformes illisibles pour l'électeur ordinaire ont de dangereux. Il faut les situer dans le temps, dans l'espace, donner leur sens véritable et l'expliquer.

B. Le CIRDEL est également *un observatoire* des rapports police, justice, citoyens.

Cette activité s'est imposée au CIRDEL du fait de demandes répétées des citoyens concernant des violences commises sur leurs proches ou présentées comme telles.

Le CIRDEL s'emploie à dénoncer les mauvaises pratiques policières et des parquets en matière d'enquête préliminaire, l'insuffisance de recherche de la preuve scientifique ou testimoniale, la religion de l'aveu, les violences policières lorsqu'elles sont caractérisées notamment dans le cadre de poursuites diligentées pour des faits prétendus d'outrage et de rébellion.

Le collectif s'assure du concours de députés et sénateurs pour la saisine de la Commission de déontologie de la sécurité pour ce qui nous semble être les cas de violences policières les plus évidentes, avec un nombre de saisines au plan national

et local de plus en plus important, augmentation qui n'est sans doute pas sans lien avec les lois de répression qui se succèdent et qui sont autant d'appel à la rigueur à l'adresse des services de police.

Le CIRDEL organise des conférences de presse à l'occasion de tel ou tel procès et fait pénétrer la société civile au cœur de l'institution judiciaire.

Ses membres accompagnent souvent les personnes poursuivies pour des faits d'outrage et de rébellion tout au long du procès, toujours très difficile pour celui qui le subi, et qui, quasi inexorablement, se terminera par une condamnation malgré la conviction des proches, de la famille, des témoins, de l'avocat...

L'enquête de police pour les affaires simples et les audiences du tribunal correctionnel sont en effet une terrible machine à condamner et le combat pour la présomption d'innocence est souvent trop inégal...

Le CIRDEL propose aussi ses avocats dans les procédures de violences policières pour dénoncer ce qui peut conduire à un tel comportement et tenter d'obtenir de l'institution judiciaire une très difficile remise en cause de ses pratiques que l'affaire d'*Outreau*, vu du prétoire, ne semble pas devoir ébranler.

Il arrive toutefois que certains succès révèlent que les efforts déployés ne sont pas vains et que les institutions sont sensibles à l'action du collectif, capable de mobiliser la presse et de porter un discours si peu répercuté par les médias.

C. Le CIRDEL est un *lieu de réflexion* qui tente de réagir, d'alerter, d'expliquer le lien entre le droit et le fait, entre les libertés et les textes sécuritaires qui n'ont cessé de s'accumuler. Ces cinq dernières années on compte pas moins de sept lois sécuritaires, allant dans un sens toujours plus répressif, toujours plus attentatoires aux droits de la défense et aux libertés fondamentales².

L'étude de ces lois démontre à l'évidence que nos gouvernants ont préféré donner aux policiers et aux procureurs des pouvoirs nouveaux et très importants ainsi que des moyens financiers qui vont permettre une maximisation du contrôle social plutôt que de donner à la justice les crédits dont elle a tant besoin, qu'il s'agisse d'un accès égal pour tous à la justice ou de la possibilité qui lui est donnée de poursuivre et de juger rapidement et équitablement.

Au détriment du droit à la sûreté, la sécurité justifie toutes les dérives. La répression et le contrôle social s'étendent, se déterritorialisent, se désinstitutionnalisent et se déprofessionnalisent. Ainsi apparaissent la compétence des officiers de police judiciaire sur tout le territoire, les agents de sécurisation, les agents de médiation, les

2. V. not. la loi (n° 2001-1062) du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (LSQ); la loi (n° 2002-307) du 4 mars 2002 portant aménagement de la loi relative à la présomption d'innocence et au renforcement des droits des victimes, la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure; la loi (n° 2002-1138) du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (loi Perben I); la loi (n° 2003-239) du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure (loi Sarkozy); la loi portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité votée le 11 février 2004; la loi sur la prévention de la délinquance...

vigiles, le bracelet électronique, la plainte sous X, les repentis, les opérateurs de surveillance vidéo, les atteintes toujours plus graves à l'intimité de la vie privée, la justice de proximité, le radar et sa sanction automatique.

L'appréhension du phénomène est de plus en plus assurantielle. On veut prévenir la délinquance par des effets d'annonce, par des peines automatiques, des peines plancher.

Le CIRDEL dénonce ces dérives politico médiatiques, les calculs électoraux, la culture du fait divers, la facilité du bouc émissaire.

Les chiffres, quoique comportant souvent une grande marge d'incertitude, permettent certains constats.

D'abord, sur les cinquante dernières années, il apparaît que la délinquance, à l'instar de l'immigration, est globalement stable.

Sur la période la plus récente, il apparaît que les atteintes volontaires à l'intégrité physique des personnes ont connu une hausse significative, de 7,7 % en un an³. Et ce alors que la répression a, dans la même période, franchi un nouveau pallier. Le moins que l'on puisse dire est que cette politique répressive, toujours plus brutale, apparaît pour le moins inefficace, voire même criminogène.

Outre la multiplicité des réponses possibles et nécessaires cette inefficacité n'est-elle pas la réponse à la question classiquement soulevée de savoir si, finalement, nos sociétés démocratiques doivent pour résister à diverses menaces, la délinquance, le terrorisme, l'immigration, et donc pour plus d'efficacité, renoncer aux principes fondateurs garantissant les libertés publiques ?

*

* *

En conclusion, le travail du collectif peut se résumer ainsi :

- déterminer ensemble une action publique pénale adaptée à la réalité ;
- dire ce qu'est la procédure pénale, le droit pénal, la politique pénale et faire comprendre quels sont les liens avec les libertés fondamentales ;

3. Source : *Bulletin mensuel de l'Observatoire national de la délinquance* avril 2006 www.inhes.interieur.gouv.fr (les données concernent la France métropolitaine.), chiffres issus de l'Observatoire national de la délinquance qui est désormais chargé de publier et de commenter les évolutions mensuelles des faits délictueux et criminels constatés par les services de police et les unités de la gendarmerie. Cet observatoire calcule trois indicateurs à partir des données mensuelles provisoires : les atteintes aux biens, les atteintes volontaires à l'intégrité physique et les escroqueries et infractions économiques et financières. Ces indicateurs sont commentés au regard de leur évolution par période de 12 mois glissants : on compare les données d'une période de 12 mois soit une période du 1^{er} avril 2005 au 30 mars 2006 à une seconde période du 1^{er} avril 2004 au 30 mars 2005.

Les constatations sont les suivantes :

- 2 613 655 atteintes aux biens contre 2 657 137 sur la période précédente (-1,6 %) ;
- 310 768 escroqueries et infractions économiques et financières contre 317 103 (-2,0 %) ;
- 417 784 atteintes volontaires à l'intégrité physique contre 387 869 (+ 7,7%).

Ce troisième chiffre apparaît le plus significatif, les atteintes qu'il mesure étant les cibles principales du durcissement de la politique pénale.

– tenter de cerner les phénomènes de la délinquance du point de vue du volume mais aussi de sa nature en essayant des approches sociologiques, statistiques, historiques et sociales ;

– rendre à cette question de la « sécurité » sa complexité, considérer qu'il s'agit aussi de la répartition des richesses, des services publics, de l'éducation, de la famille, du chômage, des conditions de détention, des facteurs de la récidive et des limites évidentes du tout répressif.

Le CIRDEL est un outil de mesure et d'alerte des dérives de la loi, des pratiques policières et judiciaires.

Il est un collectif solide grâce à la rigueur du travail, à la qualité de circulation de l'information et au souci constant de démocratie.

Il est un lieu de résistance.

Une association pour l'accès au droit et à la justice : le RASSADJ Nord Pas-de-Calais

*Intervention rédigée collectivement par les militants
du Réseau d'associations, syndicats et structures de travail social pour
l'accès au droit et à la justice — Nord Pas-de-Calais (RASSADJ N-PdC)*

Le Réseau d'associations, syndicats et structures de travail social pour l'accès au droit et à la justice — Nord Pas-de-Calais (réseau RASSADJ N-PdC) a été créé en 1992, à l'initiative de quelques militants associatifs et syndicaux. Cette création fait suite à une conférence-débat où Jean Designe (de l'association Juristes Solidarités) présentait des pratiques d'accès au droit en Afrique et en Amérique latine. La mise en relation de pratiques des Suds et de pratiques militantes en France éclairait l'enjeu culturel d'un rapport au droit à construire, étayer et pratiquer dans la durée.

Aujourd'hui le réseau regroupe une vingtaine d'associations et de syndicats et 18 adhérents à titre individuel.

Que ce soit dans les activités, les moyens (certaines associations ont une dizaine de salariés, d'autres n'en ont jamais eus), le milieu (urbain/rural), le budget, le nombre de bénévoles... les personnes morales composant le réseau sont très diverses. On peut toutefois noter quelques caractéristiques communes :

- l'implication militante, dans des associations concernant les locataires, les agriculteurs en difficulté, les étrangers, etc. : cette implication englobe le militantisme protestataire tout comme l'activité de service prestataire ;

- l'implication locale : elles sont souvent impliquées localement même si elles font partie d'une fédération nationale ;

- le mélange social : que ce soit dans le public accueilli ou parmi les personnes exerçant des responsabilités dans l'animation de l'association, il y a très souvent un vrai mélange social, avec un travail pour ne pas reproduire la division sociale liée au statut professionnel.

L'Association compte aujourd'hui quatre salariés, équivalent trois temps pleins, les bureaux de l'association et le siège social se trouvent à Lille.

Bien que le réseau vise une région de quatre millions d'habitants en deux départements, nous rencontrons des difficultés pour travailler avec des associations, syndicats et services sociaux de toute la région (notamment dans le Pas-de-Calais) mais nous sommes relativement bien implantés dans la métropole Lilloise (1,2 million d'habitants).

Nos textes de référence sont nos statuts et notre charte de l'accès au droit et à la justice, textes qui sont amenés à évoluer cette année.

Le RASSADJ propose et favorise l'accès à des formations d'éducation populaire, produit et transmet un autre rapport au droit et vient en appui à des actions collectives relatives à l'accès au droit.

Plus généralement, le réseau c'est l'occasion de faire un pas de côté pour penser l'action. Une occasion que s'offrent ses membres pour échapper quelques instants à l'urgence des activités quotidiennes.

Lorsque le RASSADJ essaie de synthétiser ses réflexions sur le contact qu'il entretient avec le droit, ses observations vont dans trois directions. Conceptuellement, le réseau propose de réfléchir sur la notion à la mode d'« accès aux droits » pour en mettre le sens en question. Au plan de l'observation, il semble essentiel d'insister sur les décalages entre la loi officielle et les usages qui en sont faits pour mesurer la place de l'Association dans son champ d'intervention. De façon plus pratique, l'action de RASSADJ se situe dans une tentative d'appropriation du droit, ce qui passe nécessairement par une appréhension collective.

Ce sont ces trois points que nous vous proposons de développer à présent.

I. ACCÈS AU DROIT/ACCÈS AUX DROITS

Parfois on nous interroge sur le choix du premier terme (singulier), le plus souvent aucune distinction n'est même imaginée entre ces deux expressions. Pourquoi distinguer alors ? Par réaction sans doute face à la tendance générale à ne concevoir la question de l'accès que sous l'angle du droit lui-même. Les conseils départementaux d'accès au droit ne se penchent généralement (quand ils se penchent...) que sur la possibilité pour les publics spécifiques d'accéder à la justice, que ce soit en multipliant les consultations gratuites de professionnels, en réfléchissant à une augmentation des aides judiciaires, voire à réformer le cadre judiciaire classique en y incluant une dose de médiation ou de conciliation. Il nous semble que cette vision, somme toute très matérielle, est réductrice. La question de l'accès est d'abord du côté des personnes qui n'ont pas accès, non pas qu'elles en soient responsables mais dans le sens où, si on ne se demande pas ce qui, de leur côté, bloque l'accès, on ne parviendra à rien changer. De ce point de vue, deux pistes nous semblent devoir être creusées. D'un côté, la question matérielle doit être étendue pour envisager les blocages culturels. De l'autre, favoriser l'accès au droit ne doit pas être seulement compris comme

la possibilité pour des usagers de prétendre à un service public, elle consiste à être acteur du droit, à être créateur dans l'action, elle suppose donc une appropriation culturelle d'un droit non limité à un domaine technique de l'organisation de la société.

Alors, droit ou droits, le choix des deux termes est peut-être secondaire. Les sensibilités de chacun, son expérience, font d'ailleurs appréhender différemment l'un et l'autre. L'opposition nous semble seulement le moyen d'insister sur des aspects trop souvent occultés, particulièrement par ceux qui se présentent comme les spécialistes de l'accès au droit.

Pour nous, pour autant, le singulier et le pluriel ne s'opposent pas en pratique. Toutes les associations membres du réseau ont une activité d'accès aux droits (au pluriel), c'est même une condition d'adhésion au réseau RASSADJ. Cela consiste pour l'essentiel à favoriser l'exercice de droits existants que ce soit au tribunal, face à l'administration ou directement entre personnes privées. Un exemple peut être trouvé dans l'association Juris'sourds : l'un de ses objets est de favoriser la présence d'interprètes lors de toutes les phases du contact entre les personnes sourdes et la justice, qu'il s'agisse de son institution ou de ses auxiliaires. Pourtant, l'accès des personnes sourdes à la Justice ne soulève pas seulement que des problèmes d'interprétariat. Bien souvent, la question est appréhendée de façon beaucoup plus globale car l'explication de l'absence des sourds du prétoire se trouve plus fondamentalement dans la difficulté qu'ils ont à saisir le fonctionnement des institutions et donc, le travail de l'association est aussi de favoriser la compréhension de l'appareil judiciaire et du système juridique, par exemple à travers la création d'un jeu. Mais un jeu coopératif, qui ne soit pas seulement une forme ludique d'information mais aussi une invitation à « agir ensemble » face à un adversaire, une difficulté, un problème commun.

Le contact de RASSADJ, et des associations qui le constituent, avec le droit se réalise donc toujours à travers une situation concrète, particulière, voire individuelle d'accès aux droits. Notre particularité, trop peu partagée en général même si elle n'apparaîtra pas comme « particulière » à certains d'entre vous, c'est d'avoir fait le choix de ne pas limiter l'intervention à un tête-à-tête entre le « demandeur » et le juriste ou le travailleur social mais de toujours chercher à lui donner une dimension collective. Les actions collectives mettent en lumière la nécessité de ne plus avoir un rapport soumis au droit qui s'exprime souvent ainsi : « j'ai des droits, mais ce sont "les autres" qui font le droit ». C'est la brèche qui permet à RASSADJ de s'engouffrer dans l'action menée par un collectif pour y promouvoir un accès au droit, judiciaire et non judiciaire, qui permet de comprendre et d'intervenir sur les pratiques et les discours de tous les acteurs chargés de mettre en œuvre le droit (et donc de l'interpréter pour en tirer les conséquences opérationnelles).

Évidemment, cet accès au droit n'est pas neutre ! Il participe à rééquilibrer le rapport de force entre les différentes personnes qui sont au contact du droit : les acteurs du droit (ceux qui prétendent savoir et/ou sont censés savoir dans l'imaginaire collectif) et les sujets du droit (ceux qui ont accepté l'idée qu'ils ne peuvent

pas savoir, que c'est affaire de spécialiste et/ou qui ont renoncé à agir). Pas neutre, il ne peut pas non plus seulement être individuel, il nécessite de se référer à l'action collective, condition de ce rééquilibrage du rapport de force.

Sur ces bases, l'action de RASSADJ a pour ambition la (ré)appropriation du droit (et donc nécessairement du conflit) par l'ensemble des citoyens, acteurs et sujets de droit, s'impliquant en premier lieu auprès des militants qui collectivement décident de prendre part à la transformation de la société dans laquelle ils vivent.

Cette action peut consister dans des actions « visibles », qu'il s'agisse de désobéissance civile (faucheurs volontaires ou opposition à des expulsions de locataires) mais aussi d'information. C'est alors la recherche d'une meilleure connaissance des droits de chacun ou du fonctionnement de l'appareil juridico-judiciaire qui est visée. Mais la prise en compte de la globalité des difficultés d'accéder au droit conduit à des actions plus larges et, notamment, dans le champ de l'éducation populaire. L'action associative de RASSADJ comporte donc toujours une dimension culturelle. L'important n'est pas seulement de connaître le droit et ses procédés, c'est aussi de prendre conscience que nous pouvons agir sur notre quotidien, dont le droit fait partie, afin de nous l'approprier en tant qu'acteurs.

II. LE DROIT EST DIFFÉRENT DE LA LOI PUBLIÉE

L'appropriation d'un dispositif législatif par un collectif ou un individu, la capacité d'opposer plusieurs droits en vue de permettre l'émergence d'un rapport de force ou encore les priorités et les moyens que se donnent les opérateurs chargés d'appliquer la loi, créent des distorsions entre le sens qui guide sa création et son application. Ces différences entre la lettre et la pratique peuvent mettre en évidence les limites d'une loi, elles peuvent aussi, plus positivement, être à l'origine de la conquête de nouveaux droits.

A. LES LIMITES À UNE LOI

Que la loi soit purement et simplement inapplicable, qu'elle fasse apparaître des difficultés dans sa mise en œuvre ou qu'elle laisse une marge d'appréciation aux organes chargés de son exécution, il est rare que le texte de la loi ne se trouve pas modifié par le processus de son application. Apparemment contraire à la garantie du justiciable, ce décalage peut aussi être pour lui un moyen de la plier à son propre intérêt dans la mesure où il lui est plus facile de faire pression à ce stade qu'à celui de l'élaboration officielle de la loi.

1. Les dispositifs législatifs inapplicables

Certains textes deviennent inapplicables dès lors qu'ils ne tiennent pas compte du contexte dans lequel ils s'exercent. En théorie le droit existe, il a peut-être été conquis mais produit l'effet inverse de l'objectif recherché.

Ainsi, les procédures de classement des logements insalubres conduisent à rendre inhabitable un immeuble. Toutefois, ces textes ne prévoient pas d'obligation automatique de relogement des habitants. Aussi, l'exercice de ce droit censé protéger peut conduire à l'expulsion et à la mise à la rue des locataires.

Certaines procédures collectives destinées à favoriser la réorganisation d'une entreprise peuvent s'avérer inefficaces dès lors qu'elles protègent les débiteurs mais pas leurs coobligés ou leurs cautions, etc.

2. Les difficultés de mise en œuvre

Une loi peut ne pas être respectée parce qu'elle est trop complexe ou impose des contraintes excessives, incompatibles avec les pratiques.

De plus, dans certains domaines, l'accumulation des lois est telle que cela crée une nébuleuse, qui rend l'accès au droit extrêmement difficile pour les non-avertis. En lieu et place d'un accès facilité, on tombe alors dans un renforcement, parfaitement injustifié, du pouvoir du « spécialiste » : le juriste !

Ces phénomènes engendrent une instabilité juridique et financière. Ainsi, par exemple, l'attribution de certaines aides européennes, et les contrôles appliqués sont tellement exigeants au plan administratif qu'ils finissent par décourager les personnes qui pourraient en bénéficier.

Un agriculteur victime d'un vice sur un matériel indispensable au fonctionnement de son exploitation n'exercera pas obligatoirement l'action en garantie si cette dernière implique une longue immobilisation du matériel, et ceci d'autant qu'un tel procès peut durer plusieurs années.

3. Une mise en œuvre soumise à la volonté et aux moyens des opérateurs en charge de son exécution

Certaines distorsions naissent des moyens ou des priorités que fixent les opérateurs chargés de la mise en œuvre de règles pourtant identiques dans la lettre. Cette réalité découle d'une interprétation plus ou moins souple des dispositifs législatifs. Ces différences peuvent parfois produire de l'arbitraire, de l'incompréhension, et plus d'inégalités.

Mais cette réalité s'explique également par la volonté de tenir compte des particularités de chaque situation ou des contextes locaux. Il n'est certainement pas souhaitable d'appliquer froidement un dispositif. Par ailleurs, ces mises en œuvre peuvent être le fruit de négociations, la conséquence de mouvements collectifs qui peuvent aspirer à de nouvelles pratiques voire permettre l'émergence de nouveaux droits. L'intérêt des actions collectives trouve alors toute sa pertinence.

Néanmoins, force est de constater qu'une même règle peut être diversement appliquée.

Ainsi des Caisses d'allocation familiale (CAF) qui doivent conditionner l'attribution des allocations logements à une appréciation qualitative de l'habitation concernée. Certaines CAF choisiront d'appliquer la loi « à la lettre » en mettant en place un contrôle systématique, par exemple en vue de résorber l'insalubrité. L'intérêt collectif rencontre alors l'intérêt individuel des locataires.

D'autres CAF appliqueront avec « souplesse » : en constatant leur incapacité à contrôler dans les trois mois, elles se contenteront d'une déclaration « sur l'honneur » du propriétaire. Cette « souplesse » est souvent choisie dans des zones à forte densité de logement privé ancien médiocre faisant fonction de logement social au détriment du droit des locataires à un logement décent. Les conséquences de l'incapacité collective d'agir sont alors reportées sur le locataire.

4. L'inégalité devant l'accès aux droits

L'inégalité face à l'accès au droit renvoie à la capacité financière, sociale, intellectuelle et culturelle des sujets de droit. Il existe, il est vrai des dispositifs tels que l'aide juridictionnelle, les assurances-protection juridiques qui visent à pallier en partie à ces difficultés.

En pratique, on constate que ces dispositifs se révèlent parfois insuffisants face à la complexité des procédures et aux coûts réels qu'elles engendrent.

Par ailleurs, les gains à attendre d'un procès au regard de son coût conduisent souvent à l'inaction.

Enfin, pour exercer ses droits, il faut savoir les préserver et disposer d'un minimum d'informations. Certaines procédures, en responsabilité notamment, impliquent de prendre des mesures urgentes telles des procédures de référé, de conserver des preuves et de faire constater rapidement les dommages. Une personne mal informée ou en prise avec des contraintes matérielles ne prendra pas toujours les mesures appropriées, avec comme conséquence le dépassement des délais, la disparition des preuves, l'impuissance à agir avec le droit.

Par ailleurs, le défaut d'information et l'isolement des personnes les mettent parfois dans l'incapacité d'accéder au quotidien à leurs droits.

B. DES PRATIQUES CRÉATRICES DE NOUVEAUX DROITS

Cette création de droits s'appuie sur l'existence, au sein du droit, de l'affirmation de droits subjectifs contradictoires, permettant au destinataire d'un droit de le mettre en balance avec d'autres. Cette opportunité a été considérablement renforcée par la place croissante des droits fondamentaux, souvent énoncés par affichage politique, mais qui peuvent fournir une base à de nouvelles revendications.

1. La mise en balance de droits

La mise en parallèle de droits particuliers et contradictoires crée un rapport de force favorable à la recherche d'un consensus entre particuliers et/ou collectivités. Les

parties en présence négocieront au-delà de leurs droits et obligations réciproques. De nouveaux « droits » naîtront de la négociation, se traduisant notamment par le non-exercice de règles inadaptées.

L'émergence de ces contre-pouvoirs passe très souvent par des actions collectives et nécessite une connaissance des dispositifs légaux.

La création de ces rapports de force ne repose pas seulement sur la contrainte mais aussi sur la restauration de la confiance, chacun au bout du compte trouvant son intérêt dans la négociation. Ainsi, un débiteur placé dans des conditions favorables respectera plus sûrement ses engagements. Le créancier dans la mesure où il n'aura pas à recourir à des mesures socialement « violentes », préservera son image, du temps et de l'argent.

En conséquence, certains créanciers, face à la menace de procédures collectives qui permettent au juge d'imposer des délais de paiement important, préfèrent négocier des accords amiables. Par ailleurs, ils acceptent de suspendre les actions contre les cautions tant que l'accord financier conclu avec le débiteur principal est respecté.

De même, dans certaines régions, les créanciers, les juges et le débiteur ont réussi avec l'aide d'associations à faire accepter des délais de paiement plus long que ceux admis en général. Dans le cadre de certaines procédures collectives, les juges tiennent compte des contraintes techniques pour l'appréciation de certains délais dès lors qu'ils permettent d'aboutir à des solutions préservant les intérêts du débiteur et de ses créanciers.

2. La « mise en avant de droits fondamentaux »

Des droits émergent de la mise en lumière et de l'interprétation de droits fondamentaux ou de règles dont le sens initial est « détourné ».

La jurisprudence des tribunaux tient dans ce domaine une place importante, mais n'est pas exclusive de l'action menée au quotidien auprès des administrations et de la comparaison de leurs pratiques.

Ainsi, certaines associations ont permis de freiner des mesures d'expulsion en mettant en évidence la notion de « domicile ».

De même, certains collectifs citoyens, qui ont mis en place des ateliers d'entraide (réparation de voitures, etc.) ont réussi à démontrer aux administrations qu'ils se trouvaient dans des situations de non-droit, ne relevant pas du travail illégal. Ils se sont appuyés sur l'absence de concurrence déloyale. En effet, ces activités s'adressent à des personnes par définition en marges des circuits commerciaux classiques. Elles sont indispensables à la satisfaction de besoins, parfois fondamentaux.

La création de ces nouveaux droits fait apparaître que, là où elle a été obtenue par les sujets de droit eux-mêmes, c'est toujours par l'action collective.

III. APPROPRIATION DU DROIT ET ACTION COLLECTIVE

Il s'agit ici de définir l'appropriation du droit et le rapport avec le développement d'actions collectives.

L'appropriation du droit va au-delà de l'information sur les droits, (fait le plus souvent par des « spécialistes »), il s'agit d'en favoriser la compréhension par les gens directement concernés et de les accompagner pour faire valoir leurs droits (que ce soit devant les juridictions ou non).

À l'exemple du travail que l'on mène avec deux associations du réseau (Val justice et le DAL d'Onnaing) sur les mesures d'exécutions forcées et en particulier l'intervention des huissiers. Le travail d'appropriation consiste en un aller-retour entre la pratique (le mode d'intervention des huissiers) et la théorie (la loi régissant les mesures d'exécution forcée).

Il est possible de citer le DAL, pas seulement dans le Nord Pas-de-Calais, comme association ayant dans ses éléments constitutifs le rapport entre appropriation du droit et actions collectives. En effet on y trouve la référence à des textes de différentes catégories qui proclament des principes permettant d'établir le droit au logement : Déclaration universelle des droits de l'homme, conventions internationales, la loi Besson ; des dispositions législatives ou réglementaires mais pas forcément appliquées ou plus ou moins oubliées comme la « loi de réquisition » (aujourd'hui dans le Code de la construction et de l'habitation).

Enfin il est possible d'obtenir des décisions favorables des tribunaux, en particulier des délais très longs pour l'expulsion de squatteurs.

Tout cela est entré en jeu dans les actions collectives revendicatives face à l'État (gouvernement et tribunaux), aux collectivités territoriales et aux bailleurs sociaux en se heurtant à des difficultés d'application et en n'aboutissant pas forcément à des résultats.

Il convient d'ajouter pour la défense contre les expulsions de logement l'articulation du travail d'information avec l'action collective : ainsi, dans le cadre de la préparation (commune à plusieurs groupes) de la manifestation à l'occasion de la fin de la trêve hivernale, les militants ont distribué devant le tribunal plusieurs semaines de suite un tract non seulement revendicatif mais aussi informatif sur la procédure et les possibilités de résister à l'expulsion. Et cela pour la diffusion large de l'information au-delà de ce qui peut-être dit dans chaque association mais également pour inviter les voisins à en parler entre eux et à faire vivre une solidarité « de proximité », tout simplement à « faire société ».

*

* *

Je conclurais par une proposition adressée aux chercheurs, aux universitaires et à vous tous. Comme nous avons essayé de le montrer, le réseau RASSADJ veut favo-

riser les allers-retours entre « pratique » du droit et « pensée » du droit. Votre contribution au travail que nous tentons modestement de mener pourrait être, non pas de nous dire ce que nous devrions faire, ni même de réaliser une étude sur un groupe de militants pouvant servir d'illustration à vos travaux de recherche (comme cela s'est déjà vu) mais de travailler avec nous. Travailler pour nous amener à décaler encore un peu plus notre point de vue, sur telle ou telle situation, à faire un « pas de côté » et, alors, chacun se décalant, nous pourrions peut-être nous rapprocher en nous enrichissant mutuellement.

Agir contre les violences faites aux femmes au travail

Marilyn Baldeck

*Chargée de mission de l'Association européenne
contre les violences faites aux femmes au travail (AVFT)*

I. UNE LECTURE CRITIQUE DU PROGRAMME

Lorsqu'à l'AVFT nous avons entendu parler pour la première fois de l'organisation du colloque du CREDIMI, nous avons été interpellées et enthousiasmées par son titre (*Pratique du droit, pensée du droit en engagement social*), tant il nous est apparu conforme à notre réalité : nous *pratiquons* le droit quotidiennement, ce qui nous oblige à le *penser* et nous conduit à nous *engager* pour le transformer. C'est en effet ainsi que nous vivons le droit, comme une *pratique*, une *pensée* et un *engagement* qui ne peuvent être dissociés au risque de perdre toute légitimité et raison d'être.

Cet enthousiasme fut cependant rapidement atténué par le choix du découpage des interventions, entre « juristes en engagement social » d'une part, et « juristes en action » d'autre part, puis, dans les « juristes en action », entre une section « quelques actions en cours » et une autre intitulée « revendications et droit ».

A. UNE SÉPARATION ENTRE PENSEURS ET ACTEURS DU DROIT¹

Il convient tout d'abord de souligner que « les actions en cours », partie réservée aux associations, ont été exposées en séance plénière et non en atelier, ce qui, sans invalider notre critique, signe la volonté des organisateurs du colloque d'offrir une vraie place aux militants associatifs. Mais la pensée, la pratique et l'engagement ont arbitrairement été distribués entre « juristes et engagement social » d'une part, « juristes

1. Cette distinction n'est pas si évidente lorsqu'une juriste possède les deux « casquettes ». Il semble difficile de se défaire totalement d'une de ces identités, mais c'est aussi ce qui produit des discours hybrides intéressants.

en action » d'autre part, ou pour le dire autrement, entre les juristes « qui pensent », pratiquement tous issus de l'Université, « cénacle » de la réflexion et les juristes « qui font », comme s'il pouvait y avoir une telle dichotomie entre « réflexion » et « action ». Cette « ségrégation » n'a pas manqué de résonner avec les images accolées à l'univers associatif, en particulier lorsque le public bénéficiaire des actions de ces associations est constitué de femmes : associations dépréciées par les « intellectuels » pour lesquels la structure associative ne permet pas l'élaboration d'une pensée. Associations objets de méfiance pour les institutions qui considèrent qu'une analyse issue de militants(es) est peu sérieuse dès lors qu'elle est empreinte d'un parti pris (comme si les analyses universitaires étaient, elles, objectives, comme si le droit était neutre, et comme si une argumentation engagée était forcément fausse). Associations exploitées par les organes médiatiques qui y font appel pour obtenir des témoignages qui serviront à illustrer les propos de « vrais » savants — souvent décalés par rapport à une réalité qu'ils observent de loin — mais rarement pour médiatiser les analyses produites directement par la structure associative²...

La répartition des interventions conserve donc ce schéma traditionnel, et ne tente pas de coller au plus près de son objectif de synergies entre des acteurs d'origines professionnelles diverses. À ceci près qu'elle confie aux juristes universitaires, comme nous l'indiquent les titres des parties, le rôle d'acteurs « engagés socialement », ce qui va à l'encontre de l'idée fort répandue selon laquelle les universitaires en général, juristes en particulier, seraient désintéressés et useraient de méthodologies leur permettant la distanciation, la neutralité par rapport à l'objet étudié.

Or il semble difficilement défendable d'exclure formellement les juristes associatifs de l'engagement social. Ou alors seraient-ils engagés par essence ce qui rendrait la précision inutile ? En réalité, il conviendrait de s'interroger sur ce que signifie réellement l'« engagement social », et s'il en existe des modalités différentes.

Pour ce qui concerne les juristes issus de l'Université, l'introduction d'Emmanuel Dockès³ m'a éclairée sur la pertinence, y compris scientifique, d'être un juriste engagé, puisque appréhender le droit à travers sa propre axiologie permet de dissiper le mythe selon lequel le droit est neutre. Cette démarche, précisément, crée les conditions de dévoilement du sens politique des textes juridiques. L'engagement est donc la condition *sine qua non* à la compréhension et au déshabillage idéologique du droit⁴ (« répéter le texte, c'est n'avoir rien compris au droit »). Quant aux juristes d'associations

2. Un maître de conférences rencontré à l'occasion du colloque m'a proposé une autre hypothèse : il suggérerait que cette distinction entre juristes universitaires et juristes d'associations n'était pas le signe d'une mésestime des premiers pour les seconds mais au contraire, d'un complexe lié à l'éloignement de leur objet d'étude qui rendrait plus difficile de défendre la pertinence de leur engagement social.

3. V. p. XI.

4. P. Freire va encore plus loin en affirmant que « tout chercheur véritable sait que la prétendue neutralité de la science [remplacer « science » par « droit » et « scientifique » par « juriste »], d'où découlent la non moins fameuse impartialité du scientifique et sa criminelle indifférence à l'utilisation de ses découvertes, n'est qu'un des mythes nécessaires à la classe dominante », *Pédagogie des opprimés*, Paris, Petite collection Maspéro, 1974, p. 190.

telles que l'AVFT, je définirais leur engagement par l'action collective en vue d'une transformation sociopolitique, qui passe par la transformation du droit.

La frontière élevée entre les « actions en cours » et les « revendications et droits » rajoute à cette dichotomie en induisant l'idée certainement avérée mais triste que certains juristes ne font qu'appliquer le droit tandis que d'autres s'emploieraient et seraient légitimes à le réinventer. Or ce cloisonnement est inopérant et ne correspond à aucune réalité pour ce qui concerne l'AVFT, qui agit en même temps qu'elle revendique, assumant ainsi son identité de structure militante réflexive. Plus encore, la nature militante de l'AVFT, qui lui est régulièrement opposée, oblige à des analyses juridiques techniquement irréprochables.

L'histoire et les principes d'action de l'AVFT sont à ce titre exemplaires, puisque la structure garde pour objectif l'utilisation de son expérience d'accompagnement judiciaire des victimes de violences sexistes et sexuelles au travail pour construire des propositions d'amélioration voire de réforme du droit, de « bonnes pratiques judiciaires » et plus encore, pour tendre vers une autre société.

Dans ces conditions, il aurait sans doute été plus fécond d'imaginer une forme de colloque qui prenne les clivages traditionnels à contre-pied. Qui ferait plus qu'interroger les universitaires sur la tension dans laquelle ils se trouvent, entre exigence d'objectivité et engagement mais qui valoriserait aussi l'important travail intellectuel de certaines associations et leurs incessants allers-retours entre la pratique et la théorie. Un colloque qui mettrait en exergue la perméabilité entre le droit universitaire et les préoccupations militantes...

B. LES JURISTES, DES CITOYENS À PART ?

Un second cloisonnement est observable : celui entre juristes et non juristes. En réalité, la terminologie du colloque ne fait pas de différence entre les juristes diplômés en droit et les « autres ». Tous les intervenants, diplômés en droit ou pas, sont qualifiés de « juristes », qu'ils soient « engagés socialement » ou « en action ». Pourtant, bien qu'en « terrain ami », les intervenants non diplômés en droit ont systématiquement précisé : « je ne suis pas juriste, mais... », révélant ainsi la place particulière de ce savoir. On n'entend en effet jamais, « je ne suis pas sociologue mais... », « je ne suis pas historien mais... », les individus profanes s'autorisant sans complexe à participer au débat lorsqu'il s'agit de phénomènes de société ou de l'analyse d'événements historiques.

Le droit est en effet entouré d'un parfum d'ésotérisme auquel n'est pas étranger le comportement de propriétaire de la plupart des juristes, qui l'interdisent aux non-spécialistes en même temps qu'ils provoquent un comportement révérencieux à leur égard⁵.

5. Ce qui, comme l'analysait D. Lochak dans son intervention, confère aux juristes une aura disproportionnée : « sa [le juriste] compétence technique ne lui donne aucune légitimité à intervenir

Or l'exclusion des non-spécialistes représente un danger pour la démocratie qui ne saurait être garantie si le partage de la connaissance du droit — et donc sa vulgarisation — l'élaboration des lois, et la détermination de ce qui est juste ou pas étaient l'apanage des seules « personnes autorisées ». « Le droit, affaire de techniciens, chasse gardée des spécialistes? Alors, braconnons ensemble à travers leurs sentiers...⁶ ». Sans retirer aux individus leur propre responsabilité, c'est donc aussi de la responsabilité du juriste, ou en tout cas du juriste engagé, ce qui peut être une réelle source de satisfaction pour ce dernier, d'amener ses concitoyen-nes à se percevoir comme des acteurs légitimes du champ juridique, et ainsi passer du statut d'*objet* du droit à celui de *sujet* de droit. Les chances que le droit se développe à l'extérieur de cadres et d'automatismes juridiques préétablis, évitant le conservatisme et permettant une dose de subversion, seraient alors optimisées.

L'expérience de l'AVFT montre d'ailleurs que parmi les meilleurs « conseillers juridiques » se trouvent les personnes qui ont été confrontées à l'injustice. Nous pensons que les femmes victimes de violences sexuelles sont de fines expertes de cette réalité et qu'elles doivent avoir voix au chapitre dans la construction des textes de loi qui les concernent. Les revendications législatives de l'AVFT sont donc directement nourries par leurs analyses qui fondent la base d'un engagement social qui serait illégitime sans cela.

Il est donc possible et souhaitable que les citoyen-nes abordent le droit par sa pratique avant d'en découvrir ou d'en déduire les aspects théoriques. Mais tous les juristes redécouvrent le droit par sa pratique, et doivent de façon souvent radicale voire inconfortable revisiter les enseignements reçus.

Même si certaines réactions à mon intervention ont confirmé ma critique d'une absence de passerelles entre les intervenants⁷, il est important de souligner que les coulisses du colloque, (c'est souvent dans les zones informelles que le meilleur se produit !) ont permis des discussions passionnantes sur l'urgence à ce que les citoyens « prennent le droit⁸ », le critiquent et agissent dessus et son pendant logique, la nécessité que les juristes ne l'enferment pas dans une citadelle inaccessible.

dans le débat public, fût-il de nature juridique [...] On demande souvent aux juristes de s'exprimer sur des sujets sur lesquels n'importe quel citoyen a légitimité ».

6. O. Dhavernas, *Droits des femmes pouvoir des hommes*, Éditions du Seuil, 1978, p. 8.

7. Mon intervention a notamment fait l'objet d'une réaction très vive d'une personne du public commençant par « je suis irritée, vous m'avez beaucoup irritée ». Cette personne m'a sans doute écoutée à l'aune de cette émotion qui lui a fait comprendre, alors que j'évoquais le rôle d'intermédiaire de l'AVFT entre les victimes et leurs avocats, que j'accusais les avocats de harceler sexuellement leurs clientes ! Réagissant au fait que l'AVFT, structure à coloration juridique, avait été créée par des non-juristes, elle critiquait le fait que des profanes pénètrent la sphère du droit notamment en participant à la rédaction de projets de loi. J'ai par la suite entendu en privé de la bouche de « juristes » que ce qui était une critique acceptable entre pairs, ou une autocritique, n'était plus recevable de la part de « non-juristes ».

8. Pour reprendre le judicieux titre de la revue du RASSADJ.

II. L'AVFT, SES PRINCIPES ET SON CHAMP D'INTERVENTION

L'AVFT est une association indépendante de tout parti politique ou fédérations d'associations, qui défend les droits au travail et à l'intégrité de la personne, depuis vingt-et-un ans. Elle a pour champ d'action et de réflexion toutes les formes de violences contre les femmes, tout en étant spécialisée dans la dénonciation des violences sexistes et sexuelles au travail. L'association est à l'origine des lois françaises sur le harcèlement sexuel.

L'AVFT accompagne entre deux cents et trois cents personnes⁹ par an dans leurs démarches, notamment judiciaires. Les modalités du soutien apporté à ces personnes, pour l'essentiel des femmes, ont été formalisées dès 1987¹⁰. Elles consistent principalement en le refus de toute logique d'assistanat et de « prise en charge » afin que les victimes restent entièrement maîtresses de leur histoire et des procédures qu'elles ont initiées. Cette position découle de l'analyse féministe des luttes contre les dominations (des agresseurs, des entreprises, des institutions et parfois de leurs avocats). Il ne saurait en effet question que nous reproduisions dans notre contact avec les victimes les rapports de force desquels nous souhaitons les voir s'émanciper. De cette relation égalitaire émerge l'idée d'une réciprocité : nous avons autant à apprendre d'elles que l'inverse.

L'accompagnement de l'AVFT se découpe en plusieurs phases chronologiques. Dans un premier temps, nous cherchons à obtenir un récit écrit détaillé qui permet de « fixer » des faits bien souvent évacués par une mémoire qui nous protège de la sorte des événements traumatiques. Ce récit est ensuite complété et affiné pour servir de base à la procédure. Ce document nous sert également à mener un premier entretien avec la personne qui nous saisit, au cours duquel nous abordons de nombreux aspects de sa vie, pour bien comprendre le contexte et les contraintes (femme seule avec enfants, en situation de divorce, contrat précaire, qui a déjà connu un passé de violences, qui a ou pas informé son conjoint, etc.) dans lesquels les agressions sont survenues. Ce premier rendez-vous revêt une importance capitale car il est l'occasion de valider la perception de la victime, de l'assurer qu'elle ne s'est pas « fait d'idées », et ainsi de faire contrepoids avec une société qui met encore trop souvent en doute la parole des femmes victimes de violences sexuelles. Les responsabilités (de l'agresseur, de l'entreprise) sont alors établies et il est clairement affirmé que ce qu'elles ont vécu *Ne fait pas partie du boulot*¹¹, ce qui contribue à faire sortir la victime du sentiment de culpabilité immanquablement ressenti. C'est à ce moment-là que nous *nommons* les violences et leur donnons leur qualification pénale et/ou prud'homale. À l'issue de cet entretien, nous construisons conjointement avec

9. 56% d'entre elles sont victimes d'agressions sexuelles, 20 % de harcèlement sexuel, 14 % de viol et 10 % de discrimination liée au sexe.

10. « Une association... des contrats », www.avft.org et *Cette violence dont nous ne voulons plus* n° 4.

11. Titre d'un court-métrage réalisé par l'AVFT.

la victime une stratégie de dévoilement des violences qui lui convienne et qui soit en accord avec nos objectifs politiques. L'AVFT ne se substitue jamais à la victime (même quand le droit le permet via les constitutions de partie civile sur autorisation d'une victime qui peut ne pas être partie au procès) et nous n'allons jamais ni plus loin ni moins loin que là où elle veut aller.

La personne qui nous saisit est d'emblée placée au centre d'un réseau, tant il est vrai que nous sommes plus intelligents et efficaces à plusieurs que seul-e-s... Ce réseau est constitué de professionnels de santé formés à la question des violences commises à l'encontre des femmes, d'avocats sensibilisés, d'associations relais au niveau local, de syndicalistes repérés pour leur compétence en la matière... L'AVFT devient alors l'intermédiaire ou la structure qui centralise toutes les contributions de ces acteurs qui seront utiles au succès du « dossier ».

Une fois la procédure lancée, L'AVFT est présente dans toutes les étapes et agit auprès de toutes les institutions concernées : nous accompagnons les victimes à l'Inspection du travail (avec un dossier déjà bien « débroussaillé »), nous participons aux rendez-vous avec leurs avocats, nous rédigeons des plaintes au procureur de la République ou lui écrivons en soutien d'une plainte déjà déposée, nous chargeons parfois d'obtenir des certificats médicaux auprès des médecins qui suivent les victimes... jusqu'à la constitution de partie civile en soutien des victimes devant les tribunaux.

L'AVFT a pour singularité de représenter elle-même ses constitutions de partie civile, pour des raisons financières d'une part, et des raisons d'efficacité d'autre part. En effet, la « référente AVFT » de la victime connaissant et accompagnant cette dernière de façon assidue depuis plusieurs mois au minimum et souvent depuis plusieurs années, est la mieux placée pour porter sa voix pendant le procès. Les constitutions de partie civile de l'AVFT permettent de sensibiliser les juges à la question des violences faites aux femmes au travail et contribuent à l'élaboration d'une jurisprudence favorable. Depuis peu, l'AVFT explore les possibilités du pendant prud'homme des constitutions de partie civile : les interventions volontaires.

Mais l'AVFT n'agit pas seulement une fois que les violences ont été commises, et pas uniquement dans le champ judiciaire. Nous organisons des formations et sensibilisations dans un but de prévention à l'attention de publics variés (inspection du travail, police, gendarmerie, entreprises, autres associations françaises ou étrangères, scolaires, etc.) avec des outils que nous avons nous-mêmes conçus : court-métrage et théâtre de l'opprimé...

Les associations qui recueillent la parole des victimes ont pour responsabilité politique de ne pas « amortir » leur souffrance, de ne pas faire office de soupape de sécurité pour préserver la tranquillité sociale, mais au contraire, de structurer ces témoignages pour porter des revendications devant les institutions, principalement judiciaires.

III. LA CAMPAGNE POUR LA MODIFICATION DU DÉLIT DE DÉNONCIATION CALOMNIEUSE¹², FRUIT D'UN MÉLANGE ENTRE PRATIQUE DU DROIT, PENSÉE DU DROIT ET ENGAGEMENT SOCIAL

Une conception manichéenne de la justice : si l'individu qui est poursuivi est judiciairement innocent, c'est que l'individu qui l'a poursuivi est judiciairement coupable.

Nous avons choisi de vous présenter un cas concret d'entrecroisement entre pratique du droit, pensée du droit et engagement social : la campagne pour la modification de l'article 226-10 du Code pénal.

A. PRATIQUE DU DROIT

En mars 2003, l'AVFT est confrontée à une situation de grave injustice : Mme Klouvi¹³, accompagnée dans ses démarches par l'Association dans le cadre d'une plainte pour viols, est définitivement condamnée pour dénonciation calomnieuse et notamment à payer 15 000 euros de dommages-intérêts à l'homme qu'elle dénonçait. Ce fut l'électrochoc qui conduisit l'AVFT à élaborer la campagne pour la modification du délit de dénonciation calomnieuse, lancée en janvier 2004.

B. PENSÉE (CRITIQUE) DU DROIT¹⁴

L'alinéa 2 de l'article 226-10 du Code pénal relatif à la dénonciation calomnieuse dispose :

« La fausseté du fait dénoncé résulte *nécessairement* de la décision, devenue définitive, d'acquiescement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée ».

Théoriquement, les éléments constitutifs du délit sont les éléments matériels (une dénonciation spontanée et calomnieuse) et intentionnel (la mauvaise foi du dénonciateur).

Or dans les « dossiers » suivis par l'AVFT, les femmes victimes de violences sexuelles et déboutées de leur plainte par une ordonnance de non-lieu ou par une décision de relaxe sont condamnées de façon quasi-automatique quand elles sont poursuivies pour dénonciation calomnieuse. Cette quasi automaticité est permise par la rédaction même du délit, qui présume une fausseté *nécessaire*¹⁵ et partant, une

12. C'est une des campagnes menées par l'AVFT. Renseignements : AVFT, BP 60108 — 75561 Paris cedex 12. Téléphone : 01 45 84 24 24. Site Internet : www.avft.org.

13. Qui nous autorise à citer son nom.

14. Analyse juridique issue d'une note (*Note sur la nécessaire modification du délit de dénonciation calomnieuse*) de C. Le Magueresse, AVFT, du 13 février 2006.

15. « Qui ne peut pas ne pas être ou être autrement », *Dictionnaire Hachette Encyclopédique*.

culpabilité *a priori* indiscutable en cas de décision d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu devenue définitive. L'élément matériel du délit est alors constitué par la décision de justice rendue, peu importe qu'elles aient été rendues au bénéfice du doute¹⁶ ou pour charges insuffisantes¹⁷, donc nonobstant le fait qu'à aucun moment le tribunal n'ait dit : « il est impossible que l'infraction ait été commise ». Cette aberration illustre parfaitement le fait que « n'être pas prouvé et n'être pas, en droit, c'est la même chose¹⁸ ».

Pour ce qui est de l'appréciation par les juges de la bonne ou de la mauvaise foi des plaignantes que nous accompagnons, force est de constater qu'en matière de violences sexuelles, l'élément intentionnel se déduit souvent de l'élément matériel : « Mme K s'est plainte de viols répétés et de harcèlement sexuel, infractions qui touchent directement à la personne et à son intégrité physique. De *par la nature même de ces infractions*, Mme K ne pouvait se méprendre sur la réalité des faits allégués¹⁹; « En l'espèce, il suffit de constater que NR et CM dénonçaient *des faits commis directement sur leur personne* et que dès lors elles ne pouvaient en ignorer la fausseté²⁰ ».

Les victimes sont donc dans l'impossibilité d'établir leur bonne foi puisqu'elles ne peuvent évoquer les violences qui les ont conduites à déposer une plainte et qui sont du fait d'une décision de justice antérieure réputées fausses. Les juges sont dépossédés de la liberté d'apprécier s'il y a eu ou non calomnie.

Leur présomption d'innocence est donc bafouée. Comment dire qu'elles sont présumées innocentes si les juges saisis de la plainte pour dénonciation calomnieuse considèrent comme acquis que les violences dénoncées sont fausses et que, compte tenu de la nature des infractions, les plaignantes ne pouvaient ignorer qu'elles étaient fausses ?

La rédaction de ce délit nous renseigne en outre sur l'imprudence et l'orgueil d'une justice qui affirme son infaillibilité en s'autorisant à condamner une personne sur la base d'un jugement qui n'est que la vérité *judiciaire*, et non pas la vérité réelle.

C. ENGAGEMENT SOCIAL

Nous considérons donc que l'article 226-10 du Code pénal doit donc être modifié. Les condamnations des femmes que nous accompagnons sont d'une insoutenable injustice.

Le délit de dénonciation calomnieuse est par ailleurs un instrument très efficace pour maintenir les victimes dans le silence, pour qui l'utilisation des recours repré-

16. Crim. 16 novembre 1993, 20 février 1996.

17. TGI de Melun, 28 juin 2005, *Mmes M et R c. GL*.

18. Reprenant D. Jacotot dans son exposé « pour une approche plus humaine et moins technique de la charge de la preuve » qui citait le doyen Carbonnier.

19. Paris, 5 décembre 2001, *Mme K c. PP*.

20. TGI de Melun, 28 juin 2005, *Mmes M et R c. GL*.

sente un risque trop grand pour qu'il mérite d'être pris. L'existence même de ce délit ainsi rédigé prive les victimes du droit effectif de dénoncer les violences vécues. Ce constat pose la responsabilité des pouvoirs publics qui encouragent les femmes victimes de violences à « rompre le silence », comme elle pose celle des associations qui les accompagnent dans des démarches judiciaires.

L'article 226-10 du Code pénal confère en outre un sentiment d'impunité et de toute-puissance aux auteurs de violences.

Notre engagement sociopolitique ne se limite pas à la formalisation d'une critique juridique, mais il se poursuit par des actions concrètes pour obtenir la modification du délit.

Nous persévérons jusqu'à sa modification.

Deuxième partie

Regards critiques sur les sources du droit

L'agencement des sources du droit est parfois décrit comme une hiérarchie logique et harmonieuse de sources formelles. Les textes qui suivent vont faire redescendre sur terre un instant ceux qui croient encore à une telle vision.

La première sous-partie va plonger au sein des rapports de forces qui agitent les fabriques du droit, pour mieux montrer comment les autorités juridiques s'affrontent, se contournent, et souvent s'opposent. Nathalie Ferré montre que la jurisprudence obtenue en matière de défense des étrangers, même lorsqu'elle est fondée sur les droits de l'homme est parfois réduite à néant par les pratiques administratives, voire par la malice d'une intervention législative insidieuse. Alain Bouilloux montrera comment le principe d'égalité peut être réduit à néant par la diversité des pratiques administrative en droit de la sécurité sociale. Christophe Vigneau s'attachera à démontrer l'angélisme qui accompagne parfois la référence aux partenaires sociaux comme source du droit lors d'une étude critique du rôle des syndicats dans la gouvernance de l'Union européenne. François Brun et Jérôme Pélisse montreront enfin comment une certaine normativité infra-légale, infra-juridique même, peut faire obstacle au droit étatique. L'ensemble de ces textes décrivent des fabriques du droit rudes, conflictuelles, où le rapport de force ne joue pas toujours en faveur de la source réputée supérieure, loin s'en faut.

La seconde sous-partie sera consacrée à l'essor contemporain de la *soft law*, ce droit « doux » ou « mou », en droit du travail. Cet essor se lit dans trois domaines, qui seront successivement étudiés : les références « éthiques » dans les documents d'entreprise, la certification sociale ISO et les méthodes ouvertes de coordination de l'Union européenne. Ces trois études démontrent comment ces régulations nouvelles, conquérantes, visent à se substituer au droit traditionnel. Elles montrent surtout comment cette substitution revient généralement à accorder la maîtrise des protections sociales à ceux-là même contre lesquels les protections devraient être

érigées. La réglementation douce ne serait-elle alors qu'un nouveau masque utilisé pour cacher l'essor des dominations économiques ? Une vision plus positive des régulations douces pourra être trouvée en droit du commerce international¹. Mais il est vrai qu'alors l'essor de la *soft law* ne menace aucune réglementation protectrice, cette réglementation étant, en la matière, quasi inexistante.

1. V. p. 339 à 404.

Première sous-partie

Rapports de force et conflits de sources

Gagner en justice et perdre en pratique : lorsque l'administration et le législateur bafouent les décisions de justice en droit des étrangers

Nathalie Ferré

*Présidente du Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI),
maître de conférences à l'Université Villetaneuse (Paris XIII)*

L'idée de cette contribution est venue d'une double préoccupation qui traverse le GISTI depuis quelque temps :

– celle d'une réflexion sur l'effectivité de la jurisprudence. À quoi cela sert-il de tenter des actions contentieuses, de dépenser autant d'énergie, alors même que lorsque ces actions se concluent par un succès, les solutions jurisprudentielles ne modifient pas, ou en marge, les pratiques administratives ? Faut-il se désintéresser, comme aurait tendance à le faire le juriste français, des effets produits par la jurisprudence ? L'important serait alors d'obtenir de bonnes décisions, peu important la portée. Une association, comme le GISTI, ne saurait être indifférente à de telles préoccupations. Les solutions jurisprudentielles sont tout aussi impuissantes à changer les textes, lois et règlements, pointés par le juge ;

– celle d'une réflexion plus globale sur l'utilisation de l'outil juridique. Combien de solutions décevantes de la part du juge administratif, et du Conseil d'État en particulier, alors même que les textes réglementaires et circulaires attaqués nous paraissent contraires aux normes internationales et aux libertés à valeur constitutionnelle ? La déception est tout aussi grande — plus encore — à l'égard des décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Nous avons « jadis » coutume d'accompagner la saisine du Conseil des sages, dont nous ne sommes ni maîtres, ni artisans, depuis plusieurs années d'un argumentaire étayé. Nous y avons actuellement renoncé. La déception, la méfiance aussi — car une mauvaise décision peut être contre-productive¹ — doit être relativisée

1. On peut ici mentionner une décision du Conseil d'État en date du 26 septembre 1986, qui non seulement nous a donné tort, mais aussi a ajouté une condition — la régularité du séjour pour demander un titre — à celle que nous contestions, la régularité de l'entrée en France.

pour partie : ce que nous (le « nous » inclut le cas échéant d'autres organisations dans le cadre d'une action interassociative) ne gagnons plus aujourd'hui devant le Conseil d'État quand la légalité d'un texte réglementaire est en jeu, nous pouvons encore le gagner dans le cadre de contentieux individuels (avec les limites ci-dessus exposées et ayant trait à l'effectivité des bonnes solutions jurisprudentielles).

Ce second volet est « hors sujet ». Il ne donnera pas lieu à de plus amples développements. Il paraissait toutefois important de l'évoquer, car il participe d'un même regard porté sur le droit et ses effets.

Le titre de l'intervention a la première préoccupation. Il n'est qu'une petite partie d'un problème plus vaste. Le droit des étrangers souffre cruellement d'un manque d'effectivité. Pour connaître les raisons profondes de la présence importante de pratiques administratives déviantes, il faudrait décortiquer les politiques d'immigration et d'asile menées — et qui sous-tendent ces pratiques ; il serait tout autant nécessaire d'analyser l'image peu glorieuse — mais calculée — que la législation dessine depuis des années de l'étranger prompt à tricher, à frauder et à usurper une qualité qu'il est d'emblée présumé ne pas avoir car cette même qualité est susceptible de déboucher sur la délivrance d'un titre de séjour : conjoints de Français, demandeurs d'asile, étudiants...

Nous avons fait le choix de nous concentrer sur l'incapacité de la jurisprudence à modifier les comportements de la part des décideurs, qu'ils soient législateur ou autorités préfectorales. À cet effet, il conviendra de prendre quelques exemples significatifs de cette résistance illégitime.

I. DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES SANS PORTÉE RÉELLE OU À LA PORTÉE PLUS QUE LIMITÉE : LA RÉSISTANCE DES PRÉFECTURES

Dans bien des hypothèses, les décisions favorables obtenues en faveur d'une personne, alors même qu'elles condamnent des pratiques générales, n'auront pour seul effet que de régler le dossier individuel. Autrement dit elles ne conduiront pas à un changement radical des pratiques préfectorales en cause, ou alors au prix de maintes actions répétées (proche du « harcèlement »), et encore avec des différences selon les préfetures. Sans oublier que le changement opéré, consécutif au rappel à l'ordre du juge, peut être « à durée déterminée » jusqu'à ce que les mauvaises habitudes reprennent leur cours naturel.

Ainsi certaines préfetures continuent à exiger un passeport pour ceux et celles qui demandent l'asile en France et cherchent à cet effet à entamer les démarches nécessaires. Il s'agit là d'une pratique manifestement illégale justifiant le recours à un référé administratif. On a même vu, à cette occasion, se nouer certaines « complicités » entre le juge et le préfet, qui changent brusquement leur pratique et enregistrent finalement une demande d'asile, afin de rendre sans objet la requête introduite par l'intéressé...

Cette vocation attendue de la jurisprudence à irradier les situations au-delà du cas qui lui a donné corps semble bien vite trouver ses limites dans le champ de l'asile et de l'immigration. On le voit en particulier à travers les documents exigés pour prétendre à la délivrance d'une carte de séjour.

Cet effet limité des solutions jurisprudentielles se retrouve également dans les conditions de fond requises pour être éligible à une catégorie dite de « plein droit » (en vue de bénéficier d'une carte « vie privée et familiale »). C'est dû pour partie aux contours mal définis de certaines de ces catégories laissant en réalité une marge de manœuvre importante aux autorités préfectorales. Ainsi bénéficie dans le texte « de plein droit » d'une carte d'un an « vie privée et familiale » l'étranger « dont les liens personnels et familiaux en France sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs de refus » (art. L. 313-11 7°). Il s'est agi pour le législateur d'afficher le respect de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen (CEDH). La pratique montre une grande diversité dans sa prise en compte. Ce qui a prévalu dans le cadre d'un contentieux individuel n'induit pas une uniformisation des pratiques sur la base de dossiers présentant les mêmes caractéristiques. Loin de là. Notons que c'est l'existence de condamnations de la France à Strasbourg (dans le champ des mesures de départs forcés) qui a conduit le législateur à afficher dans la loi le respect — de façade — de la vie privée et/ou familiale. Un affichage à bon compte, que la jurisprudence ne peut transformer en réalité. Peut-on même parler finalement de « jurisprudence » ? On sait déjà que ce terme même est à bannir, s'agissant des pratiques de la Commission de recours des réfugiés².

II. LA VIOLATION PAR LE LÉGISLATEUR DE LA JURISPRUDENCE : LE LONG COMBAT SUR LES PRESTATIONS SOCIALES NON CONTRIBUTIVES ET CELUI EN COURS SUR LES PRESTATIONS FAMILIALES

Pendant très longtemps, les prestations non contributives (allocation adulte handicapé — allocation supplémentaire du fonds national de solidarité) ont reposé sur un critère de nationalité. En 1990, le Conseil constitutionnel énonce que ces prestations ne peuvent être subordonnées à une condition de nationalité, sauf à méconnaître le principe constitutionnel d'égalité. Pour autant, le Code de la sécurité sociale va rester inchangé, au mépris de textes internationaux consacrant le principe de l'égalité de traitement (convention n° 118 de l'OIT, accords CE/pays tiers...). Les actions contentieuses, sur la base de dossiers individuels, vont se développer : les

2. V. contribution de J. Valluy.

combats seront tous gagnés... sans que cela aboutisse à une évolution de la loi. Pire : dans une circulaire de la CNAF de 1995, il est conseillé aux caisses de refuser l'octroi des prestations demandées... sauf si les personnes intentent une action contentieuse. Finalement, le législateur par la loi du 11 mai 1998 supprime la condition de nationalité.

À ce combat, va succéder un autre, qui a des allures de ressemblance avec le précédent, portant cette fois sur les prestations familiales au bénéfice des enfants entrés en dehors du regroupement familial. En 1986, la règle est fixée : pas de droit aux prestations familiales pour ces enfants. Par décret, on exige la production de la preuve de leur entrée « régulière » en France : le certificat délivré par l'office des migrations internationales (aujourd'hui remplacé par l'agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations). Des contentieux individuels sont initiés... La Cour de cassation, par un arrêt rendu en Assemblée plénière en date du 16 avril 2004³, juge que dès lors que le parent allocataire est pourvu d'un titre de séjour, l'exigence d'un certificat OMI pour les enfants est illégale, sauf à violer la CEDH et la convention internationale de New York sur les droits de l'enfant. Les dispositions « inconventionnelles » ne vont pas pour autant disparaître. Les caisses d'allocations familiales maintiennent leurs pratiques. Et le législateur va d'abord imaginer un nouveau décret subordonnant le droit aux mêmes prestations à la production du « document de circulation pour étrangers mineurs », autrement dit un décret qui n'entend pas respecter la décision de la Cour de cassation. La nouvelle loi de finances pour 2006, qui aborde aussi cette question, ne respecte pas davantage la jurisprudence. Il faudra donc à nouveau porter des dossiers individuels pour espérer que soit un jour revue cette législation.

III. LA PARADE DU LÉGISLATEUR OU COMMENT RÉDUIRE À NÉANT LA PORTÉE DE LA JURISPRUDENCE

Par un arrêt *GISTI* en date du 20 mars 2000, le Conseil d'État annule l'arrêté du 17 mars 1997 fixant le montant de la redevance à verser alors à l'OMI à l'occasion de l'examen médical subi par les étrangers demandant un (premier) titre de séjour. Le Conseil d'État considère qu'il s'agit d'un contrôle institué dans le but de protéger la santé publique et qu'en conséquence il n'est pas possible de le soumettre à une quelconque redevance. Cela signifie que cette visite médicale doit être gratuite. Curieusement le même CE jugera légale la redevance perçue par l'OMI à l'occasion du contrôle médical des familles bénéficiant du regroupement familial, le montant exigé par famille n'étant pas jugé disproportionné par rapport au service rendu. En tout état de cause, le législateur « légalisera » la redevance OMI, pourtant

3. Ass. plén. 16 avril 2004, *Bull. Ass. plén.*, n° 8.

invalidée par la Haute juridiction administrative, en modifiant le Code général des impôts.

La parade du législateur peut également trouver matière à illustration à propos des pensions versées aux anciens combattants. La France a décidé de cristalliser, c'est-à-dire de geler les pensions des ressortissants des anciennes colonies ayant servi dans l'administration ou l'armée françaises. Il en résulte que le montant des pensions est largement inférieur à celles attribuées aux Français. Le CE, en particulier dans un arrêt du 30 novembre 2001, DIOP, juge que la cristallisation des pensions viole la CEDH et constitue une discrimination illégale. L'administration française fait savoir très vite qu'elle n'entend pas respecter les décisions du Conseil d'État, mettant en avant le coût prohibitif du processus de « dé cristallisation ». Dans la loi de finances rectificative pour 2002, le législateur imagine, comme il y avait songé, un système consistant à affecter le montant des pensions d'un coefficient censé en gros être adapté au niveau de vie locale (coefficient proportionnel au rapport des parités du pouvoir d'achat dans le pays de résidence et des parités du pouvoir d'achat de la France). Le dispositif ne concerne que les anciens combattants. Le législateur a ainsi trouvé un moyen de faire semblant de respecter la jurisprudence du Conseil d'État, tout en continuant de violer le principe d'égalité de traitement... De nouvelles actions contentieuses sont en cours devant la Haute juridiction administrative.

*

* *

Toutes ces pratiques, qu'elles soient le fait du législateur ou des préfets, nous incite à réfléchir à l'absence de sanctions véritables (pas de sanctions pénales, faiblesse des condamnations pécuniaires...). Un État « délinquant », à l'abri de représailles... alors même que dans le même temps il fait son lit d'amalgames dangereux entre immigration, insécurité et délinquance.

Le droit de la sécurité sociale à l'épreuve des pratiques administratives

Alain Bouilloux

Maître de conférences, directeur de l'Institut d'études du travail de Lyon (IETL), Université Lyon 2

Quiconque s'intéresse au droit de la sécurité sociale¹ est en mesure de constater un écart relatif entre la loi et son application par les organismes de sécurité sociale, voire par le juge statuant dans des litiges portant sur l'application de ce droit. Cela peut parfois être pour la bonne cause, lorsqu'il s'agit de mieux protéger un individu dans le besoin ; cela peut aussi conduire à priver un assuré du versement d'une prestation ou à réduire les droits qu'il tient de la loi.

Cette inapplication relative de la loi peut résulter de plusieurs facteurs. Certains sont en partie extra-juridiques, et relèvent d'ailleurs d'une observation dénuée de prétention scientifique. D'autres résident dans des considérations plus juridiques, tenant par exemple à l'organisation de la sécurité sociale en France.

Parmi les facteurs non juridiques, nous rappellerons que nombre d'usagers², principalement les assurés sociaux, sont le plus souvent persuadés que la règle qui leur est appliquée par les organismes gestionnaires est juridiquement fondée et incontestable. Ils ne la maîtrisent d'ailleurs pas le plus souvent en raison de sa complexité, et abandonnent donc leur sort entre les mains des techniciens. L'attitude des usagers n'est toutefois pas la même selon qu'ils sont employeurs cotisants ou assurés bénéficiaires de prestations. Le cotisant peut en effet être conduit à supporter des rappels de cotisations ou des dépenses importantes du fait de l'application d'une

1. L'auteur de ces lignes a volontairement limité son propos au seul droit de la sécurité sociale sans prendre en considération le droit de la protection sociale dans son ensemble, tâche d'une ampleur qui aurait dépassé le cadre de cette intervention.

2. Les « usagers » ne constituent pas un ensemble homogène. Ce terme regroupe diverses catégories, telles que les assurés et les cotisants, un même individu pouvant appartenir simultanément ou successivement à l'une et à l'autre. Ces catégories sont elles-mêmes d'une grande hétérogénéité, le cotisant employeur d'un employé de maison à temps partiel étant dans une situation fort différente de celle d'une entreprise employant plusieurs centaines de salariés.

règle du droit de la sécurité sociale ; l'enjeu financier l'incite alors plus à contester le bien-fondé de la décision adoptée que si le litige porte sur une somme modique.

D'autres considérations tiennent à l'organisation de notre sécurité sociale. Il convient en effet de rappeler que celle-ci est imprégnée de droit public, le Conseil d'État ayant estimé, dans une décision rendue le 13 mai 1938³, que le système français de sécurité sociale est un service public⁴. Il présente même les caractères d'un service public à caractère administratif⁵. Depuis la réforme Jeanneney de 1967, les caisses nationales coiffant les *branches* santé, vieillesse, famille sont d'ailleurs des établissements publics administratifs, dont les décisions ont la nature d'acte administratif, alors que les autres organismes conservent la nature d'organismes de droit privé assurant une mission de service public⁶. Cette situation explique le rôle attri-

3. CE 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, X. Prétot, *Grands arrêts du droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 1998, n° 58. p. 449. Cette qualification a d'ailleurs été confirmée plus récemment par le Conseil constitutionnel (Cons. const., décision n° 82-148 DC 14 décembre 1982, *Grands arrêts du droit de la sécurité sociale*, op. cit., n° 59, p. 457).

4. R. Donnadiou, « Droit public et droit social en matière de Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1991. 221 ; X. Prétot, « L'État et la Sécurité sociale, réflexions sur le service public », *Dr. soc.* 1981. 79 ; Y. Saint-Jours, « L'intervention du droit public dans la gestion de la Sécurité sociale », *RD sanit. soc.* 1988. 532 ; « La sécurité sociale : Un service public jusqu'à preuve du contraire », *JCP G* 1996, n° 8, Actualités ; R. Savy, « Sécurité sociale et droit public », *Dr. soc.* 1966. 363.

Le service public se caractérisant par la prise en charge d'une mission d'intérêt général par l'État, le service public de la Sécurité sociale est apparu au moment où l'État est intervenu en affirmant son caractère obligatoire, passant progressivement d'une protection catégorielle, professionnelle, à une protection généralisée, et en a confié la gestion à des organismes placés sous son contrôle.

5. Financée par des cotisations assises sur le revenu professionnel et non pas déterminées par rapport au risque couvert, s'appliquant obligatoirement aux assurés placés dans une relation statutaire vis à vis des caisses, la Sécurité sociale présente des caractéristiques exorbitantes du droit commun excluant la qualification de service public à caractère industriel et commercial que pourrait suggérer une gestion de droit privé.

6. Peu important par ailleurs que le contentieux de la Sécurité sociale relève en grande partie des juridictions judiciaires. En effet, bien que la reconnaissance d'un service public administratif suppose habituellement l'application, à titre principal, des règles du droit administratif et partant, la compétence du juge administratif, le contentieux de la Sécurité sociale est pour l'essentiel, et par la volonté du législateur, confié aux juridictions de l'ordre judiciaire (sur la question, v. L. Billh, *Le contentieux de la Sécurité sociale et de la MSA*, Librairies techniques, 1971 ; A. Bouilloux, « Tribunal des affaires de Sécurité sociale et contentieux général de la sécurité sociale », *Rép. proc. civ. Dalloz* ; M. Blondet, « Le recours gracieux préalable dans le contentieux de la Sécurité sociale », *JCP* 1964. I. 1853 ; J.-J. Dupeyroux, « Les juridictions sociales dans la réforme judiciaire », *Dr. soc.* 3/60 ; M. Laroque, « Le problème de la répartition des compétences juridictionnelles sur les actes réglementaires des organismes de Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1979. 297 ; M. Laurent, « La délimitation du contentieux administratif et du contentieux judiciaire dans le droit de la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1954. 425 ; M. M. Legouhy, « Le contentieux de la Sécurité sociale », *RPDS* 2000, n° 668, p. 383 ; X. Prétot, « L'incidence des mesures de tutelle sur le contentieux Sécurité sociale », *RJS* 1996. 3 ; « L'incompétence de la juridiction administrative à connaître des conventions conclues par les organismes de Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1983. 645 ; Y. Saint-Jours, « Un ordre juridictionnel social : pourquoi ? », *RFAS* 1/1993, p. 87 ; « La perspective d'un ordre juridictionnel social : utopie ou prémonition ? », *Dr. ouvrier* 1993. 167 ; F. Saramito, « À propos d'un ordre juridique social », *Dr. ouvrier* 1992. 199 ; A. Supiot, « L'impossible réforme des juridictions sociales », *RFAS* 1/1993, p. 97 ; F. Taquet, *Le contentieux de la Sécurité sociale*, Pratique sociale Litec, 1993).

Ces organismes sont toutefois souvent assimilés à l'administration. En témoigne par exemple l'article 1^{er} de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations

bué aux pouvoirs publics, notamment au gouvernement et spécialement au ministère en charge de la Sécurité sociale à travers l'exercice de son contrôle sur les organismes, qui se manifeste de différentes manières, notamment par l'édition de très (trop ?) nombreuses circulaires. Elle permet également d'expliquer pourquoi, alors que les organismes de sécurité sociale sont des organismes de droit privé soumis dans la plupart des cas à des règles de droit privé, la Cour de cassation n'a pas hésité à dégager des règles inspirées du droit public (comme par exemple celles relative à la protection des usagers contre les changements de doctrine) pour tenir compte de la spécificité de ces organismes et de leur fonctionnement.

Il faut par ailleurs préciser que si la sécurité sociale constitue un seul et unique service public, cette organisation est constituée d'une pléiade d'organismes, investis, chacun en ce qui le concerne, de missions bien précises. Bien qu'un organisme national soit placé à la tête de chaque régime ou branche afin de coordonner et de contrôler l'activité des organismes locaux et régionaux, ces derniers conservent cependant leur autonomie administrative et financière et disposent d'une marge d'appréciation afin de pourvoir aux missions qui sont les leurs. Les organismes de base ne sont donc pas placés dans une relation de dépendance hiérarchique vis-à-vis des caisses nationales, lesquelles ne peuvent de ce fait normalement imposer une position identique à l'ensemble des organismes⁷. Ils sont également autonomes les uns par rapport aux autres, et, ainsi que l'a affirmé la Cour de cassation dans une série de décisions du début de l'été 1995 concernant les URSSAF⁸, ils constituent

avec les administrations (JO n° 88 du 13 avril 2000, p. 5646), qui dispose que « Sont considérés comme autorités administratives au sens de la présente loi les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif ».

7. À l'exception toutefois des organismes relevant du réseau du recouvrement, qui se voient appliquer des règles différentes. En matière de contrôle des cotisants, afin d'assurer une meilleure sécurité juridique des cotisants, l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) est notamment chargée :

- de définir (et non plus seulement de « proposer et de promouvoir ») ses orientations en matière de contrôle et de recouvrement des cotisations et contributions de sécurité sociale ainsi que de coordonner et de vérifier leur mise en œuvre par les organismes locaux ;
- d'assurer l'application homogène des lois et des règlements relatifs aux cotisations et contributions recouvrées par les URSSAF ;
- d'initier et de coordonner des actions concertées de contrôle et de recouvrement. Elle peut imposer la participation des organismes à ces actions ;
- d'autoriser ces dernières à porter les litiges devant la Cour de cassation ;
- d'harmoniser les positions des URSSAF dans les cas où les cotisants ont des établissements relevant d'URSSAF différentes ayant des positions contradictoires sur l'interprétation de la réglementation applicable (art. L. 225-1-1 CSS).

L'article L. 243-6-1 du Code de la sécurité sociale prévoit dans cette dernière hypothèse que le cotisant pourra, sans préjudice des autres recours, solliciter l'intervention de l'ACOSS afin qu'elle prenne position et demande aux URSSAF concernées d'adopter une même position dans le délai d'un mois. Passé ce délai, si celles-ci ne s'y conforment pas, l'organisme national pourra se substituer à elles.

8. V. Soc. 29 juin 1995, *Sté Sacer c. URSSAF du Nord-Finistère*, RJS 8-9/95, n° 934 ; *Bull. civ. V*, n° 225 ; *D.* 1996. Somm. 44, obs X. Prétot ; *Dr. soc.* 1995. 839, obs. J.-J. Dupeyroux ; *JCP G* 1995. II. 22509, note F. Taquet, et Soc. 20 juillet 1995, *URSSAF de Dieppe c. SARL SDP, URSSAF de l'Eure c. SARL SDP, URSSAF de Rouen c. SARL SDP*, RJS 8-9/95, n° 934.

autant de personnes morales distinctes, la décision prise par l'une d'elles n'engageant pas les autres.

Il résulte de cette organisation administrative, qui fait coexister des établissements publics administratifs et des organismes de droit privé gestionnaire d'un service public, placés sous le contrôle de l'administration (garante de la légalité des décisions prises) mais dotés en même temps d'une forte autonomie, une réelle spécificité qui conduit à atténuer les frontières entre droit privé et droit public et à élaborer des constructions juridiques souvent originales. Cette impression est renforcée par le fait que les litiges relatifs à l'application du droit de la sécurité sociale relèvent pour l'essentiel de la compétence du juge judiciaire, lequel a dû adapter certaines notions du droit public pour les transposer au droit de la sécurité sociale.

Cette organisation, mêlant des procédures administratives et une gestion privée, a finalement conduit le juge à prendre en considération ces pratiques administratives, quand bien même elles seraient contraires à la loi (I). Un régime juridique spécifique, d'origine prétorienne, a ainsi vu le jour, en marge du droit légiféré. La situation est en train d'évoluer, puisqu'aujourd'hui, certaines mesures permettant à un cotisant d'échapper à l'application d'une règle d'ordre public ont été légalisées (II).

I. LA RECONNAISSANCE PRÉTORIENNE DE PRATIQUES ADMINISTRATIVES CONTRAIRES À LA LOI

Les organismes de sécurité sociale, dans le cadre de l'application des lois et règlements, sont conduits à interpréter les textes et à prendre des décisions individuelles à l'encontre, ou au profit, des usagers. Soucieuse d'assurer une relative sécurité juridique, la Cour de cassation a, au début des années 1970, jugé que les organismes de sécurité sociale ne pouvaient revenir rétroactivement sur la position qu'ils ont adoptée lorsque celle-ci est devenue définitive à l'expiration des délais de recours contentieux et que l'usager s'y est conformé, leur décision étant en revanche toujours susceptible d'abrogation pour l'avenir⁹.

La Cour de cassation reconnaît donc, sous certaines conditions (A), la faculté à l'usager d'invoquer le bénéfice de la doctrine administrative à l'appui de ses prétentions¹⁰, au besoin pour faire écarter la règle d'ordre public susceptible de recevoir application au profit d'une pratique administrative contestable (B).

9. Soc. 7 janvier 1970, *Bull. civ.* V, n° 10.

10. V., R. Donnadiou, *préc.* ; J.-P. Feydeau, « Portée des décisions individuelles des URSSAF en matière de cotisations de sécurité sociale », *BS Lefebvre* 2/85, p. 143 ; X. Prétot, « La prise de position d'une URSSAF est-elle opposable à une autre URSSAF ? », *RJS* 4/96, p. 220 ; « De l'esprit des circulaires et instructions... et des rapports qu'elles entretiennent avec le droit social », *RJS* 6/97, p. 415 ; « Les sources du droit du travail au regard du droit public », in *Les sources du droit du travail*, PUF, 1998, p. 150 et s. ; *Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 46 et s. ; « L'entreprise, l'URSSAF et les cotisations de sécurité sociale », *Dr. soc.* 2006. 415.

A. LA POSSIBILITÉ RECONNUE AUX USAGERS D'INVOKER LES PRATIQUES ADMINISTRATIVES

Admettant l'invocation des pratiques administratives afin de garantir la stabilité des situations juridiques, la jurisprudence fait obstacle à ce que les organismes de sécurité sociale reviennent sur la position qu'ils ont adoptée, dès lors qu'elle n'a pas été contestée et que l'utilisateur s'y est conformé¹¹.

Cette garantie contre les changements de doctrine s'applique tant aux actes de portée générale et impersonnelle¹², telles que les circulaires et les instructions émanant des organismes nationaux¹³, qu'aux décisions individuelles expresses que prennent les organismes de sécurité sociale dans leurs rapports avec les usagers du service public¹⁴ ou qu'aux décisions implicites, dès lors que les éléments du dossier permettent d'établir que l'organisme s'est abstenu en toute connaissance de cause¹⁵.

Cette garantie contre les changements de doctrine se heurte cependant à diverses limites. Elle implique tout d'abord l'existence d'une prise de position claire et

11. La Cour de cassation a ainsi jugé que « si la décision de non-assujettissement n'avait pas l'autorité de la chose jugée à défaut de tout litige et de tout jugement de ce chef, elle avait été notifiée aux parties qui, s'y étant soumises sans la contester, étaient liées par elle et qu'il en était de même de la Caisse jusqu'à notification d'une décision modificative de celle de refus d'affiliation, laquelle ne pouvait avoir d'effet qu'à compter de sa date (Soc. 7 janvier 1970, *Bull. civ.* V, n° 10).

12. Sans d'ailleurs qu'il soit besoin de déterminer si elles revêtent ou non un caractère réglementaire au sens de la jurisprudence administrative (Soc. 23 novembre 1983, *de Barthes de Montfort c. URSSAF de Paris*, *Bull. civ.* V, n° 574 [1^{er} arrêt]; *Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, n° 5, p. 44).

13. La Cour de cassation reconnaît ainsi à l'utilisateur le droit de se prévaloir des circulaires et instructions dans ses relations avec les organismes en charge de l'assujettissement, du service des prestations et du recouvrement des cotisations (Soc. 23 novembre 1983, *préc.*). Mais cette portée est limitée. Il appartient ainsi au juge d'écarter ces circulaires et instructions, soit parce qu'elles ne sont qu'interprétatives et qu'elles ne peuvent être invoquées à l'appui d'un recours formé devant les juridictions du contentieux général de la Sécurité sociale, soit parce que le juge s'en tient à l'application des seules prescriptions législatives et réglementaires régulièrement édictées et publiées (*v. infra*, la portée des circulaires, II-A-2).

14. Ainsi, un organisme de recouvrement ne saurait, à l'occasion d'un contrôle, procéder rétroactivement au redressement des cotisations dues par un employeur, dès lors qu'il a expressément admis, lors d'un précédent contrôle, la pratique suivie par celui-ci au sujet des sommes litigieuses (*v. Soc.* 9 mars 1972, *URSSAF d'Ille-et-Vilaine c. Pompei*, *Bull. civ.* V, n° 208; *Dr. soc.* 1974. 125, obs. H. Groutel. Soc. 27 février 1992, *SA Jet-Service*, *RJS* 4/92, n° 492. Soc. 1^{er} décembre 1994, *URSSAF de Paris c. Association « Conservatoire municipal Claude Debussy »*, *RJS* 1/95, n° 55).

15. Le seul le silence gardé par l'URSSAF lors d'un précédent contrôle ne suffit pas à caractériser une acceptation implicite de la pratique de l'employeur (Soc. 5 mai 1994, *RJS* 6/94 n° 752). L'absence d'observations de la part de l'URSSAF lors d'un contrôle antérieur vaut décision implicite d'acceptation de la pratique litigieuse si celle-ci existe dans l'entreprise lors du contrôle et s'il est prouvé que l'organisme en a eu connaissance.

C'est à celui qui invoque le bénéfice de l'existence d'une décision implicite d'en rapporter la preuve (Civ. 2^e, 19 avril 2005 n° 620 FS-PB, *Bull. civ.* II, n° 100, *URSSAF du Morbihan c. Sté Laitière de Pontivy*, *RJS* 2005, n° 661). La preuve d'une décision d'accord tacite est apportée lorsque l'agent l'URSSAF a eu à sa disposition l'ensemble des documents comptables et juridiques de l'entreprise et qu'à l'occasion de leur examen il n'a formulé aucune remarque particulière (Soc. 11 octobre 2001, n° 4110 FS-D; *RJS* 2002, n° 323).

sans réserve. La jurisprudence dénie ainsi toute portée pratique aux circulaires et instructions qui, quoiqu'ayant entendu préciser la portée des dispositions issues d'une loi ou d'un règlement, réservent expressément l'interprétation que les juridictions compétentes pour en connaître pourraient retenir des mêmes règles¹⁶. De même, un usager du service public ne saurait utilement se prévaloir d'une simple recommandation, *a fortiori* d'une simple tolérance¹⁷. La garantie contre les changements de doctrine ne joue ensuite que pour autant que la situation de l'usager s'inscrit exactement dans les prévisions de la doctrine dont le bénéfice est invoqué. Les prises de position résultant d'une décision individuelle, explicite ou implicite, ne produisent en particulier leurs effets qu'à la condition que la situation de l'usager du service public demeure identique ou ne peuvent être étendues qu'à des situations rigoureusement identiques¹⁸. Enfin, la fraude de l'usager lui interdit de faire valoir la position prise par l'organisme pour s'opposer à l'application rétroactive d'une seconde décision¹⁹.

Jointe à l'interdiction faite, sauf exception, aux organismes de sécurité sociale de rapporter rétroactivement leurs décisions une fois qu'elles ont acquis un caractère définitif, la théorie de la garantie contre les changements de doctrine offre ainsi aux usagers du service public de la Sécurité sociale une réelle sécurité juridique dans leurs rapports avec les organismes chargés de sa mise en œuvre. Née de la volonté du juge de mieux protéger l'usager face à des organismes investis de prérogatives étendues pour l'accomplissement de leur tâche, cette théorie permet ainsi de concilier les exigences du bon fonctionnement du service public et la nécessaire stabilité des situations juridiques.

Ces solutions sont aujourd'hui bien établies. Résultat d'une mise en balance des conséquences de l'application de règles d'ordre public et des intérêts des justiciables, elles n'échappent pas à la critique.

B. LE RÉSULTAT D'UN ACCOMMODEMENT AVEC LA LOI

Trouvant un fondement dans le souci de préserver chacun des effets qu'emporte fréquemment, en pratique, la remise en cause des situations existantes, cette jurisprudence est incontestablement une concession faite aux règles d'ordre public régis-

16. Soc. 20 janvier 1994, *URSSAF de la Drôme*, RJS 3/94 n° 304; Soc. 23 mars 1995, *URSSAF de Lille c. Banque Scalbert-Dupont*, RJS 5/95, n° 563.

17. Soc. 12 novembre 1992, *École nouvelle d'organisation économique et sociale c. URSSAF de Paris et autres*, Bull. civ. V, n° 544; D. 1993. Somm. 274, obs. X. Prétot; sauf si l'organisme de Sécurité sociale a reconnu formellement le bénéfice d'une tolérance à l'un de ses usagers, celui-ci pouvant se prévaloir alors de la décision prise ainsi en sa faveur (Soc. 28 mai 1986, *URSSAF du Havre c. Société Comsip Entreprise*, Bull. civ. V, n° 254).

18. Soc. 7 octobre 1981, Bull. civ. V, n° 762, arrêt n° 3. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a jugé que la position d'une URSSAF concernant l'exonération de primes de panier distribuées à des agents de maîtrise ne pouvait être étendue à des primes de panier distribuées à des ouvriers travaillant de nuit.

19. Soc. 27 novembre 1975, Bull. civ. V, n° 576.

sant la matière²⁰. Le souci de sécurité juridique heurte en effet le principe de la légalité, dans la mesure où il conduit à faire prévaloir une situation de fait sur l'application de la règle de droit édictée²¹. Sous couvert donc de protéger l'usager du service public contre les organismes qui en assurent la gestion, la théorie de la garantie contre les changements de doctrine revient en fait surtout à écarter l'application de la règle de droit au profit de son interprétation erronée par l'organisme normalement chargé de pourvoir à son application²². Cet accommodement, largement admis, conduit à la remise en cause du caractère d'ordre public de certaines dispositions. C'est ainsi que suivant une jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'assujettissement d'une personne à un régime de sécurité sociale ne peut plus, sauf fraude, être remis en cause pour le passé, une fois que la décision d'assujettissement est devenue définitive²³.

Cette possibilité offerte à l'usager d'invoquer le bénéfice de la doctrine administrative pour faire échec à l'application de la règle de droit applicable contraire à ses intérêts ne devrait avoir d'effet que dans les rapports entre lui et l'organisme. Il n'en est rien. Ainsi, lorsque l'employeur invoque à son profit une position lui permettant de soustraire un avantage de l'assiette des cotisations, les droits de ses salariés au bénéfice des diverses assurances sociales s'en trouvent affectés. En effet, les prestations étant le plus souvent calculées sur les salaires soumis à cotisations, le bénéficiaire peut être lésé du fait de la non-prise en compte dans l'assiette des cotisations d'éléments de rémunération. Cette situation est d'autant plus regrettable qu'il subit les conséquences des décisions de l'employeur et de l'URSSAF, sans pouvoir s'y opposer, alors que la part salariale des cotisations, précomptée et versée par l'employeur, est une dette du salarié mise à sa charge par la loi, l'employeur assurant le rôle d'un mandataire légal²⁴. Cette jurisprudence a également pour effet de rendre opposable aux autres organismes la décision prise par un organisme de sécurité sociale quant à une situation déterminée. Ainsi, une même personne ne pouvant être affiliée à plus d'un régime à raison d'une même activité, la décision d'assujettissement s'impose non seulement à l'organisme qui en est l'auteur, et à l'assuré auquel elle s'applique, mais également aux organismes en charge des autres

20. Soc. 7 octobre 1981, *Bull. civ.* V, n° 762, arrêt n° 2. Dans cette décision, la Cour de cassation a estimé que « la Cour d'appel était fondée à décider, que quel *que soit le caractère impératif et d'ordre public* des règles relatives à l'assiette des cotisations, que l'URSSAF était liée par cette décision qui ne constituait nullement une renonciation de sa part au recouvrement des cotisations mais une prise de position sur l'application des textes et ne pouvait, à la suite d'un contrôle ultérieur, procéder à un redressement rétroactif sur le fondement d'une interprétation nouvelle de ces mêmes textes ».

21. Sur la question, v. B. Pacteau, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque », *AJDA*, n° spéc. Cinquantenaire (juin 1995), p. 151.

22. C'est pourquoi certains auteurs doutent de la conformité à la Constitution des dispositions législatives qui confèrent ainsi une autorité *contra legem* à la doctrine administrative, fut-ce au bénéfice de strictes conditions (sur la question, v. X. Prétot, « Comment peut-on être travailleur indépendant... » art. *préc.*, p. 403-404).

23. Soc. 7 janvier 1970, *préc.*

24. A. Bouilloux, « Les nouvelles garanties des cotisants face à un contrôle de l'URSSAF », *Dr. soc.* 1999. 896.

régimes de sécurité sociale²⁵, ce qui n'est pas sans conséquence sur les droits de l'assuré.

Cette jurisprudence prend une résonance particulière dans le contexte des récentes évolutions législatives. L'article L. 225-1-1 3^o *ter* du Code de la sécurité sociale soumet en effet la formation d'un pourvoi devant la Cour de cassation par une URSSAF à l'autorisation de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale. L'importance de la mesure ne doit pas être négligée, son intérêt étant à l'évidence de limiter les risques de pourvois ayant peu chance d'aboutir, mais aussi d'empêcher la possible remise en cause de la doctrine d'administration par la Cour de cassation. Cette procédure peut ainsi contribuer à renforcer des pratiques pourtant juridiquement contestables, au détriment des solutions que devrait commander l'application des règles d'ordre public.

L'autonomie des organismes couplée à l'autorité conférée à leurs décisions pose enfin la question de l'unité du droit appliqué aux usagers du service public. Dans la mesure où le principe de la Sécurité juridique conduit, pour des motifs tirés du souci de ne pas remettre inconsidérément en cause les situations existantes, à l'application d'une interprétation erronée de la règle de droit, il en résulte un risque évident de distorsion dans l'application de celle-ci chaque fois que la garantie contre les changements de doctrine trouve matière à s'appliquer. « Vérité à l'URSSAF de Lille, erreur à l'URSSAF de Tourcoing »²⁶. La loi prévoit toutefois un régime dérogatoire en matière de contrôle des cotisants pour limiter ce risque²⁷. Aux termes de l'article L. 225-1-1 3^o *bis* du Code de la sécurité sociale, l'ACOSS est désormais chargée d'assurer l'application homogène des lois et des règlements relatifs aux cotisations et contributions recouvrées par les URSSAF. Atteindre l'objectif assigné par la loi suppose toutefois de recourir encore plus à la technique des circulaires.

25. Soc. 6 mai 1987, *CPAM de la Dordogne et autre c. Rouquié et autres*, D. 1988. Somm. 284. obs. X. Prétot, ou 16 novembre 1988, *Cabinet Amault c. CPAM de Paris et autres*, RJS 1/89, n° 81. L'opposabilité aux autres régimes de l'assujettissement à un régime est cependant soumise à condition. L'intéressé doit avoir été effectivement assujéti, au préalable, au(x) régime(s) dont il croyait relever (v. Soc. 7 avril 1994, *SA Labroust Enseignes c. URSSAF de Paris et autres*, RJS 5/94, n° 597, D. 1995. Somm. 29, obs. X. Prétot). Soc. 11 octobre 2001, n° 4109 FS-P, *Caisse de retraite et de prévoyance des clercs et employés de notaires (CRPCEN) c. Caisse de retraite des notaires*, RJS 2001, n° 1453. Aux termes de cet arrêt, la Cour de cassation rappelle ainsi que si le statut social d'une personne est d'ordre public et s'impose de plein droit dès lors que sont réunies les conditions de son application, la décision administrative individuelle d'affiliation à la Caisse de retraite et de prévoyance des clercs et employés de notaires, qui résultait alors de la qualité de salarié de M. Porte, s'opposait, qu'elle fût ou non fondée, et que l'assuré ait ou non perçu de cet organisme des prestations, à ce que l'assujettissement au régime géré par la Caisse des notaires pût mettre rétroactivement à néant les droits et obligations nés de l'affiliation antérieure.

La jurisprudence exige par conséquent du juge du fond, lorsqu'il est saisi d'un conflit d'assujettissement, qu'il appelle en la cause l'ensemble des organismes intéressés (Soc. 16 février 1979, *CPAM du Cher c. Styrannec*, Bull. civ. V, n° 145. Soc. 8 décembre 1994, *URSSAF de Valenciennes c. Viand*, RJS 1/95, n° 426).

26. Note F. Taquet, *préc.*

27. L. fin. séc. soc. n° 2003-1199, 18 déc. 2003, art. 72, JO 19 déc.

Jusque-là de nature jurisprudentielle et étendue à l'ensemble des organismes de sécurité sociale, cette reconnaissance des pratiques administratives a été confirmée par le législateur, principalement dans le domaine du recouvrement.

II. LA RECONNAISSANCE PAR LES NORMES ÉTATIQUES DES PRATIQUES ADMINISTRATIVES CONTRAIRE À LA LOI

Ces pratiques administratives, bien que contraires à la loi, ont parfois fait l'objet d'une confirmation législative. Deux tendances semblent se dessiner. La première est de reconnaître une portée relative à certaines positions individuelles ou à des circulaires régulièrement publiées. La seconde consiste à conférer une portée spécifique à certaines décisions prises par les organismes du recouvrement, dans le cadre de procédures de rescrit qui tendent à se développer.

A. LA RECONNAISSANCE PAR LES NORMES ÉTATIQUES DE L'OPPOSABILITÉ DE LA DOCTRINE ADMINISTRATIVE

Une portée relative a été reconnue par les normes étatiques à l'accord tacite de l'URSSAF statuant dans le cadre d'un contrôle ainsi qu'aux circulaires régulièrement publiées. Les solutions dégagées antérieurement par la jurisprudence s'en trouvent affectées.

1. L'accord tacite de l'URSSAF

Le décret du 28 mai 1999 relatif au contrôle URSSAF a été le premier texte qui a consacré la doctrine de la Cour de cassation en matière d'opposabilité des décisions individuelles²⁸. Énonçant que « l'absence d'observations vaut accord tacite concernant les pratiques ayant donné lieu à vérification, dès lors que l'organisme de recouvrement a eu les moyens de se prononcer en toute connaissance de cause » et que « le redressement ne peut porter sur des éléments qui, ayant fait l'objet d'un précédent contrôle dans la même entreprise ou le même établissement, n'ont pas donné lieu à observations de la part de cet organisme », il reconnaît expressément l'existence des décisions implicites, et introduit plus généralement dans le droit légiféré du contrôle des cotisants le concept « d'autorité de la chose décidée ».

Le décret reprend très largement la jurisprudence dégagée en matière de décision implicite. Ainsi que cela a été précisé plus haut, caractériser un accord tacite de l'URSSAF suppose de démontrer, d'une part, que l'organisme s'est abstenu de toute observation en toute connaissance de cause et que l'on se trouve, d'autre part, dans une situation identique à celle du contrôle antérieur. Reconnaître un accord tacite

28. A. Bouilloux, *préc.*

(ou une décision implicite) suppose donc de démontrer l'identité des situations prises en compte au titre de deux contrôles et que la personne contrôlée soit la même ²⁹.

Le texte simplifie toutefois l'administration de la preuve. Peu favorable au cotisant contrôlé, la jurisprudence antérieure faisait en effet peser la charge de la preuve d'une décision implicite sur l'employeur, qui devait établir que l'absence d'observations de la part de l'organisme de recouvrement valait accord tacite concernant la pratique litigieuse³⁰. L'existence d'un tel accord est désormais présumée et résulte de la constatation d'un élément matériel. L'article R. 243-59 alinéa 4 impose en effet à l'agent de contrôle de mentionner la période vérifiée, l'objet du contrôle et les documents consultés ainsi que ses observations assorties du mode de calcul, de la nature et du montant du redressement envisagé, l'alinéa 8 tirant pour sa part la conséquence que « l'absence d'observations vaut accord tacite ».

Confirmation réglementaire d'une solution admise depuis longtemps par la jurisprudence en dépit des entorses à la règle de droit auxquelles elle conduit, ce texte repose sur des bases fragiles. Dérogeant à des dispositions d'ordre public, qui concernent à la fois le financement de la Sécurité sociale et les droits des assurés sociaux, lesquels dépendent du montant des cotisations fixées, alors que la loi ne prévoit pas une telle possibilité de dérogation, la légalité de ces dispositions est en effet pour le moins discutable. Nul ne semble pourtant s'en émouvoir.

La loi reconnaît également une certaine portée aux circulaires, notamment dans les relations entre les cotisants et les organismes chargés du recouvrement des cotisations.

2. La portée des circulaires

S'agissant des circulaires, il convient de rappeler que la doctrine administrative, qu'elle émane de l'administration de l'État ou bien des organismes de sécurité sociale eux-mêmes³¹, est susceptible de recevoir application lorsqu'elle revêt un caractère réglementaire.

Suivant une jurisprudence classique, le Conseil d'État oppose, en effet, les circulaires réglementaires aux circulaires interprétatives, distinction qui s'applique, le cas échéant, aux circulaires et instructions relatives à la sécurité sociale. Alors que les premières comportent des dispositions positives qui viennent s'ajouter à l'ordre juridique et peuvent ainsi recevoir application pour autant qu'elles ne soient entachées d'aucune illégalité, les secondes, qui se bornent à rappeler, commenter ou interpréter une disposition législative ou réglementaire, sont dépourvues, en principe, de toute portée et ne peuvent être utilement invoquées à l'appui d'un recours³².

29. Ainsi, lorsque le premier contrôle a visé la société mère, la société filiale ne peut se prévaloir d'un accord tacite pour une même pratique (objet) car la condition relative à l'identité de cotisant fait défaut (Civ. 2^e, 18 novembre 2003, RJS 2004, n° 447).

30. *V. supra*.

31. R. Donnadieu, *art. préc.* ; X. Prétot, *art. préc.*

32. *V. en ce sens* Soc. 14 mars 1996, RJS 1996, n° 441, p. 264. 20 *V. par exemple* CE 27 mars 1996, RJS 1996, n° 706 (déc. non reproduite). Il s'agissait en l'espèce d'une lettre ministérielle relative

La jurisprudence affirme depuis longtemps et de manière constante que les lettres et instructions ministérielles, tout comme les circulaires ACOSS, ne sont pas créatrices de droit. Les exemples sont légion. La Cour de cassation a ainsi rappelé, à plusieurs reprises, que les circulaires relatives à l'assiette des cotisations sont dépourvues de valeur réglementaire et ne sauraient prévaloir sur la loi et les règlements. Elle a par exemple jugé qu'un document émanant du ministère de l'Industrie, récapitulant des circulaires et des notes, était dépourvu de valeur normative et ne saurait restreindre les droits que les organismes de recouvrement tiennent des dispositions réglementaires applicables, en l'espèce l'arrêté ministériel du 9 janvier 1975³³. Saisie également de deux pourvois invoquant une circulaire qui admet, à titre de règle pratique, que les réductions tarifaires portant sur les soins, les médicaments et les frais d'hospitalisation, pratiquées par un établissement hospitalier ne constituent pas des avantages en nature soumis à la CSG et aux cotisations de sécurité sociale dès lors qu'elles n'excèdent pas 30 % du prix de vente normal³⁴, la Cour de cassation a rejeté le premier au motif que la cour d'appel n'avait pas à se référer à une circulaire dénuée de force obligatoire pour statuer³⁵, et a cassé, sans renvoi, la décision objet du second pourvoi qui avait fait application de cette lettre ministérielle dépourvue de valeur réglementaire³⁶. Dans le même sens, la Cour de cassation a précisé que la circulaire ACOSS du 11 février 1993 relative à la situation des entreprises du BTP ayant opté pour l'abattement supplémentaire pour frais professionnels et mettant à disposition de leurs salariés des véhicules pour leur usage personnel, qui indique les cas dans lesquels le cumul entre l'abattement pour frais professionnel et l'exonération des frais liés à la mise à disposition d'un véhicule doit être accepté par les organismes de sécurité sociale, est dépourvue de valeur réglementaire et donc inopposable aux URSSAF³⁷. Il a de même été jugé qu'un document émanant du ministère de l'Industrie, préconisant, pour le calcul des cotisations, l'intégration à hauteur de sa valeur fiscale de l'avantage en nature résultant du tarif préférentiel appliqué aux agents statutaires d'une régie pour leur consommation d'électricité, ne saurait faire obstacle à l'estimation de ces avantages d'après sa valeur réelle comme le prévoit l'arrêté ministériel du 9 janvier 1975³⁸.

à certaines mesures d'exonération de cotisations de sécurité sociale, et subordonnant ces exonérations à une condition non prévue par la loi. De même, la circulaire qui précise que les personnes qui assument la charge de leur conjoint handicapé relèvent du régime de l'assurance volontaire se borne à rappeler l'état du droit sans formuler de prescription nouvelle. Dépourvue de valeur réglementaire, elle ne peut, dès lors, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE 1^{re} et 2^e S.-Sect., 3 décembre 2001, n° 227709, *Prieur*; décision non reproduite, RJS 2002, n° 370).

33. Soc. 29 novembre 2001 n° 5015 D; Civ. 2^e, 27 janvier 2004 n° 54 D.

34. Circ. min. séc. sociale du 29 mars 1991, n° 11, BOSS n° 91-23.

35. Soc. 13 décembre 2001, n° 5252 FS-P, *Hôpitaux universitaires de Strasbourg c. URSSAF du Bas-Rhin*, RJS 2002, n° 216.

36. Soc. 13 décembre 2001, n° 5251 FS-P, *URSSAF de l'Ain c. Centre hospitalier de Bourg-en-Bresse*, RJS 2002, n° 216.

37. Soc. 19 juillet 2000, n° 3551 FS-D, *Sté Cie générale de Chauffe c. URSSAF de Lille.*, RJS 2001, n° 90.

38. Civ. 2^e, 5 juillet 2005 n° 1032 F-D, *URSSAF de la Vienne c. Régie d'électricité de la Vienne et a.*, RJS 2005, n° 1029.

Cette solution, classiquement admise, implique donc qu'un usager ne peut revendiquer l'application d'une circulaire au détriment des normes en vigueur dotées d'une autorité supérieure. À titre d'illustration, la Cour de cassation a implicitement rejeté le moyen invoquant une circulaire de l'URSSAF prévoyant que seule la majoration de retard initiale, soit 10 %, devait être appliquée en cas de redressement effectué à la suite d'un contrôle, lorsqu'aucune fraude, mauvaise foi ou erreur répétée ne pouvait être relevée à l'encontre du cotisant, retenant que les majorations de retard avaient été calculées conformément aux dispositions réglementaires en vigueur³⁹.

Cette jurisprudence risque d'être remise en cause par l'ordonnance n° 2005-651 du 6 juin 2005 visant à simplifier le droit, qui prévoit que lorsqu'un cotisant a appliqué la législation relative aux cotisations et contributions sociales selon l'interprétation admise par une circulaire ou une instruction du ministre chargé de la Sécurité sociale, publiées conformément à la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ou dans les conditions prévues à l'article 5-1 de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, les organismes mentionnés aux articles L. 213-1, L. 225-1 et L. 752-4 ne peuvent procéder à aucun redressement de cotisations et contributions sociales, pour la période pendant laquelle le cotisant a appliqué l'interprétation alors en vigueur, en soutenant une interprétation différente de celle admise par l'administration⁴⁰.

B. LA RECONNAISSANCE PAR LES NORMES ÉTATIQUES DE L'OPPOSABILITÉ DES DÉCISIONS PRISES DANS LE CADRE DE LA PRATIQUE DU RESCRIT

Une dernière série de dispositions, peu nombreuses il est vrai, permet à un usager (un cotisant en général) d'interroger un organisme de recouvrement en vue de connaître sa position sur un point donné. Jusque-là admise par la jurisprudence, cette procédure aujourd'hui prévue par la loi dans certaines hypothèses⁴¹ entraîne des conséquences spécifiques et exorbitantes du droit commun.

39. Soc. 14 décembre 2000, n° 5351 FS-D, *Sté Musique liberté c. Urssaf du Bas-Rhin*, RJS 2001, n° 651.

40. Ord. n° 2005-651 du 6 juin 2005 prise en application de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habitant le gouvernement à simplifier le droit, *Liaisons sociales* 17 juin 2005, *Législations sociales*, n° 8597. Cette possibilité est codifiée sous l'art. L. 243-6-2 CSS. L'opposabilité des circulaires a été admise dès le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983, dont l'article 1^{er} dispose que « tout intéressé est fondé à se prévaloir, à rencontre de l'administration, des instructions, directives et circulaires publiées [...] lorsqu'elles ne sont pas contraires aux lois et règlements ». Mais l'ordonnance précitée va au-delà dans la mesure où elle autorise un recours fondé sur une circulaire illégale.

Sur la réforme, v. X. Prétot, « L'entreprise, l'URSSAF et les cotisations de sécurité sociale », *Dr. soc.* 2006. 415 ; G. Vachet, « La sécurité juridique du cotisant : illusion ou réalité », *JCP S* 2006, n° 5, 1094.

41. Art. L. 311-11 § 2 et 3 CSS ; art. L. 243-6-3 CSS.

L'article L. 311-11 du Code de la sécurité sociale autorise ainsi un travailleur qui relève des dispositions de l'article L. 120-3 du Code du travail (travailleur indépendant) à solliciter l'avis de l'URSSAF quant à sa situation au regard de l'assujettissement à la sécurité sociale⁴². L'avis de l'URSSAF en faveur de l'assujettissement en qualité de travailleur indépendant ou le défaut d'avis font obstacle à ce que le travailleur soit ultérieurement affilié contre son gré, à moins que les conditions de son activité aient été substantiellement modifiées ou que les renseignements fournis par ses soins à l'appui de sa demande adressée à l'URSSAF s'avèrent erronés. Ces dispositions ont, en définitive, une portée bien précise : elles font échec, à moins que l'intéressé n'y consente, aux règles d'ordre public relatives à l'affiliation pour l'avenir d'un travailleur au régime général. Le texte va bien au-delà des effets auxquels tend l'autorité de la chose décidée, puisque dans cette hypothèse, l'URSSAF ne peut modifier pour l'avenir sa position.

Par ailleurs, en application de l'ordonnance n° 2005-651 du 6 juin 2005 relative à la garantie des droits des cotisants dans leurs relations avec les organismes de recouvrement, ces derniers peuvent, à compter du 1^{er} octobre 2005, demander à l'URSSAF (CGSS dans les DOM) ou à la CCMSA (dans le régime agricole), sa position sur l'application à leur cas de tel ou tel dispositif d'exonération de charges ou d'une réglementation spécifique. Cette procédure de « rescrit social », exclusivement ouverte au cotisant ou futur cotisant en sa qualité d'employeur⁴³, est réservée à quelques hypothèses limitativement énumérées par l'ordonnance du 6 juin 2005⁴⁴ et ne peut être formulée lorsqu'un contrôle a été engagé par l'organisme. Comme dans le cas précédent, le défaut de notification au demandeur par l'organisme de recouvrement de sa décision à l'issue du délai imparti fait présumer son accord. Il ne peut dès lors être procédé à un redressement de cotisations ou contributions sociales, fondé sur la législation au regard de laquelle devait être appréciée la situation de fait exposée dans la demande, au titre de la période comprise entre la date à laquelle le délai a expiré et la date de la notification de la réponse explicite.

Très largement inspiré de la théorie dite « de l'autorité de la chose décidée », le texte prévoit que la décision ne s'applique qu'au seul demandeur et n'est opposable que pour l'avenir à l'organisme qui l'a prononcée, tant que la situation de fait exposée dans la demande ou la législation au regard de laquelle la situation du demandeur

42. Sur la portée des dispositions de l'art. L. 311-11 CSS issues de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'entreprise et à l'initiative individuelle, J.-P. Chauchard, « Le rescrit social, procédure d'interrogation de l'URSSAF (article 35 de la loi du 11 février 1995) », *Dr. soc.* 1995. 642 ; X. Prétot, « Comment peut-on être travailleur indépendant... ou quelques réflexions sur la loi Madelin », *BS Lefebvre* 8-9/95, spéc. p. 401-405.

43. Art. L. 243-6-3 CSS.

44. Il s'agit des contributions dues en matière de retraite supplémentaire et de prévoyance, des avantages en nature et frais professionnels et des exonérations de cotisations limitées à une zone géographique. Dans ce dernier cas, une liste limitative d'exonérations est fixée : exonérations liées aux embauches en zones de redynamisation urbaine (ZRU), en zones de revitalisation rurale (ZRR) (art. L. 322-13 C. trav.) et en zones franches urbaines (ZFU) (articles 12, 12-1 et 13 de la loi n° 96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville).

a été appréciée n'ont pas été modifiées. Quelques différences apparaissent cependant. C'est ainsi que lorsque l'organisme de recouvrement entend modifier pour l'avenir sa décision, il doit en informer le cotisant, qui peut solliciter, sans préjudice des autres recours, la position de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale quant à l'interprétation à retenir⁴⁵. Par ailleurs, un cotisant affilié auprès d'un nouvel organisme peut se prévaloir d'une décision explicite prise par l'organisme dont il relevait précédemment tant que la situation de fait exposée dans sa demande ou la législation au regard de laquelle sa situation a été appréciée n'ont pas été modifiées.

*
* *

Force est donc de constater, en guise de conclusion, que la règle de droit est bien souvent malmenée, au risque de remettre en cause l'égalité des usagers de la sécurité sociale devant ce service public. L'ordonnancement des normes en est perturbé, puisqu'un texte émanant de l'administration peut contrarier l'application d'une disposition législative dotée d'une légitimité plus forte et s'inscrivant dans un ensemble cohérent de mesures⁴⁶. Elle pousse également à s'interroger sur ce que sont les règles d'ordre public. Il paraît en effet difficile de soutenir que les règles applicables aux cotisants sont d'ordre public, comme le laisse penser la lettre de la loi ou l'interprétation qui en est faite par le juge, alors que ces mêmes cotisants peuvent, au moins pour le passé, échapper à l'application de ces règles en invoquant la doctrine de l'administration, au détriment de l'intérêt général. Relevant d'un « infra-droit », ces positions administratives se voient reconnaître une portée proche de celle reconnue aux normes étatiques. Entre deux normes, le cotisant a la possibilité de choisir celle qui tourne à son avantage. Cette conclusion est d'autant plus troublante qu'elle n'est pas générale. À la différence du cotisant, l'assuré social ne peut toujours pas invoquer à son profit une circulaire, même publiée, pour en réclamer l'application à l'encontre d'un organisme. Cette possibilité étant principalement offerte aux cotisants, sans doute faut-il y voir une forme d'aspiration du droit de la protection sociale par le droit des affaires. Il n'est toutefois pas qu'une simple technique d'organisation de l'entreprise parmi d'autres et il ne se dissout pas dans le droit de l'entreprise. Il est aussi une des réponses à la quête de justice et d'égalité des individus, et constitue à ce titre un incontestable facteur de cohésion sociale. Cette dimension ne doit pas être oubliée.

45. L'ACOSS dispose de 40 jours, courant à compter de la date de réception de la demande, pour communiquer à l'URSSAF sa position sur l'interprétation à retenir et la transmettre pour information au cotisant. L'organisme de recouvrement notifie alors au cotisant la position prise par la caisse nationale dans le délai d'un mois.

46. Cette contradiction entre les préconisations ministérielles et le contenu des dispositions législatives ou réglementaires semble tomber sous le coup de l'application de l'article 432-1 du Code pénal qui punit de cinq ans de prison et 75 000 euros d'amende « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi [...] ».

Étude critique du rôle des syndicats dans la gouvernance de l'Union européenne

Christophe Vigneau

*Maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I),
Institut des sciences sociales du travail*

1. – Depuis le début de la construction de l'Europe, une certaine continuité préside aux relations entre les syndicats et les institutions européennes. Continuité car dès la naissance des Communautés, le mouvement syndical, à travers ses organisations nationales et européennes, a essayé d'accroître son influence sur les choix politiques des institutions communautaires. Un effort continu a été mené pour développer la dimension sociale de l'intégration européenne. Mais tout au long de cette période, des changements sont toutefois venus modifier la place du mouvement syndical dans le processus d'intégration européenne. Certains sont liés au mouvement syndical européen lui-même qui se dote en 1973 d'une structure supranationale avec la création de la Confédération européenne des syndicats (CES). Les changements tiennent aussi à l'intégration européenne elle-même. Lors de la conférence de Paris en 1972, les chefs d'États et de gouvernements décident en effet d'ouvrir un nouveau chapitre de la construction européenne en s'accordant sur les grandes lignes d'un programme d'action sociale. Une nouvelle dimension est donnée à l'intégration européenne qui ne se limite plus à la réalisation d'une union douanière et d'un marché unique. Le premier programme d'action sociale engagé par la Commission européenne en 1974 à la suite de la conférence de Paris fixe le point de départ de ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler « l'Europe sociale ». Liée à l'intégration économique, la politique sociale européenne va se renforcer en poursuivant progressivement des objectifs propres. La réalisation de l'Union monétaire en 1993 et l'introduction d'un chapitre sur l'emploi dans le traité d'Amsterdam de 1997 auront aussi une incidence sur l'orientation et le développement de la politique sociale. Mais le changement le plus notable dans la politique sociale depuis les années 1970 a été le renforcement du rôle des organisations syndicales et professionnelles européennes. Au

titre de « partenaire social », formule d'usage dans le langage des institutions et du droit communautaire, les syndicats ont ainsi été élevés au rang d'acteur central de la politique sociale européenne.

Ce renforcement du rôle des acteurs sociaux répond clairement de la part des institutions communautaires au prétendu « déficit démocratique » de la construction européenne. La démocratie sociale était ainsi appelée à la rescousse des insuffisances de la démocratie politique au niveau européen. Cette promotion s'est traduite par une institutionnalisation des « partenaires sociaux » dans l'action normative de l'Union européenne en matière sociale, d'ailleurs interprétée comme le signe de la faiblesse des relations professionnelles en Europe et du mouvement syndical européen en particulier¹.

2. – L'objet de cette étude est de s'interroger sur la promotion de l'acteur syndical dans l'Union européenne et ses résultats, au moment où ce mode de gouvernance européen est parfois présenté comme un modèle pour la France². Les relations professionnelles au niveau européen, entendues comme les pratiques et les règles qui structurent les rapports entre les syndicats, les organisations d'employeurs et l'Union européenne en tant qu'institution para-étatique, ne peuvent que difficilement être assimilées aux modèles nationaux tant la spécificité du niveau supranational est grande. Cependant, les difficultés des relations professionnelles à trouver une configuration au niveau européen ne peuvent se comprendre qu'à travers la diversité des systèmes nationaux. On peut au demeurant considérer qu'un modèle original de relations professionnelles émerge au niveau européen, nourri à la fois par le contexte de l'intégration européenne et les spécificités des acteurs sociaux européens. Parmi d'autres, deux facteurs contribuent à expliquer l'originalité et, dans une certaine mesure, les défaillances des relations professionnelles en Europe. En premier lieu, les relations professionnelles sont nées dans les contextes nationaux comme moyen de résolution de conflits collectifs et en particulier de grèves. En conséquence, elles se sont développées en fonction de l'aptitude des syndicats à mobiliser des travailleurs et à amener, pour utiliser une formule consacrée, les employeurs à la table des négociations. Or, les relations professionnelles ne se sont pas nouées selon cette logique au niveau européen. En second lieu, la singularité de la construction politique européenne rend le parallèle avec les expériences nationales malaisées. En particulier, l'absence d'un véritable État empêche de transposer les modèles nationaux de relations professionnelles sur la scène européenne.

Pour analyser le rôle des syndicats dans la gouvernance européenne, il est utile de se tourner vers les travaux sociologiques qui distinguent de manière classique trois types de syndicalisme : révolutionnaire, réformiste et d'intégration. À cette typologie relative à la forme du syndicalisme correspondent des modes d'action différents à l'égard de l'ordre socio-économique qui vont de la contestation à la participation

1. A. Lo Faro, *Regulating Social Europe — Reality and Myth of Collective Bargaining in the EC Legal Order*, Hart Publishing, 2000, sp. p. 49 et s.

2. V. à cet égard l'appréciation très critique du rapport « Pour une modernisation du dialogue social », rédigé par M.D.J. Chertier et remis au Premier ministre en avril 2006.

en passant par la négociation. M. Jacques Chevallier identifie quatre attitudes du syndicalisme à l'égard de l'État : la logique de confrontation, la logique d'influence, la logique de partenariat et la logique d'intégration³. Au niveau européen, la tendance réformatrice prévaut depuis l'origine même si les moyens utilisés ont varié selon les époques de la construction européenne. La formalisation de la participation des syndicats à l'élaboration des normes sociales communautaires les transforme en « autorité gouvernante »⁴ dans l'Union européenne. Si l'on tente d'appliquer au mouvement syndical européen la grille de lecture proposée par M. Jacques Chevallier, il semble possible d'affirmer que celui-ci est passé d'une logique d'influence à une logique d'intégration (I) dont l'on sait que l'action tend non pas à la destruction de l'ordre socio-économique, ni même à sa réforme mais à son maintien. Ces analyses sont-elles pertinentes au niveau européen ? Quelle est le rôle, voire même la fonction, du syndicalisme européen, acteur aujourd'hui institutionnalisé de la gouvernance européenne ? Et surtout, quels sont les résultats de ce syndicalisme d'intégration au niveau européen ? Au regard de la modestie de ses résultats et de l'état actuel de la politique sociale européenne, on peut se demander dans quelle mesure cette logique d'intégration ne conduit pas à une instrumentalisation du mouvement syndical européen (II).

I. DE L'INFLUENCE À L'INTÉGRATION

3. – L'implication croissante des syndicats dans la politique sociale européenne a abouti à une intégration de ceux-ci dans le processus décisionnel communautaire (B). Elle succède à une longue période de recherche d'influence auprès des institutions communautaires (A).

A. LA RECHERCHE D'INFLUENCE AUPRÈS DES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES

4. – Depuis l'origine de la construction européenne, le mouvement syndical européen, à l'exception des organisations de tendance marxiste, a supporté le processus d'intégration. Après la Seconde Guerre mondiale, les syndicats nationaux, chrétiens ou socialistes, appellent à la création des Communautés européennes pour des raisons d'ailleurs différentes. Et dès cette époque, le mouvement syndical, à travers les structures européennes existantes⁵, adopte une logique d'influence à l'égard des institutions européennes. Néanmoins, si le mouvement syndical réussit à participer

3. J. Chevallier, « Le syndicalisme et l'État entre l'autonomie et l'intégration », in *L'actualité de la Charte d'Amiens, Revue du CURAPP*, Paris, PUF, 1987, p. 65.

4. P. Rosanvallon, *La question syndicale*, Paris, Hachette, coll. « Pluriel », 1988, p. 37.

5. Il s'agissait du secrétariat syndical européen, regroupant les six syndicats des États membres affiliés à la Confédération internationale des syndicats libres auquel s'ajoutait une structure chrétienne, l'Organisation européenne de la Confédération internationale des syndicats chrétiens.

à l'organe exécutif de la Communauté économique du charbon et de l'acier (CECA)⁶, il échoue en ce qui concerne la Communauté économique européenne. Ainsi que l'ont montré les études historiques, le mouvement syndical n'est pas parvenu à peser sur les objectifs des Communautés européennes et tout particulièrement de la Communauté économique européenne⁷. La principale ambition du traité de Rome a été en effet de réaliser un marché commun auquel se rattachaient quelques mesures sociales. Éviter les distorsions de concurrence constituait la raison déterminante du rapprochement des législations sociales nationales prévu aux ex-articles 100 et 119 du traité CE. La réalisation du Marché unique était conçue comme le moyen d'aboutir à « l'amélioration des conditions de vie et de travail permettant leur égalisation dans le progrès », selon la formule de l'ex-article 117 du traité CE. La liberté de circulation des travailleurs au sein de ce marché intérieur formait d'ailleurs un élément central de cette dimension sociale de la construction européenne, destinée non pas à corriger les effets de cet espace ouvert à la libre circulation des biens, des capitaux, des marchandises et des hommes, mais à le créer⁸. Selon cette approche, aucune autonomie n'était donnée à la politique sociale et le travail était traité de la même manière que les biens ou les services⁹. Le mouvement syndical ne parviendra pas à modifier ni même à infléchir cette conception des rapports entre l'économique et le social dans la construction européenne où le progrès social est posé comme une conséquence automatique de la croissance économique. Ainsi que le souligne Mme C. Gobin, l'histoire du mouvement syndical durant les vingt premières années de la construction européenne sera d'essayer de rattraper cet échec originel à peser sur la construction européenne¹⁰. À cette époque, la présence institutionnelle des syndicats se limite au Comité économique et social, organe purement consultatif dont la composition n'est pas cantonnée aux représentants de salariés et d'employeurs. En outre, il importe de souligner que cette institution se compose de représentants de groupes d'intérêts des États membres et non d'intérêts organisés au niveau européen.

5. – Au début des années 1970, le lancement du premier programme d'action sociale et la création de la CES modifie le cadre du rapport entre le mouvement syndical et

6. Rappelons en effet qu'outre l'existence d'un Comité consultatif composé de représentants de salariés et d'employeurs, l'organe exécutif de la CECA, la Haute autorité, comprenait parmi ses membres des représentants d'organisations nationales de salariés. Sur cette question, G. et A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, 5^e éd., Dalloz, 1980, p. 153.

7. C. Gobin, *L'Europe syndicale*, Bruxelles, éd. Labor, 1997, p. 31-32; J. E. Dolvik., *An emerging island — ETUC, Social dialogue and the Europeanisation of the trade unions in the 1990s*, Bruxelles, ETUI, 1999, p. 49-51.

8. W. Streeck, « European social policy after Maastricht : the 'Social Dialogue' and 'Subsidiarity' », *Economic and Industrial Democracy*, 1994, p. 154-155. S. Deakin, « Labour Law as Market Regulation : the Economic Foundations of European Social Policy », in *European Community Labour Law — Principles and perspectives- Liber Amicorum Lord Wedderburn*, op. cit., p.63.

9. S. Simitis, A. Lyon-Caen, « Community Labour Law : a Critical Introduction to its History », in *European Community Labour Law — Principles and perspectives- Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Clarendon, Oxford, 1996, p. 5.

10. C. Gobin, *L'Europe syndicale*, op. cit., p. 19 et s.

les institutions européennes. Le processus d'unification du mouvement syndical européen et la volonté politique nouvelle des chefs d'États et de gouvernements d'établir des normes sociales européennes favorisent le renforcement des liens entre les syndicats et la Commission européenne en particulier. Il reste que le conflit classique et fondateur des relations professionnelles va prendre au niveau européen une configuration particulière. Il apparaît tout d'abord secondaire par rapport à la question essentielle du projet européen. À cet égard, l'acceptation du processus politique d'intégration européenne a été pour les syndicats nationaux une condition implicite de leur affiliation à la CES depuis 1973¹¹. L'entrée de syndicats de tendance marxiste viendra élargir le champ idéologique couvert par l'organisation européenne sans que cela ne modifie sa position sur l'intégration européenne elle-même. Le soutien à la construction européenne va toutefois mener à une certaine ambiguïté dans le discours syndical ou, plus précisément, à occulter le débat sur l'orientation de cette intégration. Comme le relève un auteur, « l'engagement de la CES envers l'intégration européenne peut avoir rendu difficile une opposition aux stratégies d'intégration définies par les institutions européennes même si elles ont tordu les droits des travailleurs et les objectifs d'emploi si cruciaux pour les syndicats »¹². Ensuite, le conflit entre organisations syndicales et patronales va prendre la forme d'une lutte d'influence auprès de la Commission selon une conception assez technocratique de la construction européenne¹³. Des efforts continus seront entrepris auprès de la Commission, perçue comme l'institution essentielle dans la production des normes suivant une perspective d'intégration supranationale. Ainsi que le reconnaît un ancien responsable de la CES, « à la différence des syndicats nationaux, l'évolution de la CES ne relève pas de la lutte des classes mais de l'institutionnalisation de la politique européenne »¹⁴.

Encouragée par la Commission, une logique d'influence a prédominé dans le processus décisionnel de l'Union européenne, donnant lieu à une « représentation institutionnelle »¹⁵ du mouvement syndical. En prenant en compte l'opinion des groupes d'intérêts, la Commission souhaitait renforcer sa propre légitimité en tant qu'institution supranationale vis-à-vis d'institutions de nature intergouvernementale, en particulier le Conseil¹⁶. Des rencontres formalisées ont aussi donné aux partenaires sociaux une opportunité d'influencer la politique sociale européenne. À partir de 1970, le Comité permanent sur l'emploi organise un dialogue entre des

11. Selon M. Gabaglio, ancien secrétaire général de la CES, la doctrine de l'organisation syndicale européenne se fonde sur deux « principes décisifs : l'autonomie syndicale par rapport au politique, une volonté de participer à l'intégration européenne », E. Gabaglio, *Qu'est-ce-que la CES?*, L'Archipel, 2003, p. 12.

12. A. Martin, G. Ross, « European integration and the europeanisation of labor », in *The ETUC in the mirror of industrial relations research*, Institut Syndical Européen, 1998, p. 250.

13. C. Gobin, *L'Europe syndicale*, op. cit., p. 53 et p. 112 et s.

14. E. Gabaglio, *Qu'est-ce-que la CES?*, op. cit., p. 39.

15. C. Gobin, *L'Europe syndicale*, op. cit., p. 33.

16. Ph. Schmitter, W. Streeck, « From national corporatism to transnational pluralism : organised interests in the Single European Market », *Politics and Society* 1991, p. 133.

représentants de la Commission, du Conseil et les acteurs sociaux¹⁷. Au milieu des années 1970, des sommets quadripartites sur les problèmes de politique de l'emploi sont organisés entre les acteurs sociaux, les ministres des Affaires sociales des États membres et la Commission. Cependant en 1978, la CES décide d'abandonner cette expérience étant donné l'absence de véritable volonté politique de la part des gouvernements et des employeurs. C'est seulement lorsque la stratégie de collaboration avec les institutions européennes échoue à la fin des années 1970 que la CES se tourne vers des modes d'actions plus traditionnels, organisant des manifestations européennes sur des sujets précis. Les difficultés à organiser des mobilisations massives font que ces manifestations ne constituent pas des modes de pression efficaces sur les gouvernements nationaux et les entreprises. La grève est en outre un outil qui est complètement absent des techniques utilisées par le mouvement syndical européen. La faiblesse des actions collectives européennes¹⁸, qui ont constitué dans la plupart des expériences nationales l'élément déclencheur de la négociation collective, a été justement interprétée comme une faiblesse majeure du syndicalisme européen¹⁹. Elle le prive d'un important moyen d'action pour infléchir ou orienter la politique sociale européenne. D'un point de vue juridique, il importe aussi de souligner que le droit de grève a toujours été exclu des compétences de l'Union. Une telle exclusion n'est pas surprenante sachant que le droit de grève est potentiellement le plus néfaste à des marchés libéralisés. Ce droit, si fondamental dans la construction du droit du travail, ne pouvait pas s'inscrire dans les objectifs et le projet originels européens. Il reste le plus contesté par ceux qui veulent restreindre l'intégration européenne à un espace de libre échange²⁰. Au-delà des raisons techniques, le mouvement syndical européen a toujours été plus orienté vers une culture de coopération que de confrontation avec les employeurs. Et d'ailleurs, le mouvement syndical européen et en particulier la CES ont émergé à un moment où la plupart des syndicats nationaux avaient déjà abandonné cette culture du conflit²¹.

6. – En 1986, l'Acte unique européen introduit une nouvelle disposition dans le Traité (ex-article 118 B) qui impose à la Commission de développer le « dialogue social » entre les représentants des employeurs et des salariés. Ce dialogue social

17. À la suite d'une demande des représentants des organisations d'employeurs et de travailleurs exprimée lors d'une conférence sur l'emploi tenue à Luxembourg les 27 et 28 avril 1970, ce comité a été créé par une décision du Conseil 70/532 du 14 décembre 1970 (JOCE 17 décembre 1970). Une réforme de ce comité a été réalisée en 1999 (décision 1999/207 du 9 mars 1999, JOCE, n° L 72, 18 mars 1999).

18. J.-M. Denis, « Les mobilisations collectives européennes : de l'impuissance à la nécessité d'alliance », *Dr. soc.* 2006. 671.

19. L. Turner, « The europeanisation of labour : structure before action », *European Journal of Industrial Relations*, vol. 2, n° 3, 1996, p. 325.

20. Ce constat se vérifiera lors de la rédaction de la Charte des droits fondamentaux dont la reconnaissance du droit de grève expliquera en grande partie l'opposition de certains gouvernements à donner une valeur contraignante à ce texte et la volonté d'en cantonner la portée.

21. *Au-delà de l'emploi. Transformations du droit du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport pour la Commission européenne, A. Supiot (dir.), Flammarion, 1999, p. 162-163.

initié au cours des années 1980 sous les auspices de la Commission et en particulier de son président, Jacques Delors, donnera au mouvement syndical une nouvelle occasion d'exercer une influence sur la politique sociale européenne. Mais cette influence s'exerce de manière différente. Alors qu'auparavant le mouvement syndical européen tentait de promouvoir ses vues et ses revendications dans une relation bilatérale avec la Commission, il devra à partir de 1986 s'engager dans un dialogue social formalisé avec les organisations d'employeurs, tout particulièrement l'Union des industries des pays de la Communauté européenne (UNICE) et le Centre européen des entreprises publiques (CEEP). Le rôle dévolu à la Commission sera de promouvoir le dialogue social, c'est-à-dire de faciliter les rapports entre les représentants des employeurs et des salariés. En réalité, une ambiguïté majeure scelle les destinées du dialogue social européen qui balance entre un échange bilatéral et trilatéral où la Commission apparaît comme le troisième protagoniste²². La promotion du dialogue social ouvre à partir de 1985 une ère de tripartisme dans le processus décisionnel en matière de politique sociale. Le dialogue dit de « Val Duchesse » a placé la CES comme l'UNICE et le CEEP en partenaires privilégiés, voire exclusifs de la Commission en matière sociale. Cette forme tripartite du dialogue social fait passer l'action syndicale européenne d'une logique d'influence à une « culture de partenariat social »²³. Cela renforce et dans une large mesure institutionnalise les relations entre la Commission et les « partenaires sociaux ». Dans ce nouveau cadre, la Commission joue un rôle décisif dans le développement du dialogue social, non seulement en fournissant des facilités mais aussi en incitant les interlocuteurs sociaux à engager des négociations collectives. En fin de compte, ce dialogue est conçu par la Commission et perçu par les observateurs comme une « concertation déguisée »²⁴. La concertation tripartite apparaît comme la méthode souhaitée non seulement par la Commission mais aussi par les représentants des employeurs et des salariés. Le dialogue social permet à la Commission de connaître et d'étudier les positions des syndicats et des organisations d'employeurs sur des thèmes de politique sociale. À l'inverse, pour les acteurs sociaux, l'obligation faite à la Commission de développer le dialogue social européen a été envisagée comme un moyen supplémentaire d'influer sur ses propositions en matière sociale²⁵. En définitive, les résultats de ce dialogue social ont été plutôt décevants tant concernant le nombre que les effets des textes adoptés. Il n'a abouti en effet qu'à l'adoption de quelques positions communes et recommandations sans portée sur le droit des États membres.

22. E. Vogel-Polsky, J. Vogel, *L'Europe sociale 1993 : illusion, alibi ou réalité ?*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1991, p. 19.

23. C. Gobin, « Union européenne et dévaluation du contre-pouvoir syndical », in *Le syndicalisme dans la mondialisation*, U. Rehfeldt, S. Le Roux (dir.), Éditions de l'Atelier, 2000, p. 143.

24. C. Gobin, « La Confédération européenne des syndicats et la négociation collective à l'échelle européenne », in M. Telò (dir.), *Quelle union sociale européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1994, p. 249.

25. M. Rhodes, « Une énigme pour les théories de la régulation — Dimension sociale et relations professionnelles », in *Politiques sociales européennes — Entre intégration et fragmentation* (titre original : *European social policy between integration and fragmentation*), S. Leibfried et P. Pierson (dir.), L'Harmattan, 1998, p. 121.

La stratégie de l'influence centrée sur la Commission européenne montrera très rapidement ses limites. Si les syndicats ont réussi à voir leurs positions considérées par la Commission, ils ont échoué vis-à-vis du Conseil, malgré de multiples tentatives d'organiser des espaces formels de discussion. Le grand nombre de propositions de directives rejetées par le Conseil durant les années 1980 et le début des années 1990 a révélé l'incapacité du mouvement syndical européen à peser sur les choix de l'exécutif européen. Il est incontestable que la stratégie d'influence a mieux fonctionné à l'égard de la Commission qu'à l'égard du Conseil. En partie, la composition et le fonctionnement du Conseil rendent difficiles pour des intérêts organisés d'exercer une activité de *lobby* dans le but de favoriser ou de contrecarrer l'adoption d'un texte²⁶. Dans une certaine mesure, les efforts déployés auprès de la Commission pour l'inciter à engager des actions en matière sociale ont été inutiles considérant la spécificité de la structure institutionnelle de l'UE et le rôle décisif conféré au Conseil. Jusqu'à l'introduction du vote à la majorité qualifiée en matière sociale par l'Acte unique et l'extension de celui-ci par le traité de Maastricht, le processus décisionnel restera entièrement intergouvernemental. Ainsi qu'il a été souligné par M.W. Streeck, « comme la Constitution de l'Union est contrôlée par les États nations, ils sont en position de maintenir la participation des intérêts sociaux organisés strictement dans les limites de l'intergouvernemental »²⁷. L'organisation institutionnelle de l'Union européenne a été l'obstacle majeur à l'action du mouvement syndical européen et à celle de la CES en particulier. À cette difficulté, il sera répondu par l'intégration du mouvement syndical européen dans le processus décisionnel communautaire.

B. L'INTÉGRATION DANS LE PROCESSUS DÉCISIONNEL COMMUNAUTAIRE

7. – En 1991, la CES, L'UNICE et le CEEP concluent un accord qui bouleverse le rôle des représentants des salariés et des employeurs dans la politique sociale européenne. Ce texte, ratifié par onze des douze États membres sera repris dans l'Accord sur la politique sociale annexé au traité sur l'Union européenne dans un protocole sur la politique sociale. L'adhésion du Royaume-Uni à l'Accord permettra son incorporation dans le traité CE lors de sa révision par le traité d'Amsterdam en 1997. L'Accord sur la politique sociale consacre l'intégration des interlocuteurs sociaux dans le processus d'élaboration des normes sociales européennes. À partir du 1^{er} janvier 1993, date d'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne, la Commission doit consulter les « partenaires sociaux européens » avant toute proposition de texte en matière sociale. Durant ces consultations, les représentants des salariés et des employeurs peuvent dessaisir la Commission en décidant d'engager des négociations

26. J. E. Dolvik., *An emerging island — ETUC, Social dialogue and the Europeanisation of the trade unions in the 1990s*, Bruxelles, ETUI, 1999, p. 34.

27. W. Streeck, « Neo-voluntarism : a new European social policy regime ? », *European Law Journal* 1995, vol. 1, n° 1, p. 31-59.

susceptibles de mener à la conclusion d'accords collectifs. Une fois l'accord conclu, les acteurs sociaux peuvent décider de le mettre en œuvre par un instrument de droit communautaire en le soumettant au vote du Conseil sur la base d'une proposition de la Commission. On a pu ainsi parler d'« accord légiférant »²⁸. Le mouvement syndical européen n'est plus simplement consulté mais se voit conférer la prérogative d'élaborer des règles pouvant intégrer le corpus juridique communautaire. On passe alors de la logique d'influence et de partenariat à une logique d'intégration conformément à la volonté du mouvement syndical européen et en particulier de la CES²⁹.

L'Accord sur la politique sociale annexé au traité de Maastricht, dont l'innovation institutionnelle figure sous les articles 138 et 139 du traité CE, a été interprété par certains auteurs comme le moment décisif d'un passage vers un système corporatiste³⁰. À partir de ce moment, les interlocuteurs sociaux deviennent au niveau européen des agents des politiques publiques. On trouve ici la fonction et l'effet des politiques de concertation : un échange de légitimité et un échange de rationalité³¹. Du point de vue de la Commission, le principal objectif est d'accroître la légitimité des propositions qu'elle soumet à l'adoption du Conseil. À cet égard, l'insertion formelle de l'UNICE dans le processus de décision pourrait être analysée de la part de la Commission comme une réponse stratégique au succès des employeurs dans leurs efforts d'influencer le Conseil à travers des méthodes le plus souvent informelles³². En étant partie au processus de décision, les employeurs n'auraient aucune raison de faire du *lobby* contre l'adoption d'instruments en matière sociale. La CES et l'UNICE deviennent des acteurs institutionnels de la politique sociale européenne dans un processus formalisé de consultation. En conséquence, ils acquièrent un statut spécial parmi les autres groupes d'intérêts organisés avec une conséquence majeure : ils sont désormais traités comme coresponsables de la politique sociale européenne, soulevant le problème de leur représentativité³³. Plus encore, l'Accord sur la politique sociale accorde aux partenaires sociaux la primauté dans l'élaboration des normes sociales au niveau européen. L'arrangement institutionnel instaure une subsidiarité entre la règle d'origine légale et la règle d'origine conventionnelle en matière de

28. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. « Quadrige », 2002, p. X.

29. « Si le mouvement syndical veut garder son pouvoir d'influence, il y a donc, pour tous, une nécessité réelle, une logique d'intégration », E. Gabaglio, *Qu'est-ce que la CES*, *op. cit.*, p. 20.

30. M. Rhodes, « Une énigme pour les théories de la régulation — Dimension sociale et relations professionnelles », *art. cit.*, p. 122 ; G. Falkner, M. Bansbach, « Social dialogues : tranquil past, troubled present and uncertain future », *Industrial Relations Journal*, 2001, vol. 32, n° 5, p. 425 ; S. Simitis, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », *Dr. soc.* 1997. 655.

31. J. Chevallier, « Le syndicalisme et l'État entre l'autonomie et l'intégration », *art. cit.*, p. 103-104.

32. W. Streeck, « European social policy after Maastricht : the 'Social Dialogue' and 'Subsidiarity' », *art. cit.*, p. 168-169.

33. Sur cette question, M.-A. Moreau, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. soc.* 1999. 53 ; E. Franssen, A.T.M. Jacobs, « The question of representativity in the european social dialogue », *Common Market Law Review* 1998, p. 1295.

politique sociale³⁴. En conférant aux acteurs sociaux l'opportunité de négocier sur des questions pour lesquelles ils ont été consultés, le traité fait de la négociation collective la voie privilégiée au niveau européen pour établir des standards de droit du travail. En cela, le rôle des acteurs sociaux change. Et la logique d'intégration se poursuit par la possibilité pour les accords collectifs d'incorporer des actes communautaires de nature réglementaire.

8. – Toutefois, la participation institutionnalisée du mouvement syndical à la production des normes sociales européennes n'a pas conduit à un renforcement de la dimension sociale de l'intégration européenne. Plus de dix ans après, les changements dans le processus décisionnel en matière sociale introduits par le traité de Maastricht n'ont pas apporté d'impulsion significative à la politique sociale européenne. Les quelques accords-cadres adoptés depuis 1992³⁵ selon cette procédure ne concernent que des sujets relativement accessoires et n'affectent pas de manière significative les standards nationaux, à l'exception du Royaume-Uni. Comme prévu par un auteur³⁶, l'institutionnalisation des interlocuteurs sociaux dans le processus décisionnel n'a abouti qu'à des résultats modestes et assez décevants. De plus, l'échec des négociations sur l'information et la consultation des travailleurs et plus récemment sur le travail temporaire montrent les difficultés des acteurs sociaux à s'accorder sur des normes pourtant minimales. L'incapacité des « partenaires sociaux » européens à engager des négociations sur la révision des directives sur le temps de travail et les comités d'entreprise européens fournit un autre exemple des limites du dialogue social européen.

Il est d'ailleurs assez révélateur que le premier programme d'action sociale de 1974 reste envisagé, plus de trente ans après, comme « l'âge d'or »³⁷ de la politique sociale. Le mouvement syndical n'a jamais été capable de modifier la dimension principalement économique de l'intégration européenne. Et en fait, pour de nombreux citoyens européens, l'Europe communautaire est perçue comme une source de dégradation des droits sociaux nationaux. Beaucoup de raisons peuvent être avancées pour expliquer ces résultats modestes. L'opposition de l'UNICE à l'établissement de règles en matière sociale au niveau européen en est une. Depuis le début, la principale organisation d'employeurs s'est montrée hostile à toute négociation collective au niveau européen. Signer l'accord de 1991 était d'ailleurs pour l'UNICE un moyen de préserver un contrôle sur la politique sociale européenne, dans un contexte d'élargissement du vote à la majorité qualifiée à de nombreux aspects du droit du travail. Une telle

34. Ph. Langlois, « Europe sociale et principe de subsidiarité », *Dr. soc.* 1993. 201 ; G. Lyon-Caen, « Subsidiarité et droit social européen », *Dr. soc.* 1997. 382.

35. Jusqu'à présent cinq accords interprofessionnels ont été conclus : congé parental (1995), temps partiel (1997), contrat à durée déterminée (1999), télétravail (2002), stress au travail (2004).

36. W. Streeck, « European social policy after Maastricht : the 'Social Dialogue-and 'Subsidiarity' », *art. cit.*, p. 170.

37. Ph. Pochet, « La stratégie européenne pour l'emploi : une étape dans la construction sociale de l'Europe », in *L'Europe en voie de Constitution*, O. Beaud, A. Lechevalier, I. Pernice (dir.), Strudel, Bruylant, 2004, p. 576.

réforme du mode de votation devant le Conseil était considérée en effet comme un risque sérieux de favoriser l'adoption d'instruments de droit du travail. L'évaluation de ce risque amena l'UNICE à revenir sur son refus initial de toute négociation collective européenne et à accepter une procédure donnant priorité aux interlocuteurs sociaux sur les questions de politique sociale. Mais par là même, la procédure prévue aux articles 138 et 139 du traité CE a donné un rôle central aux employeurs dans le développement de la politique sociale européenne. La politique sociale européenne dépend aujourd'hui largement de la position des employeurs et, en particulier, de l'UNICE³⁸. L'attitude du patronat européen est au demeurant liée à la situation politique au sein du Conseil et à l'orientation donnée par la Commission en matière de politique sociale. Ainsi qu'une approche contextuelle le révèle, la Commission ne facilite pas seulement le dialogue social en apportant un soutien égal aux parties comme le prévoit l'article 138 du traité CE. En fait, le dialogue social au niveau européen apparaît davantage comme un processus tripartite que bilatéral. Pour reprendre la formule d'un auteur, la négociation collective européenne se développe assez largement « dans l'ombre de la loi » en ce sens que le rôle essentiel appartient à la Commission³⁹. Sur les questions les plus importantes concernant les droits sociaux, l'UNICE n'accepte de négocier que lorsque le risque d'une intervention légale plus contraignante existe par le biais d'une proposition de la Commission susceptible d'être adoptée par le Conseil⁴⁰. Dans ce contexte, la négociation collective apparaît comme un élément d'une stratégie plus large développée par les employeurs et dans laquelle le Conseil continue à garder un rôle décisif. Elle constitue un outil de réaction, de substitution au cas où existerait un risque d'adoption de textes sociaux plus contraignants par la voie purement hétéronome. Au regard de cette approche du dialogue social de la part du patronat européen et du retrait de la Commission européenne, on peut se demander dans quelle mesure l'intégration des syndicats dans le processus décisionnel ne comporte pas un risque d'instrumentalisation.

II. DE L'INTÉGRATION À L'INSTRUMENTALISATION

9. – La politique d'intégration n'est pas sans risque pour le mouvement syndical européen qui pourrait devenir, à travers le dialogue social, le premier responsable de la

38. B. Bercusson, « Maastricht : a fundamental change in European labour law », *Industrial Relations Journal* 1992, vol. 21, p. 185; H. Kim, « Constructing European Collective Bargaining », *Economic and Industrial Democracy* 1999, vol. 20, p. 393.

39. B. Bercusson, « Maastricht : a fundamental change in European labour law », *Industrial Relations Journal*, *op. cit.*

40. G. Falkner, M. Bansbach, « Social dialogues : tranquil past, troubled present and uncertain future », *Industrial Relations Journal* 2001, vol. 32, n° 5, p. 425; A. Jacobs, A. Ojeda Aviles, « The European social dialogue — some legal issues », in *A legal framework for European industrial relations*, Bruxelles, éd. Institut Syndical Européen, 1999, p. 97.

politique sociale européenne et de ses défaillances. Tout le processus d'institutionnalisation des acteurs sociaux dans la procédure législative communautaire souhaité par les institutions communautaires, et en particulier la Commission, peut être interprété comme une volonté d'associer les destinataires de la règle à son élaboration dans le cadre de la gouvernance européenne. Mais l'on peut aussi se demander si le rôle accru conféré aux partenaires sociaux n'emporte pas, voire ne justifie, un certain recul des institutions européennes dans le champ de la politique sociale. Ainsi qu'il a été souligné par M. S. Simitis, « le repli sur le minimalisme régulateur est favorisé par le "dialogue social" institutionnalisé »⁴¹. Or, on ne peut que constater le recul de la politique sociale européenne, tant en termes d'objectif que d'actions. L'objectif est passé de l'harmonisation des droits sociaux à l'établissement de standards minimaux⁴². Introduite par l'Acte unique de 1986 dans le champ de la santé et de la sécurité, cette nouvelle conception de l'action régulatrice s'étend aujourd'hui à l'ensemble du domaine de compétence de l'Union. Cela est indiqué de manière expresse dans l'Agenda sur la politique sociale 2000-2005 selon lequel « ce nouvel agenda pour la politique sociale ne cherche pas à harmoniser les politiques sociales »⁴³.

S'agissant des actions envisagées, les ambitions apparaissent elles-aussi à la baisse. À cet égard, l'agenda sur la politique sociale adopté en 2000 pour la période 2000-2005 était significatif de ce changement d'orientation de la politique sociale européenne et, par conséquent, du rôle de la Commission. Il ne prévoyait aucune action spécifique de la Commission concernant les normes minimales de droit du travail, mis à part l'objectif d'assurer le respect des droits sociaux fondamentaux. En revanche, l'Agenda social était présenté comme un « élément clé de la modernisation et du développement du modèle social européen ainsi que de la stratégie macro-économique ».⁴⁴ Quant à l'agenda social pour la période 2005-2010, il traduit aussi des ambitions revues à la baisse. Outre la réalisation des objectifs définis dans la Stratégie de Lisbonne, on y évoque l'élaboration d'un Livre vert sur l'évolution du droit du travail pouvant conduire à proposer « un éventail d'actions de modernisation et de simplification des règles actuelles »⁴⁵. Aucune proposition précise n'est en revanche présentée concernant de nouvelles normes sociales européennes. Cette tendance au retrait de la Commission est accentuée par la détermination des acteurs sociaux à s'engager vers un dialogue social autonome. Or, à de nombreux égards, l'autonomie recherchée par les partenaires sociaux européens apparaît problématique (A). Par ailleurs, d'autres orientations des politiques européennes conduisent à s'interroger sur un risque de marginalisation des syndicats (B).

41. S. Simitis, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », *op. cit.*, p. 666.

42. S. Simitis, A. Lyon-Caen, « Community Labour Law : a Critical Introduction to its History », in *European Community Labour Law — Principles and perspectives- Liber Amicorum Lord Wedderburn*, *op. cit.*, p. 5.

43. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, l'Agenda pour la politique sociale, COM (2000) 379 final, point 1.2.

44. *Ibid.*, point 4.3.1.

45. Communication de la Commission, L'Agenda social, COM (2005) 33 final.

A. UNE AUTONOMIE PROBLÉMATIQUE

10. – Exprimée lors du sommet de Laeken de 2001, cette volonté des interlocuteurs sociaux européens trouve semble-t-il un écho favorable dans les institutions de l'Union. Ainsi la Commission dresse le constat « d'un glissement qualitatif en direction d'une autonomie accrue » du dialogue social⁴⁶. Cette promotion du dialogue social autonome a d'ailleurs reçu une consécration dans le traité établissant une constitution pour l'Europe. Selon l'article I-48 de ce texte, « l'Union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie ». Étant donné cette promotion du dialogue social et le désengagement de la Commission sur les questions du travail, la politique sociale dépend pour beaucoup des interlocuteurs sociaux. Ainsi, le dialogue social constitue la voie privilégiée pour l'établissement de normes sociales européennes. Or, l'un des principaux défis pour les acteurs sociaux est de prouver leur capacité à développer un dialogue social menant à des accords collectifs. Depuis quelques années, la CES, l'UNICE, le CEEP et l'organisation représentative des petites et moyennes entreprises, l'UEAPME établissent leur propre agenda social et s'engagent dans des négociations collectives sans initiative préalable de la Commission⁴⁷. Les acteurs sociaux cherchent à développer un système de relations professionnelles moins dépendant des institutions européennes. Cette tendance semble due en partie au rôle moins actif de la Commission mais aussi à l'influence croissante dans la CES d'affiliés, tout particulièrement les syndicats des pays scandinaves, où la notion d'« autonomie collective » prend un sens plus strict. Du côté patronal, l'autonomie du dialogue social est vigoureusement défendue en rejetant toute intervention de la Commission⁴⁸. On a souligné à juste titre la modestie de ces programmes de travail qui manifeste une crise du dialogue social européen interprofessionnel⁴⁹. Ils ne manifestent en tous cas aucune volonté d'élaborer au niveau européen un corpus de normes sociales conventionnelles sur les thèmes majeurs du droit du travail. Ils contiennent davantage des projets d'études de la situation économique et sociale ou d'évaluation des instruments adoptés.

11. – La volonté de développer un dialogue social plus autonome se manifeste aussi par la mise à l'écart du mode réglementaire d'application des accords conclus dans le cadre des articles 138 et 139 du traité CE. Rappelons en effet que l'article 139 du

46. Communication de la Commission, Partenariat pour le changement dans une Europe élargie — Renforcer la contribution du dialogue social européen (COM (2004) 557 final), point 3.1.

47. En 2003, un premier programme de travail a été adopté pour la période 2003-2005. Après de difficiles négociations un nouveau programme a été élaboré pour la période 2006-2008.

48. Prise de position de l'UNICE sur la communication de la Commission sur le dialogue social, 25/11/2004, <http://www.unice.org/2/DDDCDHFCAPKHCLBEJFGFANPOPDBK9DPYN93V71KM/UNICE/docs/DLS/2004-02106-FR.pdf>. Ce Livre vert a été rendu public le 22 novembre 2006 (Livre vert, « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle », COM (2006) 708 final).

49. Ch. Degryse, « Le dialogue social interprofessionnel en crise », *Bilan social de l'Union européenne 2005*, Institut syndical européen, 2005, p. 244.

traité CE issu de l'Accord sur la politique sociale envisage deux modes de mise en œuvre des accords conclus au niveau communautaire, l'un faisant appel à une « décision » du Conseil sur proposition de la Commission, l'autre reposant sur « les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres ». Mais si la première procédure garantit un effet impératif à l'accord par son incorporation dans un texte de droit communautaire, la seconde soulève de difficiles interrogations à cet égard⁵⁰. Or, pour les accords-cadres interprofessionnels les plus récents⁵¹, les signataires ont choisi une mise en œuvre selon la seconde procédure, ce qui a pu d'ailleurs être interprété comme un des révélateurs de la situation de crise du dialogue social européen⁵². Cette mise en œuvre selon « les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres », qui laisse en fait une grande marge de manœuvre quant au moyen utilisé, ne semble pas à même d'assurer une portée *erga omnes* aux actes européens de l'autonomie collective. Les premières évaluations de la mise en œuvre de l'accord sur le télétravail, dont la date limite était fixée au mois de juillet 2005, montrent la diversité des modes de mise en œuvre empruntés au niveau national⁵³. Les instruments utilisés dans certains États, telles que des recommandations ou la publication d'un guide sur le télétravail, ne présentent pas de valeur impérative pour les employeurs. Et même lorsque ces accords sont mis en œuvre par des conventions et accords collectifs, cela ne leur confère pas nécessairement un effet impératif et une portée *erga omnes*. En effet, les conventions et accords collectifs présentent selon les États membres des régimes juridiques très différents qui ne garantissent pas une application uniforme sur le territoire de l'Union aux actes de l'autonomie collective conclus au niveau communautaire⁵⁴.

Se pose donc la question des effets obligatoires et normatifs des accords conclus dans le cadre de la procédure prévue par l'article 138 du traité CE ne faisant pas l'objet d'une mise en œuvre par un acte de nature réglementaire mais aussi, de manière générale, des accords conclus à la suite de négociations engagées de manière spontanée par les organisations d'employeurs et de salariés au niveau européen⁵⁵. Or, la question de l'effet obligatoire et impératif de ces accords n'est pas encore réglée

50. Sur cette question, Ch. Vigneau, « Études sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *RTD eur.* 2002. 653, sp. p. 663 et s.

51. Il s'agit des accords-cadres sur le télétravail et le stress au travail.

52. Ph. Pochet, « Le dialogue social interprofessionnel, une analyse quantitative », *Chronique internationale de l'IRES* 2006, n° 98, p. 47.

53. Ch. Degryse, « Dialogue social européen : des résultats modestes dans un contexte conflictuel », *Bilan social de l'Union européenne 2004*, Institut syndical européen, 2005, p. 25-26.

54. Pour de plus amples développements, v. Ch. Vigneau, « Études sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *art. cit.*

55. Dans sa communication publiée en septembre 2004, « Partenariat pour le changement dans une Europe élargie — Renforcer la contribution du dialogue social européen », *préc.*, Annexe 2, la Commission tire du fait que « l'article 139, paragraphe 2, stipule que les accords au niveau communautaire « doivent être mis en œuvre » (accentuation ajoutée), ce qui implique qu'il y a une obligation de mettre ces accords en œuvre et pour les parties signataires d'exercer une influence sur leurs membres afin de mettre en œuvre l'accord européen ».

par le droit communautaire. Dans son Agenda social pour la période 2005-2010 la Commission prévoit « l'adoption d'une proposition dont l'objectif sera de mettre à la disposition des partenaires sociaux un outil pour formaliser la conduite et les résultats de la négociation collective transnationale ». Le texte précise que cet outil resterait optionnel pour les acteurs sociaux. Cette idée suscite la vive opposition des organisations d'employeurs et en particulier de l'UNICE qui s'est toujours opposée à l'idée d'« accords collectifs européens », soutenant et souhaitant l'absence de caractère impératif de ces instruments. Aussi, donner un effet normatif aux accords collectifs européens pourrait-il conduire les organisations européennes d'employeurs à refuser de conclure de tels actes. Laisser le droit du travail aux interlocuteurs sociaux pourrait être ainsi la meilleure façon de maintenir l'intégration sociale européenne à un niveau minimum et de cantonner les relations professionnelles à l'élaboration de textes sans portée contraignante pour les États membres. L'analyse des documents produits par le « dialogue social » européen montre d'ailleurs une tendance vers une perte de substance normative des textes adoptés. Des « accords légiférant » dotés d'un effet réglementaire conclus à partir de 1995-1998, on est passé à partir de 2000 aux accords mis en œuvre selon la voie « autonome » et pour la période la plus récente à une prédominance de simples recommandations⁵⁶. Outre qu'elle démontre les limites de la logique d'intégration réalisée par l'Accord sur la politique sociale, cette évolution indique un retour vers la logique d'influence à partir désormais de textes conjoints d'une valeur simplement déclaratoire. Selon cette approche qui aujourd'hui prévaut, le dialogue social est vu « comme *lobby* (recommandations aux institutions européennes) et non comme lieu de négociation d'engagements réciproques »⁵⁷.

12. – Pour le mouvement syndical, la question est de savoir s'il y a plus à gagner qu'à perdre dans la participation institutionnalisée au processus décisionnel communautaire et au développement d'un dialogue social autonome. Ce qui est en jeu est la transformation du dialogue social en un lieu de négociation collective. Dans de telles circonstances, il est difficile d'imaginer de véritables avancées en matière de droit du travail européen sans un engagement important de la Commission et une volonté politique réelle de plusieurs États membres. La spécificité de l'intégration européenne et en particulier le cadre politique rendent difficile l'application des modèles nationaux aux relations professionnelles en Europe. Ainsi qu'il a été relevé par un auteur, « une ressource cruciale pour les syndicats au niveau européen est le support politique des autorités supranationales »⁵⁸. On peut même considérer qu'un tel soutien est une condition *sine qua non* d'un système équilibré de relations professionnelles. À présent, la faiblesse de la Commission, alliée objective du mouvement syndical dans une logique supranationale, et les difficultés accrues par l'élargisse-

56. Ph. Pochet, « Le dialogue social interprofessionnel, une analyse quantitative », *art. cit.*, p. 48.

57. Ch. Degryse, « Le dialogue social interprofessionnel en crise », *art. cit.*, p. 246.

58. H. Kim, « Constructing European Collective Bargaining », *Economic and Industrial Democracy*, *op. cit.*, p. 420.

ment de trouver des positions communes sur la politique sociale entre les États membres, augurent mal d'un tel soutien. À l'inverse, des développements récents laissent craindre un risque de marginalisation des syndicats au niveau européen.

B. LE RISQUE DE MARGINALISATION

13. – Ce risque de marginalisation ressort d'une part de la place des acteurs sociaux dans la Stratégie européenne pour l'emploi (1) et, d'autre part, de leur assimilation dans des textes récents à d'autres groupes d'intérêts (2).

1. La place des acteurs sociaux dans la Stratégie européenne pour l'emploi

14. – Un autre facteur du changement dans la distribution des rôles entre la Commission et les partenaires sociaux dans le champ de la politique sociale tient à l'importance de plus en plus forte de la politique européenne de l'emploi au détriment de l'objectif initial d'harmonisation « dans le progrès » des normes sociales⁵⁹. Introduite par le traité d'Amsterdam aux articles 125 à 130 du traité CE, la politique de l'emploi se développe autour d'une stratégie, la « Stratégie européenne pour l'emploi » (SEE) et selon une méthode, la « Méthode ouverte de coordination » (MOC)⁶⁰. Or, cette nouvelle forme de régulation bouleverse le cadre et les conditions d'intervention de l'Union. Les objectifs changent. On parle ici de « coordination » et non pas d'« harmonisation » sans d'ailleurs que ne soient mesurés les résultats de ces types d'actions en termes normatifs dans les droits nationaux. Le rôle des institutions dans le processus décisionnel est modifié. Processus largement intergouvernemental, la MOC confère un rôle prépondérant au Conseil européen, reléguant le Parlement européen à un rôle consultatif. La Commission remplit une tâche de mise en forme des objectifs définis par les chefs d'États et de gouvernements ainsi que de contrôle de leur mise en œuvre dans les États membres. S'agissant des acteurs sociaux, ils ne disposent que d'un rôle consultatif sans commune mesure avec celui prévu par les articles 138 et 139 du traité CE en matière de politique sociale. Même si dès 2002 le Conseil européen avait appelé à une implication croissante de ceux-ci⁶¹, ils restent encore aujourd'hui cantonnés dans un rôle consultatif. Il peut même être analysé comme technique en se limitant à identifier au niveau national les

59. D. Ashiagbor, « EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda : From "Social Policy" to "Employment Policy" », *European Law Journal* 2001, n° 3, p. 311.

60. Sur la Stratégie européenne pour l'emploi et la Méthode ouverte de coordination, v. S. Laulom, « Droit social communautaire et nouvelles formes de régulation... » dans ce volume, *infra*, p. 219 et s.; Ph. Pochet, « La stratégie européenne pour l'emploi : une étape dans la construction sociale de l'Europe », art. *préc.*, p. 575; S. de la Rosa, « Stratégie européenne pour l'emploi : les nouvelles orientations », *Dr. soc.* 2005. 1210.

61. Sur cette question, C. Barnard, « The social partners and the governance agenda », *European Law Journal* 2002, vol. 8, p. 82.

« meilleures pratiques »⁶². En fait, il est demandé aux partenaires sociaux de prendre part à la réalisation des objectifs définis par le Conseil. Cependant, il y a une volonté claire des institutions européennes — le Conseil et la Commission — d'accroître l'implication des partenaires sociaux dans la méthode ouverte de coordination⁶³. En 2002, le Conseil européen a instamment engagé les partenaires sociaux à « mettre leurs stratégies aux différents niveaux territoriaux (européen, national, régional et local) et sectoriels au service des objectifs de Lisbonne »⁶⁴. À la suite de cette déclaration, les acteurs sociaux ont adopté un programme pluriannuel qui vise à mettre en œuvre et développer la Stratégie de Lisbonne⁶⁵. Les chefs d'États et de gouvernements, voyant dans cet agenda un « outil précieux », ne manquent pas d'ailleurs de rappeler les partenaires sociaux à leur responsabilité dans la réalisation de celle-ci⁶⁶. Il reste que les acteurs sociaux sont plus impliqués dans l'exécution des objectifs⁶⁷ que dans leur définition. Ainsi que l'écrit Mme. C. Barnard, « cette implication a conféré d'importantes obligations aux partenaires sociaux »⁶⁸. Il est donc surprenant de voir comment il est demandé aux organisations d'employeurs et de salariés de prendre part à la mise en œuvre et au contrôle d'objectifs pour lesquels leur accord n'a pas été demandé. Et certains des objectifs ou leurs conséquences peuvent sembler assez discutables d'un point de vue syndical notamment par le lien toujours plus étroit entre la SEE et les Grandes orientations de politiques économiques (GOPE)⁶⁹. L'appel constant à des réformes structurelles afin de parvenir aux

62. Dans le cadre du gouvernement par objectifs qu'opère la Stratégie européenne pour l'emploi, la Confédération européenne des syndicats élabore des études comparées des situations nationales sur des sujets relatifs à la politique de l'emploi (v. *Benchmarking Working Europe 2006*, Institut Syndical Européen).

63. Les conclusions de la présidence lors des derniers Conseils européens sont à cet égard assez claires. Dans les conclusions du sommet de Bruxelles tenu le 25 et 26 avril 2004, le Conseil européen appelle à des nouvelles actions pour accroître le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre de la Stratégie européenne pour l'emploi. Il est indiqué que le « Conseil européen accueille avec faveur l'engagement des partenaires sociaux de renforcer leur implication à travers un partenariat européen renouvelé pour le changement afin de promouvoir la croissance et augmenter l'emploi et la productivité ». V. aussi, COM (2002) 341 final.

64. Conclusions de la présidence, Conseil européen de Barcelone, 15 et 16 mars 2002, § 29.

65. On parle de « Stratégie de Lisbonne » pour évoquer la nouvelle orientation donnée à la Stratégie européenne pour l'emploi décidée au Conseil européen de Lisbonne en mars 2000. Lors de ce Conseil européen, les chefs d'États et de gouvernements s'accordent sur un nouvel objectif : doter l'Union européenne de « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique au monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale ».

66. Ainsi, les conclusions de la présidence à l'occasion du Conseil tenu les 23 et 24 mars 2006 indiquent qu'une « mise en œuvre efficace du partenariat renouvelé pour l'emploi et la croissance exigera des partenaires sociaux une contribution active et un grand sens des responsabilités ».

67. L'implication des syndicats selon les pays semble d'ailleurs très inégale, v. Ph. Pochet, « Stratégie européenne pour l'emploi et grandes orientations de politique économique », in *Bilan social de l'Union européenne*, Institut syndical européen, 2004, p. 57, sp. p. 65.

68. C. Barnard, « The social partners and the governance agenda », art. préc., p. 88.

69. Une réforme de la SEE est intervenue en 2003 ayant centré celle-ci sur trois objectifs (plein-emploi, amélioration de la qualité et de la productivité du travail, favoriser l'insertion) tout en la synchronisant avec la coordination des politiques économiques (communication de la Commission

taux d'emploi fixés dans la Stratégie de Lisbonne mérite en particulier d'être considéré avec attention. Ainsi paraît-il difficile de demander à des organisations syndicales de souscrire à l'invitation faite aux États membres, « afin d'établir un équilibre adéquat entre la flexibilité et la sécurité », de « revoir, conformément à leurs pratiques nationales, la réglementation sur les contrats de travail et, le cas échéant, les coûts, dans le but de favoriser la création d'emplois »⁷⁰.

15. – Un risque d'instrumentalisation du mouvement syndical existe dans un mode de gouvernance qui fonctionne beaucoup, voire exclusivement, à partir de mécanismes « incitatifs », dits de « *soft law* ». En fait, un décalage persiste entre l'absence de prérogatives des syndicats dans le choix des objectifs et leur implication croissante dans leur mise en œuvre. Cette répartition des rôles pourrait changer avec l'instauration de sommets sociaux tripartites pour l'emploi et la croissance en donnant aux acteurs sociaux une opportunité de contester et de modifier les objectifs eux-mêmes. Depuis le Conseil européen de Cologne en 1999, un dialogue macroéconomique a été instauré entre les représentants du Conseil, la Commission, la Banque centrale européenne et les partenaires sociaux. À la demande des interlocuteurs sociaux réunis à l'occasion du sommet de Laeken en 2001, le Comité permanent sur l'emploi s'est transformé en un Sommet tripartite sur la croissance et l'emploi⁷¹. Après plusieurs sommets informels en 2001 et 2002, le premier sommet tripartite officiel s'est tenu à Bruxelles en mars 2003. Jusqu'à présent, la capacité réelle du mouvement syndical européen à orienter la SEE reste à démontrer. La primauté conférée aux acteurs sociaux en matière de politique sociale européenne contraste avec le rôle simplement consultatif dans la SEE. Sur cette question, les acteurs sociaux interviennent donc selon une logique d'influence à travers des espaces de concertation institutionnalisés, en particulier le Sommet tripartite pour l'emploi et la croissance et le Comité de l'emploi. Créé en 2000⁷², le Comité de l'emploi est composé de deux représentants de chaque État membre et de la Commission. Ayant pour rôle de formuler des recommandations au Conseil et à la Commission, le Comité pour l'emploi doit selon le traité CE consulter les représentants des salariés et des employeurs. Tous

européenne, *L'avenir de la Stratégie européenne pour l'emploi*, COM (2003) 6 final). Sur le lien entre Stratégie européenne pour l'emploi et les grandes orientations de politique économique, v. M. Husson, « La nouvelle stratégie européenne pour l'emploi », *Chron. Int. de l'Ires* 2003, n° 83, p. 49. Cette mise en rapport de la SEE avec les grandes orientations de politique de l'emploi a été formalisée depuis 2005 par l'adoption de lignes directrices intégrées, c'est-à-dire par un document unique où les lignes directrices pour l'emploi sont mêlées aux objectifs de politique économique (sur l'évolution de la SEE, v. Ph. Pochet, « La stratégie européenne pour l'emploi : une étape dans la construction sociale de l'Europe », art. *préc.*, p. 575 ; S. de la Rosa, « Stratégie européenne pour l'emploi : les nouvelles orientations », art. *préc.*, p. 1210).

70. Conclusions de la présidence, Conseil européen de Barcelone, 15 et 16 mars, 2002, § 32.

71. Décision 2003/174/CE du Conseil, du 6 mars 2003, créant un sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi, *JOUE*, L70/31 du 14 mars 2003. Ce sommet se réunit au moins une fois par an, avant le Conseil européen de printemps. Il réunit les représentants du Conseil en exercice, ceux des deux présidences suivantes, de la Commission et des « partenaires sociaux ».

72. Décision 2000/98/CE du Conseil du 24 janvier 2000 instituant le Comité pour l'emploi, *JOCE*, L 29/21, 4 février 2000.

ces lieux fournissent aux interlocuteurs sociaux autant d'espaces tripartites où ceux-ci sont renvoyés à une logique d'influence à l'égard des institutions européennes.

2. L'assimilation des acteurs sociaux à d'autres groupes d'intérêts

16. – Une autre forme de marginalisation pourrait aussi résulter d'une assimilation des représentants des salariés et des employeurs à d'autres groupes d'intérêts organisés. Ce processus d'assimilation trouve une expression dans l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » conclu le 16 décembre 2003 entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission européenne⁷³. Cet accord vise à développer des « méthodes alternatives de régulation » : la « corégulation » et « l'autorégulation ». Avec la corégulation, il peut être confié à des parties privées la tâche d'atteindre des objectifs définis par un acte de droit communautaire. À ce stade, il est important de rappeler que le traité donne déjà à l'article 137 § 4 la possibilité à un État membre de confier aux représentants des salariés et des employeurs la tâche de transposer une directive. Dans cette hypothèse, comme dans le mécanisme de la corégulation, la compétence des acteurs sociaux est limitée à la réalisation d'objectifs définis par les institutions européennes. Observons ici la différence essentielle avec le processus d'association des acteurs sociaux au processus décisionnel prévu aux articles 138 et 139 du traité CE pour lequel les acteurs sociaux ne sont liés pas aucun objectif prédéfini. De plus, le domaine de la corégulation est strictement limité. Ce mécanisme est exclu lorsque les droits fondamentaux ou des options politiques importantes sont en jeu ou dans les situations où les règles doivent être appliquées de manière uniforme sur l'ensemble du territoire de l'Union. En outre, l'accord interinstitutionnel prévoit que le mécanisme de la corégulation doit assurer une « régulation rapide et flexible qui n'affecte pas les principes de concurrence ni l'unité du marché intérieur ». Mais le point le plus surprenant est que ces restrictions au domaine de compétence matériel des groupes d'intérêts privés s'appliquent aussi à l'autre mode de régulation envisagé par l'Accord interinstitutionnel, à savoir l'autorégulation. Celle-ci est définie comme « la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen (notamment codes de conduite ou accords sectoriels) ». Parmi les nombreuses questions posées par cet accord interinstitutionnel, on peut se demander si ces modes alternatifs de régulation ne portent pas en germe pour les acteurs sociaux une perte de leur statut privilégié. Tout d'abord, le domaine de la négociation collective se limite à des aspects secondaires de l'intégration européenne. En outre, les représentants des salariés et des employeurs sont traités comme d'autres groupes d'intérêts organisés tels que les opérateurs économiques ou les organisations non gouvernementales. En conséquence, on peut se demander si l'accord interinsti-

73. Ch. Vigneau, « Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation : la fin des privilèges ? », *Dr. soc.* 2004. 883.

tutionnel ne traduit pas une volonté d'assimiler les organisations d'employeurs et de salariés à d'autres groupes d'intérêts.

*

* *

17. – Actuellement, les interlocuteurs sociaux sont les seuls acteurs de la société civile à avoir été formellement associés par le traité au processus décisionnel communautaire. Toutefois, la volonté de développer une gouvernance européenne à plusieurs niveaux et de plusieurs formes pourrait amener à appliquer la technique des accords légiférant ouverte par l'Accord sur la politique sociale à d'autres acteurs de la société civile. Cette évolution viendrait à un moment où la logique de l'intégration des interlocuteurs sociaux dans le processus décisionnel montre ses limites et lorsque le débat central se focalise sur la capacité des acteurs sociaux à entrer dans une logique d'autonomie.

Le droit inactivé par « l'accord »

François Brun

Sociologue, chercheur au Centre d'études de l'emploi

Jérôme Péliisse

*Sociologue, maître de conférence à l'Université de Reims
Champagne-Ardenne, chercheur au laboratoire Analyse
et Évaluation des professionnalisations*

Issue de la confrontation de deux terrains d'enquête bien différents, cette contribution s'intéresse aux conditions sociales d'activation — ou plutôt d'inactivation — du droit dans le cadre des situations de travail. Antérieurement à cette coopération, Jérôme Péliisse achevait une thèse sur la mise en œuvre des 35 heures, alors que la thématique de François Brun est plutôt centrée sur l'insertion sociale et l'immigration. Toutefois, faisant face, chacun dans son domaine, aux aléas de l'application de textes de nature juridique, l'un et l'autre en sont venus à questionner le concept d'« effectivité du droit » et à découvrir, à l'occasion d'échanges de voisins de bureau, la similitude de certaines de leurs interrogations à ce sujet. Le premier mesurait l'écart entre les accords en bonne et due forme signés par les organisations professionnelles et les régulations fondées sur l'accord informel des parties (et éventuellement la domination de l'une sur l'autre) pour laisser les accords de côté. Le second avait observé les processus d'inactivation du droit du travail dans les entreprises de confection du Sentier parisien. Dans ces deux cas de figure, la question de l'effectivité se focalisait sur celle de l'activation (ou non) du droit par des acteurs qui pouvaient trouver une forme d'intérêt à s'arranger autrement. C'est de cette convergence qu'est issue une réflexion délibérément naïve de non-juristes sur les raisons de ces formes d'inactivation et, derrière ces raisons, sur la nature des rapports sociaux, qui pouvaient, dans des circonstances très diverses, conduire des partenaires à régler davantage leurs relations sur des usages « consentis », voire des accords formels, que sur le droit.

I. CONNIVENCES DANS LE SENTIER

Il est de notoriété publique (l'Inspection du travail elle-même est la dernière à s'y tromper !) que l'économie du secteur de la confection dans le Sentier parisien repose sur la banalisation des infractions au Code du travail. Dans un contexte de très forte concurrence au niveau mondial, aggravée par l'ouverture du marché aux produits chinois dans le textile et l'habillement, il ne pourrait guère en aller autrement. Les conditions économiques induites par l'organisation du travail (sous-traitance et production à domicile, large recours à une main-d'œuvre en situation irrégulière ou précarisée par des titres de séjour temporaires) ne sont pas seules en cause. Ou, du moins, ces conditions économiques sont-elles inséparables des conditions sociologiques qui les rendent imaginables¹.

Bien entendu, au premier rang de ces conditions, figure l'obligation pour les sans-papiers de se conformer aux exigences de leurs employeurs et de se contenter des rétributions qui leur sont accordées. Pourtant, à s'en tenir aux termes du Code de travail, ils ne sont pas privés de possibilité de recours. Si l'article L. 341-6 du Code du travail indique que « nul ne peut, directement ou par personne interposée, engager, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France », l'article L. 341-6-1 stipule que « l'étranger employé en violation des dispositions de l'alinéa premier de l'article L. 341-6 est assimilé, à compter de la date de son embauchage, à un travailleur régulièrement engagé en ce qui concerne les obligations de l'employeur relatives à la réglementation du travail... ». Il précise que cet étranger a *droit*, « au titre de la période d'emploi illicite », au paiement de tous les salaires qui lui sont légalement dus, donc au moins au salaire minimum de croissance (SMIC) et, en cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à un mois de salaire, au minimum. L'article L. 341-6-2 prévoit, quant à lui, que les organisations syndicales représentatives peuvent exercer en justice les actions fondées sur ces dispositions, sans même avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé (à condition qu'il n'ait pas déclaré s'y opposer), et l'article L. 341-6-3 permet aux associations de lutte contre les discriminations constituées depuis cinq ans de saisir les syndicats pour leur demander d'exercer ces actions.

On ne s'étonnera pas que, dans le climat de peur qui les environne, ces textes n'aient qu'une portée quasiment nulle en ce qui concerne des sans-papiers qui, hors de toute autre considération, craignent évidemment de s'exposer un peu plus au risque d'une reconduite à la frontière (voire aux peines d'emprisonnement prévues pour les infractions à la loi sur les conditions d'entrée et le séjour) en prétendant faire valoir leurs droits, la représentation par les syndicats ne constituant certainement pas, à leurs yeux, une garantie suffisante. Des obstacles de même nature sub-

1. Pour plus de détails, v. F. Brun, « Usages d'entreprise et inactivation du droit du travail : l'exemple du Sentier », *Quatre pages du Centre d'études de l'emploi* janvier 2002, n° 49.

sistent pour d'autres catégories d'étrangers dépourvus de titre de travail (demandeurs d'asile et titulaires d'autorisations provisoires de séjour notamment) qui, pour n'être, en principe, passibles d'aucune sanction, n'en demeurent pas moins très vulnérables, d'autant que les juges ont une certaine propension à les assimiler (surtout s'ils travaillent à domicile) à des travailleurs indépendants, dès lors condamnables au pénal. Le versant protecteur du dispositif est largement méconnu et tellement éloigné de ce que ces étrangers ont à connaître habituellement de la justice qu'il n'est pas même imaginé.

Mais la rareté des recours contre les patrons tient manifestement à d'autres causes. En réalité, même les bénéficiaires d'une autorisation de travailler se soumettent sans broncher aux conditions habituelles d'emploi dans le secteur, caractérisées en tout premier lieu par un travail payé à la pièce. Compte tenu du temps nécessaire pour réaliser le travail et des prix fixés par les donneurs d'ordre, le salaire réel que les sous-traitants peuvent payer s'avère en moyenne sensiblement inférieur à celui du SMIC horaire, surtout pour les moins rapides. En outre, les fluctuations de la demande entraînent des variations considérables de la charge de travail. C'est pourquoi, lorsqu'une commande importante arrive, l'ensemble des travailleurs de ce secteur, quels que soient leurs statuts, est prêt à travailler 16 ou 18 heures par jour, à la fois pour être dans les délais, puisque la rapidité d'exécution est la principale exigence du donneur d'ordre, et pour gagner le plus possible, tant qu'il y a du travail.

Cependant, pour que les apparences soient sauvées, une feuille de paie, sur laquelle sont mentionnés des horaires et un taux salarial des plus réguliers, est remise à l'employé. Dans les périodes de basses eaux où il ne travaille pas ou peu, celui-ci rétrocede en liquide une partie de la somme qui lui a été versée par chèque ; ou bien il reçoit un virement pour un montant inférieur à celui qui est mentionné sur sa feuille de paie (parfois, il ne touche rien). Les mois où il travaille davantage (jusqu'à plus de 60 heures par semaine), il perçoit un complément en liquide. Si, d'aventure, il touche un salaire mensuel, il arrive que les cotisations patronales soient à sa charge. Les infractions au droit du travail de toute nature sont légion. Les congés payés n'existent pas. Dans la pratique, aucune règle ne préside à l'embauche ou au renvoi d'un salarié. La période d'essai illimitée a depuis longtemps été instaurée et a largement ouvert la voie aux « innovations » du contrat nouvelle embauche (CNE).

Parfaitement au courant, les services de contrôle n'interviennent qu'à la marge. Non seulement, ils manquent de moyens, mais ils savent que, dans la majorité des cas, leurs interventions toucheront les exécutants (salariés ou petits patrons sous-traitants) plutôt que les donneurs d'ordre. Ils n'ignorent pas non plus qu'en cas de mise en demeure (ou, *a fortiori*, de poursuites), les entreprises ont la ressource de disparaître pour renaître aussitôt, sous une autre raison sociale et avec un autre gérant.

Surtout, il n'est pas douteux que l'organisation du travail est parfaitement naturalisée par les patrons, mais aussi par les salariés. Nul ne se soucie de contester le fonctionnement d'un secteur dont chacun sait, si peu au fait qu'il soit des réalités

économiques, qu'il repose sur des conditions de production concurrentielles avec celles des pays du Sud.

Si les travailleurs eux-mêmes s'y résignent, le droit a peu de chances de s'appliquer. Les juristes Antoine Jeammaud et Evelyne Serverin observent que « les règles juridiques ne sont pas, pour la plupart, *self starting*. Hormis les normes instituant les pouvoirs publics, celles qui déterminent la filiation et les statuts au sein de la famille, elles ne font rien si elles ne sont mobilisées par des sujets ou agents en fonction de leurs intérêts, de leurs intentions civiques ou du zèle qu'ils déploient dans l'exercice de leurs attributions. Elles ne procurent donc pas le résultat découlant de leur application, si les acteurs ne jugent pas opportun de les mettre en mouvement ou s'entendent — très régulièrement en droit dans bien des cas — pour ne pas le faire »².

Or nous sommes précisément dans le cas de figure où, les agents de l'État (contrôleurs et inspecteurs du travail au premier chef) ne faisant guère preuve de « zèle », les « intentions civiques » de l'ensemble des acteurs sont également mises à mal par la forme d'extraterritorialité que confère au secteur le recours quasi exclusif à une main-d'œuvre étrangère, recrutée sur une base communautaire, qui a en outre généralement une expérience du droit guère encourageante. Venus souvent de pays où l'exercice de la citoyenneté est rarement en mesure de s'appuyer sur l'invocation du droit et où la corruption fait parfois figure de mode de régulation des rapports sociaux³, ils se sont heurtés dès leur arrivée à une réglementation du séjour qui s'ingénie à multiplier les obstacles à leur bonne insertion dans la société et dont l'application relève de surcroît d'un « pouvoir d'appréciation » qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer de l'arbitraire. C'est ainsi qu'a pu se constituer, au cœur même de la capitale, une « infra-société » où c'est en quelque sorte une forme d'« infra-droit » qui « fait la loi » : les « intentions civiques » n'y ont pas beaucoup de place.

Quant aux « intérêts » susceptibles d'inciter à la mobilisation du droit, il n'apparaît pas que les dits « intéressés » les détectent clairement. Tout concourt au contraire à leur faire accepter les usages de la profession qui, pour n'être pas légaux, n'en sont pas moins intégrés comme autant de normes. En premier lieu, les dépassements d'horaire permettent, en augmentant les gains, de rembourser aussi rapidement que possible la probable dette de l'émigration et, dans une perspective d'avenir, de commencer à se constituer un capital afin d'être soi-même un jour « son propre patron ». Quant à l'élévation des usages au rang de normes, elle ne serait certainement pas concevable sans une compréhension qui, au-delà de l'appartenance communautaire (le courant peut également passer entre deux communautés aussi différentes que les Turcs et les Chinois) doit beaucoup à la proximité sociale des employés et de leurs patrons.

2. A. Jeammaud et E. Serverin, « Évaluer le droit », *D.*1992. Chron. 263-268.

3. Nous pensons d'abord aux Chinois.

II. ACCORD ET DOMINATION

Les employeurs ont en général travaillé aux mêmes postes que leurs salariés. Ils ont souvent été eux-mêmes sans-papiers et partagent en tout cas une expérience de l'immigration, sur laquelle se fonde largement l'enfermement communautaire, qui est d'abord celle de la difficulté de l'accès aux droits (en dépit du Droit) et d'une commune altérité. Les profils sociologiques des uns et des autres sont souvent proches, l'émigration étant favorisée par la possession d'un capital social et culturel, voire financier et leur logique de migrants étant d'emblée davantage une logique de pionnier ou « d'entrepreneur » que de salarié. Le salariat apparaît souvent comme un statut transitoire plus ou moins dévalorisé au regard des attentes, et les droits du salarié apparaissent d'autant moins comme une cause à défendre que les syndicats qui pourraient la porter sont mal implantés. En revanche, l'intérêt du patron que l'on espère devenir un jour est bien compris.

Au demeurant, ce qui est aussi bien compris, c'est que le « patron », celui auquel l'employé a affaire quotidiennement, est lui-même, du fait de la « loi » implacable de la sous-traitance, dans une situation de forte dépendance, d'exposition aux risques et de précarité, notamment quand il travaille seulement pour un (ou deux) fabricant(s) qui lui impose ses prix et ses délais. Lorsqu'il endosse un statut d'indépendant, ses marges sont ainsi en réalité fixées par le donneur d'ordre qui lui verse ainsi l'équivalent d'un salaire. Aussi bien n'est-il souvent que le « gérant » salarié d'une société à responsabilité limitée (SARL) dans un secteur qui se caractérise par le taux de mortalité extrêmement élevé des entreprises.

La connivence employeurs/employés est dans ces conditions suffisamment bien assumée pour que les conflits soient rares et en principe réglés en interne. Le recours aux prud'hommes est quasi inexistant et peut même être perçu comme une sorte de rupture du contrat moral s'il s'agit de demander à toucher la somme figurant sur la feuille de paie alors même que l'on sait devoir être payé à la pièce. Cela suppose évidemment que, une fois établi l'accord sur les règles, la loyauté soit partagée : même si le patron fait état de difficultés pour différer le paiement d'un salaire, il devra en fin de compte payer ce qu'il aura promis. Dès lors, le Droit ne sera pas mobilisé puisque chacun a toutes les raisons de ne pas le faire.

Pour autant, le rapport de domination entre employeur et employé ne disparaît pas totalement. On voit d'ailleurs mal, sinon, pourquoi les salariés conserveraient leur aspiration à la création d'entreprise. Être patron, c'est avoir pour l'extérieur (la famille restée au pays par exemple) un statut social, des perspectives de développement plus ou moins crédibles, la possibilité de se dire (de se croire ?) son « propre patron ». Être salarié, c'est, à des degrés divers (avec un système de contraintes plus fort pour le sans-papier et maximal pour celui qui travaille à domicile), subir plus que déterminer les termes d'un « accord » sur les normes applicables, « accord » qui n'est jamais par ailleurs que la traduction d'un rapport de forces.

Les immigrés ont d'ailleurs bien d'autres occasions de le découvrir.

Objet de méfiance ou de réserve, l'immigré est souvent soupçonné de prendre le travail des ressortissants du pays d'accueil, d'être venu pour « profiter » des prestations sociales, d'être peu disposé ou incapable de « s'intégrer », voire d'être un délinquant en puissance. Il est donc fréquemment porté à faire profil bas, à viser une forme d'invisibilité ou d'effacement⁴. Cette posture paradoxale conduit à se maintenir dans les zones d'ombre où la loi n'est pas prise en compte plutôt que de revendiquer ses droits, à la lumière du droit. On préférera ainsi continuer souvent à occuper un emploi dans la confection, mais aussi le bâtiment, la restauration ou les divers services dans lesquels les atteintes au droit du travail sont constantes, plutôt que de s'inscrire aux ASSEDIC pour « toucher le chômage » : c'est aussi une question d'image. Et, de fait, un immigré qui rend des petits services en travaillant au noir, qu'il s'agisse de ménage, de garde d'enfant ou de plomberie est sans doute regardé avec plus de sympathie que l'immigré chômeur ou RMIste et en quête d'emploi... au demeurant suspect *a priori* de travail au noir !

Dans ces conditions, on peut gager que l'étranger risque de se montrer moins gourmand que le Français lorsqu'il s'agira de *s'entendre* sur un tarif, voire moins insistant pour se faire payer en temps et heure. En somme, les termes et les conditions d'application de cet accord conclu à l'écart du droit sont largement tributaires du rapport de domination plus ou moins marqué entre les parties : éclatant s'il s'agit d'un sans-papier qu'on a toujours la ressource de menacer d'une dénonciation, plus subtil s'il s'agit d'une titulaire d'une carte de dix ans qui a du mal à trouver un emploi régulier. Bien entendu, la remarque ne concerne pas que les immigrés, dont la situation offre un miroir grossissant de l'ensemble des rapports de domination qui structurent la société, tant il est évident que les conditions d'emploi que chacun sera prêt à accepter seront fonction de sa propre vulnérabilité. En l'espèce, il s'agit bien d'une soumission aux principes du « marché », encore un mot dont la polysémie, entre « accord » et « détermination par la loi de l'offre et de la demande » donne à réfléchir.

III. LE TEMPS DE TRAVAIL : DES SIMILARITÉS

Dans le domaine du *temps de travail*, malgré ou peut-être à cause des 35 heures, un constat similaire à celui dressé à propos des travailleurs étrangers peut être effectué. Tout d'abord parce qu'il est également connu que certains secteurs s'affranchissent, dans ce domaine-là, de la majorité, sinon de la totalité des règles censées s'appliquer : les responsables patronaux du transport routier de marchandise ont pu revendiquer publiquement, il y a une dizaine d'années, le non-respect de la loi au nom « des spécificités culturelles de la profession » et d'une organisation du secteur qui

4. V. notamment A. Sayad, *La double absence. Des illusions aux souffrances de l'immigré*, Éditions du Seuil, 1999.

rappellent les arguments évoqués pour l'économie du Sentier⁵. Certes, ce constat est plus nuancé et les situations et pratiques concernées moins dramatiques que dans le cas des travailleurs sans papiers. Mais le dépassement des durées maximales, les astreintes non reconnues, les heures supplémentaires non payées ou le non respect systématique des délais de prévenance font éclater la notion de « temps de travail », au point qu'elle en perd sa consistance et son sens, alors même que ces pratiques et cette dissolution ont, pour certains salariés, des conséquences désastreuses sur leur vie quotidienne⁶.

La subordination temporelle — et c'est particulièrement vrai de nombreux ouvriers et plus encore d'ouvrières — a ainsi pu parfaitement s'accroître en même temps que se réduisait la durée du travail⁷. C'est bien le cas lorsque des salariés travaillent moins longtemps dans l'année — les pointeuses et comptes d'heures annuels l'attestent — mais restent plus longtemps à disposition de leur entreprise, sous le coup d'une commande imprévue et urgente, sans savoir quand et combien de temps ils devront travailler, pour effectuer des heures supplémentaires⁸. Celles-ci ne sont d'ailleurs plus qualifiées ni rémunérées comme telles, et cette fois tout à fait légalement dans le cadre des clauses de modulation qui se sont largement diffusées au moment du passage aux 35 heures.

Sans s'attarder ni développer un tel constat relatif au non-respect fréquent, voire systématique, de nombreuses « petites » règles de droit aux conséquences importantes sur la vie quotidienne des personnes, dans une période où le temps de travail a été au centre de l'action publique, on peut noter son caractère plus inattendu que dans le cas des travailleurs sans papiers : le passage aux 35 heures n'a-t-il pas été *négocié* — le gouvernement imposant et simultanément incitant bien plus à ces négociations qu'à un passage automatique et formel aux 35 heures qui ne désignent que la durée légale ? Le modèle idéal dessiné par la loi reposait sur des réorganisations de l'activité productive au niveau des entreprises, où il s'agissait d'échanger réduction effective du temps de travail et création d'emplois contre modération salariale, aides financières et adoption de dispositifs de flexibilité dérogatoires (modulation du temps de travail, forfait jours pour les cadres, etc.), accessibles uniquement sous condition d'accords négociés. L'un des postulats implicites de ce modèle, qui prenait la suite de nombreuses expérimentations et s'inscrivait dans une évolution plus générale de l'action publique (qu'on la nomme institutionnalis-

5. V., P. Mauny, « Les frontières du temps de travail des agents de convoyage des transports routiers de marchandise : quant l'illégal devient la règle », communication à la 6^e journée du Centre lillois d'études et de recherches sociologiques et économiques (Clersé), juin 1998.

6. Bien entendu, la dissolution de la notion de « temps de travail » n'a pas le même sens ni les mêmes conséquences pour les avocats d'affaire salariés des grandes firmes que pour les employés de sous-traitants en logistique, travaillant pourtant dans le même secteur d'activité des « services aux entreprises ».

7. V., J. Péliasse, *À la recherche du temps gagné. Sens et usages sociaux des règles autour des 35 heures*, doctorat de sociologie, Université Marne-la-Vallée/CEE, 2004.

8. C'est ici une mauvaise gestion de la modulation du temps de travail, et plus précisément le non-respect des délais de prévenance, qui ouvre ce type de conséquences.

tion, procéduralisation ou contractualisation) était ainsi qu'un droit négocié par les acteurs les plus directement concernés (les salariés, via leurs représentants syndicaux ou mandatés dans leur entreprise, et les directions d'entreprise) serait plus « adapté » et donc « mieux » appliqué.

Finis les accords interprofessionnels introuvables (1978, 1984) ou inappliqués (1989, 1995) et les lois qui n'incitaient qu'une poignée d'entreprises (1982, 1993) ou guère plus (1996) à échanger réduction contre aménagement du temps de travail ! Désormais, c'est au plus près de l'activité productive que les « partenaires sociaux » allaient pouvoir, sinon devoir, s'entendre pour assurer conjointement l'amélioration de la compétitivité des entreprises, des conditions de vie et des créations d'emploi. Logiquement, cette remise à plat négociée des normes du temps de travail allait permettre de stabiliser un régime légal de la durée du travail à la fois surréglementé et dérégulé par vingt années d'actions législatives et de négociations avortées. L'application quasi généralisée d'une bonne part de la réglementation, constatée au milieu des années 1990 par les inspecteurs du travail, reculerait enfin. Le développement d'un droit conventionnel, proche et ajusté aux situations productives particulières, en lieu et place (et même quand c'est sous l'impulsion) du droit législatif, lointain, tutélaire et inadapté ne permettrait-il pas d'assurer les conditions sociales de son activation ?

Force est de constater qu'il n'en a rien été dans les pratiques, tout au moins dans un certain nombre d'environnements sociaux, qu'il convient, comme pour les travailleurs sans papiers, d'explorer plus avant. Loin de nous, en effet, l'idée de généraliser par trop ce constat paradoxal d'une inactivation renforcée du droit du temps de travail à la suite des 35 heures : il est bien des ateliers, usines et bureaux, où la formalisation juridique impliquée par la négociation et la signature d'accords sur les 35 heures a *juridicisé* les relations sociales, restauré le rôle du Code du travail comme référence pour les actions, transformé des rapports quotidiens au droit en rendant d'anciennes et souvent de nouvelles règles moins lointaines aux yeux des salariés. Mais, d'une part, il est bien d'autres lieux où ce processus n'a pas eu lieu, soit qu'il n'ait pas été d'actualité pour les travailleurs, soit qu'il ait rencontré des conditions sociales trop défavorables. Et d'autre part, cette extension du droit comme référence pour les actions n'est en rien une condition suffisante pour son activation, dans une enceinte judiciaire ou non.

IV. L'IMPORTANCE DU COLLECTIF

Tentons maintenant d'approfondir ce qu'ouvre la comparaison entre travailleurs sans papiers et économie du Sentier d'une part, mise en œuvre des 35 heures et inactivation quotidienne du droit dans un certain nombre d'entreprises d'autre part. En effet, l'un des points de rencontre entre nos deux terrains — outre le contexte de l'activité de travail qui se prête bien à l'expression de rapports de force (que les rela-

tions plus ou moins marquées de domination et de soumission soient dissimulées ou régulées par des compromis et des accords) — réside dans la réflexion à laquelle ils nous conduisent sur les conditions sociales d'activation du droit. De ce point de vue, on observe qu'en ce qui concerne le contrôle du temps de travail, les *intentions civiques* ou le *zèle* des agents chargés de contrôler la réglementation ne parviennent pas mieux que dans le cas des travailleurs sans papiers à modifier les comportements (comme ils peuvent le faire pour la sécurité d'une installation qui, une fois changée, garantit davantage l'application du droit), dans la mesure où, au-delà même de la complexité croissante des contrôles, ils peinent également à faire valoir leur légitimité⁹. Qu'en est-il donc du côté des *intérêts* des parties qui, négociant les règles réduisant et aménageant la durée du travail et produisant le droit, étaient les mieux placées pour en activer la teneur normative ?

Tout comme des formes d'« accords » ont pu être repérées autour des sans-papiers et des travailleurs étrangers, il faut insister sur l'existence généralisée, dans le domaine du temps de travail, de régulations informelles, plus ou moins stabilisées sous formes de « droits internes d'entreprise » et, à nouveau, d'usages « consentis » par les uns et par les autres, qui constituent l'arrière-fond social d'une inactivation fréquente, et parfois systématique, de certaines règles juridiques. Christian Morel avait souligné la portée, il y a une trentaine d'années, de ces règles, coutumes et usages qui prenaient le relais d'un droit lointain, rigide et ancien, principalement codifié, à l'époque, par les accords de branche et les décrets de 1936. Il analysait alors « les problèmes propres à tout droit, notamment l'effet des précédents et les relations entre les usages locaux et le droit central, [donnant] à la négociation dans l'entreprise une structure spécifique »¹⁰.

S'il peut paraître étonnant, dans le contexte des 35 heures, de retrouver un constat similaire alors que les règles sont désormais négociées au plus près et par les parties elles-mêmes, on peut cependant l'expliquer, d'une première manière, par la transformation des rapports sociaux qui y sont sous-jacents. De quelles « parties » parle-t-on en effet ? Christian Morel décrivait une « grève froide » et un jeu qui se déroulaient entre *acteurs collectifs constitués*. La situation n'est pas la même aujourd'hui bien évidemment, et pas seulement du côté des salariés (il est parfois bien difficile, y compris juridiquement, de nommer des responsables du côté patronal !). Certes, il existe bien des parties (des cadres de direction, des syndicalistes ou des salariés mandatés par un syndicat), signataires d'accords et productrices d'une légalité textuelle, mais la légitimité de ces acteurs et de ces processus de négociation — qui n'en ont parfois que le nom — est loin d'être garantie auprès des cadres intermédiaires ou des salariés qui ont ensuite à interpréter et se saisir de ces règles, dans un contexte d'individualisation plus forte et de fragilisation des collectifs de travail.

9. V., J. Péliasse, « Inspecteurs et jeux d'acteurs : les avatars du contrôle du temps de travail depuis les années 70 », in J.-P. Le Crom (dir.), *Les acteurs dans l'histoire du droit du travail*, PU Rennes, 2004, p. 251-270.

10. V., C. Morel, « Le droit coutumier social dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1979, n° 7-8, p. 279-286, spéc. p. 281, et *La grève froide. Stratégies syndicales et pouvoir patronal*, Éditions Octarès, 1994 [1980].

De ce point de vue, la situation des travailleurs sans papiers n'apparaît plus que comme un cas limite dans lequel l'inactivation du droit, y compris au plan individuel, est renforcée, en dehors de toute autre considération, par leur difficulté à faire admettre la légitimité des collectifs qui portent leurs demandes : les associations (ou les syndicats) ne peuvent faire au mieux que les représenter ; tandis que les *collectifs* de sans-papiers proprement dits doivent sans cesse reconquérir par la lutte (manifestations, grèves de la faim, etc.) la reconnaissance d'une légitimité, dont le rapport avec la légalité est pour le moins flou : c'est ainsi que les négociations entre parties donnent lieu à des scènes surréalistes, quand, à l'entrée d'une préfecture ou du ministère de l'Intérieur, les soutiens français doivent montrer une pièce d'identité, alors que les délégués des sans-papiers passent... sans papiers.

V. RÈGLES SOCIALES ET RÈGLES JURIDIQUES

Au-delà des difficultés de réalisation de cette première condition — l'existence d'un contexte vécu et perçu comme *collectif* par la partie qui *aurait intérêt* à l'activation du droit¹¹ — une autre raison peut être avancée pour expliquer la mise à l'écart du droit (d'autres pourraient l'être comme la méconnaissance). « Exploder » son compteur d'heures, venir travailler tous les matins pendant ses quinze jours de congés, ne pas se plaindre d'une semaine haute de 44 heures annoncée le lundi midi en raison d'une commande imprévue, accepter de faire des heures non comptabilisées et non payées, représentent autant de pratiques finalement supportées parce qu'elles renvoient les salariés à ce qui leur apparaît plus ou moins conforme à leurs intérêts : améliorer ses revenus ; éviter une charge de travail jugée insurmontable au retour des « vacances » ; sauver son emploi, dont on imagine qu'il dépend de la satisfaction permanente et totale du client ; montrer son investissement dans le travail, voire revendiquer une position sociale en ne comptant pas ses heures. Bref, on entre dans un jeu social, inscrit dans un donnant/donnant, certes asymétrique, mais où les intérêts sont calculés au détriment du droit lui-même. La référence que constituent les règles juridiques est remplacée par d'autres règles, sociales, qui se construisent dans les angles morts ou même en dehors du droit, à partir de connivences fondées sur le partage d'expériences communes ou la légitimité de relations hiérarchiques, dans le cadre de trajectoires et de contextes professionnels qui sont indissociables de rapports à l'emploi et au travail, au temps et au droit lui-même¹².

11. Les recours individuels faisant suite à un licenciement, où le recours au droit ne sert qu'à « vidanger » une relation déjà finie, ne sont donc pas au centre, ici, de cette « condition » en matière d'activation du droit... même si ces recours individuels prennent en réalité très souvent place dans des contextes collectifs.

12. V., D. Cru qui étudie les idéologies défensives de métier contribuant au refus des mesures légales de sécurité chez certains ouvriers du bâtiment (« Les règles du métier », in C. Desjourns, *Plaisir et souffrance dans le travail*, AOCIP, 1987, p. 29-50). V. aussi J. Péglise, « Consciences du temps et consciences du droit chez des salariés à 35 heures », *Droit et société* 2003, n° 53, p. 163-184.

Mais y-a-t-il vraiment lieu de distinguer règles juridiques et règles sociales? Comme le souligne Jens Thoemmes : « il n'y a pas d'un côté l'ordre juridique formel et abstrait dans un univers pacifié, et de l'autre l'ordre social concret et contradictoire connotant un univers conflictuel. La règle juridique est bien le théâtre de disputes; avant d'être une règle, elle constitue l'enjeu où l'emporte l'une ou l'autre des rationalités en présence [...]. Plutôt que de distinguer la composante juridique de la composante sociale de la norme, il faut accorder une attention extrême aux acteurs, à leurs projets, à leur mode d'action, aux régulations qu'ils suscitent comme aux manières de "faire" ou de "défaire" le temps de travail en situation »¹³.

*
* *

Qu'il s'agisse des sans-papiers ou du temps de travail des salariés, ces acteurs, avec leur diversité, leurs intérêts et leurs antagonismes, reviennent au centre du propos. Ce n'est pas un hasard pour qui veut comprendre comment des « accords » et des usages « consentis » peuvent contribuer à mettre à l'écart ou à inactiver, plus ou moins complètement, le droit, cet horizon ambigu, simultanément constitutif et instrumental, à la fois outil général de description et de qualification des rapports sociaux et arme sociale susceptible de régler leur teneur conflictuelle. L'acteur étatique n'est d'ailleurs pas oublié de la scène — comment pourrait-il l'être tant le droit est d'abord et avant tout le langage de l'État? — comme on l'a rappelé en évoquant les difficultés du zèle ou des *intentions civiques* que ses mandants (mais pas seulement eux) ont en charge de porter, au-delà des *intérêts* des parties, et qui pourraient déclencher l'activation du droit. Il est donc paradoxal que *le droit*, censé légitimement garantir *des droits*, ne soit pas nécessairement activé, quel que soit l'intérêt apparent des parties. Face aux irrationalités multiples et croissantes que rencontre, exprime, voire accroît lui-même, ce *droit* — la complexité formelle des règles du temps de travail et la situation dramatique des travailleurs sans papiers l'attestent — la vieille tension entre légalité et légitimité — que Max Weber pensait résoudre par le développement d'un droit légal-rationnel — n'est-elle pas en voie de réactivation?

Si l'on peut penser que les maîtres du jeu y trouvent leur compte, dans la mesure où l'inactivation du droit les aide à perpétuer une domination que limiterait l'accès aux droits des dominés, il est quand même frappant que ces derniers n'utilisent pas davantage cette arme. L'explication selon laquelle ce serait précisément leur position qui ne leur permet pas d'y avoir recours, pour toutes sortes de raisons (financières, culturelles, voire juridiques), ne nous paraît pas suffisante. Il faut bien admettre que la soumission à un ensemble de règles habituelles qui incarnent une légitimité construite contre la loi (ou en dehors d'elle) peut, en quelque sorte,

13. J. Thoemmes, « La construction du temps de travail : normes sociales ou normes juridiques? », *Droit et société* 1999, n° 41, p. 32.

être naturalisée. Les rapports qui s'instaurent perdurent alors, parce que, faute d'être rigoureusement *normée*, la situation apparaît *normale* ou dans *l'ordre* des choses. En fin de compte, le droit ne serait pas convoqué lorsque prévaut l'impression que, chacun faisant à sa place ce qu'il à faire, chacun est, tout simplement, dans *son* droit.

Seconde sous-partie

La face cachée de la régulation « douce »

La référence à l'« éthique » dans le champ des relations de travail : nouveau facteur d'assujettissement des salariés ?*

Isabelle Meyrat

Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise

Une étude portant sur la signification normative et « idéologique » des documents placés par leurs auteurs sous le signe de l'« éthique » se heurte à divers obstacles indissociablement liés. En effet, les initiatives¹ émanant des groupes et entreprises, généralement de dimension transnationale, et qui tendent à instaurer une « forme de justice sociale privée »² sont multiples et apparemment diversifiées dans leurs objets et leurs procédés d'élaboration. Cependant, par-delà le foisonnement et l'éclectisme des documents « éthiques », il n'est peut-être pas inutile, sinon d'en dévoiler l'unité qui, de toute évidence, fait défaut, du moins de tenter d'en dégager les traits saillants à la lumière des transformations ou des aspirations au changement, de la teneur, du fondement et de la fonction des règles juridiques dans une société libérale.

Ce phénomène d'« éthicisation » de l'entreprise³, c'est-à-dire de pratiques de formalisation de « préoccupations éthiques », repose sur deux grandes catégories thématiques. L'une relève d'une rationalité classique de type disciplinaire. L'autre vise « à faire connaître les préoccupations ou les réalisations sociales des entreprises

* À Nathalie Blond dont l'amitié, la générosité, l'humour et l'énergie ont été et demeurent si précieux.

1. Initiatives auxquelles peuvent être associés, le cas échéant, des acteurs tels que les investisseurs, les organisations de travailleurs, les organisations non gouvernementales et les organisations internationales.

2. J. Diller, « Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ? », *Revue internationale du travail* 1999, vol. 138, n° 2, p. 107.

3. Ce néologisme redoutable, selon nous, est emprunté à S. Mercier, *L'éthique dans les entreprises*, La Découverte, 2004, p. 79.

aux partenaires commerciaux, aux consommateurs, aux investisseurs et aux médias pour les guider ou les orienter »⁴ (I).

Parce qu'ils reposent précisément sur des « valeurs » et qu'ils prétendent, non seulement, suppléer une absence ou insuffisance de normes juridiques dans certains secteurs, mais aussi s'y substituer, ces documents peuvent se lire comme une déclinaison de ce que Foucault nommait la « gouvernementalité », c'est-à-dire une méthode de rationalisation de l'exercice du pouvoir inhérente à la contestation de la légitimité des interventions publiques dans la sphère des relations sociales (II).

I. LES DIFFÉRENTS TYPES DE DOCUMENTS « ÉTHIQUES » : UN ÉCLECTISME DE FAÇADE

Face à la prolifération des documents dits « éthiques », il convient de mettre en évidence⁵, sans toutefois prétendre à l'exhaustivité, les principales orientations thématiques qui en ressortent (A) et d'interroger leurs qualifications juridiques à la lumière de leurs objets et de leurs circuits d'élaboration (B).

A. LA DIVERSITÉ DES OBJETS TRAITÉS

Ces documents se présentent sous diverses dénominations, « code » ou « charte » éthique⁶, « code de conduite »⁷, « charte des droits sociaux fondamentaux »⁸, « accord sur la responsabilité sociale de l'entreprise »⁹. Ces intitulés ne sont pas sans rapport avec l'objet et les procédés d'élaboration des instruments en cause. Alors que les « codes » ou « chartes » dits « éthiques » ou, du moins, se présentant comme tels, renvoient presque exclusivement à un ensemble de prescriptions à destination des salariés, les documents relatifs à la responsabilité sociale de l'entreprise contiennent des engagements de celle-ci, de nature et de portée variable, de se conformer à certains droits sociaux fondamentaux.

4. J. Diller, « Responsabilité sociale et mondialisation », *art. cit.*, p. 108.

5. Un observateur attentif souligne qu'il est « difficile d'établir des démarcations précises et d'éviter certains chevauchements, les catégorisations ne pouvant être qu'imparfaites ». J. Diller, *art. cit.*, p. 112.

6. C'est un « code d'éthique » qui était au cœur du contentieux opposant la société Schindler à son CCE devant le tribunal de grande instance de Versailles, *Dr. ouvrier* octobre 2004. 473.

7. Code de conduite de la société Norvatis. TGI Nanterre 6 octobre 2004, *Comité d'établissement Norvatis Pharma c. SAS Norvatis Pharma*.

8. Déclaration relative aux droits sociaux fondamentaux du groupe Renault.

9. Accord du 12 septembre 2005 sur la responsabilité sociale de l'entreprise et sur les relations sociales internationales au sein du groupe Lafarge, *Liaisons sociales* 19 septembre 2005.

Les documents explicitement placés sous le signe de l'« éthique », « codes de conduite » et « chartes éthiques », énoncent généralement des « valeurs »¹⁰, des « principes d'action »¹¹ ou bien encore des « règles de conduite » qui s'ordonnent autour de deux séries de préoccupations : les conflits d'intérêts et les conduites frauduleuses. À vrai dire, aucun de ces thèmes n'est tout à fait nouveau même si « avec le déclin du contrôle hiérarchique, on a assisté à l'essor, dans la littérature de management, du thème de la confiance »¹². En effet, la loyauté, la fidélité, la confiance ont toujours nourri et justifié l'imposition des « disciplines »¹³ visant à modeler et à « normaliser » les comportements et à les rendre conformes aux intérêts économiques de l'entreprise. Ainsi, l'expression « conflits d'intérêts », que l'on trouve fréquemment employée dans les codes de conduite, renvoie-t-elle aux incidences de la vie personnelle du salarié sur le fonctionnement de l'entreprise. Ces conflits sont, par exemple, au cœur des clauses de non-concurrence et du contentieux du licenciement pour un fait tiré de la vie personnelle du salarié¹⁴.

En revanche, l'essor de procédés tendant à renforcer le contrôle du respect de ces exigences par les salariés, et dont la justification réside précisément dans l'éthique, ne va pas sans susciter de nouveaux questionnements. Ils s'inscrivent dans le contexte désormais bien connu du *Sarbanes Oxley Act* de 2002 voté par le Congrès américain à la suite des scandales *Enron* et *Worldcom*. Ces dispositifs d'alerte éthique ont pu être définis, dans le langage gestionnaire, comme « des systèmes permettant aux salariés d'alerter anonymement ou non leurs dirigeants ou un comité spécialement constitué, sans risque d'être personnellement inquiétés, des irrégularités ou des mauvais comportements professionnels qu'ils constatent dans l'entreprise et dont ils estiment qu'ils font courir un risque sérieux à l'entreprise sur les plans financier, juridique, technique ou quant à sa réputation »¹⁵. Leur compatibilité au droit français a été discutée, jusqu'à présent, principalement sous l'angle de la loi Informatique et Liberté du 6 janvier 1978. En effet, ces dispositifs prennent généralement la forme d'un traitement (automatisé ou non) de données personnelles. C'est pourquoi, la question de leur compatibilité au regard des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 se pose et justifie la compétence de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Par ailleurs, ces dispositifs recèlent des atteintes au droit au respect de la vie privée au sens où ce dernier renvoie, non seulement, à la « liberté du mode de vie », mais aussi, à « l'intimité », autrement dit « une sphère secrète de vie dont l'individu

10. V. la présentation de ses « valeurs » par le groupe Danone dans son code de conduite : « ouverture, enthousiasme, humanisme ».

11. Parmi « les principes d'action du groupe Lafarge », figurent notamment « valoriser l'investissement de nos actionnaires et mériter leur confiance », « mettre l'homme au cœur de l'entreprise », « faire de la diversité du groupe une richesse »...

12. L. Boltansky et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999, p. 129.

13. M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 137.

14. Ph. Waquet, « La vie personnelle du salarié », in *Mélanges en l'honneur de J-M. Verdier, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Dalloz, 2001, p. 513.

15. « Whistleblowing : quel système d'alerte pour les entreprises françaises ? », in *Les Cahiers de l'éthique* mars 2005, n° 2, p. 14.

a le pouvoir d'écarter les tiers, un droit à être laissé tranquille »¹⁶. C'est évidemment à cette seconde dimension du droit au respect de la vie privée que les systèmes d'alerte éthique sont susceptibles de porter atteinte.

Après avoir émis « une réserve de principe » et refusé, en conséquence, d'autoriser les systèmes d'alerte éthique mis en place dans deux entreprises¹⁷, celle-ci a déclaré, dans un document d'orientation adopté le 10 novembre 2005¹⁸, ne pas avoir « d'opposition de principe » à de tels dispositifs, dès lors que « les droits des personnes mises en cause sont garantis au regard des règles relatives à la protection des données personnelles ».

Il va sans dire que la mise en place tous azimuts de dispositifs d'alerte sur le fondement (ou l'alibi!) de la loi américaine dans les entreprises situées sur le territoire national ne saurait échapper à une discussion sur leurs conditions de validité au regard des libertés et droits fondamentaux des salariés. Sans préjuger des solutions qui pourraient être adoptées par les juridictions du fond et, le cas échéant, par la Cour de cassation, une condamnation du principe même de la licéité de ce type de dispositif est assez peu vraisemblable. En effet, les droits fondamentaux des salariés pouvant toujours faire l'objet de restrictions sous réserve du respect de la double exigence de justification et de proportionnalité instituée par l'article L. 120-2 du Code du travail, tout porte à croire que la discussion a vocation à se déplacer sur les conditions de mise en œuvre des systèmes d'alerte éthique. Comme le souligne un auteur, « les préconisations de la CNIL pourront servir de guide au juge du contrat de travail lorsqu'il aura à se demander si le système qui est mis en débat devant lui, et dont la licéité est contestée remplit ou non les exigences de justification et de proportionnalité posées par l'article L. 120-2 »¹⁹.

S'agissant des termes d'un éventuel débat judiciaire sur la licéité des dispositifs d'alerte, une ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Libourne en date du 15 septembre 2005²⁰ mérite d'être mentionnée. Deux notes de service, intitulées *Ethics hotline*, imposant aux salariés de signaler des faits délictueux, avaient été affichées dans une filiale française d'un groupe américain « sur le fondement » de loi américaine *Sarbanes Oxley*. Le juge des référés a estimé, que « les faits susceptibles d'être dénoncés anonymement par le biais d'un numéro de téléphone gratuit

16. J. Carbonnier, *Droit civil*, Tome 1, *Les personnes, les biens*, PUF, coll. « Thémis », 1990, p. 124.

17. Délibération n° 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle (en ligne sur le site de la CNIL, www.cnil.fr).

18. *Liaisons sociales* 17 novembre 2005, n° 14502. « Le dispositif d'alerte professionnelle » y est défini comme « un système mis en place par un organisme privé ou public pour inciter ses employés à signaler des problèmes pouvant sérieusement affecter son activité ou engager gravement sa responsabilité ». Dans une délibération postérieure du 8 décembre 2005, la CNIL a adopté une décision unique d'autorisation pour les traitements répondant aux mêmes finalités et portant sur des catégories de données et de destinataires identiques.

19. P. Adam, « Le retour des sycophantes ? (à propos du *whistleblowing*) », *Dr. ouvrier* 2006. 281.

20. TGI Libourne 15 septembre 2005, *RJS* 1/2006, n° 4.

ne concernent pas seulement des fraudes ou malversations comptables susceptibles de mettre en péril l'équilibre financier de l'entreprise, infractions dont on perçoit d'ailleurs difficilement comment des ouvriers de l'usine, destinataires de la note, pourraient avoir connaissance, mais sont étendus à tous faits *portant atteinte à l'éthique, tel que la fraude, le vol ou pouvant conduire à des non respects des procédures comptables ou d'audit à caractère plus général* ». Et d'en déduire que « la seule existence d'un dommage potentiel imminent pour les libertés individuelles des salariés victimes de dénonciations anonymes recueillies par le biais d'un dispositif privé échappant à tout contrôle, sans que l'intérêt de l'entreprise ne permette sérieusement de la justifier, suffit à prononcer les mesures conservatoires qui s'imposent ».

Cette décision ayant été largement commentée, on se limitera donc à deux séries de remarques. En premier lieu, c'est à l'aune de l'intérêt de l'entreprise que le juge des référés a ordonné le retrait des notes instaurant le dispositif litigieux. En effet, l'instauration d'un tel dispositif doit puiser sa justification dans un motif objectif qui semblait faire défaut en l'espèce. Par ailleurs, les juges du fond et la Cour de Cassation devront bien, un jour ou l'autre, s'attacher aux questions de « territorialité » de la loi américaine, au sens d'emprise dans l'espace de ces dispositions.

Les documents relatifs à la « responsabilité sociale de l'entreprise » suscitent des questions distinctes. D'après la typologie proposée par Alain Supiot, trois types de « normes sociales volontaires »²¹ peuvent êtres distingués « selon qu'elles visent une normalisation sociale de la gestion, une normalisation des produits ou une normalisation sociale de l'investissement ». À suivre cette typologie, les instruments concernant la « responsabilité sociale de l'entreprise »²² se rattachent au premier type. Élaborés unilatéralement par l'employeur ou en concertation avec les représentants du personnel, ils expriment l'engagement (dont le degré d'impérativité est variable) de l'entreprise de mettre ses pratiques d'acquisition et de gestion de la main d'œuvre, et le cas échéant, celles de ses « partenaires », en conformité avec certains principes et droits sociaux fondamentaux. Certains, peu nombreux, renvoient explicitement aux conventions de l'Organisation internationale du travail relatives à l'interdiction du travail forcé et du travail des enfants²³. Ainsi, en va-t-il de la charte des droits sociaux du groupe Renault qui constitue, sans doute, l'un des instruments les plus achevés en la matière. Cependant, des références aussi nombreuses aux conventions internationales proprement dites sont assez rares²⁴. Les instruments adoptés en matière de responsabilité sociale de l'entreprise renvoient

21. A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », *art. cit.*, p. 546.

22. D'autres instruments ou mécanismes comme les labels sociaux ou les pratiques d'investissement s'inscrivent également dans cette « volonté de communiquer un message sur le comportement social des entreprises ».

23. V. « Chartes éthiques et codes de conduite : état des lieux d'un nouvel enjeu social, étude sur les principales sociétés privées et publiques françaises », ALPHA études.

24. Moins audacieux mais contenant de nombreuses références aux normes de l'OIT, l'accord du 24 janvier 2005 sur la responsabilité sociale d'EDF et l'accord mondial d'entreprise socialement responsable du 31 janvier 2005 Rhodia.

plus volontiers au Pacte mondial de l'Organisation des Nations unies de 2000²⁵ qui « n'est pas un instrument de réglementation pouvant servir à sanctionner, à dicter ou à évaluer le comportement ou les actions des sociétés »²⁶. Selon les termes employés par ses promoteurs, il repose sur la seule « initiative volontaire d'entreprises responsables ».

B. LA DIVERSITÉ DES PROCÉDURES D'ÉLABORATION ET DES QUALIFICATIONS JURIDIQUES

Les documents placés par leurs auteurs sous les seuls auspices de l'« éthique », codes de conduite et chartes, émanent systématiquement du seul pôle patronal. Les institutions représentatives du personnel, comités de groupe ou d'entreprise et organisations syndicales, ne sont jamais associées à leur élaboration. De plus, en cas de litige, les entreprises sont tentées d'invoquer le caractère déontologique des dispositions contenues dans ce type de document ou de les présenter comme de simples opérations de communication afin de justifier *a posteriori* le non-respect des règles légales qui gouvernent l'objet et les conditions d'élaboration du règlement intérieur.

Les quelques documents du genre ayant donné lieu à un contrôle judiciaire ont été analysés par les juges comme des adjonctions au règlement intérieur. Ainsi, dans un jugement du 17 juin 2004²⁷, le tribunal de grande instance de Versailles, statuant sur le fond, a considéré que « la lecture de textes présentés comme de simples explications ou commentaires sur les principes montre qu'il s'agit bien de règles générales et permanentes relatives à la discipline prévoyant en outre des possibilités de sanction et donc de prescriptions ayant par leur nature même vocation à relever du règlement intérieur ». En l'espèce, le « code éthique », élaboré par la direction du groupe faisait obligation aux salariés d'informer le directeur des ressources humaines de l'implication du conjoint ou d'un membre de la famille dans une activité en concurrence avec l'entreprise. Plus généralement, le code imposait aux salariés de divulguer tous les faits et agissements contraires à ses dispositions sous peine de sanctions disciplinaires.

Une ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Nanterre rendue le 15 juillet 2005²⁸ a livré une analyse juridique assez comparable d'un document intitulé « code de conduite ». Celui-ci contenait des dispositions imposant aux salariés « des relations franches et honnêtes avec les clients, les fournisseurs et les partenaires, une « intégrité et équité dans tous les aspects de leur activité », « une conformité

25. Ce pacte a pour objectif de permettre à tous les peuples de la planète de bénéficier des avantages de la mondialisation et d'ancrer les marchés mondiaux à des valeurs et pratiques indispensables pour répondre aux besoins socio-économiques. Le secrétaire général a demandé aux entreprises d'adhérer à dix principes et de les traduire dans leurs pratiques.

26. Selon les termes mêmes de ses promoteurs, il se présente comme « un réseau » comprenant différentes instances des Nations unies et associe les gouvernements, les entreprises, les organisations professionnelles. V. www.unglobalcompact.org.

27. *Dr. ouvrier* 2004. 473, note M-F. Bied-Charreton.

28. TGI 15 juillet 2005, inédit.

permanente aux lois régissant la concurrence et une corruption tolérance zéro... ». Le juge a estimé, d'une part, que « l'édition même d'un code de conduite induit, *par le choix terminologique même*, l'énoncé de règles qui ont été sans équivoques assorties de sanctions disciplinaires », et d'autre part, que « le document litigieux vise expressément *des principes qu'il met en place* ». Le juge prend ici la direction au mot. Une telle lecture a le mérite de rompre avec l'ambiguïté des discours gestionnaires qui tendent à présenter les instruments éthiques comme des propositions de « bon sens, voire comme un simple rappel des exigences légales »²⁹, alors que leur raison d'être est bien de servir de référence afin de déterminer comment les choses doivent être³⁰. Et l'ordonnance de conclure que « la précision selon laquelle des manquements graves à ce code pourraient aboutir à une action disciplinaire induit bien une référence au règlement intérieur et ne peut se justifier que comme adjonction ».

Ainsi, les dispositions figurant dans les documents éthiques et qui contiennent des prescriptions à l'adresse des salariés sont appréhendées comme des objets de réglementation disciplinaire. À ce titre, elles ne peuvent prendre place que dans le règlement intérieur. C'est parce que les « formalités substantielles » afférentes à l'élaboration de celui-ci n'ont pas été accomplies (consultation du comité d'entreprise, communication à l'inspecteur du travail accompagnée de l'avis de celui-ci) que la diffusion de ces documents est considérée par les juridictions des référés comme constitutifs d'un trouble manifestement illicite. C'est aussi pour cette raison que leur contenu est déclaré inopposable aux salariés.

Pour autant, la teneur des dispositions en cause (comme l'obligation faite aux salariés d'informer le responsable hiérarchique de l'implication du conjoint ou d'un membre de la famille dans une activité en concurrence avec l'entreprise, ou des manquements constatés par d'autres salariés au code éthique, etc.) interroge les contours de la notion de « discipline » au sens où elles renvoient, selon nous, à une conception excessivement large de celle-ci. En effet, depuis la limitation de l'objet du règlement intérieur par la loi du 4 août 1982, les auteurs considèrent que la discipline, « technologie spécifique de pouvoir »³¹, doit donner lieu à une « interprétation restrictive »³². Cependant, l'une des finalités du contrôle administratif réside précisément dans le fait de veiller à ce que, d'une part, les règles figurant dans le règlement intérieur relèvent de son objet, d'autre part qu'elles ne sont pas

29. S. Mercier, *L'éthique dans les entreprises*, op. cit., p. 85.

30. A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990. Chron. 199.

31. M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 196.

32. J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, 22^e éd., Dalloz, p. 987. À cet égard, on relira avec un grand intérêt les belles conclusions du commissaire du gouvernement, Alain Bacquet, rendues à propos de l'emblématique arrêt *Corona* du Conseil d'État du 1^{er} février 1980. Admettant que le règlement intérieur a notamment pour finalité d'assurer la discipline du travail et peut, à ce titre, concerner l'organisation générale de la vie collective dans l'entreprise, le commissaire du gouvernement n'en considère pas moins que « les dispositions visant à assurer la discipline ne doivent en aucun cas comporter de restriction aux droits fondamentaux de la personne et que la seule exception qu'on puisse admettre à ce principe est celle des restrictions qui seraient indispensables à l'hygiène et à la sécurité ».

contraires aux dispositions légales et notamment à l'article L. 122-35 du Code du travail.

Plus rares sont les documents élaborés en concertation avec les représentants des salariés. Récemment³³, certaines entreprises à dimension transnationale ont rendu publics des « chartes », voire des « accords », associant les représentants des salariés des différents pays dans lesquels celles-ci sont implantées. L'objet de ces textes, on l'a vu, est sensiblement différent de celui des documents « éthiques » *stricto sensu*. Il s'agit plutôt d'affirmer l'engagement de l'entreprise à respecter et à faire respecter par ses partenaires (entreprises sous-traitantes dans la fabrication mais aussi dans la distribution) des droits sociaux fondamentaux tels que l'interdiction du travail forcé et du travail des enfants, l'interdiction des discriminations, la sécurité et la santé au travail, le droit à la formation. Rares sont ceux qui contiennent des dispositions relatives à la représentation du personnel³⁴ ou sur l'anticipation des restructurations³⁵ et qui instituent une instance destinée à évaluer la mise en œuvre des dispositions de l'accord³⁶.

L'analyse de la signification normative³⁷ de ces instruments pourrait s'avérer bien plus délicate que celle des codes élaborés unilatéralement par les directions d'entreprise. En effet, dès lors que les représentants du personnel sont associés à leur élaboration, quelles que soient par ailleurs les modalités de cette participation (concertation avec le comité de groupe ou négociation avec les organisations syndicales), les garanties qui s'attachent à la limitation de l'objet du règlement intérieur ainsi qu'à la teneur de ses dispositions s'évanouissent.

La question qui surgit immédiatement a trait au degré d'impérativité des dispositions figurant dans ce type d'instrument à l'égard d'une entreprise sous-traitante, donc juridiquement autonome, située en France ou à plus forte raison à l'étranger.

Cette question est indissociable d'une réflexion plus générale sur la finalité de ces instruments. En effet, par-delà la diversité de leurs objets et de leurs procédés d'élaboration, ceux-ci interrogent très profondément le rapport et la représentation qu'entretiennent des acteurs privés au droit de l'État et à celui des institutions supra-étatiques³⁸.

33. À titre d'exemple, Accord du 24 janvier 2005 sur la responsabilité sociale du groupe EDF; Accord mondial d'entreprise socialement responsable du 31 janvier 2005 entre Rhodia et l'ICEM, Charte des droits sociaux fondamentaux du groupe Renault signée dans le cadre du comité de groupe avec la Fédération internationale des organisations de travailleurs de la métallurgie.

34. Accord Renault.

35. Accord EDF.

36. Accord EDF.

37. V., notamment, A. Jeammaud, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982. 618.

38. Ainsi que, dans une certaine mesure, aux règles infra-étatiques dès lors que celles-ci émanent d'espaces professionnels plus vastes, ou tout du moins constitués à l'extérieur de l'entreprise ou du groupe.

II. DES INSTRUMENTS INHÉRENTS À LA CONTESTATION DE LA LÉGITIMITÉ DES INTERVENTIONS PUBLIQUES DANS LA SPHÈRE DES RELATIONS DU TRAVAIL

Les travaux doctrinaux consacrés aux codes de conduite, chartes éthiques, labels RSE (Responsabilité sociale des entreprises) ou à certains aspects plus spécifiques, comme les systèmes d'alerte éthique, portent un regard le plus souvent critique³⁹ sur leur prolifération dans les relations de travail. Les auteurs s'interrogent généralement sur la compatibilité de certains dispositifs avec les libertés et droits fondamentaux des salariés ainsi que sur la manière la plus appropriée « de sanctionner le non-respect des normes de RSE devant les juridictions étatiques »⁴⁰. Cependant, l'essor de réglementations ou « régulations » inédites n'est ni tout à fait nouveau, ni propre aux relations de travail. Il affecte aujourd'hui l'ensemble des secteurs de la vie économique et sociale et n'a pas épargné les services publics⁴¹. C'est donc leur extension à des secteurs qui naguère leur étaient étrangers, ainsi que leur ambition de se substituer aux formes classiques de réglementation sur un certain nombre de sujets, qui retiennent l'attention. Ainsi, des auteurs ont montré que cette reconfiguration des règles de droit est corrélative aux discours sur la modernisation⁴² ou à la recomposition des espaces professionnels⁴³. Ces études, si elles ne visent pas les relations de travail, n'en constituent pas moins un apport essentiel dans la compréhension de certains procédés normatifs.

Un auteur voit dans la pénétration de certains vocables s'apparentant au « droit mou », tant dans les discours de droit que dans les discours sur le droit⁴⁴, le signe d'un déplacement de la « croyance en la force du droit » vers la « confiance dans les phénomènes de régulation »⁴⁵. Ce constat pourrait bien conforter l'hypothèse selon laquelle les règles éthiques relèvent du « gouvernement de l'économie »⁴⁶. En définitive, cela pourrait inviter à reconsidérer la légitimité de la règle de droit au prisme de son *efficacité* (A).

Prenant appui sur la critique de la progression d'un langage étranger à la tradition républicaine du droit, il convient de mettre en évidence ce qui, dans certains documents « éthiques », heurte de plein fouet moins des « valeurs » qu'une certaine conception du droit (B).

39. A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Études offertes à J. Péliissier*, Dalloz, 2004, p. 52.

40. A. Sobcak, « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis », *Dr. soc.* 2002. 806.

41. G. Koubi, « La notion de charte : fragilisation de la règle de droit », in P. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 165.

42. G. Koubi, *art. cit.*, p. 165.

43. C. Hannoun, « Néo-corporatisme et interprofessionnalité », in P. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, p. 45.

44. G. Koubi, *art. cit.*, p. 165.

45. *Ibid.*

46. C. Hannoun, « Néo-corporatisme et interprofessionnalité », *art. cit.*, p. 45.

A. RECONFIGURATION OU « FRAGILISATION »⁴⁷ DE LA RÈGLE DE DROIT ?

La prolifération des normes professionnelles placées sous le signe de l'éthique est de nature à procurer un regain de vitalité au débat sur les critères de la juridicité et précisément à la distinction entre normes juridiques et « normes de gestion »⁴⁸ mise en lumière par Alain Supiot. Selon cet auteur, les « normes de gestion » sont des règles de normalisation ne répondant au critère de la juridicité que si elles lient l'employeur. En d'autres termes, pour passer du statut de simple norme de gestion à celui de norme juridique, la proposition doit revêtir un caractère de « généralité » et de « permanence » suffisant afin de pouvoir être opposée à l'employeur dans un éventuel litige⁴⁹. Cette distinction suggère donc que certaines règles de normalisation ne sont pas des règles de droit.

En deçà de cette réflexion sur les critères de la juridicité, ne peut-on pas considérer que les normes formulées par les documents éthiques sont inspirées par une rationalité différente des normes classiques au sens où « elles relèvent du gouvernement de l'économie »⁵⁰ ? Pour s'en convaincre, il faut rappeler que l'essor de ces réglementations privées est inhérent aux très profondes mutations qui ont affecté la sphère économique au cours des trois dernières décennies (transformation des marchés, internationalisation des activités, constitutions de vastes et puissants groupes à dimension transnationale, mutations technologiques, redéploiement des formes d'organisation de l'activité économique). On l'a vu, ces réglementations, marquées par l'hétérogénéité de leurs objets, de leurs intitulés et de leurs circuits d'élaboration, énoncent des références, des « valeurs » destinées à guider l'action des différents acteurs et notamment des salariés. Plus profondément, elles permettent d'assurer une « cohérence interne, une sorte de langage commun »⁵¹ dans les rapports entre, d'une part, les différentes entités constitutives du groupe, de l'entreprise, voire du réseau, d'autre part, ces entités et l'ensemble des salariés.

Il s'agit de modeler les actions et les comportements pour qu'ils se conforment aux intérêts économiques d'un ensemble dont la sphère ou l'espace d'influence ne coïncide pas avec les limites de l'État souverain.

Or, certains de ces corpus normatifs se constituent et s'inscrivent délibérément dans un rapport d'extériorité à l'État et d'ignorance des règles étatiques. Les principales justifications dont se nourrit cette mise à l'écart sont bien connues. La première consiste à considérer que l'espace d'activité ou d'influence de l'entreprise s'étend désormais bien souvent au-delà des limites ou des frontières de l'État souverain. Une autre réside dans le constat selon lequel les structures de l'entreprise n'épousent plus les contours de l'organisation juridique que dessine le droit étatique et conventionnel du travail. Enfin, une critique, plus vigoureuse au plan idéolo-

47. G. Koubi, *art. cit.*, p. 165.

48. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, 1^{re} éd., PUF, 1994, p. 240.

49. A. Supiot, *op. cit.*, p. 242.

50. C. Hannoun, *op. cit.*, p. 45.

51. *Ibid.*

gique, conduit à considérer que les règles étatiques sont trop contraignantes et inadaptées aux mutations économiques et sociétales à l'œuvre. L'ensemble de cette rhétorique justificative repose, non seulement, sur une vision excessivement « impérativiste du droit »⁵² (qui feint de croire que le droit opère une direction millimétrique des conduites, des actions et des rapports sociaux) mais aussi sur une conception de celui-ci procédant d'une volonté d'adéquation « des contours de l'entreprise aux faits, autant dire aux pratiques économiques »⁵³.

Contrairement aux règles professionnelles classiques (conventions collectives et autres règles imputées à des usages ou engagements unilatéraux de l'employeur), les règles indexées sur l'éthique ne complètent ni ne s'inscrivent dans les interstices des règles étatiques. Elles prétendent agir et réglementer *autrement* que celles-ci ne l'auraient fait. C'est pourquoi elles tendent à saisir toutes les catégories d'intérêts⁵⁴ (dirigeants, salariés, clients, autres partenaires de l'entreprise) et pas seulement ceux des salariés et/ou ceux de l'employeur.

En creux de cet insatiable désir d'affranchissement des réglementations étatiques, et plus généralement des interventions publiques, se profile l'assignation de nouvelles légitimités et finalités à la règle de droit. En effet, les caractères de généralité et de permanence de la règle s'estompent au profit d'un objectif d'efficacité, ce qui autorise sa mise en cause dès lors qu'elle ne remplit plus sa fonction.

B. LE REJET DES RÈGLES ÉTATIQUES ET SUPRA-ÉTATIQUES

Bien que ne s'agissant pas, à proprement parler, d'un instrument élaboré par une direction d'entreprise, la « charte de la diversité dans l'entreprise » nous a semblé symptomatique de ce désir d'affranchissement des réglementations étatiques et de ces instruments répondant à des « stratégies propres à leurs auteurs, inscrites dans le jeu du marché »⁵⁵. Élaborée sous l'égide de différents cercles patronaux, sans aucune concertation avec les pouvoirs publics et les organisations syndicales représentatives, dépourvue de toute référence aux normes étatiques (précisément à l'article L. 122-45 du Code du travail), elle a recueilli l'adhésion d'une quarantaine de grandes entreprises qui s'engagent à « refléter la diversité de la société française, notamment ethnique et culturelle ». Son statut⁵⁶ paraît bien énigmatique. Recommandation d'une organisation patronale, il faut probablement y voir plus une « inci-

52. A. Jeammaud, « Des concepts en jeu », in P. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998.

53. E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Thèse Université Paris X-Nanterre, 2004.

54. Rien n'exprime mieux cette prise en considération d'une pluralité d'intérêts que le concept anglo-saxon de « stakeholder ». Ce terme provient d'une volonté délibérée de jouer avec celui « stockholder » qui désigne l'actionnaire afin d'indiquer que d'autres parties ont un intérêt dans l'entreprise. V., S. Mercier, *L'éthique dans les entreprises*, op. cit., p. 10.

55. G. Koubi, art. cit., p. 165.

56. *Ibid.*

tation adressée aux employeurs adhérents » qu'« un acte s'adressant à ceux-ci et dont les salariés peuvent se prévaloir à la manière d'un accord collectif »⁵⁷.

La charte de la diversité assigne aux entreprises signataires des objectifs en termes de « non-discrimination et de diversité ». Il s'agit de « favoriser le pluralisme et rechercher la diversité au travers des recrutements et de la gestion des carrières qui constituent un facteur de progrès pour l'entreprise. Une telle démarche contribue à son efficacité et à la qualité des relations sociales. Elle peut avoir un effet positif sur l'image de l'entreprise vis-à-vis de ses clients, de ses prestataires extérieurs et de ses consommateurs, en France et dans le reste du monde ».

L'usage des vocables de « diversité culturelle et ethnique » heurte de plein fouet la conception du principe constitutionnel d'« égalité devant la loi » dont découle, selon le Conseil constitutionnel, l'interdiction de définir ou de reconnaître des « droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »⁵⁸.

La lecture attentive de ce texte laisse entrevoir une conception radicalement opposée aux principes et règles qui, selon les termes mêmes de l'article 1^{er} de la Constitution, fondent la qualité de « République indivisible, laïque, démocratique et sociale » de la France et assurent « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». En effet, la charte souligne la « diversité des composantes de la société française » et invite les entreprises à « ouvrir l'accès à l'élite aux candidats maghrébins, noirs ou asiatiques ». Tant le relevé de différences opéré que l'usage des occurrences de « diversité », de « composantes », de « minorités visibles » expriment une indifférence du « principe d'unicité du peuple français » dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 juin 1999⁵⁹, voire une transgression de celui-ci.

La question du rôle joué et de la place occupée par les normes supra-étatiques dans les différents documents « éthiques » se pose en des termes sensiblement différents. En effet, nombre de documents relatifs à la responsabilité sociale de l'entreprise s'y réfèrent explicitement. Par ailleurs, les normes élaborées par des organisations internationales ou régionales (OIT, ONU, OCDE) dans la période contemporaine et intéressant les relations sociales, ont favorisé l'adoption de codes de conduites ou « autres procédés de droit mou »⁶⁰ par les directions des groupes transnationaux. Pour autant, certains observateurs ont pu noter que « même sur des questions assez longuement traitées, comme la discrimination dans l'emploi, les codes ne font guère apparaître de convergences dans la façon d'aborder les problèmes. Beaucoup se bornent à évoquer, en termes généraux, la dignité des travailleurs... peu reprennent la liste complète des motifs visés par les instruments

57. J. Pélessier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, op. cit., p. 130.

58. Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999.

59. Décision n° 99-421 DC du 15 juin 1999.

60. J. Pélessier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, op. cit., p. 101.

internationaux... Sur l'interdiction du travail forcé et du travail des enfants, la plupart des codes proposent leurs propres normes »⁶¹. Sur un certain nombre d'autres matières (hygiène et sécurité, salaires, temps de travail), ces instruments se contentent de renvoyer aux législations nationales. Ceci n'est sans doute pas étranger au phénomène qu'Alain Supiot, désigne sous l'expression « self-service normatif »⁶² dans la mesure où le droit international du travail tend à favoriser ce phénomène de sélection des normes.

*
* *

Les hypothèses fondant la légitimité des documents « éthiques » et qui reposent, pour le dire vite, sur le constat de l'obsolescence, de la rigidité et de l'inadaptation des règles du droit étatique, ainsi que la teneur même des dispositions qui y prennent place, laissent craindre que ne se déploient de nouvelles formes d'organisation et de gestion de la force de travail délibérément construites en dehors des catégories juridiques classiques.

Il va de soit que cette tendance à la mise à l'écart des normes étatiques risque de s'amplifier si les pouvoirs publics eux-mêmes et les organisations internationales entérinent les postulats, voire encouragent une contestation systématique des interventions publiques dans l'affaire des relations sociales.

Il convient de rappeler que le thème de l'éthique est contemporain de la contestation, dans les discours de management des années 1990, de l'organisation hiérarchique de l'entreprise, de la valorisation de l'autonomie des salariés (de tous les salariés et pas seulement les cadres), de l'exacerbation du thème de la concurrence et de l'adaptation constante qu'elle requiert de la part des entreprises⁶³.

De ce point de vue, la prolifération du document éthique est corrélative aux nouvelles formes d'organisations qui tendent à s'échapper du modèle classique d'agencement des relations de travail bâti sur le paradigme de l'entreprise; nouvelles formes d'organisation qui favorisent la dilution du pôle patronal ainsi que l'éclatement des droits et des modes d'actions collectives qui lui sont adossés⁶⁴.

Est-il excessif de rappeler que ce sont les dérives du capitalisme financier qui devraient faire l'objet d'une authentique réflexion ? Ainsi conviendrait-il de s'atta-

61. J. Diller, « Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ? », *art. cit.*

62. A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », *art. cit.*, p. 542. Pour l'auteur, « c'est depuis ses origines que le droit international du travail semble relever d'un self-service normatif qui permet à chacun de puiser sur un étalage de règles celles qui lui conviennent et d'ignorer les autres », encore que dans cette hypothèse, il s'agisse de « choix opérés par des États souverains, qui n'autorisent pas des personnes privées à définir elles-mêmes les règles auxquelles elles sont soumises ».

63. Sur ce point, v., L. Boltansky et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, *op. cit.*, p. 93.

64. E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Thèse préc.

cher aux pratiques inhérentes à la « souveraineté actionnariale » et de réfléchir à la place du travail dans l'entreprise, à la participation des salariés au processus de décision au-delà des seuls effets sociaux des initiatives économiques de l'employeur.

De ce point de vue, il est permis de douter que l'imposition de nouvelles modalités de contraintes pesant sur les seuls salariés ne permettent d'enrayer les dérives actuelles et futures.

Relations de travail et *soft law* : réflexions à partir de la normalisation ISO*

Manuela Grévy

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), ISST

Dans un contexte de mondialisation qui ne désigne pas seulement une évolution des figures du capitalisme mais également un phénomène politique fragilisant la souveraineté des États, « s'opère progressivement, à l'échelon de l'Europe et du monde, le passage de la règle à la régulation », mouvement qui prend appui sur les dogmes de l'économie néoclassique et de la théorie de l'équilibre général¹. Parce que cette « nouvelle régulation », désignée sous le terme de *soft law*, met en cause l'État et la loi, son emprise progressive dans le champ des relations de travail apparaît particulièrement problématique si l'on rappelle que, dans notre histoire, s'est noué un rapport extrêmement étroit entre l'État et le droit du travail.

L'élaboration par l'International standardisation organisation (ISO) d'un standard « responsabilité sociale », qui témoigne du déplacement des techniques de normalisation du champ de la fabrication de produits sur celui des relations de travail, invite à s'interroger sur une rencontre inquiétante : celle de la technique de la normalisation — qui appartient à cette catégorie promue comme modèle futur de régulation — la *soft law* — et d'un domaine également aujourd'hui sous les feux de l'actualité, porté par des institutions internationales et européennes comme par des entreprises transnationales : la responsabilité sociale.

* Merci à Geneviève Rendu, chargée de mission normalisation à la DRT, bureau des équipements de travail (CTS) du ministère des Affaires sociales et du Travail sans qui cette réflexion n'aurait pu être menée.

1. B. Frydman, *Le droit privé de contenu* (p. 54 et 58) ; v. aussi du même auteur, *Coregulation, a possible legal model for global governance* (textes disponibles sur le site du Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, www.philodroit.be).

I. NORMALISATION, CERTIFICATION ET RELATIONS DE TRAVAIL

Depuis le début du xx^e siècle, des référentiels techniques relatifs aux produits ont été élaborés afin de favoriser leur libre circulation. Centrée sur les activités du secteur industriel, la normalisation a d'abord porté sur les caractéristiques techniques puis progressivement sur les procédés et méthodes de fabrication des produits. Ces normes sont « un document établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu qui fournit pour les usages communs et répétés des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des activités ou leurs résultats garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné »². La normalisation repose sur plusieurs principes de base. En premier lieu, les normes font l'objet d'une élaboration consensuelle entre toutes les « parties intéressées ». Ces dernières sont ainsi libres d'élaborer chaque norme et d'en déterminer le contenu en fonction des observations des acteurs impliqués sur une base volontaire. De fait, participent au processus ceux qui y trouvent intérêt c'est-à-dire, s'agissant des normes techniques, les fabricants. En second lieu, les normes n'ont aucune force contraignante³. Elles constituent une référence pour la détermination des caractéristiques des produits dans des contrats conclus entre fournisseurs de produits et clients et n'ont donc de force obligatoire que si les parties l'ont voulue. Enfin les normes émanent des organismes de normalisation ; dans ce cadre, des organismes nationaux de normalisation rassemblent des acteurs économiques impliqués dans la définition des normes (en France, l'Association française de normalisation/AFNOR) et sont fédérés au niveau européen (le Comité européen de normalisation/CEN) comme international (ISO).

La normalisation ouvre elle-même un marché : celui de la certification. Cette dernière est « une procédure de vérification de la conformité d'un produit, d'un service à certaines caractéristiques prédéfinies » par une norme nationale, européenne ou internationale. La certification est opérée par un organisme tiers — le certificateur — à la demande de son bénéficiaire et moyennant rémunération⁴.

Longtemps enfermées dans certaines frontières⁵, normalisation et certification ont cependant renforcé leur emprise ces dernières années. Le système s'est étendu du secteur industriel (normalisation-certification de produits) à celui des services (normalisation-certification de savoirs-faire). La certification fondée sur des normes ISO est désormais utilisée par les entreprises pour promouvoir leur image et saisit des activités *a priori* non marchandes mais qui s'engagent dans des démarches de « qua-

2. Ces documents sont publiés mais leur diffusion est payante.

3. Sauf dans le cas assez rare où la réglementation fait référence à une norme précise.

4. En France, 5 certificateurs se partagent le marché, à savoir AFAQ-AFNOR Certification (61,3 millions d'euros de chiffre d'affaires) ; BVQI (19,2 millions d'euros) ; LRQA (9,2 millions d'euros) ; SGS (9,2 millions d'euros) ; DNV (6,6 millions d'euros). Source : *L'usine nouvelle* 4 avril 2006, n° 3004, p. 35. Sur la question de la certification, v. J.-M. Pontier, « La certification, outil de la modernité législative », *D.* 1996. Chron. 355.

5. A. Penneau, « Les nouveaux aspects des limites de la normalisation », *JCP* 1996. I. n° 599.

lité-rentabilité » telles que des Universités...⁶. Dans ce cadre, les normes touchent aujourd'hui à l'organisation de l'entreprise dans ses différentes dimensions, y compris les relations entre l'employeur et les salariés et interfèrent déjà parfois sur le champ des normes étatiques ou conventionnelles existantes⁷. Ainsi les normes « déménagement » traitent de la question de la formation des salariés tandis que les normes « excellence commerciale » relatives aux emplois commerciaux fixent les critères de classifications professionnelles. Ce dernier exemple est particulièrement intéressant puisque la norme ISO empiète sur la compétence reconnue historiquement à la négociation collective en particulier de branche.

Si la normalisation et la certification ne sont pas totalement absentes des relations de travail, l'élaboration d'un standard « responsabilité sociale » pourrait constituer une nouvelle étape de l'emprise de cette forme de régulation sur le droit du travail. Un groupe de travail consultatif a été mandaté par l'ISO pour élaborer un « produit normatif » sur la responsabilité sociale⁸ : la norme ISO 26000⁹. Ce projet répond à la demande d'entreprises transnationales dans une logique dite « d'approche intégrée » : normes ISO qualité (ISO 9000), ISO management de la qualité et environnemental (ISO 14000)... Il s'agit de fixer « des lignes directrices communes » sur la responsabilité sociale, définie comme le fait pour une organisation d'être responsable de l'impact de ses activités sur la société et l'environnement¹⁰. Ces lignes directrices organiseraient les conditions de mise en œuvre d'engagements en matière sociétale — notamment par l'élaboration de « méthodes d'évaluation » — et engageraient tout type d'organisations : entreprise, collectivités publiques, ONG... ; enfin elles combindraient l'application des lois nationales et de certaines conventions internationales avec des engagements volontaires.

6. A. Penneau, « L'ISO, cette (relative) Inconnue Super Offensive », *D.* 2006. Tribune. 521.

7. A. Penneau, *JCP* 1996, *préc.* ; sur l'incidence des politiques qualité sur les relations de travail, v. F. Meyer, « Sur l'impact de la normalisation et certification et des politiques qualité sur le rapport salarial », *Dr. ouvrier* 1998. 304.

8. La responsabilité sociale fait également l'objet d'un engouement certain au sein des institutions européennes. Après un « Livre vert » en 2001, une communication en 2002 et un forum plurilatéral européen en 2004, la responsabilité sociale a fait récemment l'objet d'une communication de la Commission au Parlement et au Conseil économique et social européen faisant état de la volonté de « conférer une plus grande visibilité politique à la responsabilité sociale des entreprises » en mettant en place une « alliance européenne pour la responsabilité sociale des entreprises » constituant un « cadre politique général pour des initiatives nouvelles ou existantes prises dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises » (« 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 », mars 2006, spéc. p. 5.). La Commission a également créé un groupe de travail sur « l'intégration de la responsabilité sociétale des entreprises dans les PME ».

9. Après deux années de travaux préparatoires, l'ISO a publié un projet de standard sur lequel les « parties intéressées » sont appelées à réagir avant l'adoption d'une version définitive (*Guidance of Social Responsibility*, ISO TMB/WG SR n° 80 du 6 octobre 2006). Certaines informations et documents préparatoires relatifs à ce projet sont disponibles sur le site de l'ISO (www.iso.org/sr).

10. *Guidance of Social Responsibility*, ISO TMB/WG SR n° 80, *préc.*, § 3.9, p. 2.

II. NORMALISATION DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL ET « NOUVELLES FORMES DE RÉGULATION »

Normalisation et certification s'inscrivent dans un mouvement plus général de promotion de l'auto-réglementation des entreprises¹¹. Dans un contexte de *forum shopping*, des entreprises se placent en position de régulation des relations de travail en revendiquant le pouvoir d'élaborer des normes et d'en contrôler l'application par le recours à la certification. Le projet ISO sur la responsabilité sociale est, à côté des codes de conduite et autres chartes, une nouvelle manifestation de ce phénomène de « décomposition du droit devant l'éclosion du marché »¹². Ainsi que l'a souligné Alain Supiot, ces règles qui « prolifèrent depuis quelques années en matière sociale et environnementale » renvoient « à un droit mou ce qui, sur les marchés internationaux, concerne les hommes et la nature, le droit dur étant en revanche de règle en matière de libre circulation des marchandises et capitaux »¹³.

Les interrogations soulevées par la normalisation dans le champ des relations de travail doivent ainsi être resituées dans la réflexion plus générale sur les « nouvelles formes de régulation », nouvelles formes qui interrogent la légitimité de l'intervention publique.

Jusqu'alors cantonnée à des questions techniques, l'intrusion de la normalisation et de la certification dans le champ des relations de travail, à travers le canal de la « responsabilité sociale », percute directement le système normatif étatique qui encadre l'exercice des prérogatives patronales et organise les conditions de la prise en compte des intérêts des salariés — droit syndical et représentation collective, négociation collective.

Les normes ISO, qui en définitive sont des « lois privées », manifestent un phénomène de privatisation des règles (A). Cette privatisation prend une dimension menaçante si on la confronte à l'objet des normes : régir certains aspects d'une relation juridique inégalitaire, caractérisée par la subordination de l'une des parties à l'autre — la relation de travail (B).

A. LES ACTEURS DU SYSTÈME : LA PRIVATISATION DU DROIT

Dans le modèle « normatif » de l'ISO, le processus de privatisation des règles s'opère tant au niveau de leur élaboration qu'à celui du contrôle de leur application.

La normalisation — système ouvert — repose sur une démarche volontaire. L'idée de base est celle de « parties intéressées » : interviennent dans le processus d'élabo-

11. V., A. Supiot, *Critique du droit du travail*, 1^{re} éd., PUF, 1994.

12. G. Koubi, « La notion de charte : fragilisation de la règle de droit ? », in P. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique et la production du droit*, LGDJ, 1998, p. 165.

13. A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Études offertes à J. Pélessier*, Dalloz, 2004, p. 541, spéc. p. 543-544.

ration d'une norme ceux qui considèrent avoir un intérêt en jeu¹⁴. Pour les normalisateurs, ce système ne soulève pas d'interrogation dès lors que tous ceux qui considèrent être intéressés ou leurs représentants (associations de consommateurs, organisations syndicales, etc.) ont la faculté de s'impliquer dans le processus et de participer aux différents groupes de travail pour y faire valoir leur point de vue. Mais dans les faits, ce mode d'implication est un leurre car ces derniers n'ont ni les moyens, ni le temps, ni les compétences requises pour devenir des normalisateurs¹⁵. Dans ces conditions, il ne faut pas s'étonner de la quasi-absence des représentants des organisations syndicales. La prise en compte des intérêts des salariés n'est donc nullement assurée. Plus encore, les salariés et leurs représentants sont placés sur le même plan que n'importe quelle autre « partie intéressée » alors même que l'objet de certaines règles sera susceptible de régir la relation de travail¹⁶. Les États laissent ainsi à des « experts » d'organismes privés le soin de définir les règles, déplaçant le pouvoir qui leur est traditionnellement assigné vers des opérateurs privés, qui plus est destinataires de ces mêmes règles. Et la notion de « partie intéressée » masque en réalité ici le pouvoir laissé aux entreprises d'élaborer les règles qu'elles appliqueront ensuite dans leurs relations avec les salariés ou qu'elles imposeront à leurs co-contractants (sous-traitants, etc.) d'appliquer. Ce pouvoir est d'autant plus remarquable qu'il s'exerce dans une grande opacité, tant au niveau international qu'à celui des « comités miroirs » nationaux.

L'ISO envisage la seule élaboration de lignes directrices et non un système de « management responsabilité sociale » certifié par un tiers. Dans l'immédiat, il n'est donc pas envisagé de recourir au système de certification pour cette future norme¹⁷. Mais à terme, on peut penser qu'à l'instar des normes ISO existantes, telles les normes qualité, les entreprises revendiqueront une certification ISO 26000 attestant de la conformité de leurs pratiques aux « standards responsabilité sociale ». Et ce d'autant qu'en la matière, une « norme privée » faisant l'objet d'une certification — le standard SA 8000 — existe déjà. Cette certification, qui s'inscrit dans une logique de marché, se substitue t-elle à tout contrôle externe, qu'il émane directement des autorités publiques — l'inspection du travail — ou du juge ? À tout le moins, elle constitue une manifestation supplémentaire de la volonté des acteurs

14. Dans le projet *Responsabilité sociale*, l'ISO a modifié sa procédure pour garantir la représentation de six « parties intéressées » : le groupe de travail est formalisé et comprend des délégations nationales composées de six « experts » : entreprises, gouvernement, syndicat, consommateurs, organisations non gouvernementales, organismes de conseil et de recherche. Elle a également sollicité certaines organisations internationales en qualité « d'organisations en liaison » (v. *Guidance of Social Responsibility*, ISO TMB/WG SR n° 80, *préc.* p. V). Un « groupe miroir » se réunit à l'Agence française de normalisation (AFNOR) pour coordonner la position française selon le processus habituel de normalisation. Mais à l'instar de l'ISO, l'AFNOR souhaiterait un processus plus large, ouvert aux acteurs non traditionnels de la normalisation (représentants des consommateurs, organisations syndicales, ONG...).

15. V. aussi A. Penneau, « Quel rôle pour la normalisation ? », *Semaine sociale Lamy* 17 octobre 2005, supplément, n° 1232, spéc. n° 16.

16. V., *infra*.

17. *Guidance of Social Responsibility*, *préc.*, p. 1.

privés d'une autonomie à l'égard des institutions étatiques, dans la logique d'une auto-réglementation.

B. L'OBJET DES RÈGLES DE NORMALISATION

La « responsabilité sociale » est une notion insaisissable¹⁸, couvrant différentes questions dont le champ est extrêmement vaste et hétérogène¹⁹. S'agissant des relations de travail, on relève, dans le projet ISO, la confusion entre différents thèmes, l'artifice de certaines distinctions et l'absence de hiérarchie entre des droits dont la teneur et la portée ne sont pas comparables²⁰. Ces relations sont en effet envisagées en premier lieu dans le cadre des « droits de l'homme » et, plus précisément, d'un côté des « droits sociaux »²¹, de l'autre des « droits fondamentaux du travail »²². Elles sont envisagées, en second lieu, dans le cadre des « pratiques du travail », le projet de standard listant diverses questions relatives à l'hygiène et la sécurité²³, à la

18. V., A. Supiot, art. *préc.*, *Études offertes à J. Pélessier, préc.*, p. 541, spéc. p. 548.

19. Les domaines couverts par le projet de standard ISO sont : « *human rights (civil and political rights ; economics, cultural and social rights ; fundamental labour rights ; community rights)* » ; « *labour practices (occupational health and safety ; dignified working conditions ; human resources development ; worker as human being)* » ; « *organizational governance (ethical conduct ; disclosure of information ; respect for rule of law ; accountability)* » ; « *consumer issues (providing consumers with accurate and adequate information ; provision and development of socially-beneficial services and products ; provision and development of safe and reliable products and services ; protection of consumers' privacy)* » ; « *community involvement/society development (development impacts ; philanthropy)* » ; « *fair operating practices (promotion of ethical and transparent activities ; promotion of free competition ; application of fair and ethical supply and after-supply practice ; respect for intellectual and other property rights and respect for user's interests ; fight against corruption)* » ; « *environment (pollution prevention ; prevention of global warming ; sustainable consumption and land use ; preservation and restoration of ecosystems and the natural environment ; respect for future generations)* » (*Guidance of Social Responsibility, préc.*, § 6.1, p. 14).

20. Sont également mis sur le même plan d'un côté des droits substantiels, de l'autre l'engagement des organisations à respecter des normes existantes (qu'il s'agisse de textes internationaux, de la législation nationale ou des conventions ou accords collectifs de travail).

21. Le projet vise dans cette catégorie la formation, l'accès à l'emploi, le salaire minimum, la liberté d'entreprendre, la protection de la santé et celle des enfants (*Guidance of Social Responsibility, préc.*, § 6.4.3, p. 24-25).

22. Le projet vise dans cette catégorie l'interdiction du travail des enfants et la protection des jeunes travailleurs, l'aide aux travailleuses pour s'occuper de leurs enfants, la liberté des travailleurs de quitter leur emploi avec un préavis raisonnable, la non-discrimination, la non-complicité dans les pratiques attentatoires aux droits de l'homme commises par des organisations de la chaîne économique de production, la liberté d'association, la liberté de créer ou d'adhérer à une organisation syndicale, le droit à la négociation collective, l'interdiction du travail forcé, et enfin, le « respect et l'engagement organisationnel de protéger les droits de l'homme » (*Guidance of Social Responsibility, préc.*, § 6.4.4, p. 26).

23. Sont cités la lutte contre les risques et les conditions d'insécurité au travail, les politiques de promotion de la santé et de la sécurité, la sensibilisation et la formation à la santé et la sécurité, les programmes de prévention et l'indemnisation des accidents et maladies professionnelles (*Guidance of Social Responsibility, préc.*, § 6.5.2 p. 27-28).

dignité des conditions de travail²⁴, au développement des ressources humaines²⁵ et, enfin, au « travailleur en tant qu'être humain » (!)²⁶ Au-delà de la grande confusion qui ressort de ce projet, la responsabilité sociale, telle qu'envisagée, entend ainsi saisir de nombreux aspects des relations de travail, directement — relations entre employeurs et salariés — ou indirectement — relations entre donneur d'ordre et sous-traitant²⁷. On songe en particulier aux règles de santé-sécurité explicitement visées²⁸ mais également à d'autres questions telles le droit du licenciement pour motif économique à travers la question de l'impact des restructurations²⁹.

Dans quelle mesure l'élaboration et l'application « volontaire » de standards « responsabilité sociale » sont-elles susceptibles de fragiliser le droit du travail ? *A priori*, la responsabilité sociale désignant des pratiques plus protectrices des intérêts des « parties prenantes » que le droit positif³⁰, aucune menace n'est perceptible. Toutefois, cette notion même de « *stake-holders* »³¹, à la base de la responsabilité

24. Sont cités l'égalité des chances et la promotion de la diversité, la lutte contre le harcèlement moral et sexuel, les conditions de recrutement, les relations avec le management et le dialogue social, les salaires et bénéfiques, la durée du travail et les repos hebdomadaires et annuels, les pratiques disciplinaires et la résolution des litiges, les travailleurs migrants, l'anticipation de l'impact social des restructurations et le travail non déclaré (*Guidance of Social Responsibility, préc.*, § 6.5.3, p. 28-29).

25. Sont cités l'amélioration de l'« employabilité », la formation tout au long de la vie, la sensibilisation, la formation et la promotion des salariés, l'accès à l'éducation et au développement ainsi que la gestion des carrières (*Guidance of Social Responsibility, préc.*, § 6.5.4 p. 29).

26. « *The worker as a human being* » : sont cités la protection sociale, les congés payés, l'équilibre entre le travail, la famille et les activités sociales, l'équilibre entre la vie privée et le travail, les relations avec la communauté, les justes conditions de rupture, la retraite, le temps de travail, la protection de la maternité, l'accès à l'information, le travail précaire, la liberté de choix de son emploi, les politiques de santé pour les travailleurs et leur famille et le respect de l'emploi des personnes atteintes du virus HIV (*Guidance of Social Responsibility, préc.*, § 6.5.5, p. 29-30).

27. Du reste, le projet resitue la problématique de la responsabilité sociale dans l'ensemble de la chaîne économique (« *supply chain* ») soulignant notamment que les organisations sont garantes des conditions dans lesquelles le travail est accompli pour leur compte, de manière directe ou indirecte (*Guidance of Social Responsibility, préc.*, p. 12 ; v. aussi § 5.4.4, p. 26, § 6.5.2, p. 28 et § 6.5.3, p. 28).

28. Et ce d'autant que le mouvement est déjà amorcé en ce domaine.

29. Si cette question est présente dans le projet de l'ISO (v. *supra*), elle transparait également dans l'approche communautaire de la RSE. Ainsi aux termes d'un rapport européen, « l'enjeu pour l'entreprise est de savoir comment concilier son intérêt économique et sa compétitivité (par ex. à travers la maîtrise de ses coûts) avec une problématique socialement élargie prenant en compte de façon responsable l'impact de ses décisions sur les autres parties prenantes (le territoire, les salariés de l'entreprise, ceux des sous-traitants) » ; *La RSE et les conditions de travail*, Rapport FEPACVT, 2003, p. 6.

30. Selon le projet, le standard ISO est envisagé comme un ensemble d'engagements et de pratiques volontaires permettant la prise en compte par les organisations de l'impact de leurs activités, ces dernières devant être, en accord avec les intérêts de la société et le développement durable, basées sur une conduite éthique, le respect des lois et instruments intergouvernementaux (parmi lesquels sont cités, là aussi sans distinction ni hiérarchie aucune, des textes de nature aussi diverse que la Déclaration universelle des droits de l'homme, certaines conventions de l'Organisation internationale du travail, la déclaration de Johannesburg sur le développement durable, le *Global Reporting Initiative*, le standard ISO 14000, etc.) et un « dialogue » sur les attentes et les activités des parties intéressées ou concernées (*Guidance of Social Responsibility, préc.*).

31. Le terme de « *stake-holders* » s'oppose à celui de « *share-holder* », l'actionnaire, et désigne la prise en compte des intérêts des personnes concernées par les décisions et pratiques d'une entreprise, ce qui inclue les salariés, les consommateurs...

sociale, est source de confusion. Sont placés en effet sur le même plan salariés, clients, consommateurs, banquiers.... Par ailleurs, on peut craindre un glissement entre des exigences « plus favorables » que celles énoncées par le droit positif — et encore faut-il en apprécier ce caractère — et l'engagement à n'appliquer en définitive que des règles du droit positif. C'est une interrogation majeure dans un cadre international dès lors que les distorsions entre les différents niveaux de protection des salariés dans les systèmes nationaux rendent illusoire l'adoption de standards internationaux qui soient plus protecteurs que toutes les règles nationales. Mais l'interrogation peut également être soulevée dans un cadre national. Ainsi, un rapport européen sur la responsabilité sociale fait entrer dans le champ de cette dernière « les pratiques les plus respectueuses non seulement de la lettre mais aussi de l'esprit d'un accord ou d'une réglementation »³². Plus encore, les auteurs considèrent qu'« une dynamique conduisant les PME à se placer dans l'esprit des lois et accords collectifs serait [...] un progrès considérable »³³. Outre la confusion entre lettre et esprit, distinction dont on ne sait ce qu'elle recouvre ici, il est en définitive considéré qu'appliquer les règles est un engagement « responsabilité sociale ». Et les illustrations données confortent cette confusion entre responsabilité sociale et application du droit positif³⁴. On peut même se demander si la responsabilité sociale ne pourrait pas constituer un vecteur de contournement de certaines règles. Ainsi, le même rapport souligne que, dans les petites et moyennes entreprises (PME), « un approfondissement du dialogue social voire son extension à d'autres parties prenantes » s'inscrirait dans une perspective de responsabilité sociale³⁵...

Plus fondamentalement, le modèle de normalisation et de certification est porteur d'une conception des règles qui dissout les droits fondamentaux des travailleurs dans des normes marchandes. Il est en effet envisagé que la future norme ISO énonce — à l'image de la norme internationale « privée » responsabilité sociale faisant l'objet d'une certification (SA 8000)³⁶ — des principes fondamentaux figurant dans des textes internationaux, tels la Déclaration universelle des droits de l'homme ou certaines conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT)³⁷. Est donc

32. *La RSE et les conditions de travail, préc.*, 2003, p. 7-8.

33. *Ibid.*, p. 22.

34. *Ibid.*, p. 26 et 27

35. *Ibid.*, p. 22.

36. La norme SA 8000 élaborée par le *Social Accountability International* énonce les « exigences de responsabilité sociale » suivantes : interdiction du travail des enfants ; protection des jeunes travailleurs (accès à l'éducation, durée maximale de travail fixée à 10 heures, non-exposition à des situations dangereuses) ; interdiction du travail forcé ; santé-sécurité (prévention, formation, mesures d'hygiène) ; liberté syndicale et droit à la négociation collective, prohibition des discriminations, interdiction des châtiments corporels et du harcèlement psychologique ; durée du travail (respect de la législation nationale, durée maximale et repos hebdomadaire) ; rémunération (respect minimum légal, niveau de salaire décent) et définit un « processus opérationnel » permettant la mise en œuvre des principes énoncés.

37. Le projet soulève la question de l'articulation entre les normes de l'OIT et la future norme ISO 26000. Un accord de coopération a été conclu entre l'ISO et l'OIT qui garantit que toutes les normes ISO sur la responsabilité sociale et toute activité afférente de l'ISO seront compatibles avec les normes OIT et complémentaires à leur application ; il confère à l'OIT un statut de partenaire privilégié

laissé à la sphère privée — à des opérateurs qui seront pour l'essentiel ceux qui appliqueront ensuite le standard — le soin de définir, de sélectionner, au sein des droits fondamentaux, ceux qu'elle entend promouvoir par le canal de la normalisation et à terme de la certification. Et donc *a contrario* ceux qu'elle exclu... Le projet ISO constitue de ce point de vue une nouvelle illustration de ce qu'Alain Supiot a nommé le « self-service normatif » qui imprègne depuis ses origines le droit international du travail³⁸. Mais ici, ce ne sont même plus les États qui décident de ratifier telle ou telle convention de l'OIT, ce pouvoir est abandonné à des opérateurs privés... Plus encore, dans le système de normalisation et de certification, la norme est elle-même un bien marchand³⁹. Les droits et libertés fondamentales — tels l'interdiction du travail des enfants, la liberté syndicale — deviendraient ainsi des normes marchandes à l'image des spécifications techniques relatives à la fabrication d'une machine à laver...

Au-delà du projet porté par l'ISO, que pourrait signifier une articulation entre droit étatique et normalisation à l'image de la « Nouvelle approche »⁴⁰ du droit communautaire sur certaines questions, telles la santé-sécurité des travailleurs ou encore la durée du travail ? Le développement de la normalisation au niveau communautaire a pris appui sur un mode d'articulation entre normalisation et réglementation étatique fondées sur une « co-régulation », une répartition de la production normative entre réglementation par la sphère publique à travers les directives et normalisation par la sphère privée. Les directives « Produits »⁴¹ d'une part fixent des exigences essentielles de sécurité (qui sont transposées sans possibilité de modification, même *in melius*, par les États membres) ; d'autre part renvoient aux normes le soin de définir les spécifications techniques auxquels doivent satisfaire les produits et traduisent donc en termes techniques les exigences essentielles⁴². Comme il est de règle en la matière, ces normes n'ont aucun caractère obligatoire mais permettent aux fabricants et utilisateurs de bénéficier d'une présomption de conformité aux exigences essentielles⁴³. Les produits qui répondent à ces normes européennes sont

dans les relations avec l'ISO en donnant à cette organisation la possibilité de faire valoir son point de vue dans les débats.

38. A. Supiot, art. *préc.*, in *Études offertes à J. Péliissier*, p. 541, spéc. p. 543.

39. V., A. Supiot, ouvr. *préc.*, p. 232.

40. Résolution de la Commission européenne du 7 mai 1985 « concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation » ; v. A. Supiot et I. Vacarie, « Santé, sécurité et libre circulation des marchandises (règles juridiques et normes techniques) », *Dr. soc.* 1993. 18.

41. Les directives « produits » fixent des obligations aux fabricants pour la conception des machines et celle des équipements de protection individuelle des utilisateurs dans un double objectif : assurer la libre circulation des produits au sein de l'Union européenne et assurer un niveau de protection élevé pour les personnes.

42. Ce sont des normes européennes harmonisées, élaborée par des experts envoyés « librement » par les différents pays et avalisée par le CEN qui « fédère » les organismes nationaux de normalisation.

43. « Lorsqu'une norme nationale transposant une norme harmonisée, dont la référence a fait l'objet d'une publication au *Journal officiel des Communautés européennes*, couvre une ou plusieurs exigences essentielles de sécurité, la machine ou le composant de sécurité construit conformément à cette

présûmés être conformes aux directives, présûmption qui a une incidence importante sur la mise en jeu de la responsabilité pénale des fabricants (art. L.233-5 C. trav.) en cas d'accident du travail survenu à l'occasion de l'utilisation d'une machine (presse, chariot, etc.)⁴⁴. Dès lors que cette normalisation a pour finalité d'assurer la protection des utilisateurs, et donc des consommateurs mais aussi des travailleurs (lorsque le produit est une machine utilisée par les salariés), la question de l'interaction entre normalisation et législation du travail est déjà posée⁴⁵ mais de façon limitée et d'une certaine manière articulée, la normalisation ne concernant que la détermination de référentiels techniques et nullement les règles d'organisation du travail proprement dites à travers des règles d'utilisation des machines (durée du travail par exemple). Ce modèle de régulation est aujourd'hui proposé au niveau communautaire comme un modèle efficace susceptible d'être étendu notamment à la protection des salariés⁴⁶.

Dans une telle hypothèse, la sphère publique fixerait les « exigences essentielles », règles de droit fondant des obligations juridiquement sanctionnables. Et la sphère privée déterminerait les « spécifications » proposées aux entreprises afin de répondre aux exigences essentielles. Cependant, la normalisation a vocation à fixer des normes techniques, scientifiques. Or les règles organisant la relation de travail ne sont pas réductibles à de telles normes. Ainsi par exemple, on ne saurait réduire les règles sur la durée du travail à un simple instrument de mesure à l'image des normes déterminant des conditions d'utilisation d'une machine. Ce serait oublier que la durée du travail met en jeu des principes qui touchent à la protection de la personne : limiter et encadrer la mise à disposition du salarié pour que celle-ci ne soit pas à la discrétion de l'employeur ; assurer la protection de la santé et de la sécurité ; garantir le droit du travailleur à une vie familiale normale... Plus généralement, alors que la norme technique appartient « au monde des faits » et « tire sa légitimité d'un savoir sur ces faits » — ce dont il résulte que sa validité est fonction de son efficacité —, la règle juridique vise à rendre « le monde des faits conforme à un monde idéal » et tire donc sa légitimité d'un savoir sur « les valeurs auxquelles elle vise à

norme est présumé conforme aux exigences essentielles concernées » (exemple pris dans la directive « Machine », art. 5).

44. Si l'enquête révèle que l'accident est dû à la conception d'une machine construite en se référant à une norme européenne harmonisée, la responsabilité pénale du fabricant ne peut être mise en jeu que si l'autorité publique apporte la preuve que l'accident est dû à la mauvaise application de cette norme par le fabricant. Mais si l'enquête révèle que la norme a bien été respectée, la responsabilité pénale du fabricant ne pourra pas être engagée du fait de la présûmption de conformité attachée à la norme. L'autorité publique doit alors engager une procédure d'objection formelle contre la norme au niveau européen. Le retrait de la présûmption de conformité de la norme déficiente est subordonné à une décision de la Commission européenne.

45. V. *supra* sur la responsabilité pénale. Elle l'est également dans le cadre des « normes qualité » traitant de l'organisation et donc susceptibles d'interférer sur les conditions de travail et l'appréciation des compétences professionnelles (v. *infra*) ; v. F. Meyer, art. *préc.*

46. « That is why we believe that the New Approach can be, and should be, a role model, an example, which can be extended to other areas outside the safety of industrial products, such as the protection of the environment, of workers at the work place and beyond », G. Verheugen, « Nouvelle approche », allocution lors du 20^e anniversary of the New Approach, 30 novembre 2005.

soumettre les faits »⁴⁷. Le développement de telles normes manifeste ainsi la croissante instrumentalisation du droit, cette « tendance [...] à ne plus considérer le droit comme abritant des valeurs propres [...] mais à le traiter comme une technique d'ingénierie sociale parmi d'autres »⁴⁸.

*
* *

Dans ce « grand désordre d'un monde [...] fragmenté à l'excès, comme disloqué par une mondialisation anarchique » qui « domine le paysage juridique actuel »⁴⁹, la « régulation douce » dans les relations de travail ne masque t-elle pas une réappropriation du pouvoir par des opérateurs privés leur permettant d'exercer une plus grande emprise sur leurs co-contractants, en particulier des entreprises transnationales sur leurs salariés et sous-traitants ? La normalisation et la certification pourraient bien alors être le vecteur d'un nouveau rapport de force dans lequel la loi du plus fort (re)devient la règle.

47. A. Supiot, *ouvr. préc.*, p. 235-236.

48. J.-B. Auby, « Prescription juridique et production juridique », in *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, p. 166.

49. M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006. Chron. 951.

Droit social communautaire et nouvelles formes de régulation : la stratégie européenne pour l'emploi

Sylvaine Laulom

Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID

Depuis sa naissance, l'Union européenne a été un espace d'innovations normatives et différentes méthodes d'intervention — l'unification, l'harmonisation, la coordination — ont été imaginées pour créer des « cohérences » entre des systèmes nationaux caractérisés par leur diversité. La directive communautaire a ainsi été une des premières et essentielles innovations normatives. Dans le domaine social, elle a été, jusque dans les années 1990, l'instrument privilégié d'une harmonisation législative des systèmes nationaux et le droit social communautaire s'est essentiellement développé à travers l'adoption d'une série de directives notamment dans les domaines de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, de la santé-sécurité et de la participation des représentants des travailleurs aux décisions. En même temps que le protocole social annexé au traité de Maastricht, en 1992, favorisait cette harmonisation en étendant les compétences sociales de l'Union européenne et ouvrait un certain nombre de domaines à une prise de décision à la majorité qualifiée, il consacrait une autre innovation : la reconnaissance de l'autonomie normative des partenaires sociaux au niveau européen. Ceux-ci sont désormais associés aux procédures de décision, ils peuvent conclure des accords-cadre, dont ils peuvent assumer la responsabilité de la transposition¹.

En 1997, le traité d'Amsterdam intègre un nouveau titre sur l'emploi et dessine les traits d'une politique européenne pour l'emploi². L'objectif affiché est d'accompagner l'union monétaire d'un volet social et la procédure définie s'inspire des grandes orientations de politiques économiques (GOPE), qui fixent aux États membres des orientations à suivre en matière budgétaire dans le cadre de l'Union monétaire.

1. V., Ch. Vigneau, « Étude critique des syndicats dans la gouvernance européenne », *supra*, p. 159 et s., dans le présent ouvrage.

2. Art. 125 à 130, titre VIII, traité CE.

Quelques semaines après la signature du traité d'Amsterdam et avant même son entrée en vigueur, le sommet européen de Luxembourg des 20 et 21 novembre 1997 lance ce processus pour l'emploi qui prend le nom de stratégie européenne pour l'emploi (SEE). La SEE a pour ambition de réaliser des progrès décisifs dans la lutte contre le chômage dans un délai de 5 ans et en 2000 elle devient une composante essentielle de la stratégie de Lisbonne. La SEE, dernière innovation normative de l'Union européenne, essaiera. Elle constitue, en effet, la première mise en œuvre d'une méthode ouverte de coordination (MOC). La MOC consiste à définir des lignes directrices, accompagnées d'indicateurs quantitatifs et qualitatifs et assorties de calendriers spécifiques pour réaliser ces objectifs à court, moyen et long terme. Les lignes directrices européennes sont ensuite déclinées en politiques nationales et régionales, qui font l'objet d'un suivi périodique et d'une évaluation. La MOC, comme son nom l'indique, induit une régulation qui repose davantage sur la coopération que la contrainte. Il ne s'agit plus de définir des règles dans une directive communautaire, règles qui doivent ensuite être transposées dans les droits des États membres, mais de définir des orientations générales qu'il est recommandé aux États membres de suivre.

Nous limiterons ici nos propos à la SEE, qui constitue à ce jour l'une des MOC les plus anciennes et peut-être les plus abouties, mais d'autres domaines se sont ouverts aux MOC : celui de l'inclusion sociale, des retraites, de la santé. Le succès est tel qu'il est suggéré de l'étendre aux restructurations, à l'immigration, au droit d'asile, à la protection de l'environnement et même en matière de protection des droits fondamentaux. Il a également été question un temps d'introduire ce processus dans la Constitution pour l'Europe.

La MOC et la SEE, comme le montre une bibliographie déjà abondante³, ont suscité des débats importants et les regards portés sur la SEE sont loin d'être homogènes. La SEE peut être présentée comme une nouvelle forme de gouvernance répondant notamment au déficit démocratique dont souffre l'Union européenne et aux difficultés ou même à l'incapacité d'action de l'Union européenne sur les États membres. On assisterait ainsi à une perte de vitesse des harmonisations législatives traditionnelles en faveur de ce nouveau mode de régulation dont l'extension est indubitable. Mais les critiques sont également vives autour d'un processus qui, au

3. V. notamment P. Pochet, J. Zeitlin (dir.), *The Open Method of Co-ordination in Action*, New-York, Peter Lang, 2005. O. De Schutter, S. Deakin (dir.), *Social Rights and Market Forces : is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe*, Bruylant, 2005. S. Sciarra, P. Davies, M. Freedland (dir.), *Employment Policy and the Regulation of Part-time work in the European Union*, Cambridge University Press, 2004. J.-C. Barbier, « Une "européanisation" des politiques de l'emploi. Réflexions d'étape à propos de la stratégie coordonnée pour l'emploi », *Travail et Emploi* octobre 2004, p. 11. D.M. Trubek, L.G. Trubek, « Hard and soft law in the Construction of Social Europe : the Role of the Open Method of Co-ordination », *European Law Journal* may 2005, p. 343. S. de la Rosa, « The Open Method of Coordination in the New Member States — the Perspectives of its Use as a Tool of Soft Law », *European Law Journal* septembre 2005, p. 618. S. de la Rosa, « Stratégie européenne pour l'emploi : les nouvelles orientations », *Dr. soc.* 2005. 1210. M.-A. Moreau, « La recherche de nouvelles méthodes de régulation sociale : quelles fonctions, quelles complémentarités? », *EUI Working Papers Law* 2005/8.

mieux, n'aurait aucun impact sur les États membres et qui risque de se substituer à une intervention classique relevant de la *hard law*. La subordination des considérations sociales à la politique économique et monétaire de l'Union européenne qui imprégnerait la SEE est également dénoncée.

Les débats renvoient ainsi à trois questions essentielles : celle du contenu et de l'orientation de la SEE (I), celle des rapports entre la SEE et les méthodes classiques d'intervention du droit communautaire (II) et celle enfin de l'impact possible d'un mécanisme de *soft law* sur les droits et politiques nationales (III). Vu l'ampleur de ce thème, il s'agira ici simplement de présenter quelques pistes de réflexion qui mériteraient d'être approfondies et, plutôt que de lever le voile de la face cachée de cette nouvelle régulation douce, de présenter les multiples facettes de ce processus et les nouvelles complexités qu'il génère.

I. LA STRATÉGIE EUROPÉENNE POUR L'EMPLOI : UNE PROCÉDURE ITÉRATIVE PRODUISANT DES LIGNES DIRECTRICES POUR L'EMPLOI HÉTÉROCLITES

L'Union européenne a toujours élaboré des normes sans portée juridique, des normes relevant de la *soft law*. Pourtant, la SEE ne peut être assimilée aux nombreux avis et recommandations, incitant les États membres à adopter un comportement déterminé, qui jalonnent l'histoire du droit communautaire. Elle emporte, en effet, une différence majeure. Si la SEE demeure un processus *a priori* volontaire, elle n'en met pas moins en place une procédure régulière qui s'intéresse à la mise en œuvre par les États membres des orientations définies par le Conseil. La face la plus visible de la SEE est précisément l'institutionnalisation de cette procédure définie dans le traité (A). Les résultats de cette procédure, les lignes directrices pour l'emploi qui en sont issues, se laissent eux plus difficilement analyser (B).

A. UNE PROCÉDURE ITÉRATIVE

L'article 128 du traité définit la procédure que constitue la stratégie européenne pour l'emploi. Sur la base des conclusions du Conseil européen et des propositions de la Commission, après consultation du Parlement européen, du Conseil économique et social, du Comité des régions et du Comité de l'emploi⁴, le Conseil adopte, à la majorité qualifiée, chaque année, des lignes directrices pour l'emploi, à destination des États membres. Chaque État membre doit alors élaborer un plan d'action natio-

4. Le traité d'Amsterdam prévoyait la mise en place d'un comité de l'emploi qui a été institué par une décision du Conseil du 24 janvier 2000. Dans le cadre de ses missions, le Comité doit consulter les partenaires sociaux qui sont donc par ce biais associés à la procédure.

nal décrivant la réalisation de ces lignes directrices. Le Conseil examine ces plans et il peut décider, à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, d'adopter des recommandations spécifiques par pays. Enfin la Commission et le Conseil examinent ensemble les plans d'action nationaux et présentent un rapport conjoint sur l'emploi qui permettra la préparation de nouvelles lignes directrices pour l'année suivante.

Le processus apparaît d'abord comme un processus itératif. La SEE implique un processus de va et vient, de dialogue permanent entre le niveau national et le niveau communautaire. Il se fonde également sur des échanges de bonnes pratiques et d'informations. Alors que dans un processus d'harmonisation, il est possible de détacher nettement le moment de la décision de celui de sa transposition, la frontière entre les deux s'efface⁵.

Par rapport au schéma décisionnel classique, il se caractérise également par un effacement de certains acteurs institutionnels comme le Parlement européen, qui n'est que consulté⁶ et la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) qui, par son interprétation constructive des directives communautaires, a souvent joué un rôle-clef dans l'harmonisation des législations nationales. Pourtant, le processus se veut participatif et ouvert⁷ et l'accent est mis sur la nécessité d'associer à ce processus l'ensemble des parties concernées, publiques et privées, au niveau national, régional et local. Les partenaires sociaux européens et nationaux sont ainsi appelés à jouer un rôle de premier plan dans la conception et dans la mise en œuvre de la SEE et ils sont invités, dans leur champ de compétences, à reproduire ce processus. Cette ouverture à d'autres acteurs constitue aujourd'hui un des enjeux majeurs de la SEE. L'une des caractéristiques fondamentales de la SEE et de toutes les MOC est d'être conçue comme un processus ouvert qui implique une participation effective d'un ensemble d'acteurs. Or, pour l'heure, la SEE demeure un processus essentiellement bureaucratique, basé sur des échanges entre administrations communautaires et nationales et largement ignoré des autres acteurs.

Enfin, processus dépourvu de toute sanction, la SEE relève sans conteste possible de la *soft law*. Elle est expressément basée sur des instruments de régulation de caractères non législatifs et le traité prend la peine de souligner que les mesures prises dans le cadre de la SEE « ne comportent pas d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

Lancée pour 5 ans en 1997, la SEE a déjà fait l'objet d'un examen en 2000 à mi-parcours, elle a été évaluée en 2003 et a fait l'objet d'une révision importante en 2005 qui ne remet pas en cause son ossature générale. Cette dernière révision conduit surtout à renforcer le lien entre les lignes directrices pour l'emploi et les Grandes

5. V., A. Lyon-Caen, J. Affichard, « From legal norms to statistical norms », in O. De Schutter, S. Deakin, *Social Rights and Market Forces*, *op. cit.*, p. 148.

6. Ce n'est pas le cas de toutes les MOC où parfois le Parlement européen n'intervient pas.

7. Cela apparaît sans conteste possible à la lecture des différentes moutures des lignes directrices pour l'emploi. V. l'ensemble de ces documents sur le site de la Commission européenne consacrée à la SEE : http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/index_fr.htm.

orientations des politiques économiques qui sont désormais présentées au sein d'un seul document. La modification la plus importante tient à la régularité du processus. Désormais les lignes directrices seront définies pour une période de 3 ans, mais les rapports des États et l'examen de ces rapports demeurent eux annuels. L'image qui ressort de ces différents textes est celle d'un ensemble relativement hétéroclite.

B. DES LIGNES DIRECTRICES AU CONTENU HÉTÉROCLITE

Présenter en quelques lignes le contenu des lignes directrices pour l'emploi n'est pas aisé. D'une part, leur contenu a évolué et, d'autre part, le compromis politique dont elles font nécessairement l'objet rend leur contenu très hétérogène.

Dans leur dernière mouture⁸, les 8 lignes directrices sont organisées en trois objectifs principaux : le plein emploi, la qualité et la productivité du travail, la cohésion et l'insertion sur le marché du travail. Globalement, l'accent est mis sur les mesures dites « actives » de lutte contre le chômage, le vieillissement actif, la formation, la lutte contre les discriminations et la recherche de la « flexicurité ». Dès 2000, ces orientations générales ont été couplées à des objectifs quantifiés dont on peut prendre quelques exemples. Ainsi, à la ligne directrice 17, « appliquer des politiques de l'emploi visant à atteindre le plein emploi, à améliorer la qualité et la productivité du travail et à renforcer la cohésion sociale et territoriale » sont adjoints les objectifs suivants : atteindre un taux d'emploi total de 70 %, un taux d'emploi des femmes d'au moins 60 % et un taux des travailleurs âgés (55 à 64 ans) de 50 %, d'ici à 2010. Concernant les mesures actives de lutte contre le chômage, d'ici à 2010, tous les chômeurs devraient se voir offrir un nouveau départ avant le 6^e mois de chômage pour les jeunes, et avant le 12^e mois de chômage pour les adultes. Des objectifs en termes de formation initiale et continue sont également fixés. La volonté de promouvoir l'activité des travailleurs âgés est confortée par l'objectif « d'obtenir d'ici à 2010, une augmentation de 5 ans, au niveau communautaire, de l'âge effectif moyen de départ en retraite ». Dans le cadre de la lutte contre les discriminations, afin d'améliorer l'intégration des femmes dans le marché du travail, les États membres devraient offrir des services de garde d'enfants permettant d'accueillir au moins 90 % des enfants ayant entre trois ans et l'âge de la scolarité obligatoire et au moins 33 % des enfants de moins de trois ans d'ici à 2010. À côté de ces indicateurs, d'autres objectifs paraissent beaucoup plus vagues et en tout cas ne se laissent pas quantifier. Il en est ainsi de la ligne directrice 21 : « Favoriser la flexibilité en la conciliant avec la sécurité de l'emploi » qui doit passer notamment par une « adaptation » de la législation relative à l'emploi.

L'analyse du contenu de ces lignes directrices appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, si la SEE relève bien de la *soft law* ce n'est pas toujours du droit flou, dans la

8. Décision du Conseil du 12 juillet 2005 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres », *JOUE* 2005 L 205/21.

mesure où certains des objectifs sont définis de manière extrêmement précise. D'ailleurs, si l'on oppose méthode classique de réglementation (la directive) et nouvelle méthode (la MOC), on ne peut manquer de relever une proximité des deux instruments. La directive et la SEE définissent avant tout des objectifs (des résultats selon la définition de la directive communautaire) tout en laissant les États membres libres des moyens — juridiques pour la directive — de parvenir à atteindre ces objectifs.

La comparaison de ces deux instruments montre également que « leur densité normative »⁹ est variable et que l'opposition *soft law* et *hard law* doit être nuancée. Au sein même de ces textes se côtoient des dispositions qui réduisent considérablement les marges de manœuvre des États membres et des dispositions beaucoup plus floues là où le consensus politique est difficile à trouver. Certaines dispositions de directives communautaires sont comme les lignes directrices, de simples recommandations¹⁰. Au contraire, certains objectifs présents dans les lignes directrices peuvent être rapprochés d'autres dispositions plus contraignantes de directives. L'objectif de taux d'emploi de 70 % est un objectif clair et précis et il serait techniquement possible d'envisager des sanctions si un État ne respectait pas cet objectif¹¹. On peut soutenir que si, dans la SEE, certains objectifs sont quantifiés, c'est parce qu'afficher, par exemple, la recherche d'un taux d'emploi élevé comme objectif d'une politique de l'emploi emporte l'adhésion de tous les États membres. Il est de même possible de s'entendre sur des objectifs en matière de formation professionnelle. Évidemment aussi, c'est aux États membres de définir les moyens pour y parvenir, c'est-à-dire de définir l'orientation de leurs politiques nationales, sur lesquelles un consensus est beaucoup plus difficile, si ce n'est impossible, à trouver. Mais là aussi la distinction entre objectifs communautaires et moyens pour y parvenir n'est pas aussi nette. La détermination d'objectifs communautaires d'emploi marque tout d'abord une avancée décisive des compétences communautaires sur ce terrain. D'autre part et surtout, le choix des indicateurs statistiques n'est pas neutre et il peut réduire les marges de manœuvre nationales¹². Par exemple, une politique favorisant la préretraite ne correspond pas aux différents taux d'emploi fixés comme objectifs de la SEE.

Parfois enfin, les lignes directrices renvoient à des objectifs très vagues, comme celui de « flexicurité ». La diffusion de ce terme, qui est en voie d'intégrer le vocabulaire commun, illustre parfaitement le compromis politique qui fonde la SEE. Elle exclut une approche purement néo-libérale, comme le montre son existence même

9. C. Thibierge, « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003. 599.

10. Pour ne prendre qu'un exemple, la directive sur les contrats à durée déterminée prévoit « qu'autant que possible, les employeurs devraient prendre en considération la transmission aux organes existants représentant les travailleurs, d'informations appropriées sur le travail à durée déterminée dans l'entreprise ».

11. C'est d'ailleurs ce qui a été expressément envisagé dans le cadre de la politique monétaire, en cas de déficit excessif.

12. A. Lyon-Caen, J. Affichard, « From legal norms to statistical norms », in O. De Schutter, S. Deakin, *Social rights and Market Forces : is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe*, Bruylant, 2005, p. 145.

et l'affirmation de compétences communautaires dans le domaine des politiques de l'emploi, comme elle exclut une approche qui serait purement sociale. En associant la flexibilité à la sécurité, la SEE ne hiérarchise pas le premier terme au profit du second. En ce sens, la SEE ne peut être analysée comme l'expression d'une politique libérale européenne. Si une telle conception transparaît parfois de la lecture des lignes directrices, d'autres éléments ne peuvent y être rattachés. La flexicurité permet ainsi d'accueillir des politiques nationales de conception très différentes mais elle est en ce sens peu susceptible d'orienter ces mêmes politiques nationales. C'est ainsi que les lois « Aubry » sur les 35 heures ont parfaitement pu s'inscrire dans le plan national d'action français comme réponse aux lignes directrices pour l'emploi, tout comme le gouvernement successif a pu y inscrire les réformes suivantes les amendant.

II. LA SEE : ÉTAPE TRANSITOIRE, ALTERNATIVE DANGEREUSE OU COMPLÉMENT UTILE ?

Une présentation fréquente des MOC consiste à en faire un substitut, que l'on considère comme souhaitable ou non, à une intervention dure traditionnelle. La MOC serait ainsi une alternative à l'harmonisation législative sociale et témoignerait des limites du processus législatif communautaire traditionnel. Elle se développerait en l'absence de compétences définies ou dans des domaines où il est difficile de dégager des majorités qualifiées. Dans le champ social, le développement de la SEE serait aussi la conséquence de l'incapacité des partenaires sociaux à développer un dialogue social européen efficace, c'est-à-dire à négocier des accords contraignants avec un réel contenu¹³. Il y aurait ainsi une linéarité des innovations normatives communautaires. Dans une première période, le processus d'harmonisation prévaudrait. De ses défaillances serait née l'institutionnalisation des partenaires sociaux dont les défaillances auraient elles-mêmes rendu nécessaire le recours à d'autres méthodes et donc à la SEE. La SEE peut ainsi apparaître comme une renonciation à agir ou témoigne en tout cas d'une incapacité du droit traditionnel communautaire à agir sur les systèmes nationaux. La SEE peut parfois également être présentée, comme souvent le sont les mécanismes de *soft law*, comme une étape intermédiaire qui doit à terme déboucher sur des modes traditionnels de régulation.

Pourtant, comme le montre Claire Kilpatrick¹⁴, on ne peut que constater l'existence d'une simultanéité dans le développement de ces trois processus normatifs. On évoque souvent l'existence d'un âge d'or du droit social communautaire dans les années 1970, mais peut-être ne met-on pas suffisamment en valeur une autre période

13. V. Ch. Vigneau, « Étude critique des syndicats dans la gouvernance européenne », dans le présent ouvrage, *supra*, p. 159 et s.

14. C. Kilpatrick, « New EU Employment Governance and Constitutionalism », in G. de Burca, J. Scott (dir.), *Law and New Governance in the EU and the US*, Hart publishing, 2006, p. 121.

clef du droit communautaire, située entre 1992 et 1997. En 1992, le protocole social du traité de Maastricht élargit les compétences sociales de l'Union européenne et étend les domaines ouverts à la majorité qualifiée. Il institutionnalise également la participation des partenaires sociaux au processus de décision communautaire. 5 ans plus tard, le traité d'Amsterdam consacre de nouvelles compétences relatives à la lutte contre les discriminations¹⁵ et surtout introduit le titre sur l'emploi, fondement de la SEE. C'est donc sur une très courte période que sont introduits les changements institutionnels les plus importants en matière sociale et ils ont produit des directives communautaires¹⁶, des accords¹⁷ et la SEE.

La présentation consistant à faire de la MOC un instrument intervenant dans les domaines où l'absence de compétences communautaires interdit de concevoir d'autres types d'intervention doit également être nuancée, en tout cas dans le domaine de l'emploi. En effet, des compétences sociales communautaires existent et elles ont notamment pour objet « l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès »¹⁸. Les directives sociales communautaires définissent donc avant tout des droits des salariés, susceptibles d'être améliorés par les droits nationaux. Mais, et sans que cela exclut la définition de droits, elles peuvent également être des instruments d'une politique de l'emploi. Ce sont donc des relations non pas de substitution ou d'alternative mais de véritables relations de complémentarité que l'on peut concevoir entre les différents modes de régulation communautaire¹⁹. Dans cette perspective, la véritable nouveauté tiendrait moins à l'émergence d'un nouveau mode de régulation qu'à l'hybridation²⁰ des processus qu'il peut induire, c'est-à-dire à leur combinaison. On peut déjà voir à l'œuvre ces phénomènes, plus ou moins poussés, d'hybridation.

On assiste ainsi à des références croisées entre les différents processus. C'est notamment le cas lorsque des directives communautaires ou des accords-cadres européens se présentent comme des instruments de mise en œuvre des objectifs définis dans le cadre de la SEE²¹. Dans le domaine de l'égalité professionnelle entre les

15. Art. 13 traité CE.

16. Par exemple les directives relatives à l'égalité professionnelle, les directives sur les comités d'entreprise européens, sur l'implication des représentants des travailleurs dans la société européenne et sur l'information et la consultation des représentants des travailleurs.

17. Au niveau interprofessionnel, 5 accords-cadre ont été conclus : sur le congé parental, le temps partiel, les contrats à durée déterminée, le télétravail et le stress au travail.

18. Art. 136 et s. traité CE.

19. Il faudrait également inclure dans l'analyse des relations entre ces différents processus normatifs les chartes de droits sociaux fondamentaux et les mesures relatives au Fonds social européen.

20. L. Zappalà, « The regulation of Temporary work in the light of flexicurity : between soft law and hard law », *Working Papers C.S.D.L.E.* Massimo d'Antona, n° 21/2003. C. Kilpatrick, *op. cit.*, D.M. Trubek, L.G. Trubek, « The Open Method of Co-ordination and the debate over "hard" and "soft" law », in J. Zeitlin, P. Pochet (dir.), *op. cit.*, p. 83.

21. C'est ainsi que la directive de 2002 sur l'information et la consultation et l'accord interprofessionnel européen sur le télétravail font expressément référence à la SEE. Ainsi selon le préambule de cette directive, « La Communauté a défini et mis en œuvre une stratégie pour l'emploi, axée sur les notions "d'anticipation", de "prévention" et "capacité d'insertion professionnelle", qui doivent constituer des éléments-clés de toutes les politiques publiques susceptibles de favoriser l'emploi, y compris des

hommes et les femmes, l'intégration entre la SEE et les directives communautaires fait clairement apparaître la complémentarité possible de ces processus. Les directives communautaires ont établi le principe d'égalité de droit et elles ont contribué à la diffusion des notions de « discriminations indirectes » et « d'actions positives ». Couplée à ce dispositif, la reconnaissance d'un objectif de taux d'emploi féminin et d'un objectif de développement des modes de garde des enfants peut très utilement contribuer à la réalisation d'une égalité de fait en incitant les politiques nationales à prendre en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. On peut voir ici l'imbrication des processus : les directives qui définissent des droits à l'égalité peuvent être renforcées par des politiques visant à lutter contre les discriminations, mais les directives peuvent également être des instruments d'une politique de l'emploi. Ce phénomène d'hybridation des processus normatifs, entre directives communautaires, accords européens et la SEE, est sans nul doute un facteur de complexification du droit communautaire qui apparaît également lorsque l'on tente d'analyser les relations, créées par la SEE, entre le niveau communautaire et le niveau national.

III. L'IMPACT INCERTAIN DE LA SEE SUR LES POLITIQUES SOCIALES NATIONALES

Lorsque l'on analyse le processus normatif classique, la question de la transposition des directives communautaires et de leurs effets sur les droits nationaux est évidemment centrale. La mesure de cet effet est complexe car on ne peut se contenter d'analyser le simple rapport de conformité formelle des droits nationaux à la norme communautaire. La question de l'impact de la SEE sur les politiques nationales de l'emploi est elle aussi essentielle mais s'avère encore plus complexe tant il est vrai que l'établissement d'un rapport causal entre la SEE et les politiques nationales de l'emploi est difficile à établir, avec les outils du juriste tout du moins. L'évaluation de l'impact de la SEE s'avère d'autant plus difficile que l'on assiste, nous l'avons vu, à une interpénétration des différents processus normatifs et qu'il convient également d'appréhender l'influence que peuvent avoir des politiques nationales sur la politique européenne de l'emploi.

Une première évaluation peut consister à examiner si les États membres parviennent aux objectifs quantitatifs définis. Il s'agit alors simplement de mesurer la capacité des politiques nationales à atteindre ces objectifs, plutôt que d'évaluer l'existence d'une réelle coordination des politiques nationales qui serait produite par la SEE. La capacité de ce processus à produire des convergences entre les États reste difficilement saisissable. Les informations que délivre à cet égard la lecture des plans

politiques des entreprises, à travers l'intensification du dialogue social en vue de faciliter des changements compatibles avec la préservation de l'objectif prioritaire de l'emploi ».

nationaux pour l'emploi sont paradoxalement des plus limitées alors même que ces plans sont directement rédigés en réponse aux lignes directrices. Il s'agit, en effet, le plus souvent d'un habillage communautaire de mesures nationales qui n'ont pas été prises en réponse aux lignes directrices. L'instrumentalisation du droit communautaire pour justifier de mesures nationales apparaît également.

Sans que l'on puisse aujourd'hui démontrer l'existence d'une véritable coordination des politiques nationales de l'emploi, il est possible de relever certaines influences de la SEE sur les droits et politiques nationales, certaines coïncidences entre le niveau communautaire et les niveaux nationaux. Ainsi, la SEE contribue à la diffusion d'un outillage statistique commun, d'indicateurs statistiques communs qui ne sont pas neutres. Elle fournit également aux acteurs nationaux, qu'ils s'agissent des acteurs institutionnels ou des partenaires sociaux, des ressources européennes en étant un instrument de légitimation ou de critique de mesures nationales et va ainsi avoir un effet « levier »²².

L'analyse de l'impact d'une norme renvoie également à la question de sa sanction et, lorsqu'il s'agit de *soft law*, aux débats relatifs à l'impact d'une norme qui pourrait être aussi efficace que de la *hard law* alors qu'il lui manque l'élément essentiel de la contrainte. Depuis la naissance de la SEE, les lignes directrices ont été adoptées, les États membres ont produit leurs plans nationaux et ont globalement répondu aux recommandations faites par la Commission. Il n'y a donc pas de non-conformité apparente des différents acteurs intervenant dans ce processus aux prescriptions communautaires. Ce n'est pas l'absence de sanction qui est en jeu. C'est une des raisons pour laquelle la SEE n'apparaît pas comme une simple étape intermédiaire qui devrait aboutir à un mécanisme de régulation classique relevant de la *hard law*. Une des multiples questions posées par la SEE serait plutôt de parvenir à définir les outils permettant d'appréhender les influences croisées, suscitées par la SEE, entre le droit communautaire et les droits et politiques nationaux.

*
* *

La SEE n'apparaît donc pas et elle ne doit pas être conçue comme une alternative, ni même comme une étape transitoire, à une intervention classique relevant de la *hard law*. Elle peut au contraire se combiner à des directives communautaires, dès lors qu'un consensus minimal se dégage, comme c'est le cas dans le champ de l'égalité professionnelle, autour d'une action communautaire. Il n'en demeure pas moins que le récent élargissement de l'Union rend pour l'instant improbable l'émergence de consensus politiques permettant l'adoption de nouvelles directives et que le risque existe dès lors que la SEE ne serve effectivement qu'à masquer les défaillances du législateur communautaire.

22. V., C. Erhek, L. Mandin, B. Palier, « The leverage effect, the Open method of Co-ordination in France », in J. Zeitlin, P. Pochet (dir.), *op. cit.*, p. 217.

Troisième partie

Combattre pour l'application du droit

De l'expression de la règle, du principe, à son application concrète, chacun sait que la route est longue. Le constat de l'ineffectivité relative des textes de droit et en particulier des textes qui protègent les plus démunis, n'est plus à faire. Ce qui doit être tenté, c'est de réduire l'écart entre droit et pratique. Dans cette lutte pour l'effectivité du droit, des droits, les juristes engagés sont en première ligne. Ils tentent tout d'abord d'apporter du droit aux publics qui en sont le plus éloigné (première sous-partie) et réfléchissent à des moyens plus généraux de réduire, au moins un peu, cette fracture (seconde sous-partie).

Première sous-partie

Porter le droit à ceux qui en sont exclus

Certaines personnes ou certains groupes de personnes voient leurs droits bafoués avec une constance qui pourrait être désespérante. Les textes suivants, qui traitent de ces publics démunis, sont pourtant aux antipodes du découragement. Ce sont des textes de combat, qui relatent des pensées et des pratiques, pour lutter contre l'exclusion du droit. Ils sont exemplaires de ce que l'engagement veut dire. Le premier s'interroge sur la meilleure façon de garantir l'effectivité du droit des personnes prostituées à accéder au droit et à la justice. L'auteur propose notamment de faire des juristes des acteurs de prévention qui interviendraient sur le terrain : les juristes de rue. Le deuxième a pour objectif de faire connaître les règles pénitentiaires adoptées par le Conseil de l'Europe, qui fixent les conditions de détention, en deçà desquelles le traitement des personnes incarcérées devient inhumain. Entre ces recommandations du Conseil de l'Europe, et la pratique française, la distance est si grande que l'on peut se demander, sérieusement, dans quel type de système juridique nous vivons : démocratique ? humaniste ? tyrannique ? barbare ? Il serait vraiment temps que les propositions de l'auteur, qui visent à faire perdre leur pertinence de telles questions, soient appliquées. Le troisième traite d'un sujet lui aussi bien difficile, tiré de l'expérience de l'Amérique latine : il relate le long combat mené pour apporter des droits aux habitants des *favelas* du Brésil.

L'accès au droit et à la justice des personnes prostituées sur la voie publique en France*

Johanne Vernier

*Doctorante en droit à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I),
attaché temporaire d'enseignement et de recherche
à l'Université Paris X-Nanterre*

Pendant longtemps, l'accès au droit a surtout signifié l'accès à la justice. Ce n'est qu'à la fin des années 1990 que l'accès au droit est élevé au rang des objectifs de valeur constitutionnelle¹ et fait l'objet d'une véritable politique publique² : il s'agit d'accueillir, d'informer, d'orienter et d'offrir gratuitement conseils et consultations juridiques. L'enjeu de l'accès au droit est de taille puisque, sans la connaissance préalable et suffisante du droit, l'exercice et la garantie des droits et libertés de chacun ne seraient qu'illusoire. L'accès au droit constitue par conséquent à la fois la condition et la finalité de l'accès à la justice, avec cette précision qu'il n'est pas forcément nécessaire de passer par le juge pour prendre conscience de ses droits et les faire valoir. En effet, l'accès au droit s'inscrit aussi dans une perspective préventive : connaître ses droits, c'est pouvoir poser des limites à ceux qui voudraient y porter atteinte. Il apparaît cependant paradoxal de garantir l'effectivité des droits fondamentaux de chacun en consacrant une nouvelle norme, *le droit au droit*, dont l'effectivité doit à son tour être garantie³. Or pour que le droit soit effectivement accessible à tous, il est indispensable d'aller au-devant des personnes les moins susceptibles *a priori* d'y avoir accès.

* Les recherches de Johanne Vernier portent sur la traite des êtres humains en vue du proxénétisme. Elle est intervenue sur le terrain avec l'Association Les Amis du Bus des Femmes durant 6 mois en 2003 et a représenté le Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) au sein du collectif parisien, Droits et Prostitution, créé à l'occasion du vote de la loi pour la sécurité intérieure.

1. Cons. const. 16 décembre 1999, déc. n° 99-421 DC.

2. Politique initiée par la loi du 10 juillet 1991 et consacrée par celle du 18 décembre 1998.

3. V., G. Nicolau, auteur selon lequel le droit au droit, s'il est ineffectif, n'est qu'un alibi institutionnel à l'ineffectivité du droit (« Que faut-il entendre par accès au droit ? », in Centre de recherche en droit privé, *L'accès au droit*, Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002, p. 5).

Les personnes qui se prostituent sur la voie publique figurent parmi celles qui connaissent un accès particulièrement difficile au droit, et donc à la justice. Leur marginalisation (et non leur marginalité) en tant que personne prostituée, souvent cumulée à leur statut d'étranger, en est un facteur non négligeable. Or ce stigmate ainsi que les conditions spatiales (la rue) comme temporelles (la nuit) d'exercice de la prostitution les exposent plus que la moyenne à la violation de leurs droits (comme le vol, le viol ou le proxénétisme). Il existe de ce fait un important décalage entre leur besoin juridique et leur accès au droit.

Loin d'être atténué par la loi pour la sécurité intérieure (dite « LSI »), ce décalage a pris une nouvelle dimension en mars 2003⁴. Aux motifs de rétablir la tranquillité publique réclamée par les riverains et de mieux lutter contre le proxénétisme en exerçant des pressions sur celles présumées en être victimes, la LSI a rétabli l'infraction des plus floues de racolage public passif⁵. Les personnes prostituées sur la voie publique sont ainsi devenues des délinquantes de principe⁶, ce qui laisse peu de place à leur reconnaissance en tant que victime. Cette situation est d'autant plus déplorable que la LSI a également eu pour effet de rendre les personnes prostituées plus vulnérables aux atteintes à leurs droits en poussant nombre d'entre elles à se prostituer dans des lieux plus isolés. Cet isolement les expose davantage à la violation de leurs droits tout en les éloignant des associations de terrain qui les assistent. En outre, le renforcement des pouvoirs des forces de l'ordre à l'égard des personnes prostituées a donné lieu à des dérapages (comme la violation des règles de procédure et les violences policières)⁷. Si tous les agents des forces de l'ordre ne sont certes pas concernés par de tels actes, il n'en demeure pas moins que le rapport à la police des personnes prostituées est dès lors peu propice au dépôt d'une plainte. Et l'*impunité latente* qui en découle pour les infractions touchant les personnes prostituées les expose encore davantage à la violation de leurs droits.

Il est dit que plus une personne est marginalisée, moins elle se rend d'elle-même dans les lieux de soins⁸. Pourquoi en irait-il autrement des lieux d'accès au droit ? En effet, le dispositif d'accès au droit est actuellement conçu comme la réponse à une demande juridique⁹, ce qui implique d'être capable de formuler une demande, de

4. Loi n° 2003-239, entrée en vigueur le 19 mars 2003.

5. Le nouvel article 225-10-1 du Code pénal punit de 2 mois d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende « le fait, par tout moyen, y compris par une attitude passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération ». La simple tentative de racolage passif suffit (art. 225-11 C. pén.). Remarquons que la répression du racolage passif avait été abandonnée au début des années 1990 en raison de l'arbitraire en découlant nécessairement.

6. V., J. Vernier, « La Loi pour la sécurité intérieure : punir les victimes du proxénétisme pour mieux les protéger ? », in M.-E. Handman et J. Mossuz-Lavau (dir.), *La prostitution à Paris*, La Martinière, 2005, p. 121-152.

7. V. le très récent rapport de la Commission nationale Citoyens-Justice-Police, *De nouvelles zones de non droit : Des prostituées face à l'arbitraire policier*, 2006. V. sur le site www.ldh-france.org.

8. V. les propos de P. Fernandez dans l'ouvrage de S. Escots (dir.), *Travail de rue et personnes à la marge*, Erès, 2005, p. 26.

9. Jusqu'à présent, les efforts réalisés ont essentiellement consisté à rendre géographiquement plus accessibles les permanences juridiques gratuites. Mais de récentes initiatives ont voulu prendre en compte d'autres facteurs. Par exemple, le barreau de Paris offre depuis 2003 un premier accueil dans un

savoir où et à qui l'adresser et de se déplacer jusqu'au local concerné¹⁰. Il est donc apparu nécessaire d'adopter une démarche dite « proactive » en allant informer les personnes prostituées de leurs droits sans attendre que soit exprimée une demande juridique¹¹. Dans cette perspective, nous examinerons deux pistes : la première serait de mettre les juristes dans la rue (d'aucuns diront sur le trottoir) et la seconde de mettre les personnes prostituées au droit.

I. LE JURISTE DE RUE, PLUS Q'UN CONCEPT, UN MÉTIER À INVENTER

Des associations effectuent d'ores et déjà un travail de proximité en allant au-devant des personnes prostituées pour mener auprès d'elles des actions de prévention sanitaire et/ou de réinsertion sociale. Dans une approche pluridisciplinaire, leurs équipes mobiles de terrain regroupent généralement un membre du corps médical, un travailleur social ou une animatrice de prévention¹², et éventuellement une médiatrice culturelle¹³. Mais de juriste, il n'y a point sur le terrain. Ce sont donc les membres des équipes telles qu'elles existent qui se font le relais des demandes juridiques identifiées comme telles par eux¹⁴.

Or, si pour la prévention sanitaire, il faut commencer par exposer en quoi consistent les maladies et comment les prévenir avant de voir apparaître des ques-

bus, lieu plus ouvert et moins formel, qui stationne dans certains arrondissements à des horaires plus souples (soirée et week-end).

10. Selon F. Ovaere, cette démarche nécessairement active est d'autant plus difficile que le juriste, représentant la justice (l'institution) à laquelle on craint d'avoir affaire juste après la police, peut faire peur (« Les besoins juridiques des personnes en situation de grande précarité : pour un véritable accès au droit », in *Revue juridique des barreaux* janvier/mars 1998, n° 50).

11. Selon J.-F. Brocart (« La politique du Conseil départemental de l'accès au droit », in Centre de recherche en droit privé, *L'accès au droit*, Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002, p. 87), la démarche traditionnelle, consistant à informer et à conseiller en réponse à une demande, apparaît aujourd'hui insuffisante. Il estime qu'il est désormais nécessaire de cibler les publics justifiant un accompagnement individualisé et un traitement actif de leur situation, seuls de nature à lutter contre les phénomènes d'exclusion.

12. L'animatrice de prévention est une personne issue du milieu prostitutionnel embauchée par les associations dite « de santé communautaire » pour assurer une action de prévention auprès de leurs pairs. Selon L. Mathieu (*La prévention sur le trottoir, Bus de nuit*, Paris, Éditions Textuel, coll. « Le génie associatif : 10 portraits », 2001, p. 70), elle permet non seulement que s'instaure plus facilement une relation de confiance nécessaire à la bonne réception des messages de prévention mais aussi que l'action de prévention soit menée en adéquation avec les besoins réels des personnes prostituées.

13. La médiatrice culturelle n'est quant à elle pas forcément issue du milieu « prostitutionnel » ; elle est surtout de la même origine que le public visé et en parle la même langue. Son travail dépasse la simple traduction puisqu'il s'agit plus largement de « décoder » les comportements des différents interlocuteurs (membres associatifs comme personnes prostituées).

14. L'accès au droit des personnes prostituées dépend donc de l'accès au droit d'intermédiaires (dans les cas où ils n'ont pas reçu de formation juridique). J.-P. Bourgois parle de continuum des besoins et de continuité des demandes (« Les nouvelles technologies de l'information et de la communication et l'accès au droit : entre marché et service public », in Centre de recherche en droit privé, *L'accès au droit, préc.*, p. 55).

tions, pour une *prévention juridique*, il faudrait commencer par leur exposer quels sont leurs droits et comment les faire valoir. À cette étape, ce ne serait plus la personne prostituée qui serait en position de demandeur et qui s'exposerait à un éventuel refus, mais le juriste qui offrirait une information juridique quitte à ce que cette offre soit déclinée par la personne prostituée.

Le juriste est en effet le plus à même non seulement de transmettre les informations juridiques supposées pertinentes en l'absence de demande mais aussi de détecter les questions d'ordre juridique qui pourraient survenir afin d'y répondre. Il ne s'agit évidemment pas d'offrir des consultations juridiques dans les minibus ou dans la rue. Les conditions minimales de confidentialité ne pourraient être remplies. Tout comme pour la prévention sanitaire qui donne lieu à une orientation vers le dispositif de droit commun, afin de ne pas perpétuer leur stigmatisation, la prévention juridique devrait aboutir, le cas échéant, à une orientation vers les permanences juridiques offertes à toute personne, à tout étranger ou à toute victime d'infraction¹⁵.

Il ne suffirait cependant pas d'être juriste et dans la rue pour exercer le métier de « juriste de rue ». Aller à la rencontre d'un public particulier dont les besoins sont supposés mais ne font pas l'objet d'une demande nécessite un savoir-parler, voire un savoir-se taire¹⁶, et un savoir-faire qui ne peuvent s'apprendre sur le terrain qu'au prix d'un certain nombre d'échecs¹⁷. Une formation préalable s'imposerait donc.

De plus, les personnes prostituées étant aujourd'hui pour la plupart étrangères, la mise en place d'une *médiation culturelle* semble incontournable afin de s'assurer que le message juridique transmis est correctement reçu. Pour aider à cette transmission et à l'apparition de questions, des outils devraient être fournis au juriste de rue : tout comme les préservatifs qui sont à la fois outils de prévention et de médiation, des supports d'information devraient être distribués par le juriste de rue. En pratique, ces supports d'information sont bien souvent déjà là¹⁸.

L'intervention d'un juriste de rue s'inscrirait ainsi parfaitement dans l'approche pluridisciplinaire qui vise à permettre une appréhension globale des difficultés ren-

15. Pour qu'un tel passage de relais soit opérationnel, il est cependant indispensable que le service vers lequel la personne est orientée puisse la recevoir dans une langue qu'elle comprend.

16. J. Faget évoque les techniques utilisées pour approfondir la demande, à savoir le silence, l'écho et la reformulation (« Regard sociologique sur l'accès au droit », in Centre de recherche en droit privé, *L'accès au droit*, préc., p. 130 et 132). X. Richaume et N. Chambron insistent, quant à eux, sur la patience, l'écoute, l'attention, pour que les usagers extériorisent leurs problèmes et les clarifient eux-mêmes (X. Richaume et N. Chambron, *Accès au droit des populations de Guyane : Rapport d'enquête*, CERF, CDAJ de la Guyane, p. 24).

17. Par échecs, il faut entendre non seulement un échec en terme de prévention en cas de message mal transmis mais aussi un échec personnel pour le juriste. En effet, le travail de rue est un métier difficile qui demande de l'endurance. V. l'ouvrage de S. Escots (préc.).

18. Quelques mois après l'entrée en vigueur de la LSI, le collectif parisien Droits et Prostitution a ainsi publié en plusieurs langues une brochure d'information intitulée *Vos droits* qui a ensuite été distribuée sur les lieux de prostitution. Cette brochure énonce quels sont les droits de tous en cas de contrôle d'identité, de garde à vue, de comparution immédiate, de rétention administrative et d'agression.

contrées par la personne. Car il ne suffit pas d'identifier les compétences et les limites de chaque profession, ni de les conjuguer entre elles de telle sorte qu'aucune demande ne se retrouve sans réponse (en prenant en compte l'angle mort spécifique à chaque profession¹⁹), il faut encore réunir les conditions nécessaires à l'apparition de cette demande dans sa globalité.

II. LES PERSONNES PROSTITUÉES COMME PROMOTEURS JURIDIQUES

Les juristes et les autres membres associatifs ne sont bien évidemment pas les seuls à pouvoir faire prendre conscience aux personnes prostituées qu'elles sont titulaires de droits. Les personnes prostituées elles-mêmes peuvent être les promotrices de leurs droits, voire même du droit auprès des personnes prostituées qui ne seraient pas atteintes (au sens propre comme figuré) par les associations. Certaines associations ont ainsi organisé des formations ponctuelles (séances d'information) dans des domaines juridiques les touchant au quotidien. Si les personnes présentes cherchent surtout à trouver réponse à leur cas particulier, elles n'en acquièrent pas moins des connaissances plus générales susceptibles d'être (re)transmises.

Mais il serait possible d'aller encore plus loin, à l'exemple des expériences qui ont été menées dans des pays comme le Togo et l'Argentine²⁰. Après avoir repéré les membres du groupe visé qui ont une influence, du moins une audience, auprès des autres membres de ce groupe, des associations leur ont offerts une formation juridique plus approfondie en vue de les voir exercer le métier de *para-juriste*. Leur mission consiste à engager un processus d'appropriation du droit²¹ en faisant office de passerelle entre les membres du groupe et les lieux où accéder au droit²². Ces initiatives connaissent cependant une limite non négligeable : elles s'appuient sur les rapports de pouvoir existant au sein du groupe concerné et peuvent, par conséquent, les conforter.

En résumé, pour que les personnes prostituées, certes sujets de droit, deviennent véritablement les acteurs de leurs droits, il apparaît nécessaire de renforcer le dispositif actuel d'accès au droit. Deux pistes ont ici été évoquées : celle du juriste de rue

19. En 2001, la Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice avait estimé nécessaire de prendre en compte les « points aveugles » propres aux juristes et aux non juristes ; elle avait conseillé de former les travailleurs sociaux en droit et les juristes sur les publics et les politiques publiques les concernant au moyen de formations communes ou croisées (Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice, *La réforme de l'accès au droit et à la justice*, Rapport à la garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, 2001, p. 32-33 et 57-60).

20. V. le site www.agirledroit.org.

21. G. Nicolau estime que s'assurer de l'effectivité du droit applicable, et non plus seulement en améliorer la possibilité théorique, reviendrait à dépasser considérablement le champ juridique : un sujet titulaire de droits subjectifs qui s'approprie le droit devient un acteur politique (*préc.*).

22. J. Faget parle d'émergence d'un deuxième âge de l'accès au droit à propos de ce mouvement de socialisation juridique des populations (*préc.*).

incitant au dialogue juridique en allant à la rencontre des personnes prostituées et celle des promoteurs juridiques que peuvent être les personnes prostituées elles-mêmes. Mais, quand bien même les personnes prostituées accèderaient au droit, elles n'accèderaient pas pour autant à la justice.

III. PRODUIRE ET GARANTIR UN DROIT D'ACCÉDER À LA JUSTICE

Le premier obstacle notable à l'accès à la justice des personnes prostituées est *un obstacle légal*. Lorsqu'elles sont en situation administrative précaire, le principe voudrait en effet qu'elles n'aient pas accès à la justice. D'une part, elles sont dans l'impossibilité de demander réparation de leur préjudice devant la Commission d'indemnisation des victimes d'infraction (CIVI) lorsqu'elles sont en situation irrégulière²³. Dans ces circonstances, elles ne peuvent obtenir réparation dès lors que l'auteur de l'infraction est inconnu ou insolvable. D'autre part, rien ne les met à l'abri d'un éloignement du territoire, avant de pouvoir faire valoir leurs droits ou au cours de la procédure engagée. C'est là priver de toute substance leur droit à réparation et leur droit au juge²⁴. La LSI a bien prévu la possibilité de délivrer une autorisation provisoire de séjour (APS) de 6 mois²⁵ à celles d'entre elles qui porteraient plainte ou témoigneraient contre des proxénètes ou des trafiquants d'êtres humains. Cette disposition ne vise cependant pas à garantir l'accès à la justice des victimes de ces infractions mais seulement à faciliter l'enquête et les poursuites pénales à l'encontre de leurs auteurs; seules les victimes utiles tendent à en bénéficier. Pour les victimes n'entrant pas dans cette catégorie, reste l'espoir de se voir délivrer par le préfet un titre de séjour sur critères humanitaires. Il s'agirait ici de développer des *stratégies jurisprudentielles* fondées, par exemple, sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁶, à partir de dossiers individuels en vue de produire un droit d'accéder à la justice pour tous²⁷.

23. Art. 706-3 C. pr. pén.

24. La Cour européenne des droits de l'homme a dégagé le droit au juge en s'appuyant sur la théorie de l'effectivité des droits de l'homme. Ce droit a également été consacré par le Conseil constitutionnel le 9 avril 1996.

25. Le projet de loi déposé le 29 mars 2006 relatif à l'immigration, transposant la directive européenne 2004/81/CE, prévoit de modifier l'article L. 316-1 du CESEDA : l'APS serait remplacée par une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale », moins stigmatisante.

26. Sur ce terrain, la Cour européenne des droits de l'homme a consacré le droit d'accéder au juge pour obtenir réparation d'un préjudice, y compris en se constituant partie civile au procès pénal (affaire Pérez du 12 février 2004), peu importe sa situation administrative (affaire Pham Hoang du 25 septembre 1992). Ce droit peut néanmoins connaître des restrictions à condition d'être proportionnées et de ne pas l'atteindre dans sa substance (req. n° 32175/96 du 14 janvier 1998).

27. Sur ce type d'action, v. L. Israël, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering », in *Droit et société* 2001, n° 49, p. 793-824. Il faut cependant attendre plusieurs années avant de voir aboutir une telle démarche, sans certitude de voir améliorée la situation de la personne concernée, éventuellement éloignée du territoire, ce qui peut la décourager à l'entamer ou la poursuivre.

Un autre obstacle susceptible de toucher toutes les personnes prostituées qui auraient à faire face à l'auteur de l'infraction en cas d'exercice de l'action civile, c'est *la peur* (peur des représailles²⁸, peur que son entourage découvre son activité, peur de la justice, etc.). En principe, l'action civile en réparation du dommage causé par une infraction appartient à ceux qui en ont souffert personnellement et directement²⁹. Mais, par dérogation légale, des associations peuvent être habilitées à déclencher l'action publique en se constituant partie civile. Le poids du procès pourrait ainsi être porté par ce type d'associations³⁰ en cas de proxénétisme ou d'infractions s'y rattachant³¹ ou de violences sexuelles³², par exemple. Conjuguée à la possibilité d'organiser l'anonymat de l'éventuel témoignage de la victime³³, cette démarche permettrait l'obtention d'une *réparation pour le compte de la victime* sans que celle-ci soit confrontée à l'auteur³⁴.

*

* *

Pour conclure, il existerait des moyens de réduire « la *fracture juridique* » et donc « la *fracture sociale* » à l'égard des personnes prostituées sur la voie publique³⁵ : rendre plus accessibles le juriste, l'information juridique et le juge. Leur plein accès au droit et à la justice restera cependant improbable tant que la loi à leur égard continuera d'être avant tout répressive.

28. Un des apports de l'enquête nationale sur les violences envers les femmes en France (ENVEFF) a été de montrer que plus la victime d'une infraction connaissait l'auteur et les faits étaient graves, moins une plainte de sa part était probable. *Quid* des personnes prostituées sans doute plus exposées et vulnérables que les répondantes ? Voir l'analyse de l'enquête par D. Fougeyrollas-Schwebel et M. Jaspard (« Violences envers les femmes : démarches et recours des victimes. Les apports de l'enquête ENVEFF », in APC 2002, n° 24, p. 125-146).

29. Art. 2 C. pr. pén.

30. La Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice avait, pour sa part, fait la proposition suivante : les associations agréées pourraient engager une action sur le principe de la responsabilité, à l'issue de laquelle les personnes intéressées n'auraient plus qu'à demander le bénéfice de la décision de principe en déposant une simple requête (*préc.*).

31. Loi n° 75-229 du 9 avril 1975.

32. Art. 2-2 C. pr. pén.

33. Art. 706-57 et s. C. pr. pén.

34. Notons que des associations de terrain hésitent à s'engager sur cette voie par peur de représailles sur leurs membres et de voir une partie de leur public empêchée de les fréquenter. Il serait alors pertinent de confier cette tâche à une association distincte (de par son nom, ses locaux, ses membres, etc.) de celles qui interviennent sur le terrain.

35. Termes empruntés à D. Peyrat (magistrat) selon qui « la fracture juridique aggrave la fracture sociale ». V. sur le site www.agirledroit.org.

Que faire des nouvelles règles pénitentiaires européennes adoptées par le Conseil de l'Europe, le 11 janvier 2006 ?

Pierre V. Tournier

*Centre d'histoire sociale du xx^e siècle (UMR CNRS 8058,
axes « politiques pénales et pénitentiaires »)*

Le 11 janvier 2006, le Conseil de l'Europe adoptait une nouvelle version des règles pénitentiaires européennes (RPE)¹, texte qui n'avait pas été actualisé depuis 1987.

Le Comité des ministres « recommande aux gouvernements des États membres :
– de suivre dans l'élaboration de leurs législations ainsi que de leurs politiques et pratiques des règles contenues dans l'annexe à la présente recommandation qui remplace la recommandation n° R (87) 3 du Comité des ministres sur les Règles pénitentiaires européennes ;

– de s'assurer que la présente recommandation et son exposé des motifs soient traduits et diffusés de façon la plus large possible et plus spécifiquement parmi les autorités judiciaires, le personnel pénitentiaire et les détenus eux-mêmes »².

Reçu au cabinet du garde des Sceaux, dans le cadre d'une délégation du collectif « Octobre 2001 »³, quelques jours avant l'adoption de règles, nous nous sommes vus rappeler que ce texte n'était pas contraignant. Quant à la diffusion de la recom-

1. V. les extraits en annexe 1.

2. Conseil de l'Europe, *Les règles pénitentiaires européennes*, recommandation REC (2006)2, adoptées par le Comité des ministres le 11 janvier 2006, 66 pages. GENEPI, « Les nouvelles règles pénitentiaires européennes », *Passe Muraille* mars-avril 2006, n° 3, 7-32.

3. Le collectif « Octobre 2001 » a été créé en 2000 dans la perspective du XX^e anniversaire de l'abolition de la peine de mort, en France en octobre 2001 (loi du 9 octobre 1981). Travaillant sur la thématique « Comment sanctionner le crime dans le respect des droits de l'homme ? », il comprend aujourd'hui 16 organisations.

mandation, le conseiller du ministre eut une formule des plus explicites « Le garde ne s'opposera pas à la diffusion des règles ». L'État de droit était sauf.

Alors que ces nouvelles règles faisaient encore l'objet de consultations dans les États membres, Alain Cugno, professeur de philosophie, en avait souligné toute l'importance politique, lors d'une réunion publique du collectif « Octobre 2001 », le 2 décembre 2004, à l'Hôtel de Ville de Paris. Alain Cugno concluait sa brillante analyse du texte provisoire de la façon suivante : « De même que dire le droit consiste souvent à dire "Assez !" à quelqu'un, pour qu'il ouvre les yeux sur ce qu'il fait, de même il faut dire "Assez !" à notre manière de considérer la prison. Cette voix ne peut venir que de l'extérieur, il n'y a pas d'autres manières de s'y prendre qui peuvent nous débarrasser de nos œillères. C'est précisément la tâche de ces règles européennes que d'effectuer une telle ouverture du regard ».

I. CELA SE PASSE À STRASBOURG

A. AU SEIN DU CONSEIL DE L'EUROPE...

Organisation intergouvernementale créée le 5 mai 1949 (traité de Londres signé par dix États) le Conseil de l'Europe a pour objectif de défendre et promouvoir les droits de l'homme, la démocratie pluraliste et l'État de droit. C'est aujourd'hui 46 États membres, c'est une Europe de plus de 800 millions « d'européens » qui englobe l'Union européenne mais s'étend bien au delà des frontières de « l'Europe de Bruxelles » jusqu'à celles de l'Iran et de l'Irak (la Turquie en est membre depuis 1949) et jusqu'à celles de la Chine (la Fédération de Russie a fait son entrée en 1996).

Celles et ceux qui s'intéressent aux questions pénales connaissent généralement bien ses deux instances phares : la *Cour européenne des droits de l'homme* (CEDH) et le *Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants* (CPT).

La « machine » qui produit conventions et recommandations dans le domaine pénal et de la justice pénale est nettement moins connue. Ces activités sont impulsées et mises en œuvre par le *Comité européen pour les problèmes criminels* (CDPC), instance constituée des 46 délégations gouvernementales des États membres qui se réunit en séance plénière, au Palais de l'Europe, à Strasbourg, une fois par an. C'est cette structure — aidée d'un *bureau* du CDPC — qui va finaliser les recommandations avant qu'elles ne soient définitivement adoptées par le *Comité des ministres* (ministres des Affaires étrangères ou leurs représentants permanents).

Dans le domaine de l'exécution des mesures et sanctions pénales, en milieu fermé comme en milieu ouvert, les recommandations sont préparées par le *Conseil de coopération pénologique* (PC-CP) avant qu'elles ne soient soumises au CDPC. Le PC-CP est constitué de 7 membres élus à titre personnel, mais avec l'accord de leur gouvernement, par le CDPC ; ce sont des hauts fonctionnaires — directeurs géné-

raux des prisons et/ou du milieu ouvert, responsables des politiques pénales — des hauts magistrats ou plus rarement des universitaires. Le Conseil est depuis peu présidé par notre collègue Sonja Snacken, professeur de criminologie à l'Université de Bruxelles (VUB), ancienne présidente de la *European Society of Criminology* (ESC), qui a souvent effectué des missions pour le compte du CPT⁴.

B. ... LE RÔLE DU CONSEIL DE COOPÉRATION PÉNOLOGIQUE

Pour mener à bien la rédaction d'une recommandation, conformément au mandat qui lui est donné par le CDPC, le *Conseil de coopération pénologique* a deux solutions. La plus économique consiste, pour les 7 membres du PC-CP à faire le travail eux-mêmes, aidés par un, deux ou trois experts — nommés à titre strictement personnel — qui se trouvent ainsi associés aux deux réunions par an du Conseil, le temps de l'élaboration de la recommandation. Ce fut le cas pour la recommandation sur la surpopulation des prisons et l'inflation carcérale comme pour la recommandation sur le libération conditionnelle⁵. Seconde solution : il demande que soit constitué un comité *ad hoc* d'experts⁶ issus d'une quinzaine de pays et chargé de préparer le texte de la recommandation. C'est la solution qui fut retenue pour la préparation de la recommandation sur les nouvelles règles pénitentiaires comme pour celle relative à la gestion des condamnés à perpétuité et des condamnés à de longues peines⁷. Qui prend l'initiative d'élaborer une recommandation sur telle ou telle question ? C'est très variable. L'initiative peut venir du *Secrétariat général* du Conseil de l'Europe (la structure exécutive de l'organisation), elle peut naître au sein du CDPC, portée par telle délégation gouvernementale, ou au sein du bureau du CDPC, groupe restreint qui se réunit plus fréquemment, ou dans le cadre du Conseil de coopération pénologique sur proposition d'un de ses membres, voire d'un expert. C'est ainsi que le projet de réécriture des règles pénitentiaires a été présenté par Norman Bishop (Suède), en août 2000⁸. Il faudra donc attendre 5 ans et demi pour que la recommandation soit définitivement adoptée.

Ajoutons à cette description trop rapide, que les fonctionnaires du Secrétariat

4. Le Conseil comprend actuellement deux francophones : André Vallotton (Suisse) et Xavier Ronsin, avocat près la cour d'appel de Rennes.

5. Conseil de l'Europe, *Le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale*, recommandation N°R (99)22, adoptée par le Comité des ministres le 30 septembre 1999 et rapport élaboré avec l'assistance de A. Kuhn, P. V. Tournier et R. Walmsley, Éditions du Conseil de l'Europe, coll. « Références juridiques », 2000, 212 pages. Conseil de l'Europe, *La libération conditionnelle*, recommandation REC (2003)22, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, le 24 septembre 2003 et exposé des motifs, 59 pages.

6. Ces experts peuvent être des chercheurs ou des universitaires, mais aussi des « praticiens » : hauts fonctionnaires, magistrats, médecins, directeurs d'établissement pénitentiaire, etc.

7. Conseil de l'Europe, *La gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue peine*, recommandation REC (2003) 23, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 9 octobre 2003 et exposé des motifs.

8. N. Bishop, *Les règles pénitentiaires européennes : pourquoi elles devraient être révisées*, Éditions du Conseil de l'Europe, PC-CP (200)23, 12 pages.

général (administrateurs, chargés de mission, etc.) jouent un rôle essentiel dans tout ce processus. Ils assurent la permanence face à des acteurs qui ne sont à Strasbourg que de façon épisodique (au mieux trois à quatre fois par an, pour des séjours de deux à cinq jours).

II. VOUS AVEZ DIT RECOMMANDATIONS?

Une recommandation du Conseil de l'Europe n'est pas un texte contraignant, sur le plan juridique, pour les États qui le signent. Rien à voir avec une convention, ou avec une directive adoptée par l'Union européenne. Aussi, la recommandation une fois adoptée par consensus, doit-on s'attendre à des positionnements bien différents de nos gouvernants selon les préoccupations politiciennes du moment, ou plus noblement selon les idéologies qui sous-tendent leurs politiques. Reste qu'adopter une recommandation du Conseil de l'Europe, à Strasbourg, devrait représenter un engagement politique fort, une promesse morale de ne pas prendre, à Londres, Berlin ou Paris, des décisions, sur le plan législatif ou réglementaire, qui aillent à l'encontre de ce que l'on a recommandé à tous de faire.

On trouve pourtant une constante dans notre pays, au delà des alternances politiques : le peu d'intérêt des parlementaires — dont certains pourtant siègent à l'*Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe*⁹ — comme de l'exécutif pour ce qui se passe à Strasbourg. Ainsi la condition première pour que ces recommandations aient quelques chances d'être suivies d'effet, c'est qu'elles soient connues des membres du Parlement français, des administrations concernées — et ce à tous les niveaux —, de l'ensemble des acteurs du champ pénal, de la « société civile organisée » qui peut jouer le rôle, bénéfique en la circonstance, de groupe de pression, et des citoyens dans leur ensemble. Le Conseil de l'Europe n'a évidemment les moyens, ni de médiatiser ses travaux, ni d'en assurer une diffusion massive dans l'ensemble des États membres, ce qui exigerait d'ailleurs la traduction dans un très grand nombre de langues différentes (il n'y a que deux langues officielles dans l'organisation, le français et l'anglais). À aucun moment du long processus de création une recommandation ne fait « événement ». Ajoutons que la présence du siège de l'organisation sur notre territoire ne crée en rien une appétence particulière des médias nationaux. Aussi la responsabilité de la diffusion des recommandations revient-elle au gouvernement de chaque pays.

On peut affirmer sans risque d'être contredit que le gouvernement français, qu'il soit de gauche ou de droite, n'a rien fait pour diffuser la recommandation du 30 septembre 1999 sur la surpopulation et l'inflation carcérale, rien pour celle du

9. À quelques exceptions, nous pensons, par exemple à Michel Dreyfus Schmidt (sénateur socialiste), à Michel Hunault (député UDF), très actifs sur ces questions. Cette Assemblée est un organe délibératif composé de représentants désignés par les parlements nationaux des 46 États membres. À ne pas confondre avec le *Parlement européen* de l'Union européenne, élu au suffrage universel.

29 novembre 2000 sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté (Lionel Jospin était Premier ministre), rien pour celle du 24 septembre 2003 sur la libération conditionnelle ou du 9 octobre 2003 sur la gestion des condamnés à perpétuité et à de longues peines (Jean-Pierre Raffarin était encore à Matignon).

Naturellement des chercheurs ont fait leur travail d'analyse¹⁰ et la société civile a commencé à se mobiliser face à l'impéritie de l'État. Ainsi la Fédération des associations Reflexion Action Prison et Justice (Farapej) a-t-elle organisé, en coopération avec l'Association française de criminologie (AFC), un colloque européen, les 23 et 24 novembre 2001, qui s'est tenu dans la salle d'audience de la Cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg, sur le thème « Les règles pénitentiaires européennes, un outil pour l'action des associations ». Le 13 décembre 2003, le collectif « Octobre 2001 » adressait une lettre ouverte à Dominique Perben, garde des Sceaux, concernant l'application des recommandations de 1999 et de 2003 et demandant une audience. Ce courrier, courtois et documenté, signé par des organisations représentant des dizaines de milliers d'adhérents, restera sans réponse¹¹. En 2004, le collectif « Octobre 2001 » a continué à prendre nombre d'initiatives pour faire en sorte que l'on parle et que l'on débattenne des orientations définies par le Conseil de l'Europe. Les associations doivent poursuivre ce travail d'explication et de mobilisation.

III. RETOUR SUR LE FUTUR

C'est en nous inspirant des travaux les plus récents du Conseil de l'Europe que nous avons été amenés à prendre parti, en 2005, dans le débat parlementaire sur le traitement de la récidive. Nous avons proposé six axes de priorité dans la perspective des élections présidentielles et des élections législatives de 2007 : six mesures pour transformer la condition pénitentiaire¹².

10. V. les publications en français et en anglais du CESDIP : P. V. Tournier, « Prisons d'Europe, inflation carcérale et surpopulation », *Questions Pénales* 2000, XIII, 2, 4 pages. P. V. Tournier, « The prisons of Europe, Prison Population Inflation and Prison Overcrowding », *Penal Issues* 2001, n° 12, 6-9. P. V. Tournier, « Alternatives à la détention en Europe », *Questions Pénales* 2002, XV, 4, 4 pages. P. V. Tournier, « Alternatives to detention in Europe », *Penal Issues* 2003, 14, 15-17. V. aussi, P. V. Tournier, « Les modèles de libération sous condition dans les États membres du Conseil de l'Europe : entre principe d'égalité et individualisation, le pragmatisme », *Champ pénal, Penal Field* 2004, www.champpenal.revues.org. P. V. Tournier, *La recommandation REC (2003)22 du 24 septembre 2003. Plaidoyer pour la libération conditionnelle*. Conférence *ad hoc* des directeurs d'administration pénitentiaire (CDAP) et de service de probation, Rome, 25-27 novembre 2004, Éditions du Conseil de l'Europe, CDAP (2004)1, 11 pages.

11. Lettre publiée dans AFC-Info février 2004, n° 14, 9-11.

12. Une description succincte de ces propositions a été présentée in P. V. Tournier, « Pour un service public pénitentiaire dont nous n'aurions plus honte », *Passe Murailles* novembre-décembre 2005, n° 1, Bloc-notes, 19-20.

A. LE CONTRÔLE EXTÉRIEUR DES PRISONS

Les règles pénitentiaires précisent à l'article 92, sous le titre Inspection gouvernementale : « Les prisons doivent être inspectées régulièrement par un organisme gouvernemental, de manière à vérifier si elles sont gérées conformément aux normes juridiques nationales et internationales, et aux dispositions des présentes règles ». Et dans l'article 93, sous le titre Contrôle indépendant : « Les conditions de détention et la manière dont les détenus sont traités doivent être contrôlées par un ou des organes indépendants, dont les conclusions doivent être rendues publiques. Ces organes de contrôle indépendants doivent être encouragés à coopérer avec les organismes internationaux légalement habilités à visiter les prisons ».

Nous proposons que ce contrôle indépendant soit confié à la *Commission nationale de déontologie de la sécurité*, autorité administrative indépendante, créée par la loi 2000-494 du 6 juin 2000. Ses compétences seront donc élargies et les moyens de son fonctionnement assurés. La question du « contrôle extérieur » a été fort bien instruite par la commission mise en place par Élisabeth Guigou alors garde de Sceaux et présidée par Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation. Son rapport fut déposé en mars 2000¹³ : cinq ans plus tard, ne serait-il pas temps d'agir ? D'autant plus que la France a signé, à l'occasion de la 60^e session de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies (ONU), le Protocole facultatif à la Convention des Nations unies contre la torture. Il prévoit un système d'inspections régulières des lieux de détention afin de prévenir des pratiques abusives et d'améliorer les conditions de détention.

B. DES HOMMES ET DES FEMMES DEBOUT

Sous le titre Régime pénitentiaire, les règles pénitentiaires européennes (RPE) précisent, dans l'article 25, les points suivants : « Le régime prévu pour tous les détenus doit offrir un programme d'activités équilibré. Ce régime doit permettre à tous les détenus de passer chaque jour hors de leur cellule autant de temps que nécessaire pour assurer un niveau suffisant de contacts humains et sociaux. Ce régime doit aussi pourvoir aux besoins sociaux des détenus. » Dans les prisons françaises, il y a urgence à lutter contre l'oisiveté en détention. Chaque personne détenue pourra bénéficier d'une, au moins, des solutions suivantes :

- a. un emploi ;
- b. une formation générale et/ou professionnelle ;
- c. des activités culturelles et/ou de formation à la citoyenneté.

Pour chacune de ces activités les personnes détenues (prévenues ou condamnées) recevront une rémunération et/ou un revenu minimum de préparation à la sortie (RMPS).

13. Commission Canivet, Commission pour l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, *Rapport à Madame le garde des Sceaux*, 2000.

C. L'EXERCICE DE LA CITOYENNETÉ EN DÉTENTION

Dans une des premières étapes de la réécriture des RPE, on a pu lire ceci : « Sous réserve des impératifs de bon ordre, de sûreté et de sécurité, les détenus doivent être autorisés à se réunir pour débattre de questions d'intérêt commun. Les autorités pénitentiaires doivent encourager les comités représentant les détenus à communiquer avec elles concernant les modalités de l'emprisonnement ».

Une telle rédaction, proposée par le *Conseil de coopération pénologique*, formé de personnalités de haut rang de sept pays européens a dû effrayer, par son audace, plus d'un gouvernement (dont le nôtre). La version définitive de l'article 50 est plus « soft ». Sous le titre *Bon ordre. Approche générale*, on trouve cette recommandation : « Sous réserve des impératifs de bon ordre, de sûreté et de sécurité, les détenus doivent être autorisés à discuter de questions relatives à leurs conditions générales de détention et doivent être encouragés à communiquer avec les autorités pénitentiaires à ce sujet ». Peu importe la façon de l'exprimer : il nous paraît impératif de créer, dans la loi et dans les faits, les conditions d'une véritable participation des détenus à l'organisation de la vie en détention, en s'inspirant de ce qui se fait chez nos partenaires européens. Il s'agit là d'un sujet tabou en France : la question fut pourtant abordée au sein du *Conseil d'orientation stratégique* (COS) constitué, en 2001, par Marylise Lebranchu, alors ministre de la Justice, en vue de la préparation de la loi pénitentiaire. Mais, dans la dernière version de ce qui est resté à l'état de proposition, on ne trouve aucune avancée réelle sur le sujet. Dans son article 56, la proposition parle d'*exercice de la citoyenneté* à propos de l'enseignement, de formation professionnelle et des actions culturelles sportives et de loisirs organisés en prison. L'exercice de la citoyenneté n'exige-t-il pas de mettre en place des processus de délégations légaux, meilleur moyen de lutter contre le « caïdat »¹⁴ ?

D. *NUMERUS CLAUSUS* EN MILIEU FERMÉ COMME EN MILIEU OUVERT

En ce qui concerne les locaux de détention, les RPE apportent les précisions suivantes : « Chaque détenu doit en principe être logé pendant la nuit dans une cellule individuelle, sauf lorsqu'il est considéré comme préférable pour lui qu'il cohabite avec d'autres détenus. Une cellule doit être partagée uniquement si elle est adaptée à un usage collectif et doit être occupée par des détenus reconnus aptes à cohabiter. Dans la mesure du possible, les détenus doivent pouvoir choisir avant d'être contraints de partager une cellule pendant la nuit »¹⁵.

14. Le club « DES Maintenant en Europe », a organisé le 4 avril 2006, à Paris, un débat public sur ce thème, avec Norman Bishop (« La participation des personnes détenues à l'organisation de la vie en détention », v. la revue électronique *Champ Pénal*, *Penal Field* en ligne sur www.champpenal.revues.org).

15. Art. 18 al. 4 à 7.

La situation actuelle ne permet évidemment pas de respecter cette recommandation. L'effectif de la population sous écrou est de 61 099 (métropole et outre-mer), soit 97,4 personnes écrouées pour 100 000 habitants. En excluant les 1 473 condamnés placés sous surveillance électronique et les 323 condamnés placés à l'extérieur sans hébergement, on obtient une densité carcérale de 59 303 détenus pour 50 302 places opérationnelles, soit 118 détenus pour 100 places. Les condamnés « placés » représentent aujourd'hui 2,9 % des personnes écrouées. 7 établissements ou quartiers ont une densité égale ou supérieure à 200 %, 42 ont une densité comprise entre 150 et 200 %, 78 entre 100 et 150 %. 101 ont une densité inférieure à 100 %.

Aussi pensons-nous qu'il est nécessaire de mettre en place un système de contrôle strict de non-dépassement des capacités de placements sous main de justice¹⁶. Il s'agit donc du placement sous écrou (ensemble des établissements pénitentiaires) mais aussi du placement sans écrou, en milieu ouvert : prévenus sous contrôle judiciaire, condamnés au sursis avec mise à l'épreuve, au travail d'intérêt général ou en libération conditionnelle. Ce qui nécessite de procéder à une évaluation rigoureuse des capacités actuelles du milieu fermé comme du milieu ouvert (question de locaux et de personnels) en distinguant bien les différentes situations juridiquement possibles¹⁷. Cet état des lieux devrait « faire consensus » et permettre de définir, dans le même esprit, le « parc » nécessaire et ... suffisant pour le présent et pour l'avenir, en milieu fermé comme en milieu ouvert. Ce n'est pas une question de divination, mais d'évaluations rigoureuses et de choix politique. Le parc pourrait ensuite évoluer, dans une perspective réductionniste vis-à-vis de la privation de liberté, au profit de prises en charge dans la communauté.

E. LUTTER CONTRE L'INFLATION CARCÉRALE

Devant une telle situation de surpeuplement carcéral, il faut appliquer la recommandation du 30 septembre 1999 du Conseil de l'Europe sur le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale. Cela signifie agir sur trois fronts : le développement des alternatives réduisant les entrées en détention, des alternatives réduisant les durées de détention (sous écrou), des alternatives réduisant le temps passé derrière les murs avec maintien sous écrou. Cette même recommandation, puis celle de 24 septembre 2003, ont montré toute l'importance de la libération conditionnelle dans ce programme.

16. P. V. Tournier (dir.), *Population carcérale et numerus clausus, débat autour d'un concept incertain : contributions et documents*, publication du club « DES Maintenant », septembre 2005, 35 pages.

17. P. V. Tournier, « Mosaïque pénitentiaire : une topologie mouvante », *AJ pénal* 2004. 333-334.

F. REFONDER LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Créée, en France, en 1885, la libération conditionnelle est en crise, depuis des années. Elle est octroyée à une petite minorité des détenus condamnés, alors qu'elle devrait être, selon les orientations élaborées à Strasbourg, la voie normale vers la fin de peine¹⁸. Il faut refonder une libération conditionnelle, appliquée au plus grand nombre, dans des conditions de sécurité satisfaisantes. Aussi doit-elle être au cœur des procédures d'aménagement des peines. Après les lois « Perben II » et « Clément I »¹⁹, il faut donc tout revoir sur le sujet. On pourra se reporter à l'annexe 2²⁰ où nous indiquons quelques principes généraux et le cadre nécessaire à une telle réforme²¹.

*
* *

Nous pensons qu'un tel programme devrait être porté par la création d'un *Secrétariat d'État à l'exécution des mesures et sanctions pénales* placé auprès du garde des Sceaux, ayant pour tâche d'élaborer un nouveau projet de loi pénitentiaire (que nous préférons appeler « loi sur l'exécution des mesures et sanctions pénales », pour en finir, une fois pour toute avec la « pénitence ») qui s'appuierait fermement sur les orientations du Conseil de l'Europe²².

Juin 2006

18. Au cours du 3^e trimestre 2005 (dernières données disponibles), on a recensé, en métropole, 16 957 libérations de condamnés en fin de peine, pour 896 sorties en liberté conditionnelle, soit 5 % de LC.

19. Loi sur le traitement de la récidive des infractions pénales.

20. *V. infra.*

21. Des premiers éléments de la construction qui suit ont été publiés dans : P. V. Tournier, « Solutions contre la récidive », *Libération* 18 juillet 2005, Rebonds, p. 30-31.

22. *V. aussi*, P. V. Tournier, « Politiques sous influence ou recommandations sans effet ? Les politiques pénitentiaires en France et les recommandations du Conseil de l'Europe », *Prison — Justice*, à paraître. P. V. Tournier, *Lutter contre le crime en Europe : l'arme des droits fondamentaux*, conférence inaugurale du congrès pénitentiaire international sur « La fonction sociale de la politique pénitentiaire », organisé à Barcelone, les 30 et 31 mars et 1^{er} avril 2006 par le ministère de l'Intérieur d'Espagne et le département de la Justice de Catalogne, 2006, 11 pages, à paraître.

Extraits des nouvelles règles pénitentiaires européennes*

PARTIE I. PRINCIPES FONDAMENTAUX

Règle 1. Les personnes privées de liberté doivent être traitées dans le respect des droits de l'homme.

Règle 2. Les personnes privées de liberté conservent tous les droits qui ne leur ont pas été retirés selon la loi par la décision les condamnant à une peine d'emprisonnement ou les plaçant en détention provisoire.

Règle 3. Les restrictions imposées aux personnes privées de liberté doivent être réduites au strict nécessaire et doivent être proportionnelles aux objectifs légitimes pour lesquelles elles ont été imposées.

Règle 4. Le manque de ressources ne saurait justifier des conditions de détention violant les droits de l'homme.

Règle 5. La vie en prison est alignée aussi étroitement que possible sur les aspects positifs de la vie à l'extérieur de la prison.

Règle 6. Chaque détention est gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société libre des personnes privées de liberté.

Règle 7. La coopération avec les services sociaux externes et, autant que possible, la participation de la société civile à la vie pénitentiaire doivent être encouragées.

Règle 8. Le personnel pénitentiaire exécute une importante mission de service public et son recrutement, sa formation et ses conditions de travail doivent lui permettre de fournir un haut niveau de prise en charge des détenus.

* Le texte exhaustif des nouvelles règles pénitentiaires européennes ainsi que l'exposé des motifs a été mis en ligne sur le site du collectif « Octobre 2001 » : <http://www.collectif2001.org>.

Règle 9. Toutes les prisons doivent faire l'objet d'une inspection gouvernementale régulière ainsi que du contrôle d'une autorité indépendante. [...]

Règle 12. 1. Les personnes souffrant de maladies mentales et dont l'état de santé mentale est incompatible avec la détention en prison devraient être détenues dans un établissement spécialement conçu à cet effet.[...]

PARTIE II. CONDITIONS DE DÉTENTION

Règle 17. 1. Les détenus doivent être répartis autant que possible dans des prisons situées près de leur foyer ou de leur centre de réinsertion sociale.[...]

Règle 18. 5. Chaque détenu doit en principe être logé pendant la nuit dans une cellule individuelle, sauf lorsqu'il est considéré comme préférable pour lui qu'il cohabite avec d'autres détenus.

6. Une cellule doit être partagée uniquement si elle est adaptée à un usage collectif et doit être occupée par des détenus reconnus aptes à cohabiter.

7. Dans la mesure du possible, les détenus doivent pouvoir choisir avant d'être contraints de partager une cellule pendant la nuit.[...]

Règle 19. 3. Les détenus doivent jouir d'un accès facile à des installations sanitaires hygiéniques et protégeant leur intimité.[...]

Règle 25. 1. Le régime prévu pour tous les détenus doit offrir un programme d'activités équilibré.

2. Ce régime doit permettre à tous les détenus de passer chaque jour hors de leur cellule autant de temps que nécessaire pour assurer un niveau suffisant de contacts humains et sociaux.

3. Ce régime doit aussi pourvoir aux besoins sociaux des détenus.[...]

PARTIE IV. BON ORDRE

Règle 50. Sous réserve des impératifs de bon ordre, de sûreté et de sécurité, les détenus doivent être autorisés à discuter de questions relatives à leurs conditions générales de détention et doivent être encouragés à communiquer avec les autorités pénitentiaires à ce sujet.[...]

PARTIE VI. INSPECTION ET CONTRÔLES

Règle 93. Les conditions de détention et la manière dont les détenus sont traités doivent être contrôlées par un ou des organes indépendants, dont les conclusions doivent être rendues publiques. Ces organes de contrôle indépen-

dants doivent être encouragés à coopérer avec les organismes internationaux légalement habilités à visiter les prisons.[...]

PARTIE VII. PRÉVENUS

Règle 95. 3. Dans leurs rapports avec les prévenus, les autorités doivent être guidées par les Règles applicables à l'ensemble des détenus et permettre aux prévenus de participer aux activités prévues par les dites Règles.[...]

PARTIE VIII. OBJECTIFS DU RÉGIME DES DÉTENUS CONDAMNÉS

Règle 105. 4. Lorsque des détenus condamnés participent à des programmes éducatifs ou autres pendant les heures de travail, dans le cadre de leur régime planifié, ils doivent être rémunérés comme s'ils travaillaient.[...]

Règle 106. 1. Un programme éducatif systématique, comprenant l'entretien des acquis et visant à améliorer le niveau global d'instruction des détenus, ainsi que leurs capacités à mener ensuite une vie responsable et exempte de crime doit constituer une partie essentielle du régime des détenus condamnés.

2. Tous les détenus condamnés doivent être encouragés à participer aux programmes d'éducation et de formation.

3. Les programmes éducatifs des détenus condamnés doivent être adaptés à la durée prévue de leur séjour en prison.[...]

Des peines systématiquement aménagées, des procédures adaptées au quantum

Afin d'aider les condamnés à (ré)apprendre à vivre dans le respect des lois et de protéger les victimes potentielles de nouveaux délits et de nouveaux crimes, toute peine privative de liberté doit être aménagée. Cela signifie qu'avant la fin de la peine privative de liberté, le condamné doit pouvoir sortir de l'établissement pénitentiaire où il est écroué, accompagné ou non, de façon partielle ou totale, de façon temporaire ou définitive, sans pour autant que l'écrou soit levé. Une telle orientation est en contradiction avec l'existence des peines perpétuelles et des périodes de sûreté. Celles-ci interdisent toute procédure d'aménagement pendant un temps qui peut être atteindre 30 ans. Il faut abolir et la peine à perpétuité et les périodes de sûreté. La peine de réclusion criminelle maximale encourue serait alors de 30 ans.

Toute peine privative de liberté doit être exécutée dans sa totalité *pour partie en milieu fermé, pour partie en milieu ouvert*. Aussi la période sous écrou définie au moment du procès, ne peut-elle, en aucune manière, être réduite ou prolongée pour l'affaire concernée. Une telle orientation nécessite de renoncer aux grâces collectives. Ce principe implique aussi l'abolition des crédits de réduction de peine introduit par la loi « Perben II », comme des réductions de peine supplémentaires.

Les procédures d'aménagement des peines doivent dépendre de la longueur de la peine. Nous proposons de distinguer les « courtes peines » (un an ferme ou moins), les peines intermédiaires (plus d'un an à 5 ans), les longues peines (plus de 5 ans à 10 ans) et les très longues peines (plus 10 ans à 30 ans). Dans le système proposé, les courtes peines, sont systématiquement exécutées, à temps partiel ou à plein temps, en milieu ouvert, sauf incident en cours d'exécution (semi-liberté, placement à l'extérieur, placement sous surveillance électronique fixe). La LC est la mesure centrale d'aménagement des peines de plus d'un an. Elle doit concerner l'immense majorité de ces condamnés. Les autres mesures d'aménagement s'inscrivent dans cette perspective (permissions de sortir, placement à l'extérieur,

semi-liberté, placement sous surveillance électronique fixe, voire placement sous surveillance électronique mobile, pour les peines les plus lourdes).

Pour les condamnés à des peines intermédiaires », nous proposons un système de LC d'office à ½ peine pour tous, les mesures d'aide et de contrôle étant définies par le juge de l'application des peines (JAP). Les condamnés aux longues peines peuvent bénéficier d'une LC à ½ peine, la décision étant prise par le JAP (système discrétionnaire). En fonction des progrès réalisés dans l'avenir en matière d'aménagement des peines, ce système devrait évoluer vers un système de libération d'office, comme pour les peines intermédiaires. De même, les condamnés aux très longues peines peuvent bénéficier d'une LC à ½ peine. La décision est prise par le tribunal de l'application des peines (système discrétionnaire). Là encore, en fonction des progrès réalisés dans l'avenir en matière d'aménagement des peines, ce système devrait évoluer vers un système de libération d'office. Quand nous parlons de progrès, nous pensons aussi bien aux modalités de prise en charge au sein de la détention qu'en milieu ouvert (v. nos six priorités, *supra*).

Enfin, nous proposons que la partie exécutée en détention ne puisse en aucun cas excéder 20 ans (LC d'office pour tous, au bout de 20 ans). Ainsi un condamné à une peine de 30 ans effectuerait au maximum les 2/3 de sa peine en détention. Faut-il rappeler qu'aujourd'hui on peut rester plus de 40 ans en détention.. Pour les 151 détenus initialement condamnés à perpétuité et libérés entre le 1^{er} janvier 1995 et le 1^{er} janvier 2005 (données de flux), la durée moyenne de détention est d'environ 20 ans. Plus précisément, 2/3 ont effectué moins de 20 ans en détention et 1/3 plus de 20 ans. 21 détenus ont été libérés après une détention d'au moins 25 ans, la maximum étant de 33 ans. Limiter la durée de la détention à 20 ans serait donc un réel changement. Ces personnes ont commis des faits d'une extrême gravité. Il serait totalement irresponsable de l'oublier. Mais elles sont aussi peu nombreuses. En 2002, il y a eu 20 libérations de condamné à perpétuité, et 21 en 2004, chiffre à mettre en regard des 22 392 libérations recensées au cours du seul troisième trimestre 2005 (métropole). L'État n'a-t-il pas les moyens de les surveiller de près ?

5 pays sur les 46 membres du Conseil de l'Europe n'ont pas de peine perpétuelle Aussi si nous voulons construire un espace judiciaire européen, il nous faudra construire une échelle des peines commune, allant dans le sens du renforcement des droits de l'homme et de nos valeurs humanistes. Il est aujourd'hui acquis que la peine de mort ne sera pas ce dernier échelon. Mais ce ne sera pas non plus la peine à perpétuité.

Le droit, la pratique du droit et la politique de réhabilitation des *favelas* à Rio de Janeiro

Rafael Soares Goncalves

*Laboratoire SEDET (Sociétés en développement dans l'espace
et dans le temps) de l'Université Paris VII*

Les premières *favelas* de Rio de Janeiro ont vu le jour à la fin du XIX^e siècle, et ont, depuis lors, été systématiquement associées à la marginalité et à l'illégalité. Considérés comme des envahisseurs, les *favelados* subsistaient chez eux grâce à la *bienveillance* et la tolérance des pouvoirs publics. La précarité juridique — urbanistique et foncière — des *favelas* a ainsi longtemps justifié le manque d'investissement public, aussi bien dans la provision de services collectifs que dans l'aménagement urbain de ces espaces, l'ensemble concourant à la production d'une population dénuée de droits et de statut social.

La politique urbaine à l'égard des *favelas*, quoiqu'en maintenant le caractère précaire et provisoire de ces espaces, s'est auto-légitimée au travers d'interventions ponctuelles et limitées.¹ Cette tolérance s'insère dans le cadre d'une « idéologie de la faveur »² qui ne reconnaît pas les *favelados* en tant que sujets de droit, mais comme simples « débiteurs de faveurs ». Cet aspect ambigu et arbitraire de l'application du droit dans les *favelas* a rendu extrêmement fragile l'exercice de la citoyenneté par la population *favelada*, et a entraîné la « déconstruction » du rôle symbolique et normatif de la loi comme ordonnatrice de l'espace public. Comme l'affirme Wanda Cappellet, « ces “non-citoyens” » étaient « dépourvus de tout droit social et exposés ouvertement à l'intervention de l'ordre privé. »³

1. Cette politique est communément appelée *politica da bica d'agua* (politique du robinet) du fait de la facilité avec laquelle un candidat pouvait s'assurer les voix des *favelados* en installant ou en promettant d'installer, à la veille d'élections, un robinet raccordé à l'eau courante.

2. E. B. Junqueira, « La sociologie juridique brésilienne à travers le miroir », *Droit et société* 1992, 22, p. 439.

3. W. de L. Cappellet, *L'engrenage de la répression. Stratégies sécuritaires et politiques criminelles (l'exemple du Brésil 1890-1990)*, Paris, LGDJ, 1995, p. 37

En effet, les différentes interventions publiques n'ont jamais envisagé de consolider les *favelas* dans le tissu urbain. La législation était élaborée de manière à toujours comporter la possibilité juridique d'éradiquer les *favelas*, pour preuve la politique de relogement particulièrement violente appliquée à partir des années 1960 qui se solda par le déplacement, pendant 15 ans, de dizaines de milliers de personnes vers de lointaines banlieues. Le retentissant échec socio-économique de ces relogements a provoqué un bouleversement de la politique urbaine à l'égard des *favelas* à la fin des années 1970. Les pouvoirs publics, soucieux de répondre aux revendications populaires découlant du processus d'ouverture démocratique, se sont concentrés sur la réhabilitation de *favelas*. L'objectif de cette nouvelle démarche était d'intégrer les *favelas* à la ville à la fois par la mise en place d'infrastructures et par la régularisation foncière de ces espaces, tout en respectant l'originalité de leur structure interne.

Cette démarche a provoqué une nouvelle réflexion sur le droit urbain à Rio de Janeiro, qui nous intéresse non plus strictement par rapport aux questions juridiques, mais dans la mesure où elle participe à une analyse du politique. Comme le dit Jacques Commaille, « le droit est au cœur de la constitution du politique, au fondement de la validité d'un ordre de la cité »⁴. Dans ce contexte, une relecture sociopolitique du droit peut nous aider à établir une critique dialectique de l'influence de celui-ci sur la société en analysant à la fois comment la réalité sociale construit le droit et comment celui-ci produit des valeurs et des modèles qui entraînent effectivement des répercussions sur le plan social. Comme l'affirme Pierre Bourdieu : « Il n'est pas trop de dire qu'il [le droit] fait le monde social, mais à condition de ne pas oublier qu'il est fait par lui »⁵.

Ce travail tentera, dans le cadre de la réflexion menée au cours du colloque « Pratique du droit, pensée du droit et engagement social » organisé par le Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CRE-DIMI)/Université de Bourgogne, de démontrer que la politique de réhabilitation des *favelas* n'est pas parvenue à modifier le statut social de celles-ci. Dans un premier temps, nous étudierons le contexte juridico-politique existant à l'occasion des premiers projets de réhabilitation à la fin des années 1970, puis nous aborderons les modifications juridiques provoquées par la Constitution de 1988, ainsi que la mise en œuvre du projet *Favela Bairro*, et, pour conclure, nous analyserons les limites de l'ordre juridique actuel à repenser les *favelas* comme partie intégrante de la ville.

4. J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois. Essais de sociologie politique du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 35.

5. P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* 1986, 64, p. 13.

I. LA RÉGULARISATION FONCIÈRE DES FAVELAS

L'ouverture politique survenue à la fin des années 1970 a rendu possible le retour d'un discours revendicatif au sein de la société brésilienne, permettant ainsi la formulation, par plusieurs associations de résidents de *favelas*, de revendications en terme de droits. Celles-ci étaient principalement axées sur la possibilité d'accéder à la propriété privée, situation permettant de s'affranchir de toute menace d'éviction. En effet, la fin des relogements s'est avérée possible moins par l'existence d'un ordre juridique soucieux de faire face à la situation des *favelas* que par une conjoncture politique favorable aux revendications des exclus du « miracle économique brésilien ». Les mouvements revendicatifs urbains exigeaient de profonds changements dans la législation, susceptibles de fournir un support juridique efficace aux diverses justifications apportées à la politique de réhabilitation.

Dans ce contexte, la régularisation foncière est devenue un élément primordial, tout au moins dans un premier temps, de toute politique de réhabilitation des *favelas*. Cette démarche vise à assurer la tenure des habitants au moyen du transfert des titres fonciers, et doit établir des règles urbanistiques adaptées aux conditions locales eu égard à l'existence et à la prévalence, dans les *favelas*, de modèles alternatifs de construction et d'occupation du sol. En plus d'une plus grande flexibilité urbanistique, ces règles doivent structurer la dynamique de croissance interne en respectant à la fois les stratégies foncières des résidents et la qualité de vie de la population⁶. Ce processus au lieu d'adapter les *favelas* à la législation urbaine, consiste, en fait, à ajuster la loi à la réalité sociale que les *favelas* définissent, et n'a été réalisable que grâce à la transformation des *favelas* en Zones spéciales d'intérêts sociaux (ZEIS). Cet outil juridique permettant une plus grande liberté et flexibilité des paramètres urbanistiques locaux s'est développé à partir du concept « d'urbanisation spécifique » de la loi sur les lotissements (loi 6766/1979), et a permis d'imposer des critères spécifiques pour les constructions et l'occupation du sol dans ces zones de la ville.

La régularisation foncière peut aussi jouer un rôle important dans l'atténuation du processus de *gentrification*. Cette question demande une réflexion — préalable à toute action — sur la nature du titre foncier octroyé aux résidents. La régularisation foncière ne doit pas se focaliser exclusivement sur l'accès à la propriété privée, libérale et individuelle de type Hernando de Soto⁷. Certains titres fonciers impliquant

6. L'une des stratégies foncières des *favelados* consiste à construire un étage supplémentaire afin de le louer pour augmenter le budget familial ou de le céder à un membre de la famille qui vient de se marier, par exemple.

7. Cet auteur soutient que l'informalité urbaine est un capital mort et que les pouvoirs publics doivent l'intégrer à l'économie formelle (H. de Soto, *L'autre sentier. La Révolution Informelle dans le Tiers-monde*, Paris, Éditions La Découverte, 1994). En soutenant l'importance d'intensifier la propriété privée, l'auteur ne formule pas d'analyse plus approfondie à l'égard des conséquences socio-économiques de cette mesure sur les quartiers informels, et n'évoque pas les causes qui provoquent « l'informalité » urbaine. De même, en établissant la propriété privée comme « le modèle » d'accès au logement, il rend nécessairement trop simpliste l'analyse des questions foncières de ces quartiers, puisqu'il ne prend pas en compte les particularités culturelles et sociopolitiques de ces espaces.

une plus forte intervention étatique et imposant certaines limites à l'utilisation du bien (droit de superficie, concession d'usage du sol pour le logement...) sont à même d'assurer la valeur commerciale du bien tout en décourageant la spéculation immobilière⁸.

– *Réhabiliter sans régulariser*. L'échec de la tentative de reloger la *Favela du Vidi-gal* est certainement la référence historique qui a marqué la fin définitive du relogement en tant que politique publique à Rio de Janeiro. La municipalité, en alléguant le besoin de protéger la vie des *favelados* à cause du danger imminent d'écroulement des maisons, a tenté, en 1977, d'éradiquer cette *favela*. Ce discours, en fait, servait de façade à une importante opération immobilière : la société Rio Towers projetait la construction d'un hôtel de luxe sur la colline bordant la mer, où s'accrochait cette *favela*⁹. Certains juristes bien connus à l'époque, appuyés par l'Église catholique, réussirent à bloquer ce relogement devant les tribunaux, tandis que l'association des résidents obtenait l'appui politique de la presse, de l'Église et de quelques députés. Devant la pression politique, la municipalité a dû céder¹⁰. La *favela* a été « sauvée ».

Les *favelas* ont désormais passé du statut de « plaies urbaines » à celui de vitrines de la politique urbaine dans les différentes sphères du pouvoir¹¹. Si, à cette période, la ville de Rio de Janeiro s'est peu à peu imposée comme un laboratoire des politiques urbaines, celles-ci ont systématiquement abandonné toute action d'envergure dans le domaine de la régularisation foncière, préférant tolérer l'aspect informel de l'occupation du sol plutôt que de proposer des solutions durables.

Parmi les différents projets publics de réhabilitation des *favelas* pendant les années 1980, le projet *Cada Familia um Lote* (« À chaque famille un lot ») s'est distingué par son aspect essentiellement juridique et par l'ambition de toucher l'ensemble des *favelas* de l'État de Rio de Janeiro. Ce projet s'insère dans le cadre de la politique populiste de la première administration Brizola (1982-1986) qui a profondément réorienté la politique urbaine à l'égard des *favelas*. Ce projet se proposait de régulariser 400 000 immeubles situés dans des *favelas* et des lotissements précaires de la banlieue, mais son bilan s'est avéré très modeste : seuls 16 000 titres provisoires ont été octroyés, et les documents définitifs n'ont pas été jusqu'à présent délivrés. Parmi les innombrables difficultés auxquelles ce projet a été confronté, nous pouvons citer les coûts importants d'expropriations des terrains privés et, notamment, la question de l'affectation des immeubles informellement loués. Une lettre de l'as-

8. Dans ces cas de figure, les pouvoirs publics gardent normalement la propriété du sol et octroient, sous certaines conditions, l'usage de celui-ci de façon à pouvoir y exercer un plus fort contrôle.

9. Le juge s'est manifesté, lors de la procédure judiciaire, de la façon suivante : « par ailleurs, la préoccupation subite de la municipalité envers l'intégrité physique des *favelados* est étrange. Cette préoccupation est encore plus insolite lorsqu'on observe que cette *favela* existe depuis 20 ans, et que la région autour de la *favela* est en train de subir une brusque valorisation immobilière en attirant plusieurs chaînes internationales d'hôtels. » (*O Globo*, 10 janvier 1978).

10. Cet événement a acquis une importance telle que lors de son premier voyage au Brésil le pape a visité cette *favela*.

11. C. Goirand, *La Politique des favelas*, Paris, Karthala, 2000, p. 70.

sociation des résidents de la *favela Jacarezinho*, adressée au Secrétaire à l'habitat de l'État de Rio de Janeiro en 1983, dévoile les enjeux sociaux d'un tel processus : « Nous sommes totalement contre l'exploitation immobilière, nous pensons que le gouvernement doit rendre possible l'accès à la propriété pour chaque locataire [...] il existe des personnes qui louent des maisons et qui n'habitent même pas la *favela*. À notre avis, ces personnes ne peuvent pas être considérées comme des pauvres [...] Si le propriétaire de dix maisons louées reçoit dix titres de propriété, le gouvernement se détourne, en fait, des véritables objectifs du projet CFUL »¹².

Si nous analysons l'échec de ce projet, nous constaterons une certaine relativisation des objectifs proprement juridiques du projet. Outre les coûts et les innombrables exigences administratives nécessaires pour régulariser le sol au Brésil, les pouvoirs publics ont, encore cette fois-ci, plutôt toléré l'occupation informelle du sol que délivré des titres formels. En fait cette tolérance convenait à tout le monde : les locataires ne se voyaient plus menacés d'une augmentation générale des loyers à cause de la multiplication des taxes et de la valorisation des immeubles résultant de l'existence de titres formels, les petits propriétaires échappaient à l'obligation de payer ces mêmes taxes et, finalement, la condition de « propriétaire » de quelques *latifundistes* locaux n'était plus mise en question.

– *Le débat juridique concernant les favelas à Rio de Janeiro*. De fait, à partir des années 1980, malgré certains projets de lois qui se sont efforcés d'établir des outils juridiques plus performants, une analyse plus approfondie de cette explosive question urbaine brésilienne faisait défaut. Les lois municipales, incitant à une plus grande intervention publique dans les *favelas*, n'ont cependant pas réglé le problème de l'illégalité de celles-ci ; et encore moins celui de la régularisation juridique de ces espaces. Comme exemples, la loi 330/1982 autorisant le pouvoir exécutif à construire des places publiques dans les *favelas* ; la loi 380/1982 permettant le raccordement de celles-ci au réseau public d'électricité, ainsi que les décrets 7296 et 7297/1984 qui ont permis le branchement des *favelas* au réseau public d'eau de la ville. Nous constatons que lesdites dispositions ont facilité la mise en place de certaines interventions urbaines, mais n'ont pas provoqué de changements significatifs dans le statut socio-juridique des *favelas*.

En effet, la tradition conservatrice de la législation et du pouvoir judiciaire brésilien a toujours fait obstacle à la reconnaissance des droits de propriété des « occupants des terrains »¹³. Le travail de Eduardo de Carvalho¹⁴ démontre de façon très claire cette question lorsqu'il étudie la question foncière et le pouvoir judiciaire à

12. M. S. M. Araújo, « Regularização fundiária de favelas — imóveis alugados : o caso do programa "Cada família um lote" no Rio de Janeiro », *Revista de administração municipal* 1990, 195, p. 29.

13. Un juge de la ville de Recife a affirmé, lors d'un litige foncier : « Ce n'est pas à la Cour de résoudre des problèmes sociaux, mais d'assurer la primauté de la loi. Je ne suis pas censé comprendre les raisons de l'occupation du terrain ou si le peuple est en train de mourir. » (Pessoa A., « O uso do solo em conflito », in J. Falcao (org) *Conflito de direito de propriedade. Invasões urbanas*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 185).

14. E. G. Carvalho, *Direito e Necessidade : a questão fundiária e a justiça no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, IPPUR/UFRJ, 1990.

Rio de Janeiro pendant les années 1980. En analysant plusieurs dossiers judiciaires concernant l'éviction de *favelados* occupant des terrains appartenant à l'État, ce travail affirme que les avocats des *favelados* ont souvent fondé leur plaidoirie sur une rationalité différente de celle de la législation positive en vigueur. Afin d'éviter l'éviction et au nom de la justice sociale¹⁵, certains avocats ont fait ressortir aussi bien la pauvreté présumée des *favelados*, que l'honnêteté morale de leurs clients (« des travailleurs honnêtes »). Ces affaires ont parfois traîné plusieurs années ce qui semble démontrer qu'aucune partie du litige n'envisageait réellement une décision définitive. L'Institut de sécurité sociale (propriétaire des terrains en litige) ne faisait pas avancer les dossiers, car la reprise des évictions en masse pouvait être politiquement très onéreuse pour le gouvernement. Du fait de l'impossibilité de la part du pouvoir judiciaire de légiférer ou d'abroger des lois et la caducité de la loi à l'égard des *favelas*, l'implication sociale de plusieurs juges s'est manifesté par la production d'une espèce de « non-décision »¹⁶. Quant aux *favelados*, cette « non-décision » a répondu — de manière précaire bien sûr — à leurs aspirations de rester sur place. Ainsi, vu le manque d'initiative de toutes les parties, ces procédures ont duré plusieurs années et, dans la plupart des cas, n'ont jamais produit de décisions définitives.

Dans ce contexte, un profond changement juridique s'est avéré nécessaire, afin de remédier à cette espèce de caducité de la législation urbaine. Comme nous allons l'analyser, plus bas, la promulgation de la nouvelle Constitution s'est tout de suite révélée l'occasion propice d'articuler les revendications sociales et les changements juridiques¹⁷. Certaines revendications ont effectivement été adoptées par la Constitution de 1988 dans son chapitre sur la politique urbaine (articles 182 et 183). En revanche, à partir de 1988 et de cette Constitution, les mouvements revendicatifs se sont affaiblis. L'État, en agréant certaines revendications sociales, a dispersé et fragmenté les pouvoirs de pression de ces mouvements. Le projet conservateur de transition politique de la *Nova República*¹⁸ a signifié la faillite du projet politique implicite de ces mouvements sociaux¹⁹, et a provoqué le reflux de ceux-ci, « car les perspectives de changement ne correspondaient pas aux attentes, ni sur le plan de la participation populaire ni sur celui des réalisations »²⁰.

15. E. G. Carvalho, *op. cit.*, p. 13.

16. E. G. Carvalho, *op. cit.*, p. 101.

17. Nous pouvons citer ici le Forum national pour la réforme urbaine (FNUR) qui a débuté ses activités en 1987 avec la possibilité pour la société civile de proposer des projets de lois à l'Assemblée constitutionnelle. Le FNUR a réussi à rassembler plusieurs acteurs sociaux et a obtenu un grand soutien populaire. Certaines propositions du FNUR ont été adoptées par la Constitution de 1988 dans son chapitre sur la politique urbaine (articles 182 et 183).

18. La nouvelle République débute avec l'élection du premier président civil après la dictature militaire et dure jusqu'à nos jours.

19. E. Sader, *Quando novos personagens entraram em cena — experiências e lutas dos trabalhadores da Grande São Paulo, 1970-1980*, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1988 cité par (A. A. da Silva, « A luta pelos direitos urbanos : novas representações de cidade e cidadania », *Espaços y Debates* 1990, 30, p. 31).

20. P. Jacobi, « Gouverner la ville. Mouvements revendicatifs urbains face à l'État au Brésil », *Cahiers des Amériques Latines* 1989, 8, p. 118.

II. LA NOUVELLE RÉPUBLIQUE ET LES FAVELAS DE RIO DE JANEIRO

Si nous observons les *favelas* au long des années 1980, nous constaterons une apparente amélioration des conditions de vie de la population. Il est vrai que l'apparente sûreté de la tenure a permis l'investissement populaire sans crainte des évictions arbitraires. Les *favelas* se sont ainsi consolidées dans le tissu urbain, et les constructions présentent désormais une allure solide, et sont faites pour durer très longtemps.

La Constitution de 1988 a rompu certains paradigmes juridiques antérieurs. En ce qui concerne la question urbaine, cette Constitution a adopté quelques revendications sociales, notamment en ce qui touche le concept de la fonction sociale de la propriété. Ce concept, prévu dans toutes les Constitutions brésiliennes depuis celle de 1934, est toujours demeuré un principe abstrait et subjectif. La nouvelle Constitution a tenté de le rendre plus concret. Tout en assurant le droit à la propriété privée comme l'un des principes généraux de l'activité économique, la Constitution a réaffirmé que la propriété privée doit répondre à une fonction sociale (articles 5, XXII et XXIII et article 170, III). Les politiques publiques sont ainsi censées combattre les causes de la pauvreté et les facteurs d'exclusion, faisant la promotion d'une plus grande intégration sociale des secteurs les plus pauvres de la société (article 23, X). Outre l'établissement d'outils juridiques plus progressistes²¹, le chapitre sur la politique urbaine (articles 182 et 183) a consolidé la décentralisation administrative, et a assuré un rôle central à la municipalité dans la politique d'intérêt local. De même, ce chapitre a affirmé que la ville et la propriété privée n'accomplissent leur fonction sociale que dans la mesure où elles respectent les exigences du plan d'aménagement de la ville, lequel est désormais un texte juridique obligatoire pour toutes les villes de plus de 20 000 habitants, et doit être renouvelé tous les 10 ans, dans un cadre participatif, par la municipalité et approuvé par l'assemblée communale.

Étant donné qu'il fallait qu'une loi fédérale règle certains aspects de ce chapitre, et que ladite loi (le Statut de la ville) n'a été promulguée qu'en 2001, 10 ans après sa proposition au Congrès national, les dispositions de ce chapitre ont été difficilement appliquées durant les années 1990. Outre les revendications en faveur de la promulgation du Statut de la ville, certains juristes ont pendant les années 1990 essayé de transférer le débat sur la propriété privée urbaine, de la sphère civile et privée, à la sphère publique et sociale; ils ont également cherché à renforcer l'autonomie épistémologique du droit urbain en vue de légitimer une plus forte intervention étatique dans la reproduction de l'espace urbain.

21. Nous pouvons citer, par exemple, l'usucapion spéciale urbaine : un résident peut acquérir la propriété du sol s'il y habite depuis plus de cinq ans, si le propriétaire n'est pas intervenu pour récupérer le terrain pendant cette période et à condition que la surface du lot ne dépasse pas 250 m². Cette disposition n'affecte que les terrains privés. Quant aux terrains publics, on dispose d'un permis d'usage : selon les mêmes règles, les résidents peuvent habiter, utiliser terrain ou la maison et même la vendre à quelqu'un qui ne possède pas d'autre maison. Mais le sol reste propriété publique.

– *Le projet municipal Favela Bairro*. L'édifice juridique construit à partir de la Constitution de 1988 a, en bref, interdit toute politique de relogement et a déterminé la transformation des *favelas* en quartiers, première étape de leur intégration au reste de la ville²². En dépit des différentes interventions publiques dans les *favelas* tout au long des années 1980, l'infrastructure interne demeurait encore extrêmement précaire²³. La municipalité, sous l'administration Cesar Maia, a lancé, en 1994, le plus vaste projet de réhabilitation des *favelas* jusqu'à ce jour, *Favela Bairro* (« *Favela Quartier* »)²⁴. Les objectifs de ce projet étaient de compléter ou de construire la structure urbaine principale de la *favela* (assainissement et plus grande accessibilité à ces espaces) en vue de remplir toutes les conditions permettant de définir les *favelas* comme des quartiers. Tout en respectant le « capital » construit par les habitants, le projet a pu mettre en place une intervention conjointe avec le concours de plusieurs organismes étatiques, rompant ainsi la logique d'interventions ponctuelles du passé²⁵. Néanmoins, outre les critiques relatives à la qualité des travaux et à l'absence de participation populaire²⁶, le projet a par ailleurs négligé les questions juridiques. Selon Sonia de Castro, le projet n'a prévu aucun type alternatif de norme locale ou conventionnelle qui accueille et détermine les modèles spécifiques de construction dans les *favelas*²⁷. Elle affirme en plus que les *favelas* sont toujours des « limbes urbains » pour la législation actuelle²⁸. En effet, en observant l'échec retentissant du projet dans le cadre de la régularisation foncière, nous constatons que la vieille politique de tolérance de l'occupation informelle du sol persiste toujours.

22. Il faut souligner que les différentes lois publiées après la Constitution définissaient les *favelas* à partir de leurs aspects urbanistiques sans porter de jugement moral ou idéologique, à la différence de certains textes juridiques passés.

23. Moins de 20 % des *favelados* avaient accès aux services d'égout, 60 % à l'eau potable et seuls 3,7 % possédaient des titres de propriété. (M. Burgos, « Dos parques proletários ao Favela-Bairro. As políticas públicas nas favelas do Rio de Janeiro », in A. Zaluar et M. Alvito (orgs.), *Um século de favelas*, Rio de Janeiro, FGV, 1998, p. 46).

24. En 2000, ce projet avait déjà réhabilité 115 *favelas* et bénéficié à 450 000 personnes (S. Castro, « Favela Bairro. Análise do programa e de seus aspectos fundiários », *Revista de Administração Municipal* 2000, 223, p. 12).

25. La Municipalité néanmoins n'a pas réussi à coordonner avec l'État de Rio de Janeiro une politique commune de sécurité publique dans le cadre du projet *Favela Bairro*. En fait, le projet n'a pas apporté de conséquences majeures en ce qui concerne la question de la violence et du trafic de drogues.

26. La participation populaire se révèle plutôt une manière de légitimer les interventions publiques qu'une vraie démocratisation de la politique urbaine.

27. Le ministre des Villes, sous l'administration Lula, a repris la question de la régularisation foncière des *favelas*. Certaines lois ont récemment été promulguées de façon à régler les constructions et l'occupation du sol à l'intérieur de quelques *favelas*. Néanmoins, comme nous le rappelle Fernando Cavallieri, la régularisation foncière du programme *Favela Bairro* se résume, dans la plupart des cas, à la transformation de l'espace définissant les *favelas* en ZEIS (F. Cavallieri, « Favela-Bairro : integrações de áreas informais no Rio de Janeiro », in P. Abramo (org), *A cidade da informalidade. O desafio das cidades latino-americanas*, Rio de Janeiro, FAPERJ, 2003, p. 278).

28. S. Castro, « Favela Bairro. Análise do programa e de seus aspectos fundiários », *Revista de Administração Municipal* 2000, 223, p. 13.

De fait, cette politique, tout en acceptant les *favelados* en tant que citoyens, ne leur accorde pas nécessairement le statut de citoyen. L'apparente sûreté de la tenure « informelle » est relative, car, comme nous allons le montrer, le manque de titres « formels » justifie le retour actuel de la question du relogement des populations vivant jusqu'alors dans des *favelas*. En l'absence de titre, leur existence, sans cesse soumise à la menace d'un nouveau changement de contexte politique, et susceptible de remettre en question leur existence, est d'autant plus fragile. Dans ce contexte, l'octroi de titres fonciers peut contribuer à consolider les droits socio-politiques des *favelados*. De même, une dynamique de *gentrification* qui s'installe à la suite du projet²⁹ a pour conséquence l'accroissement rapide de la population des *favelas* réhabilitées, ce qui est entrain de provoquer de graves problèmes vis-à-vis de la qualité des nouveaux services mis en place par ce projet³⁰.

Enfin, ce projet a conçu l'intégration des *favelados* au moyen de la réhabilitation urbanistique de leurs espaces de vie. Or, en dépit des importants investissements en infrastructures, ce projet court le risque de ressembler à « un maquillage urbanistique » démuné de l'envergure sociale qu'il était censé avoir : les *favelas* restent, après les interventions, toujours associées à l'illégalité et à la violence urbaine. En canalisant les politiques sociales vers les *favelas*, on est en droit de se demander si le projet ne pourrait pas stimuler des revendications sociales plus élaborées et mieux orientées (éducation, crèches, microcrédit, emploi, sports, loisirs, culture...) encourageant progressivement une nouvelle *praxis* politique apte enfin à proposer des réponses aux questions sociales de fond, et évitant de reproduire les schémas du passé : les actions ponctuelles n'ayant souvent que des effets publicitaires. Malheureusement, le bilan qui s'impose, après 10 ans d'existence du projet, n'a rien d'encourageant : les *favelas* n'ont pas été régularisées, la participation populaire au projet continue d'être infime et, comme nous allons analyser ci-dessous, la présence étatique dans les *favelas* est de plus en plus relative du fait de l'augmentation du trafic des stupéfiants.

III. L'ÉCHEC DE LA POLITIQUE URBAINE À RIO DE JANEIRO

Les différents projets de réhabilitation n'ont ainsi pas réussi jusqu'à aujourd'hui à traduire dans le plan juridique les règles et les normes issues des pratiques sociales

29. La valeur des terrains de certaines *favelas* réhabilitées a augmenté de 97 % après la mise en œuvre du projet. De la même façon, la valeur des appartements situés autour de ces *favelas* a été majorée d'environ 20 % (F. Cavallieri, « Favela-Bairro : integrações de áreas informais no Rio de Janeiro », in P. Abramo (org), *A cidade da informalidade. O desafio das cidades latino-americanas*, Rio de Janeiro, FAPERJ, 2003, p. 283/284). La spéculation n'est pas plus prononcée du fait de la présence violente du trafic de drogues dans la majorité des *favelas* de la ville.

30. La population de la *favela Parque Royal* a doublé en quelques années après les travaux du projet *Favela Bairro* en 1997 : de 4 146 habitants en 1994 à 8 200 en 2005 (O *Globo* 19 octobre 2005).

locales. L'émergence du trafic de stupéfiants³¹ et l'essor du marché immobilier informel ont renforcé le processus de privatisation juridique des *favelas*, et contribué à la constitution de territoires régis par d'autres normes et d'autres pouvoirs. Les narcotrafiquants ont territorialisé les *favelas*, en se servant, dans un premier temps, de pratiques clientélistes en faveur de la population locale pour s'y implanter et asseoir leur pouvoir. Cette appropriation de l'espace s'est produite aussi par l'imposition d'un code moral interne rigide, basé sur le silence et la peur.

Dans ce contexte, les associations de résidents ont perdu leur autonomie, tiraillées entre les pouvoirs publics et les narcotrafiquants. Les interventions de la police, oscillant entre la confrontation directe et la corruption, délégitiment les pouvoirs publics, de telle sorte que les *favelados* préfèrent souvent l'absence de l'État à une présence policière arbitraire et violente³². De même, le « laisser-faire urbanistico-juridique » des pouvoirs publics a permis l'essor d'un marché immobilier informel très complexe (placé dans les mains de quelques *latifundistes*³³) et d'une très forte spéculation immobilière dans certaines *favelas*. La régularisation juridique n'est pas une priorité pour ces *latifundistes*, elle induit des contraintes à leurs activités ce qui remet en question leur statut de « propriétaires ». Cette réalité a de graves conséquences sur le quotidien de la population *favelada*, cela s'est traduit récemment par l'expulsion de plus de 30 000 personnes des *favelas*. La spéculation immobilière et la violence liée au trafic de stupéfiants contraignent ainsi une partie des *favelados* à trouver de nouveaux lieux pour se loger, cette situation se soldant par l'occupation de nombreux édifices abandonnés du centre ville ou d'usines désaffectées de la banlieue³⁴.

– *Réhabiliter ou éradiquer ?* La consolidation des *favelas* dans le tissu urbain s'avère relative, provoquant le retour du vieux dilemme urbain de Rio de Janeiro : réhabiliter ou éradiquer les *favelas* ? En dépit de fortes oppositions des secteurs liés aux marchés immobiliers et à la construction civile, la loi fédérale du Statut de la ville a pu être promulguée en 2001 grâce notamment aux efforts du Forum national pour la réforme urbaine. Cette loi dispose de principes et d'outils juridiques qui bien utilisés par les municipalités peuvent contribuer à la construction de villes plus

31. Celui-ci existe depuis longtemps dans les *favelas*, mais il n'est devenu un acteur important que dans les années 1980, lors de l'introduction de la cocaïne, plus rentable que la marijuana, dans le marché interne.

32. La dernière technique employée par la police de Rio de Janeiro est d'entrer dans les *favelas* avec un véhicule blindé noir, connue sous le nom de *Caveirão* (« la grande tête de mort »), car il exhibe le dessin d'une tête de mort, symbole des forces spéciales de la police. De même, des milices privées, organisées par des policiers et militaires, ont réussi à expulser des narcotrafiquants de certaines *favelas*. Ces milices, bien reçues par la population locale dans un premier temps, sont devenues aussi violentes que les narcotrafiquants, car elles exigent un pourcentage sur toute vente d'immeubles, et des contributions financières mensuelles de la population et des commerçants pour assurer la « sécurité publique » interne. (O *Globo* 29 janvier 2006)

33. 8 familles se partagent à elles-seules quelques 500 immeubles dans les 4 principales *favelas* de Rio (*Rocinha*, *Rio das Pedras*, *Vidigal* et *Jacarezinho*). (O *Globo* 31 octobre 1999).

34. *Revista Epoca* 2 juin 2003, n° 263.

justes³⁵. Ce n'est pas toutefois le cas de Rio de Janeiro dont la municipalité n'a pas encore réglementé ni appliqué la plupart des outils juridiques évoqués par ladite loi³⁶.

Nous soulignons également que le nouveau Code civil, promulgué en 2003, ainsi que la reconnaissance du droit au logement comme un droit social constitutionnel (l'amendement constitutionnel n° 26, 14 février 2000) ont contribué à consolider le principe de la fonction sociale de la propriété. De même, le nouveau ministère des Villes créé par le gouvernement Lula essaie de mener une réflexion plus approfondie sur la question de la régularisation foncière. Certaines *favelas* de la ville, occupant des terrains fédéraux, sont en cours de régularisation³⁷. Cette politique reste très limitée face à l'ampleur du problème, mais il s'agit effectivement d'une nouveauté par rapport à ce qui se faisait auparavant.

Néanmoins, l'idée de *défavelisation* revient avec force, suite à l'expansion désordonnée des *favelas*, et au vu de la montée de la violence liée au trafic de stupéfiants. La série d'articles *Illegal, e daí?* (« Illégal et après ? ») du journal *O Globo*³⁸ révèle très clairement ce processus. Après la découverte de l'*Empire State de la favela Rocinha* (un immeuble de 11 étages), ce journal a critiqué durement la politique urbaine de la municipalité, en affirmant que la réhabilitation alliée à la tolérance extrême des pouvoirs publics a renforcé la *favelisation* de la ville. Bref, ces articles exigent des pouvoirs locaux : l'établissement de règles urbanistiques plus strictes pour les constructions dans les *favelas*, le contrôle plus ferme de l'expansion des *favelas* et, finalement, le changement des lois qui interdisent les relogements de *favelados*³⁹.

Cette idée de *défaveliser* la ville se manifeste également par la politique ambiguë de la municipalité qui a effectué des petits relogements ponctuels des *favelas* situés dans les quartiers aisés de la ville. L'ambiguïté de la politique municipale transparait

35. Parmi ces outils, on peut citer l'usucapion urbaine collective ; la possibilité d'utiliser cet outil de façon collective est fondamentale en regard de l'aspect dynamique et collectif de l'occupation du sol dans les *favelas*. Ainsi on peut plaider, sous les mêmes conditions de l'usucapion urbaine, la propriété à l'ensemble de résidents d'une *favela* sans qu'il soit nécessaire de proposer une procédure spécifique pour chaque résident. Une espèce de copropriété s'impose : chaque résident posséderait la quote-part de la propriété du sol de l'ensemble de la favela. Le titre foncier s'apparenterait ainsi au titre de propriété d'un appartement par exemple.

36. Nous pouvons citer la non-application de la taxe progressive d'habitation par la municipalité de la ville. Cette taxe, prévue par la Constitution de 1988 et confirmée par le Statut de la ville, peut être augmentée progressivement par la municipalité jusqu'à ce que le propriétaire utilise son bien de façon conforme aux consignes du plan d'aménagement de la ville. Cet impôt a une fonction extra-fiscale, car son objectif n'est pas d'augmenter la recette de la municipalité, mais d'obliger le propriétaire à respecter la fonction sociale de la propriété. Le maire actuel, avait affirmé en 1993, lors de la publication du plan d'aménagement de la ville que tous les projets de loi sur la question avaient été supprimés par manque d'une ample discussion sur le thème. Ces projets cependant n'ont toujours pas été proposés, en dépit de la promulgation du Statut de la ville en 2001 qui a délimité de manière plus détaillée son application.

37. La municipalité et le pouvoir fédéral ont octroyé 111 titres de propriétés aux résidents de la *favela Quinta do Caju* au mois de novembre 2005.

38. Les premiers articles de cette série ont été publiés en septembre 2005.

39. « Il faut changer les lois et un grand programme de *défavelisation* doit être intégré aux politiques de transport et de logement. » (*O Globo* 7 octobre 2005).

également dans le contenu de l'article 6 du décret municipal n° 15.214/1996 sur le commerce dans les *favelas*, qui détermine que les permis de commerce octroyés aux *favelados* le sont « toujours à titre précaire et peuvent être révoqués ou annulés à tout moment selon la convenance des pouvoirs publics »⁴⁰. La municipalité, tout en souhaitant transformer les *favelas* en quartiers, maintient ce dualisme, et ceci en dépit du recours à des subterfuges symboliques pour l'estomper. Le retour à l'idée d'éradiquer les *favelas* montre bien que celles-ci n'ont pas acquis le statut de « ville », et leur consolidation dans le tissu urbain demeure paradoxale et pour le moins largement inachevée.

*
* *

Notre propos a visé à démontrer de quelle manière la politique urbaine de Rio de Janeiro s'est concentrée depuis les années 1980 sur la réhabilitation des *favelas*. Tous ces projets ont été élaborés dans le cadre de politiques ambiguës, s'attachant à l'amélioration urbanistique des *favelas* sans qu'aucune structure juridique n'émerge comme une solution permettant de répondre à l'exigence d'une régularisation de ces espaces, démarche pourtant nécessaire pour envisager la lutte contre la précarité et l'intégration de ces lieux et de leur population à la ville dite « formelle ». L'absence des pouvoirs publics dans les *favelas*, en dépit des objectifs et des discours ambitieux, a eu pour conséquence un renforcement de la relativisation du droit étatique à l'intérieur de ces espaces. Ce processus a *dé légitimé* le rôle politique de l'État et permis l'émergence de normes arbitraires établies par des groupes d'intérêts. Comme nous le rappelle Xavier Arbos, « le droit étatique ne doit pas nier d'autres formes de régulation, et pas plus que céder devant elles »⁴¹. Ainsi, tout en constatant que l'environnement juridique est pluriel et complexe, la législation doit se construire sur un nouveau pacte socio-politique perméable aux revendications sociales, et centré sur une logique plurielle et démocratique permettant un accès plus ample de la population à la production, à l'application et à la rectification des normes.

Enfin, la réactualisation récente de l'idée de relogement montre à quel point, dans les différentes sphères de la société, les *favelas* restent exclues de la ville, alors même qu'elles abritent actuellement plus d'1 million de personnes, soit environ 20 % de la population de Rio. Dans certains quartiers, les *favelados* sont plus nombreux que les autres habitants. Dès lors, considérant ce rapport, ce ne sont plus les *favelas* qui doivent s'intégrer à la ville, mais la ville qui doit s'intégrer à l'espace urbain que la *favela* définit. Cette remarque, qui s'apparente à une provocation, invite non seulement à réfléchir sur des nouveaux moyens d'accès au logement pour les populations les plus démunies, mais aussi à de nouvelles modalités de penser la

40. Ce décret joue un rôle idéologique très fort, mais sa portée pratique est très limitée, car la plupart des établissements commerciaux dans les *favelas* sont informels.

41. X. Arbos, « Le droit non étatique dans la régulation sociale », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, LGDJ, 1995, p. 240.

favela comme partie intégrante de la ville. Pour que la politique actuelle de réhabilitation des *favelas* ne redevienne pas une simple concession populiste des pouvoirs publics, il est nécessaire d'insister sur l'importance de la régularisation foncière, démarche indispensable pour rompre la logique de marginalité à l'égard de *favelas* et de leurs résidents.

Seconde sous-partie

À la recherche de règles pour l'effectivité des droits

Les deux contributions qui suivent sont à la recherche d'une meilleure effectivité des règles de droit. David Jacotot propose de revoir à la lumière des exigences de l'effectivité la répartition du risque de la preuve, et de faire porter ce risque, en principe, sur celui qui a les moyens de la preuve, sur celui qui a l'aptitude à prouver. Le second, d'Olivier Leclerc, plaide pour une meilleure protection du lanceur d'alerte, ce salarié qui, au courant d'un risque environnemental, d'une malversation, perd son travail pour que cesse la violation du droit.

Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve

David Jacotot

Maître de conférences à la Faculté de droit de Dijon

1. – La charge de la preuve, et donc le risque de la preuve¹, présente deux dimensions bien différentes. La première est décrite à l'article 9 du Nouveau Code de procédure civile (NCPC). La seconde concerne l'attribution de la charge de la preuve telle qu'elle ressort de l'article 1315 du Code civil et de bien d'autres textes².

2. – L'article 9 du NCPC dispose que : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Littéralement, cet article apporte deux précisions. D'une part, il vise la preuve des *faits*. D'autre part, l'expression « il incombe à [...] » signifie que les auteurs du texte attribuent la *charge de la preuve d'un fait* à une partie déterminée à l'avance, celle qui s'en prévaut. C'est alors logiquement qu'il implique une charge de la preuve *alternative* : l'un soulève un fait (ou des faits) qu'il doit prouver, l'autre, qui tente de le contrer,

1. Certains auteurs soutiennent que la charge de la preuve s'est muée en risque de la preuve (le doute). R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil, permanences et transformations*, thèse Poitiers, 1954, p. 101 ; J. Deveze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, thèse Toulouse, 1980 ; L. de Naurois, « Le juge en présence d'un doute de fait insoluble en droit français et en droit canonique : jalons pour une recherche », in *Mélanges offerts à P. Reynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 531 ; H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse Lyon, 1947, n° 117. V., F. Boulanger, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.* 1966. 737. En ce sens également : J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, 26^e éd., PUF, 1999, n° 175 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, 5^e éd., Dalloz, 2000, n° 512 ; Ph. Malaurie, P. Morvan, *Introduction générale*, 2^e éd., Defrénois, 2005, n° 170 et s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 1994, n° 645 ; J.-L. Mouralis, *Rép. civ. Dalloz*, V^o « Preuve », n° 955 et s. Analyse critique : X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994, préface J. Chestin, p. 203 et s. (dernièrement de cet auteur : « Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change. », *JCP G* 2005. I. 133).

2. V. *infra*, II.

invoque un autre fait qu'il doit également prouver. Une partie de « ping-pong probatoire » s'organise. Chaque partie essaye de convaincre le juge de la *vérité* de ses faits. L'article 9 du NCPC régit donc la preuve *judiciaire*, en ce sens qu'il concerne la preuve des faits soumis au juge. La charge de la preuve traduit ici l'idée de la *charge de la conviction*. C'est bien la recherche de la vérité des faits dont il est question et auquel le juge participe³. Ensuite interviendra la phase de qualification juridique des faits qui permettra d'appliquer ou non telle règle de droit⁴. Il est évident que les plaideurs tentent de convaincre les juges de la véracité de faits susceptibles d'influencer ce dernier lors de l'opération de qualification juridique. L'un soutiendra à la lumière de tel(s) fait(s), qu'il prouvera, que telle qualification devra être retenue, l'autre plaidera à l'appui d'autre(s) fait(s) établi(s) que cette qualification ne saurait qu'être rejetée⁵. Dans le cadre de l'article 9 du NCPC, le doute, s'il existe, porte alors sur les faits : le fait n'est pas prouvé, le juge doute de sa véracité. La solution apparaît simple : le juge l'écartera ; ce fait douteux ne servira pas lors de l'opération de qualification juridique. Le risque de la preuve du fait⁶ pèse sur celui qui l'invoque. Et si aucun fait n'est prouvé, il n'est pas besoin de s'interroger sur leur qualification juridique ; le demandeur sera débouté.

3. – En revanche, l'article 1315 du Code civil ne concerne pas la preuve des faits. L'alinéa 1 intéresse la preuve de l'existence de l'obligation, et l'alinéa 2 la preuve de son exécution ou de son extinction. Aussi dans le cadre de l'alinéa 1^{er}, faut-il prouver une obligation et non un (ou des) fait(s). Certes l'article 9 du NCPC croise le chemin de l'article 1315 du Code civil. Prouver une obligation suppose d'établir des faits ou actes juridiques qui en matérialisent l'existence. Mais ces deux articles n'expriment pas la même idée : une différence de niveau existe entre la preuve des faits et la preuve d'une obligation. L'article 1315 du Code civil invite à réfléchir à l'application ou non d'une règle de droit, plus précisément relative au droit des obligations. En d'autres termes, « prouver l'obligation et vous pourrez en exiger l'exécution (alinéa 1^{er}) ». Les articles 9 du NCPC et 1315 du Code civil, loin de véhiculer la même idée, se complètent. Chaque partie prouve des faits et actes juridiques (article 9 du NCPC), l'une pour démontrer l'existence d'une obligation, l'autre pour la dénier (article 1315, alinéa 1^{er} du Code civil)⁷ même si, légalement, la charge de la preuve de l'obligation incombe à la première. Le doute susceptible de naître est le suivant : « en présence de faits prouvés par les deux parties (ou en l'absence de faits prouvés), dois-je conclure à l'existence d'une obligation ? ». Le doute ne porte donc pas sur les

3. Il peut ordonner des mesures d'instruction (art. 10 NCPC).

4. Art. 12 NCPC.

5. Et/ou telle autre qualification juridique retenue.

6. Les auteurs qui traitent du risque de la preuve ne précisent pas s'ils traitent du doute sur les faits (faits non prouvés). Il semble que tel n'est pas le cas.

7. Pour reprendre l'image du « jeu de raquette », force est de constater qu'il existe un « double de jeu de raquette ». Le premier a pour objet les « faits » ; la seconde concerne le passage de l'alinéa 1^{er} à l'alinéa 2. En bref, la « balle » n'est pas la même, ce n'est pas le même « jeu de raquette ».

faits mais sur la présence d'une obligation⁸. Il est supporté par celui sur qui repose la charge de la preuve, « celui qui en réclame l'exécution... » selon l'article 1315, alinéa 1^{er}. Autrement dit, si le juge doute de l'existence, en application de cette dernière disposition, il conclut à son inexistence. Contrairement à l'article 9 du NCPC qui s'ancre dans la recherche de la vérité des faits, l'article 1315 du Code civil sert à trancher un litige en cas de doute sur le fond du droit. Il caractérise une *règle de fond*⁹ qui permet en cas de *doute* sur la *qualification juridique des faits* (par exemple, est-ce une obligation ?) de savoir s'il faut *appliquer ou non une règle de droit* (l'exécution des obligations en l'occurrence).

4. – À travers l'analyse de l'article 1315 du Code civil, on découvre qu'il existe bien un lien entre la charge de la preuve et l'effectivité¹⁰ de la règle de droit. En présence de faits prouvés, si le juge doute de « l'insertion de ces faits dans le droit »¹¹, il doit alors ne pas appliquer la règle de droit invoquée. Mais plus le juge rencontre le doute, et moins il applique la règle de droit sollicitée par une partie au litige. L'attribution de la charge de la preuve influence donc l'application des règles au risque de les rendre ineffectives. Qui appliquera une règle dont on sait qu'il suffit de se réfugier dans le droit de la preuve pour que le juge considère qu'elle ne s'applique pas à la situation concrète ? Une loi est effective si elle incite les citoyens à son respect. Il n'est pas acceptable qu'une règle de fond — la charge de la preuve — entrave voire favorise son ineffectivité. En cas de doute irréductible sur l'application de la règle au litige dont il est saisi, l'attribution de la charge de la preuve doit intégrer la nécessaire effectivité de la règle de droit.

5. – L'article 1315 du Code civil présente alors des insuffisances¹². Reflet du droit savant, il est « désincarné ». Il ne prête pas attention à la situation concrète dans laquelle se trouvent les plaideurs. En bref, il ne se préoccupe pas de « celui qui réclame l'exécution d'une obligation » et qui pourtant ne peut pas « la prouver » parce que seule l'autre partie possède les éléments de preuve. Il n'intègre pas l'aptitude à la preuve¹³. L'article 1315 du Code civil rend la charge de la preuve peu

8. Rappelons que les faits douteux sont écartés des débats.

9. J. Deveze, *préc.*, note, *D.* 1981. 289; J. Patarin, *La preuve dans le droit des régimes matrimoniaux et des successions*, Cours de DES, 1975, p. 25; J. Ghestin, G. Goubeaux, *préc.* C. de la Mardiere, « La preuve objective dans le contentieux fiscal », *Revue de droit fiscal* 6 avril 2006, p. 746.

10. J. Commaillès écrit : « Rien n'est plus au cœur des relations entre droit et société que la question de l'effectivité. Celle-ci peut être définie comme le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit. Plus largement l'effectivité désigne tout effet de toute nature qu'une loi peut avoir. » (*Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), PUF, v^o « Effectivité »). V. également, J. Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique*, vol. 7, 1958; P. Lascoumes, « Effectivité », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993. Autrement dit, il s'agit de s'intéresser à la correspondance entre les règles de droit et les comportements et conduites des destinataires de la règle de droit.

11. Expression de M. J.-L. Aubert, in « Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation », *Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 19 (spéc. p. 26).

12. Que l'on ne retrouve pas dans le rapport P. Catala relatif à l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit des prescriptions (l'article 1315 deviendrait l'article 1283 du Code civil).

13. Sur ce point, v. R. Demogue, *Notions fondamentales de droit privé*, 1911, La Mémoire du droit, 2002, p. 553-554.

« humaine ». L'appliquer à la lettre aboutit à rendre parfois la règle de droit ineffective. C'est encourager celui qui peut prouver, face à celui qui ne le peut pas, à ne pas appliquer la règle. La charge de la preuve devient un tel fardeau, qu'une règle de droit risque de n'être jamais appliquée. Aussi le juge est-il amené à adapter l'article 1315 du Code civil au nom de l'effectivité de la règle de droit (I). Parfois c'est le législateur qui s'aperçoit de l'inadaptation ou de la difficulté d'appliquer l'article 1315 du Code civil. Par exemple, en droit du travail, en matière de discrimination, l'attribution de la charge de la preuve par application de l'article 1315 du Code civil, non seulement relève de l'artifice, mais engendre une ineffectivité de la règle de fond et donc crée un obstacle à la lutte contre les discriminations. Aussi le législateur met-il à l'écart l'article 1315 au nom de l'effectivité de la règle de fond (II). Il crée alors un mécanisme probatoire spécial.

I. L'ADAPTATION DE L'ARTICLE 1315 DU CODE CIVIL

6. – L'article 1315 du Code civil exprime, selon certains auteurs, à travers l'exemple des obligations, des règles de portée générale¹⁴. Il est vrai que l'étude de nombreux arrêts¹⁵ montre que l'article 1315 du Code civil sert de fondement juridique en droit civil, en droit des assurances, en droit du travail etc. Selon ce même auteur, il convient

14. F. Terré, *Introduction générale au droit*, 5^e éd., Dalloz, 2000, n° 505.

15. La lecture des *Bulletins des arrêts de la Cour de cassation* (2001 à 2006) témoigne de sa vigueur. D'abord, dans chaque index, au substantif « Preuve », on découvre une déclinaison spécialement consacrée à la « Charge » de la preuve, rubrique qui en précède d'autres comme : « Éléments de preuve », « Moyens de preuve », « Pouvoirs du juge ». Au vocable « Charge », des subdivisions apparaissent certains mois d'une année donnée. Ainsi des décisions sont-elles classées dans des sous-ensembles (plus surprenant, dans l'index 2004, le vocable « Charge » se décline en trois sous-rubriques : « Applications diverses » ; « Demandeur » et « Interverision ») intitulés « Demandeur » (à l'intérieur duquel sont recensées des « Applications diverses ») et « Interverision ». Il n'est pas toujours aisé de comprendre ce classement. Le sous-ensemble « Interverision » regroupe les décisions dans lesquelles la Cour de cassation retient une « inversion de la charge de la preuve ». Mais que faut-il déduire de la sous-rubrique « Demandeur » ? Faut-il croire que la charge de la preuve pèse sur le demandeur ? Quantitativement, pour chaque année (en 2005, 22 ; en 2004, 14 ; en 2003, 11 ; en 2001, 16), on dénombre une quinzaine d'arrêts classés dans la rubrique « Charge ». Ensuite, toujours à la lecture des bulletins, le classement laisse apparaître que toutes les chambres (hors bien évidemment la chambre criminelle) s'interrogent sur la charge de la preuve. Enfin, relevons qu'il ne s'agit que des arrêts *publiés*. Une recherche par « Legifrance », avec le substantif « charge » comme mot-clé, montre que des arrêts *inédits* intéressent la charge de la preuve (et ce concernant toutes les chambres de la Cour de cassation. Par exemple, Com. 28 mars 2006, pourvoi n° 03-21097 ; Civ. 1^{re}, 4 avril 2006, pourvoi n° 01-10980). L'utilisation de la base de données « Juris-data » confirme l'omniprésence de la charge de la preuve devant les juges du fond. Loin d'être étudiée uniquement par les « privatistes », des magistrats des juridictions administratives s'emparent de la question. Ainsi dans le numéro 36 des « Études et documents du Conseil d'État », 1984-1985, un article intitulé « Une particularité du droit fiscal : la charge de la preuve » fut signé par « Monsieur Lasry, conseiller d'état honoraire ». Malgré le caractère inquisitorial de la procédure, certains auteurs utilisent la charge de la preuve dans le contentieux administratif (C. Debbasch, « La charge de la preuve devant le juge administratif », *D.* 1983. Chron. 43).

d'étendre la formulation de l'alinéa 1 de l'article 1315 du Code civil pour aboutir à « une règle générale qui régit le droit » : la charge de la preuve pèse alors sur le demandeur, ce que le droit romain exprimait par la formule « *actori incumbit probatio* ». Cette affirmation ne reflète pas le droit positif. D'une part, la Cour de cassation admet que la charge de la preuve ne repose pas toujours sur les épaules du demandeur¹⁶. D'autre part, la Cour de cassation adapte l'article 1315 du Code civil, il est vrai, pas toujours de manière cohérente. Par exemple, en droit des assurances, la Cour de cassation compléta son alinéa 1 en exigeant « de celui qui réclame l'exécution d'une obligation qu'il prouve » non seulement l'existence de l'obligation mais également son étendue¹⁷. En ce qui concerne l'application de l'alinéa 2, la Cour de cassation décida qu'il « incombe au débiteur d'une obligation spécifique d'information de prouver l'exécution de celle-ci »¹⁸. Elle procéda à un revirement de jurisprudence, auparavant, il appartenait à la victime de prouver. Si antérieurement au revirement la haute juridiction s'écartait d'une interprétation littérale de l'article 1315 du Code civil, elle en retient maintenant une lecture exacte. Cette disposition ne met nullement à la charge du demandeur en réparation la preuve de l'inexécution; elle exige uniquement de lui la preuve de l'existence de l'obligation¹⁹. Plus encore, en retenant une telle analyse, la haute juridiction assure mieux l'effectivité de l'obligation d'information. Ainsi beaucoup de professionnels de santé l'intègrent-ils dans leur pratique. Par écrit ou oralement, ils informent, ce qui permet au patient d'être acteur de la décision sanitaire. La volonté de supprimer le « paternalisme médical », qui réduit le patient à un sujet passif qui subit une décision prise par autrui, influence l'attribution de la charge de la preuve. Lorsque la Cour de cassation souhaite provoquer une modification des comportements des bénéficiaires de la règle de droit, elle adapte le mécanisme de charge de la preuve en ce sens. Néanmoins, toujours en ce qui concerne la preuve de l'exécution de l'obligation, la Cour de cassation *réécrit* parfois l'article 1315 du Code civil. Ainsi lorsqu'elle considère qu'il appartient, « à celui qui réclame l'exécution », de prouver l'exécution défectueuse, c'est-à-dire la faute²⁰, elle met à la charge d'une seule et même partie la preuve de l'existence d'une obligation et de la mauvaise exécution de cette dernière.

7. – Cette adaptation de l'article 1315 du Code civil se retrouve en droit du travail. En matière d'égalité salariale²¹, la Cour de cassation applique l'article 1315 du Code

16. Par exemple : Civ 3^e, 26 janvier 2005, *Bull. civ.* III, n° 13, p. 11. La charge de la preuve incombe au défendeur qui invoquait une fin de non-recevoir tirée de l'exercice de l'action postérieurement à l'expiration du délai de garantie décennale. Il est vrai que le vocable « demandeur » reste imprécis : est-ce le demandeur à l'instance ou est-ce l'auteur d'une prétention peu importe sa position dans le procès ?

17. Civ 1^{re}, 8 mars 1968, *Bull. civ.* I, n° 99 ; 24 juin 1970, *Bull. civ.* I, n° 221 ; 23 mars 1977, *Bull. civ.* I, n° 147.

18. Civ 1^{re}, 25 février 1997, *Bull. civ.* I, n° 75.

19. En ce sens, P. Jourdain, obs. *RTD civ.* 1997. 434 ; J.-L. Mouralis, *préc.*, n° 993.

20. Par exemple, Civ. 1^{re}, 13 février 2001, *Bull. civ.* I, n° 33.

21. « À travail égal, salaire égal » : Soc. 29 octobre 1996, *Bull. civ.* V, n° 539 ; J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts de droit du travail*, 3^e éd., Dalloz, 2004, p. 68.

civil²². La charge de la preuve ne relève pas de son alinéa 2. En effet, il ne s'agit pas d'un problème d'exécution d'une obligation. Par hypothèse, un salarié n'a pas reçu un salaire identique aux autres, sinon il n'y aurait pas eu litige. Une interprétation littérale de l'article 1315 du Code civil conduit à appliquer l'alinéa 1^{er}. Se pose au juge la question de savoir si, en l'espèce, il existait bien une obligation implicite²³ d'égalité salariale. Il incombe donc au salarié, « qui réclame l'exécution », de prouver l'existence d'une telle obligation et donc de démontrer qu'il se trouve « dans une situation identique » aux autres salariés qui ont perçu un salaire différent. Bien que visant l'article 1315 du Code civil, telle n'est pas la solution adoptée par la Cour de cassation²⁴.

8. – Elle adapte cet article lorsqu'elle écrit qu'en « application de l'article 1315 du Code civil, s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe « à travail égal salaire égal » de soumettre au juge les éléments de faits susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant sa décision »²⁵. La formule jurisprudentielle décrit une charge alternative de la preuve des faits au sens de l'article 9 du NCPC; le « jeu de raquette » porte alors sur les faits²⁶. Ajoutons que la Cour de cassation précise l'objet de la preuve de chaque partie au litige. Le salarié prouve des faits qui caractérisent une différence de traitement; il fournira son bulletin de salaire et celui de collègues (le peut-il?) qui occupent un même poste. L'employeur prouve des faits qui établissent le caractère objectif de la différence de traitement. Mais la dernière phrase de la formule jurisprudentielle²⁷ démontre qu'elle attribue la charge de la preuve à l'employeur. En cas de doute sur l'existence d'une obligation d'égalité salariale, par application de l'article 1315 du Code civil remodelé, elle doit la considérer comme existante.

9. – Cet aménagement se comprend aisément. D'une part, le salarié se trouve très souvent dans l'impossibilité de prouver la situation identique ou encore la raison qui explique la différence de traitement. L'inaptitude à la preuve du salarié impose de rejeter toute interprétation littérale de l'article 1315 du Code civil. D'autre part, l'effectivité de l'égalité salariale conforte l'analyse. Lorsque la Cour de cassation posa le principe « à travail égal, salaire égal », elle invita clairement les employeurs à

22. Soc. 16 octobre 2002, inédit, pourvoi n° 00-44860; 28 septembre 2004, pourvoi n° 03-41825, 03-41829.

23. Littéralement l'article 1315 intéresse le droit des obligations, ce qui nous invite à vérifier si l'égalité salariale est une obligation. Elle ne peut être qu'implicite (G. Lyon-Caen, « L'obligation implicite », in *L'obligation*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, tome 44, 2000, p. 109), découverte par le juge car on ne la retrouve pas dans les clauses expresses du contrat de travail.

24. *Contra* P. Sargos, « Interférence des droits, libertés et devoirs des salariés en matière de licenciement disciplinaire », *BICC* 15 octobre 2004, 606 (spéc. p. 15). Le président de la chambre sociale considère qu'il applique « le droit commun de la charge de la preuve ».

25. V. l'arrêt cité à la note 20.

26. Elle détermine également l'objet de la preuve, ce que les parties doivent prouver à l'aide de faits.

27. « [...] il incombe à l'employeur de rapporter la preuve ».

respecter cette règle²⁸. Elle leur impose un comportement. La charge de la preuve doit poursuivre ce même dessein. Un auteur écrit que « l'attribution de la charge de la preuve est un moyen de politique juridique dépendant du droit substantiel en cause »²⁹. La charge de la preuve, par application de l'article 1315 (adapté), pèse sur l'employeur. Si le juge adapte l'article 1315 du Code civil pour assurer l'effectivité de la règle de droit, le législateur intervient également en ce sens.

II. LA MISE À L'ÉCART DE L'ARTICLE 1315 DU CODE CIVIL

10. – Le législateur prend conscience de la corrélation qui existe entre l'attribution de la charge de la preuve et l'effectivité d'un ensemble de règles construites autour d'une idée-force. Il crée alors un *texte spécial* par lequel il attribue la charge de la preuve. L'article 1402, alinéa 1^{er}, du Code civil, non modifié par les lois de 1965 et 1985, dispose que « Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi. ». C'est à celui qui se prévaut de la nature propre d'un bien de le prouver. En cas de doute sur la nature d'un bien, il est commun. Dès lors qu'il existe deux catégories de biens — propres et communs —, le législateur s'aperçoit de la nécessité d'attribuer la charge de la preuve. Un texte spécifique y est consacré. Il « traduit une politique favorable au principe communautaire »³⁰. Le régime de communauté réduite aux acquêts suppose de favoriser la qualification de biens communs ; c'est notamment par un mécanisme probatoire que le législateur assure l'effectivité de l'existence de biens communs. Le législateur, par ce texte spécial, met à l'écart l'article 1315 du Code civil. Non seulement, parce qu'il ne permet pas d'asseoir une « politique favorable au principe communautaire », mais également parce que sa formulation ne le rend pas ici applicable. Il n'est question ni de l'existence, ni de l'exécution d'une obligation.

11. – D'autres dispositions attribuent la charge de la preuve notamment les articles L. 122-45 du Code du travail et 102 de la loi du 4 mars 2002. Le législateur met donc délibérément à l'écart l'article 1315 du Code civil. Ces textes s'expliquent par la volonté du législateur d'assurer l'effectivité d'une règle de fond³¹.

28. Il serait bon également que la Cour de cassation intègre la notion d'« effectivité de la règle » lorsqu'elle précise le contenu des situations identiques. À l'heure actuelle, on a l'impression qu'il existe aucune situation identique. Les employeurs prendront le risque de ne pas appliquer ce principe, s'ils ont le sentiment qu'il ne s'applique pas dans leur entreprise.

29. J. Deveze, thèse *préc.*, n° 478. Ph. Malaurie, P. Morvan, *préc.*, n° 172 ; ces auteurs écrivent que la « charge de la preuve obéit aussi à une politique juridique visant à protéger les intérêts de parties placées en position d'infériorité [...] ».

30. J. Flour, G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 328.

31. Contrairement au point précédent où il s'agissait d'attribuer la charge de la preuve pour assurer l'effectivité d'une idée-force qui est à l'origine d'un ensemble de règles de droit.

12. – L'article 102 de la loi Kouchner du 4 mars 2002 dispose : « En cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. *Le doute profite au demandeur*[nous soulignons] ». Incontestablement, le législateur souhaite favoriser l'indemnisation des victimes de l'hépatite C (VHC). Conscient que la preuve (et surtout la charge de la preuve) ne doit pas constituer un obstacle à l'indemnisation, il construit un mécanisme probatoire corrélié à la finalité de la règle de fond. En effet, attribuer la charge de la preuve à la victime rend illusoire la réalisation de l'objectif, le dédommagement des personnes contaminées. Nul ne peut affirmer avec certitude, et certainement pas la victime, que le VHC ne provient pas d'une transfusion mais trouve son origine dans un autre mode de contamination. Certes cet article ne déroge pas à l'article 9 du NCPC : il incombe au demandeur à l'indemnisation de prouver des faits notamment une transfusion, sa contamination, celle-ci devant être postérieure à la transfusion. L'article 102 décrit un processus duquel ressort la charge alternative de la preuve des faits. Mais il contient une règle de fond qui permet en cas de doute sur la qualification juridique des faits (l'imputabilité d'une contamination) de savoir s'il faut appliquer ou non une règle de droit (l'indemnisation). D'une part, le dernier alinéa de l'article 102 l'atteste : « le doute profite au demandeur [à l'indemnisation] ». D'autre part, le vocabulaire employé le confirme : la victime présente des éléments qui permettent de « *présumer* [nous soulignons] » et le transfuseur « *prouve* [nous soulignons] ». L'effectivité de la règle de droit — l'indemnisation des victimes — conduit à ne pas faire peser la charge de la preuve sur la victime. Ce mécanisme probatoire légal ne conduit *pas toujours à rechercher la vérité* (souvent difficile à déterminer) mais reflète une « *politique socialement souhaitable* » selon le législateur. Et c'est pour cela que le défendeur (le transfuseur) supporte le risque de la preuve.

13. – Relativement à la preuve des discriminations, le législateur créa un texte spécial³². L'article L. 122-45, alinéa 5, du Code du travail dispose que « En cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». Replaçons ce texte dans un contexte plus général.

32. L'article 1315 du Code civil ne s'applique donc pas.

Le législateur français³³ affiche clairement sa volonté de lutter contre les discriminations³⁴. À l'évidence, la naissance de l'article L. 122-45, alinéa 5 (inspirée de la directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve³⁵) s'inscrit dans ce mouvement, s'interprète à la lumière de cet objectif légal. On constate toutefois que les formulations des articles 102 de la loi du 4 mars 2002 et L. 122-45, alinéa 5 du Code du travail diffèrent³⁶. Contrairement à l'article 102 précité, l'article L. 122-45, alinéa 5 ne précise pas à qui profite le doute³⁷. Pour autant, il attribue la charge de la preuve à l'employeur. Selon l'alinéa 5, le salarié « présente des éléments de fait laissant supposer » ; et le défendeur doit « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Il existe bien une nuance : « supposer » et « prouver ». Les verbes employés montrent bien que le « fardeau » pèse sur les épaules du défendeur (l'employeur). Par ailleurs, si le fardeau de la preuve pesait sur les épaules du salarié, il lui serait extrêmement difficile d'établir la discrimination. L'inaptitude à la preuve du salarié n'est pas contestable. Il ne lui est pas possible de prouver « les éléments objectifs étrangers aux discriminations » ; seul l'employeur, auteur de la décision, connaît les raisons avouables ou non qui la justifient. Si ce dernier sait qu'il échappera à l'application du droit des discriminations parce que la charge de la preuve incombe au salarié, il sera tenté de ne pas mettre en œuvre les moyens suffisants pour éradiquer les discriminations dans son entreprise. La lutte restera alors inefficace. Lutter efficacement contre les discriminations implique de construire une règle de preuve qui correspondra au mieux à la finalité de la norme substantielle. Aussi le législateur, conscient que la preuve nuit parfois à l'effectivité de la règle de fond, n'attribua-t-il pas la charge de la preuve au salarié. En cas de doute sur l'existence d'une discrimination, par application de cet article, le juge doit considérer qu'il y a discrimination.

14. – Il est imprécis de prétendre que le législateur répartit la charge de la preuve. Certes, cet article décrit une charge alternative de la preuve. Mais c'est au sens de l'article 9 du NCPC, c'est-à-dire une charge alternative de la preuve des *faits* : « le salarié [...] présente des éléments de fait [...]. Au vu de ces éléments, il *incombe à la*

33. Mais aussi communautaire.

34. Comme le montre notamment la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et l'augmentation de ses pouvoirs (décret 2006-641 du 1^{er} juin 2006).

35. M. T. Lanquetin, « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. soc.* 2000. 589.

36. Il serait intéressant de comparer tous les textes qui traitent de la charge de la preuve. L'article L. 122-52 relatif au harcèlement dispose : « En cas de litige relatif à l'application des articles L. 122-46 et L. 122-49, dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». Pourquoi le législateur adopte-t-il un vocabulaire différent ? Le verbe conjugué « établit » a été préféré au verbe conjugué « présente » ; l'infinifitif « présumer » remplace l'infinifitif « supposer ».

37. En matière de licenciement, dans un premier temps, le législateur ne précisa pas que le doute profitait au salarié. Il le fit dans un second temps.

partie défenderesse [...] [Nous soulignons] ». Surtout, il s'en dégage une règle de fond qui permet en cas de doute sur la qualification juridique des faits de retenir l'existence d'une discrimination : « il incombe à la partie défenderesse [l'employeur] de prouver ». Prise en ce dernier sens, la charge de la preuve ne saurait être alternative. D'aucuns rétorqueront qu'il s'agit une fois de plus d'accabler l'employeur, et ils insisteront sur la possible « sanction » d'un employeur dont rien ne permet d'affirmer qu'il a discriminé. D'abord, l'attribution de la charge de la preuve doit assurer l'effectivité de la règle de fond. Ensuite, l'employeur utilisera son pouvoir de direction pour imposer les moyens nécessaires pour organiser la lutte contre les discriminations au sein de l'entreprise. Enfin, cette éventualité ne naîtra qu'en présence d'un doute irréductible. Le risque de la preuve possède en quelque sorte un caractère subsidiaire³⁸ ; il intervient uniquement lorsque les parties ne convainquent pas le juge.

38. A. Supiot, « L'équitable dans la preuve », *SSL* 1988, supp. au n° 410, p. 62 : l'auteur écrit « Le doute, ce n'est pas l'ignorance, mais le stade supérieur de la connaissance auquel seul peut accéder celui qui s'est mis en quête de la vérité ».

La protection du salarié lanceur d'alerte

Olivier Leclerc

Maître de conférences à l'Université Paris X-Nanterre
(IRERP, UMR CNRS 7029)

Cassandre mérite-t-elle protection ? Celui ou celle qui porte une mauvaise nouvelle doit-il être mis en mesure de diffuser son lugubre message ou doit-il être réduit au silence ? Alors que la conscience des risques que fait naître l'activité humaine grandit¹, des voix s'élèvent aujourd'hui pour demander que le droit français accorde une protection particulière à celui qu'il est convenu d'appeler le « lanceur d'alerte ». Ce dernier dénonce publiquement un danger et, ce faisant, il s'expose à subir des mesures de rétorsion.

Des expériences menées dans des droits étrangers² renforcent encore la conviction de ceux qui plaident pour la protection du lanceur d'alerte.

La notion d'« alerte » révèle alors sa richesse. Est parfois encouragée la dénonciation des dangers qui menacent la santé ou la sécurité des personnes³. Dans d'autres cas, c'est l'alerte environnementale qui est promue⁴. Dans d'autres circonstances encore, l'alerte est qualifiée d'« éthique »⁵, en ce sens qu'elle favorise la révélation de comportements fautifs que le lanceur d'alerte refuse de cautionner par son silence.

1. V., U. Beck, *La société du risque*, préf. B. Latour, Flammarion, 2004.

2. V., D. Lewis, « Whistleblowing at Work : On What Principles Should Legislation Be Based ? », *30 Indus. L. J.* (169) 2001.

3. M.-A. Hermitte et Ch. Noiville, « L'obligation d'information en matière de santé publique à la lumière de la loi du 1^{er} juillet 1998 sur la sécurité sanitaire », *Gaz. Pal.* 24 oct. 1998, p. 1423 ; F. Chateauraynaud et D. Torny, *Les sombres précurseurs. Une sociologie pragmatique de l'alerte*, Éditions de l'EHESS, 1999 ; A. Ciolella et D. Benoît Browaey, *Alertes santé. Experts et citoyens face aux intérêts privés*, Fayard, 2005, spéc. p. 383 sqq. ; Ch. Noiville et M.-A. Hermitte, « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », *Natures, Sciences, Sociétés*, 2006, p. 269.

4. A. Suptot, « L'alerte écologique dans l'entreprise », in *Droit du travail et droit de l'environnement*, Litec, 1994, p. 91.

5. V. les propositions de la branche française de l'association Transparency International (oct. 2004) : [www.transparence-france.org/wfavordeclenchtalert.htm] ; Rapport du Cercle d'éthique des affaires : « Whistleblowing : quel système d'alerte éthique pour les entreprises françaises ? », *Cahiers de l'éthique*, 2005, n° 2.

En outre, les lanceurs d'alerte dont la protection est souhaitée s'intègrent dans des contextes institutionnels et juridiques forts différents : il s'agit d'un chercheur exerçant son activité dans un établissement public de recherche, du salarié d'une entreprise privée, d'une personne morale...

Au vu de cette diversité, la notion d'« alerte » apparaît bien fuyante et la protection que son auteur peut se voir reconnaître plus incertaine encore. Face à cette difficulté, le droit du travail est pourtant susceptible d'offrir un solide point d'appui. Plusieurs de ses dispositions, qu'elles soient ou non explicitement qualifiées de procédures d'alerte, offrent au salarié qui divulgue une information une protection contre toute mesure disciplinaire.

Dans le contexte du rapport d'emploi, la protection du lanceur d'alerte prend une résonance particulière : ce salarié encourra-t-il une sanction de la part de l'employeur, pouvant aller jusqu'à son licenciement ? La loyauté à l'égard de l'entreprise ne lui impose-t-elle pas de passer sous silence certaines informations ? Au carrefour de la liberté d'expression des salariés et de l'intérêt de l'entreprise, l'alerte doit-elle bénéficier d'un régime spécifique ou, au contraire, la liberté d'expression, reconnue de manière générale aux salariés, offre-t-elle un cadre suffisant pour la protection du lanceur d'alerte ?

Favoriser l'exercice de l'alerte permet d'accroître la transparence sur les risques que l'activité de l'entreprise génère. Mais, symétriquement, l'alerte expose l'entreprise à des dénonciations dont la solidité n'est pas démontrée ou qui émanent de salariés qui refusent de jouer le jeu des dispositifs de qualité établis en son sein.

Aussi bien, la promotion de l'alerte dans le droit français appelle-t-elle une réflexion attentive sur les catégories juridiques propres à en fournir l'armature. À la lumière des dispositifs du droit du travail, on s'efforcera de dessiner les contours d'une notion juridique d'« alerte », en s'attachant à ses traits distinctifs (I) et à son régime juridique (II).

I. LA QUALIFICATION DE L'ALERTE

Le droit anglais protège le salarié contre les mesures de rétorsion consécutives à une « révélation protégée »⁶. Toute révélation ne constitue donc pas une alerte protégée. Cet enseignement tiré du droit anglais permet de dégager les deux traits caractéristiques de l'alerte : elle porte sur une atteinte (A) à laquelle il doit être mis fin au plus vite (B).

6. *Public Interest Disclosure Act 1998*, inséré aux sections 43 sqq. du *Employment Rights Act 1996*.

A. LA DÉNONCIATION D'UNE ATTEINTE PRÉSENTE OU FUTURE

Le lanceur d'alerte dénonce d'abord une atteinte. En cela, l'alerte se distingue de l'expression des salariés, ou de leurs représentants, formulée en vue de porter une revendication ou de faire connaître un souhait à l'employeur. *Ratione materiae*, le droit français du travail protège le dénonciateur d'une atteinte lorsque celle-ci porte sur la santé et l'environnement (1), la situation économique de l'entreprise (2) ou encore sur la régularité des comportements en son sein (3).

1. Une atteinte à la santé et à l'environnement

Plusieurs dispositifs du droit français protègent les salariés qui dénoncent un danger, actuel ou potentiel, pour la santé et la sécurité des personnes, créé par l'activité de l'entreprise. Celui-ci est susceptible d'affecter aussi bien les salariés de l'entreprise que les tiers. Quoique les textes ne le mentionnent pas expressément, les procédures mises en place ont, pour certaines d'entre elles, tout autant vocation à permettre la divulgation d'atteintes portées à l'environnement⁷.

Ainsi, le salarié signale à l'employeur une situation de travail dont il avait un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ou une défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection (art. L. 231-8 C. trav.). Dans ces circonstances, il peut exercer un droit de retrait, sans s'exposer à la sanction (art. L. 231-8-1 C. trav.).

La dénonciation d'une situation de danger est parfois rendue obligatoire. Il incombe ainsi au salarié de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé, ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail⁸ (art. L. 230-3 C. trav.).

L'alerte en santé et sécurité prend parfois un tour collectif. Ainsi, les délégués du personnel disposent d'un droit d'alerte à l'égard de l'employeur lorsqu'ils constatent qu'il existe « une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché » (art. L. 422-1-1 C. trav.)⁹. Un droit d'alerte est également reconnu au CHSCT qui est tenu d'aviser l'employeur s'il a connaissance d'une cause de danger grave et imminent (art. L. 231-9 C. trav.). Cette dimension collective du droit d'alerte prévaut également dans le domaine économique et financier.

7. V., A. Supiot, « L'alerte écologique dans l'entreprise », *loc. cit.*

8. Cette obligation pèse sur le salarié « alors même qu'il n'aurait pas reçu de délégation de pouvoir » : Soc. 28 février 2002, *Bull. civ.* V, n° 82, Soc. 30 septembre 2005, *D.* 2006. Jur. 973, note H. K. Gaba.

9. Ex. CPH Lyon, 8 novembre 2005, *Dr. ouvrier* 2006. 406, obs. M. Estevez.

2. Une atteinte économique et financière

Le droit du travail reconnaît au comité d'entreprise un droit d'alerte portant sur des « faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise »¹⁰. Cette prérogative permet au comité d'attirer l'attention de l'employeur, du commissaire aux comptes et, lorsqu'ils existent, du conseil d'administration ou de surveillance sur la situation économique à laquelle l'entreprise se trouve confrontée. Il lui est alors permis de « demander à l'employeur de lui fournir des explications » (art. L. 432-5, al. 1^{er} C. trav.). Ici encore, un danger particulier — pour la pérennité de l'activité et, indirectement, de l'emploi — justifie que le comité d'entreprise puisse demander à l'employeur de lui fournir des explications.

3. Une atteinte à la légalité

Le droit français n'établit pas, dans l'entreprise, de dispositifs spécifiques d'alerte organisant la dénonciation des infractions pénales¹¹. Une évolution en ce sens est cependant à l'œuvre. En premier lieu, la loi offre depuis 2001 une protection contre toute rétorsion de la part de l'employeur au salarié qui divulgue des pratiques discriminatoires (art. L. 122-45 C. trav.), de harcèlement sexuel (art. L. 122-46 C. trav.) ou moral (art. L. 122-49 C. trav.).

Mais c'est des États-Unis que provient le facteur d'évolution le plus net. La loi Sarbanes-Oxley de 2002 impose que soient mises en œuvre dans les entreprises, au plus tard en juillet 2006, des procédures permettant la dénonciation des infractions comptables et financières commises en leur sein. Cette exigence s'impose non seulement aux sociétés américaines cotées et à leurs filiales, mais également aux entreprises françaises cotées sur les principaux marchés d'actions soumis à la surveillance de la *Securities and Exchange Commission*. Par suite, certaines entreprises françaises devront se conformer aux exigences de ce texte.

Les entreprises concernées sont tenues d'établir une ligne téléphonique ou numérique (*hot line*) permettant aux salariés de dénoncer de façon anonyme les infractions dont ils auraient connaissance dans l'exercice de leur activité. Le lanceur d'alerte sera alors protégé contre toute sanction prise à son encontre.

10. Ce droit d'alerte appartient au seul comité central d'entreprise. La Cour de cassation refuse d'en étendre le bénéfice au comité d'établissement : Soc. 1^{er} mars 2005, *Dr. soc.* 2005. 587, obs. G. Coururier ; Soc. 6 avril 2005, *D.* 2005. IR. 1303 ; Soc. 12 octobre 2005, *Bull. civ.* V, n° 287.

11. Le salarié s'expose toutefois à une sanction pénale s'il ne dénonce pas certaines infractions (art. 434-1 à 434-3 C. pén.). En outre, la non-dénonciation constitue une faute civile susceptible d'être sanctionnée par l'employeur. Ont ainsi été licenciés pour faute grave des salariés qui n'avaient pas dénoncé l'existence d'un trafic de stupéfiants au sein d'un centre socio-éducatif (CA Angers, 8 nov. 2005, *Juris Data* n° 2005-292998) ou des vols de bouteilles d'alcool commis par un supérieur hiérarchique (CA Douai, 28 mars 2003, *Juris Data* n° 2003-221513). Sur cette question : D. Lochak, « La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie ? », in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 451.

La mise en place de tels dispositifs a connu un accueil très réservé en France¹². La CNIL a d'abord refusé que soient exploitées dans des entreprises établies en France des données recueillies par un tel moyen, qu'elle qualifie de « système organisé de délation professionnelle »¹³ et auquel elle oppose une réserve de principe¹⁴. Prenant acte de l'obligation imposée par la loi américaine, elle a ensuite assoupli sa position et a précisé les conditions que devront respecter les systèmes d'alerte professionnelle au regard de la loi du 6 janvier 1978¹⁵. Ceux-ci ne sauraient, estime la CNIL, devenir un mode prépondérant de circulation de l'information sur les dysfonctionnements constatés dans l'entreprise. Un dispositif d'alerte professionnelle ne pourra être mis en place que s'il répond à une obligation légale pesant sur l'entreprise ou si l'intérêt légitime du responsable du traitement le commande, et cela sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne dont l'attitude est dénoncée. Le recours à ce dispositif doit, en outre, rester facultatif pour les salariés. La CNIL s'oppose également à l'anonymat de l'émetteur de l'alerte : celui-ci doit pouvoir être identifié par les personnes chargées, au sein de l'entreprise, de recueillir l'alerte. De même, la personne dont le comportement est dénoncé doit être informée et mise en mesure d'accéder aux informations qui la concernent et, le cas échéant, de les rectifier. Phénomène d'acculturation¹⁶ imposé ou attraction exercée par un dispositif juridique en plein développement Outre-Atlantique, une alerte « éthique » — très encadrée et limitée aux atteintes au fonctionnement des marchés financiers ou aux droits des actionnaires — est ainsi appelée à se développer au sein des entreprises françaises.

B. LA NÉCESSITÉ D'UNE ACTION URGENTE

La gravité des faits dénoncés justifie que l'alerte soit lancée sans délai. Elle se distingue en cela des dispositifs permettant une expression périodique dans l'entreprise.

12. V., V. Stulz et M. Montluçon, « Ces salariés qui donnent l'alerte sur les pratiques de l'entreprise : quelle protection en France ? », *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1147, p. 5 ; Ch. Cacioppo, « Quel avenir pour le "whistleblowing" en France ? », *Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1229, p. 7 ; A. Cœuret et N. de Sevin, « Les dispositifs d'alerte et le droit français : chronique d'une greffe », *RJS* 2/06, p. 75 ; P. Adam, « Le retour des sycophantes ? (à propos du whistleblowing) », *Dr. ouvrier* 2006. 281 ; L. Flament et Ph. Thomas, « Le whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique », *JCP S* 2006. 1277.

13. CNIL, délib. 2005-110 (aff. *Mac Donald's France*) et 2005-111 (aff. *Cie européenne d'accumulateurs*) du 26 mai 2005.

14. Plusieurs juridictions du premier degré ont, du reste, ordonné le retrait par l'employeur de notes de service instituant de tels systèmes, sans toutefois prendre parti sur la validité de ces derniers, les conditions de leur édicton ayant été jugées irrégulières : TGI Nanterre, réf., 6 oct. 2004, *RJS* 12/04, n° 1244 ; TGI Libourne, 15 sept. 2005, *RJS* 1/06, n° 4 ; *Dr. ouvrier* 2006. 309, note A. de Senga.

15. CNIL, délib. n° 2005-305 du 8 déc. 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle ; CNIL, 26^e rapport d'activité, 2005, p. 58 ; V. Dubaile et B. Ducoulombier, « Feu vert sous condition pour les lignes d'alerte éthique », *Petites affiches* 2006, n° 26, p. 3.

16. V., A. Cœuret et N. de Sevin, « Les dispositifs d'alerte et le droit français : chronique d'une greffe », *loc. cit.*

Ainsi, le droit d'expression reconnu aux salariés par l'article L. 461-1 du Code du travail ne nous semble pas devoir être rangé parmi les dispositifs d'alerte dans l'entreprise. Ce texte organise et protège l'expression directe et collective des salariés sur « le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail »¹⁷. L'occasion peut donc être saisie pour faire connaître une situation de danger ou une infraction. Mais l'élément d'urgence fait ici défaut. L'exercice de ce droit se trouve en effet précisément encadré : il s'exerce sur les lieux et pendant le temps de travail, selon des modalités établies par accord collectif ou, à défaut, fixées par l'employeur après consultation du comité d'entreprise. La procédure se déroulera donc à intervalles réguliers et n'accueillera que difficilement une alerte.

À l'inverse, l'urgence impose que l'alerte connaisse une diffusion accélérée (1), ce qui implique qu'elle soit adressée à une personne dotée d'une capacité de réaction (2).

1. L'encadrement procédural de l'alerte

L'urgence qui caractérise la situation dénoncée appelle une réponse à bref délai. Aussi, les dispositifs d'alerte institués par le Code du travail prévoient-ils avec une assez grande précision la procédure que doivent suivre aussi bien l'alerte lancée que la réaction de l'employeur¹⁸. Ainsi, aux termes de l'article L. 422-1-1 du Code du travail, le délégué du personnel qui exerce l'alerte « saisit immédiatement l'employeur », sans être tenu de respecter les délais de l'article L. 424-5 du Code du travail¹⁹. Ce dernier doit alors « procéder sans délai à une enquête avec le délégué et [...] prendre les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation ». Le texte précise qu'« en cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le délégué si le salarié concerné averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon les formes applicables au référé ». De la même façon, les articles L. 231-9 du Code du travail et L. 432-5 du Code du travail prévoient les procédures que doivent suivre les alertes émises par le CHSCT et le comité d'entreprise, chacune dans la limite des compétences de ces institutions.

2. Le destinataire de l'alerte

Lancée en vue de susciter une action correctrice, l'alerte doit être adressée à une personne à même d'y apporter une réponse. Les alertes organisées par le Code du travail sont portées auprès de l'employeur ou de son représentant, soit directement, soit par l'intermédiaire des représentants du personnel.

17. R. Vatinet, « L'expression des salariés », in *Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 395.

18. Sur le rôle de des procédures internes : v., E. Lafuma, *Des procédures internes, Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, thèse Paris X-Nanterre, 2003, spéc. n° 68 sqq.

19. V. Soc. 21 mars 2006, RDT 2006, n° 2, p. 116, obs. O. Leclerc.

Mais on conçoit aisément les difficultés qu'un tel cheminement suscite lorsque le fait dénoncé est imputable au supérieur hiérarchique, voire lorsque la direction se montre, collectivement, solidaire du comportement en cause, ou encore lorsque la réponse donnée n'est pas jugée satisfaisante par le lanceur d'alerte. Ce dernier préférera peut-être se tourner vers d'autres destinataires. Le salarié s'expose-t-il alors à une sanction ?

Le salarié ne peut certainement pas être sanctionné s'il saisit une personne chargée de veiller à l'application des règles relatives à la sécurité au travail ou à la régularité des pratiques comptables. Il en va ainsi notamment lorsque l'alerte est adressée à l'inspecteur du travail²⁰, au médecin du travail, au commissaire aux comptes ou encore au Procureur de la République (art. 434-1 C. pén.)²¹. Il en est de même lorsque l'alerte est transmise par un salarié à un syndicat : ce dernier est habilité à porter la voix des salariés, et l'action engagée par le groupement pour faire cesser une situation de danger²² ou une infraction²³ est considérée par la Cour de cassation — parfois avec des nuances importantes²⁴ — comme entrant dans sa mission de défense de l'intérêt collectif de la profession.

La solution est-elle différente lorsque le salarié avertit la presse ou lorsqu'il s'adresse à une association, elle-même qualifiée pour engager une action en justice contre l'employeur (association de consommateur ou de défense de l'environnement, etc.) ? Ces destinataires ne sont en effet pas à même de remédier au trouble dénoncé par le lanceur d'alerte. Ils se bornent, par la publicité qu'ils lui donnent, à faire pression sur l'entreprise pour qu'une solution soit rapidement apportée. La Cour de cassation a admis que le fait pour un salarié de s'exprimer dans la presse sur ses conditions de travail et sur le processus de production n'était pas en lui-même fautif, sous réserve de l'abus²⁵. Cette solution trouve désormais un renfort dans l'article L. 120-2 (C. trav.)²⁶. Le seul fait pour le salarié de s'être adressé à la presse ou à une association sans avoir eu recours au préalable aux mécanismes internes d'alerte constitue-t-il une faute ? L'intérêt de l'entreprise pourrait le commander tant il est vrai que l'alerte peut être préjudiciable à la pérennité de l'activité. Mais une telle atteinte portée à la liberté d'expression pourrait être jugée d'autant plus excessive que l'alerte vise à avertir d'un danger encouru par les salariés ou les tiers. Le jugement de proportionnalité qui est au cœur de l'article L. 120-2 du Code du travail conduira le juge à réaliser une pesée de ces intérêts. Aussi bien n'est-il pas exclu que l'alerte

20. Soc. 14 mars 2000, *RJS* 4/00, n° 388; CA Basse-Terre, 26 janv. 2004, *Juris Data* n° 2004-248861; CA Grenoble, 16 nov. 2005, *Juris Data* n° 2005-288772.

21. Soc. 12 juill. 2006, *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1272, p. 11; *D.* 2006, IR. 2124.

22. Crim. 23 nov. 1982, *Bull. crim.*, n° 264.

23. Crim. 27 mai 1999, *Bull. crim.*, n° 109 (violation du secret professionnel).

24. V. Crim. 27 nov. 1991, *Bull. crim.*, n° 439 (abus de biens sociaux); Crim. 27 oct. 1999, *Bull. crim.*, n° 236 (abus de biens sociaux et banqueroute).

25. Soc. 28 avr. 1988, *D.* 1988. Jur. 437, note E. Wagner; *Dr. soc.* 1988. 429, concl. H. Ecoutin, obs. G. Couturier.

26. Soc. 14 déc. 1999, *Dr. soc.* 2000. 163, concl. J. Duplat, note J.-E. Ray; *RJS* 2/00, n° 192; *JCP E* 2000. 902, note T. Aubert-Monpeyssen.

puisse être adressée à des destinataires extérieurs à l'entreprise, dans les limites que la Cour de cassation fixe à la liberté d'expression. La difficulté se déplace alors vers les modalités d'exercice de l'alerte.

II. LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'ALERTE

L'alerte constituant l'une des manifestations de la liberté d'expression du salarié, elle subit l'attraction de son régime juridique. Mais les caractères qui lui sont propres ne justifient-ils pas, en retour, qu'un régime spécifique lui soit reconnu ? Le droit du travail l'admet dans une certaine mesure, mais sans en tirer toutes les conséquences. La pleine reconnaissance de la spécificité du régime juridique de l'alerte implique un aménagement à la fois de l'administration de la preuve (A) et du pouvoir de l'employeur (B).

A. L'AMÉNAGEMENT DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

L'alerte peut nuire à l'entreprise. La solidité des allégations formulées contre elle constitue donc une exigence impérieuse. Sur le plan probatoire, la particularité de l'alerte implique un double aménagement, aussi bien de la preuve des faits dénoncés (1) que de celle de la mesure de rétorsion dont le salarié prétendrait avoir fait l'objet (2).

1. La preuve des faits dénoncés

En réaction à l'alerte lancée par un salarié, l'employeur pourra relever l'inexactitude des faits dénoncés. Le salarié sera alors exposé à des sanctions, tant sur le plan disciplinaire que sur le plan pénal.

Sur le plan disciplinaire, l'employeur soutiendra que l'*inexactitude* de la dénonciation constitue un abus de la liberté d'expression du salarié justifiant qu'une sanction soit prise à son encontre²⁷. En défense, le lanceur d'alerte devra-t-il apporter la preuve des faits qu'il dénonce ou suffira-t-il qu'il démontre leur vraisemblance, voire le caractère légitime de sa croyance en leur exactitude ?

Dans un certain nombre de cas, une croyance raisonnable en l'exactitude des faits dénoncés suffit à exonérer le salarié. Il en est ainsi lorsque celui-ci exerce son droit de retrait : il ne peut être sanctionné pour s'être retiré d'une situation de travail dont il avait « un motif *raisonnable* de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent » pour sa vie ou sa santé (art. L. 231-8-1 C. trav.)²⁸. Mais un tel aménage-

27. Ex. Soc. 21 juin 2006, JCP S 2006. 1729, obs. L. Drai.

28. Ex. Soc. 9 mai 2000, Dr. soc. 2000. 778, obs. G. Couturier ; Soc. 23 avr. 2003, Dr. soc. 2003.805, obs. J. Savatier.

ment de la preuve n'est pas expressément prévu dans les cas où le lanceur d'alerte adresse son message par d'autres canaux que ceux établis dans l'entreprise. On serait alors tenté de conclure que le salarié ne pourra se défendre efficacement qu'en prouvant l'exactitude de ses affirmations.

Mais ce serait sans compter sur la spécificité de l'alerte : elle porte sur une situation de danger qui appelle une réaction rapide. Cette particularité nous semble commander, comme le prévoient du reste les législations anglaises et américaines²⁹, que la preuve d'une croyance raisonnable en l'exactitude des faits allégués suffise à protéger le lanceur d'alerte contre une mesure disciplinaire prise à son encontre. Cela ne signifie en rien que l'entreprise serait exposée à des dénonciations marquées de légèreté. La jurisprudence relative à l'exercice du droit de retrait montre assez la minutie dont font preuve les juges dans le contrôle du motif raisonnable³⁰.

Sur le plan pénal, l'inexactitude des faits dénoncés expose également le salarié à des poursuites. La responsabilité du lanceur d'alerte pourra notamment être recherchée pour dénonciation calomnieuse (art. 226-10 C. pén.). Mais, si la dénonciation de faits totalement ou partiellement inexacts peut effectivement constituer l'élément matériel de l'infraction, encore faudra-t-il que l'élément moral, consistant en la connaissance qu'avait le dénonciateur de la fausseté du fait dénoncé, soit établi par l'employeur³¹. De la même façon, si la révélation de faits contraires à l'honneur (notamment ceux qui tombent sous l'application de la loi pénale) expose à une condamnation pour diffamation, encore faudra-t-il pour la partie poursuivante établir l'intention de nuire de son auteur³².

Ainsi, dans les cas où la mauvaise foi du lanceur d'alerte n'aura pas pu être établie par l'employeur, les éléments constitutifs de ces infractions ne seront pas réunis, ce qui devrait mettre le salarié lanceur d'alerte à l'abri d'une condamnation sur le terrain répressif. Il reste cependant que l'appréciation de l'élément intentionnel se révèle parfois délicate³³.

2. La preuve de la mesure de rétorsion subie par le salarié

Le salarié qui estime avoir été licencié à la suite de l'alerte qu'il a lancée devra-t-il prouver que tel a été le motif réel de son licenciement, en dépit de ceux avancés par l'employeur ? En l'état du droit français du travail la réponse semble bien devoir être positive, malgré les sérieuses difficultés probatoires auxquelles le salarié ne manquerait pas de se trouver confronté. Mais une solution différente pourrait être retenue, sur le modèle de celle qui prévaut en matière de discrimination (art. L. 122-45 *in fine*

29. *Public Interest Disclosure Act* 1998, art. 43 B ; *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, sect. 805, HR 3763, 58.

30. Ex. CA Bourges, 2 mai 2003, *Juris Data* n° 2003-221711 ; CA Amiens, 17 fév. 2004, *Juris Data* n° 2004-244462. V., J.-M. Gasser, « Le droit de retrait dans le secteur privé », *RJS* 6/06, p. 463.

31. P. Malimbert, « Dénonciation calomnieuse », *Juris-Classeur Pénal*, art. 226-10 à 226-12 ; Ex. Crim. 22 octobre 2002, *Bull. crim.*, n° 189.

32. H. Guillot, « Diffamation », *Encycl. Dalloz Pénal*, n° 188.

33. Ex. en matière de diffamation : Crim. 3 avril 2002, n° 01-86730.

C. trav.). En effet, la spécificité de l'alerte nous semble justifier que le salarié qui s'estime licencié en raison de l'exercice de l'alerte doit apporter des éléments rendant ce fait vraisemblable, à charge pour l'employeur d'établir que sa décision est motivée par des éléments objectifs étrangers à l'alerte³⁴. Ce pas a été franchi par certains juges américains qui se sont bornés à exiger du requérant qu'il établisse « que des circonstances suggèrent que [l'alerte protégée] a été l'un des facteurs ayant contribué » à la mesure prise à son encontre³⁵. Une telle orientation se justifie, pour l'alerte comme pour les discriminations, par la nécessité de garantir au sein de l'entreprise une protection effective des droits des salariés.

B. L'AMÉNAGEMENT DES POUVOIRS DE L'EMPLOYEUR

L'alerte lancée par le salarié est nécessairement affectée par le cadre juridique dans lequel elle s'inscrit. Le salarié étant tenu par un lien de subordination juridique, la dénonciation devra être conciliée aussi bien avec le pouvoir disciplinaire de l'employeur (1) qu'avec son pouvoir de direction (2).

1. Concilier l'alerte et le pouvoir disciplinaire de l'employeur

À supposer que le salarié ait raisonnablement pu croire en l'exactitude des faits dénoncés, encore faut-il que l'alerte soit formulée dans des termes qui ne soient pas, en eux-mêmes, fautifs : ils ne doivent pas constituer un dénigrement de l'employeur³⁶, être excessifs ou injurieux³⁷. La fonction occupée par le salarié dans l'entreprise s'avère ici déterminante : plus le poste occupé sera élevé dans la hiérarchie, plus l'exigence de pondération se fera pressante. Une cour d'appel a ainsi décidé que si « un cadre dirigeant est en droit de donner son opinion et d'émettre des critiques quant aux décisions de ses supérieurs [...], il lui appartient de les formuler avec mesure tant dans la forme que dans le fond et dans le seul intérêt de l'entreprise en évitant de nuire à sa bonne marche »³⁸. Cette exigence apparaît particulièrement délicate. Le salarié qui souhaite exercer une alerte devra adopter une présentation aussi objective que possible, en évitant toute formule appréciative qui ne concernerait pas directement la situation dénoncée³⁹. En cas de manquement à cette exigence, il pourra voir son comportement sanctionné pour faute.

34. Dans le même sens : D. Lewis, « Is it time to blow the whistle on the burden of proof? », 31 *Indus. L. J.* 79 (2002) ; Ch. Noiville et M.-A. Hermitte, « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », *loc. cit.*

35. T. F. Morit, D. E. Morrison, K. E. Burdic, « Recent Developments in the Interpretation of the Sarbanes-Oxley Act Whistleblower Provisions », 1464 *PLI/Corp.* 447 (2005), spéc. 455.

36. Ex. Soc. 4 fév. 1997, n° 96-40678 ; TGI Paris, 9 mai 2001, *RJS* 1/02, n° 10.

37. Ex. Soc. 25 janv. 2000, *RJS* 3/00, n° 259 ; Soc. 2 mai 2001, *RJS* 7/01, n° 832.

38. CA Orléans, ch. soc., 19 juill. 2005, RG n° 04/03046 ; CA Aix-en-Provence, 9^e ch., 17 mars 1998, *RJS* 6/98, n° 806.

39. Ex. CA Rouen, 7 déc. 2004, *Juris Data* n° 2004-263642.

De plus, le salarié lanceur d'alerte s'expose au risque de poursuites pour divulgation de secrets de fabrique, pour manquement au droit de la propriété industrielle ou pour violation d'une clause contractuelle de confidentialité.

On mesure ainsi l'étroitesse de la marge ouverte au lanceur d'alerte par le droit français. Ces restrictions à la liberté d'expression sont justifiées par l'intérêt de l'entreprise. Mais le sont-elles encore lorsque le salarié lance une alerte ? Cette catégorie particulière d'expression porte sur une situation de danger, notamment pour la santé ou pour l'environnement. En cela, l'alerte contribue à l'effectivité des droits constitutionnels à la protection de la santé⁴⁰ et à un environnement équilibré et favorable à la santé⁴¹. L'atteinte à la liberté d'expression pourra alors paraître disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi, en violation des dispositions de l'article L. 120-2 du Code du travail⁴². C'est en définitive au juge qu'il appartiendra de concilier ces exigences.

2. Concilier l'alerte et le pouvoir de direction de l'employeur

Le salarié qui diffuse une information peut, en outre, se heurter aux directives de l'employeur. Il y a là un obstacle sérieux à l'exercice de l'alerte, qui n'a été que très partiellement levé par la Cour de cassation dans un arrêt du 11 octobre 2000⁴³.

En l'espèce, un chercheur salarié de l'Institut national de recherche et de sécurité (INRS) avait mené des travaux montrant les dangers des éthers de glycol. Ces résultats avaient été contestés par un laboratoire de l'Inserm. La direction de l'INRS avait alors organisé une réunion destinée à clarifier la situation. Le chercheur avait refusé d'y participer soutenant qu'une telle réunion était de nature à compromettre le bon déroulement d'un symposium qui devait se dérouler peu de temps après et dont il était chargé d'assurer l'organisation. L'employeur avait licencié ce salarié. La Cour d'appel avait jugé la mesure injustifiée et avait condamné l'employeur à verser diverses indemnités. Devant la Cour de cassation, ce dernier soutenait notamment qu'« il n'appartient pas à un salarié [...] de se faire juge de la stratégie à adopter pour mettre un terme à la contestation et de tenter d'imposer à sa hiérarchie sa propre conception de la marche à suivre ».

Le pourvoi est rejeté au motif que le salarié « devait prendre part au symposium international en qualité de président du Comité scientifique et qu'il avait la qualité de chercheur ; que dès lors, l'employeur devait exercer son pouvoir hiérarchique dans le respect des responsabilités confiées à l'intéressé et de l'indépendance due aux chercheurs ».

À proprement parler, l'exercice de l'alerte n'est pas en jeu dans cet arrêt. Le litige porte sur le caractère fautif du comportement d'un salarié qui prétendait se soustraire aux directives de l'employeur. L'arrêt consacre, au profit des chercheurs du

40. Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 11.

41. Charte de l'environnement de 2004, art. 1^{er}.

42. Sur ce point, v. O. Leclerc, « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », *Dr. soc.* 2005. 173, spéc. p. 180.

43. Soc. 11 oct. 2000, *Juris Data* n° 2000-006451 ; M.-A. Hermitte et M. Torre-Schaub, « Santé publique et droit du travail » : [sciencescitoyennes.org/article.php?id_article=1409].

secteur privé, une certaine indépendance dans leur activité. La Cour favorise ainsi, indirectement, l'exercice de l'alerte par un chercheur salarié⁴⁴. Mais l'espace ainsi ménagé est étroitement circonscrit. Au point de rencontre du droit du travail et d'un droit de la recherche en gestation, une place croissante est ménagée à la divulgation des résultats des travaux entrepris.

*

* *

Quelles leçons tirer de la notion juridique d'« alerte » telle qu'elle ressort du droit du travail ? Un premier enseignement tient à sa richesse. La dénonciation des infractions comptables répond à des enjeux bien différents de celle d'une atteinte à la santé. Mais cette diversité ne masque pas l'existence de traits communs, qui justifient l'élaboration d'un régime juridique. Le droit du travail offre un second enseignement : l'alerte intègre au cœur de la relation de travail une logique d'insubordination. Faisant ainsi figure de corps étranger, la mise en œuvre d'un régime juridique spécifique ne se justifie que si l'alerte est exercée en vue de remplir des objectifs légitimes. La protection du salarié lanceur d'alerte implique donc nécessairement qu'une conciliation soit faite entre des principes aussi divers que la liberté d'entreprendre, la protection de la santé ou la liberté d'expression.

44. V., Ch. Noiville et M.-A. Hermitte, « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », *loc. cit.*

Quatrième partie

Regards sur le contenu des règles de droit

Débattre sur le contenu des règles n'appartient pas en propre aux juristes. En démocratie, ce débat est l'affaire de tous les citoyens. Mais le juriste a un regard particulier. Lorsqu'il s'engage, son métier devient une constante recherche du juste, ou du moins injuste, en situation difficile, conflictuelle. Il en retire une connaissance et des aptitudes fort utiles à l'analyse critique du droit. De plus, le juriste est le premier, parfois le seul informé du droit. S'il garde l'esprit critique en éveil, il sera ainsi souvent le premier à voir et donc à pouvoir dénoncer les dérives de notre société.

La première sous-partie est consacrée au droit, lorsqu'il fait peur, lorsqu'il légitime le pire, lorsqu'on hésite même à le qualifier encore de « droit ». La deuxième traite du commerce international et de la très difficile adjonction d'une part de social dans la mondialisation du commerce. La troisième revient sur le débat encore vif sur l'Union européenne et la protection des travailleurs. La quatrième, enfin, montrera comment, en droit de l'environnement comme dans les conflits entre valeurs, le juriste doit opter entre deux postures, radicalement différentes, quoique souvent complémentaires.

Première sous-partie

Droit et légitimation du pire

Après l'introduction d'Évelyne Sire-Marin qui montre comment le droit oscille toujours entre le pire et le meilleur, les articles qui suivent se concentrent sur deux des aspects les plus graves du droit actuel. Rafael Encinas de Munagorri traite de l'état d'urgence, des états d'exceptions et de la menace qu'ils font peser sur le droit et la démocratie. Suit une étude de la pratique du droit d'asile. Le témoignage qu'en donne Jérôme Valluy, en sa qualité d'ancien juge à la Commission des réfugiés, devrait terrifier jusqu'aux citoyens les plus conservateurs. La question alors présente, incontournable sera posée en conclusion par Olivier Camy : le droit, lorsqu'il n'est que légitimation du pire, est-il encore du « droit » ? Pour cet auteur la réponse est claire : non !

Le droit, légitimation du pire ou légalisation du mieux?

Évelyne Sire-Marin

*Magistrat, coprésidente de la fondation Copernic,
membre de la Ligue des droits de l'homme*

Si le droit est parfois une légitimation du pire, comme l'ont montré les codes noirs, le statut des juifs sous Vichy et le code de l'indigénat en Algérie, et comme l'atteste encore l'existence de la peine de mort dans 122 pays, le droit peut aussi, sous la pression des forces de changement de la société civile, légaliser le mieux.

La justice est souvent le théâtre obligé où se jouent les représentations ultimes de ces affrontements entre la règle de droit dépassée, rejetée par de nouvelles pratiques sociales, et des revendications collectives de modification du droit. Des militants, des partis ou des associations et de simples citoyens s'invitent alors à des procès pour démontrer qu'il faut changer la loi ; les enjeux de ces procès dépassent largement la condamnation ou la relaxe des personnes concernées. Lorsque les juges eux-mêmes se rangent aux arguments des détracteurs de la loi, c'est souvent le signe donné au législateur qu'il faut adapter la loi aux faits.

Nombreux sont les exemples historiques où le droit a servi d'art d'accommoder les décisions de pouvoirs autoritaires, légitimant ainsi les pires injustices.

Ce fut le cas du Code noir de Louis XIV, en 1685, régissant la vie de l'esclave jusqu'à sa mort, et le classant dans les biens meubles de son maître. Malgré la naissance des Lumières au XVIII^e siècle et leurs débats sur le droit naturel, les encyclopédistes ne s'élevèrent pas contre l'esclavage : ni Rousseau, ni Diderot ne s'en émurent, sans compter Montesquieu qui donna des recettes pour le propager.

Pourtant, les cahiers de doléance de Champagny, un petit village de Haute-Saône, contiennent une doléance pour l'abrogation de l'esclavage, alors que les paysans qui les rédigèrent n'avaient jamais vu de noirs, sauf le roi mage qui figurait sur une fresque de leur modeste église ! C'est une fois de plus la preuve que les gens simples perçoivent mieux l'injustice que les clercs : « Les habitants et communauté de Champagny ne peuvent penser aux maux que souffrent les nègres dans les colo-

nies, sans avoir le cœur pénétré de la plus vive douleur, en se représentant leurs semblables, unis encore à eux par le double lien de la religion, être traités plus durement que ne le sont les bêtes de somme. Ils ne peuvent se persuader qu'on puisse faire usage des productions des dites colonies si l'on faisait réflexion qu'elles ont été arrosées du sang de leurs semblables : ils craignent avec raison que les générations futures, plus éclairées et plus philosophes, n'accusent les Français de ce siècle d'avoir été anthropophages, ce qui contraste avec le nom de français et encore plus celui de chrétien. C'est pourquoi, leur religion leur dicte de supplier très humblement Sa Majesté de concerter les moyens pour, faire des sujets utiles au royaume et à la patrie. », 1789 (Document B-4213/archives Départementales de la Haute-Saône à Vesoul).

La codification de l'injustice et la légalisation de l'illégitime se poursuivirent en France tout au long du XIX^e siècle, qu'il s'agisse du statut matrimonial de la femme, mineure à vie, ou de la profonde inégalité du salarié face au capitaine d'industrie, ou de celle du paysan face au propriétaire foncier, parties cependant regardées comme égales juridiquement lors de la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage (puis de travail), ou d'un bail à ferme.

L'une des conquêtes juridiques du XX^e siècle fut précisément, à la suite des grèves ouvrières, et des révoltes paysannes du Sud de la France, de créer des droits protecteurs de la partie la plus faible : droit du travail, droit du logement, droit de la consommation. La fiction de l'égalité juridique formelle entre deux parties puissamment inégales économiquement céda devant la nécessité de créer un « ordre public de protection ».

C'est le sens de la harangue de Baudot, du nom d'un magistrat qui écrivit dans les années 1970, cette « harangue aux magistrats qui débutent », texte fondateur du Syndicat de la magistrature : « Ne soyez pas de ceux qui augmentent la somme des souffrances. Soyez partiaux. Pour maintenir la balance entre le fort et le faible, le riche et le pauvre, qui ne pèsent pas d'un même poids, il faut que vous la fassiez un peu pencher d'un côté. C'est la tradition capétienne. Examinez toujours où sont le fort et le faible, qui ne se confondent pas nécessairement avec le délinquant et sa victime. Ayez un préjugé favorable pour la femme contre le mari, pour l'enfant contre le père, pour le débiteur contre le créancier, pour l'ouvrier contre le patron, pour l'écrasé contre la compagnie d'assurance de l'écraseur, pour le malade contre la Sécurité sociale, pour le voleur contre la police, pour le plaideur contre la justice ».

Car au XX^e siècle, le droit continua souvent de légitimer le pire : On se souvient de la loi du 2 juin 1941, sous Vichy, réglementant le statut des juifs pour lesquels la jurisprudence s'attacha à détailler méticuleusement les critères légaux de leur spoliation.

Le statut de l'indigénat en Algérie, légalisa aussi l'existence de sous-citoyens. Dans les deux cas, des juridictions spéciales, dont les compétences dérogatoires ne cessaient de s'étendre, firent le trait d'union entre un droit d'exception et des juges se contentant d'appliquer un légalisme formel, et se satisfaisant d'une absolue soumission à la forme de la loi, quels que soient son sens et la légitimité de l'autorité qui la produit. Ce légalisme formel est caractéristique de la magistrature française depuis

la Révolution comme le décrit Alain Bancaud dans son livre sur la magistrature en France sous Vichy¹ : « dans la soumission à la fois politique et symbolique à la loi [...], en se présentant comme un corps neutre chargé de l'application de règles énoncées ailleurs [...] [la magistrature] s'innocente politiquement, et se désresponsabilise historiquement ».

Il n'est pas sûr en ce début de xxi^e siècle que le droit positif se soit affranchi de cette ancienne habitude du droit, d'emballer dans le papier rouge des codes les décisions discrétionnaires des princes.

En France, la peine de mort ne fut abolie qu'en 1981, et l'assassinat légal se pratique toujours dans 122 pays.

Quant aux droits d'exception, ils mithridatisent en France de nombreux domaines du droit, notamment depuis septembre 2001.

En droit pénal, au nom de la lutte contre le terrorisme ou la criminalité organisée, furent légitimées des méthodes policières jusqu'ici illégales : les témoins anonymes, les gardes à vue de 6 jours, les fichages génétiques pour des infractions ordinaires, la possibilité de mettre une personne sous écoutes téléphoniques et de perquisitionner à son domicile sans intervention d'un juge d'instruction, l'expansion incontrôlée de l'univers carcéral, le doublement des expulsions des étrangers, la proclamation de l'état d'urgence... L'ensemble de ces lois exceptionnelles, dérogeatoires au droit commun, sont appliquées sans la moindre difficulté par les juridictions depuis 5 ans, alors qu'elles ne font sens que dans l'application d'une idéologie sécuritaire, d'un populisme pénal utilisé à des fins électorales.

Que dire du droit des étrangers et du droit d'asile qui ne cessent de s'enrichir de nouvelles dispositions répressives, allant jusqu'à empêcher de régulariser un étranger présent en France depuis 10 ans et qui y paye ses impôts, allant jusqu'à expulser les enfants que la police va chercher à l'école ?

Enfin, le droit du travail est lui-même vampirisé par des dispositions légitimant la précarité, après un siècle de sécurisation juridique du salarié.

Le titre même de la dernière loi du 2 avril 2006 dite « égalité des chances » est évocateur de la mise en place d'une société du risque et de la faute, où seul l'individu qui négocie bien ses « chances », comme des actions se négocient bien ou mal en bourse, peut espérer une existence sociale. Plutôt que de rechercher l'égalité des droits de l'article premier de la déclaration des droits de l'homme, désormais affublée du substantif d'égalitarisme, on met en avant « l'égalité des chances », en faisant du mérite individuel (projet « prévention de la délinquance »), des « capacités et des talents » (loi « immigration choisie »), le fondement du projet libéral. Ainsi pourra être dénoncée la responsabilité individuelle de ceux qui resteront exclus.

Mais l'étonnant et récent épisode de la promulgation par le chef de l'État d'une loi votée, mais dont il demandait cependant l'inapplication des dispositions concernant le contrat nouvelle embauche, en raison des vastes mobilisations sociales, suffit

1. A. Bancaud, *Une exception ordinaire : La Magistrature en France 1930-1950*, Gallimard, 2002.

à démontrer la plasticité des principes juridiques les plus établis face aux forces sociales. Car s'il est souvent la légitimation du pire, le droit peut contribuer à la « légalisation du mieux » grâce l'activation collective du changement de la loi.

Qu'il s'agisse du droit du travail, à la suite des mobilisations ouvrières, ou du droit de l'application des peines, à la suite des combats du GIP (Groupe information prisons) créée par Foucault et Sartre en 1971, qu'il s'agisse des dispositions contre les discriminations ou des nouvelles jurisprudences de certaines juridictions du premier degré reconnaissant aux faucheurs d'OGM une excuse absolutoire d'état de nécessité, l'action collective est le plus souvent à l'origine des évolutions du droit.

*
* *

Dans l'histoire récente, ce sont surtout les droits des femmes, de la famille et de la personne qui se sont élargis, saisis par des revendications collectives : droit à l'avortement, Pacs, élargissement des règles relatives au divorce et à l'attribution du nom, et bientôt sans doute adoption et mariage de couples du même sexe et droit à mourir dans la dignité. Mais comment ne pas coreller avec la situation économique des vingt dernières années cette évolution positive des droits de l'individu, en tant que personne, et la régression des droits sociaux (santé, logement, travail...), dans leur dimension collective ?

Dictature civile et défense citoyenne. Quelle stratégie contre l'état d'urgence?

Rafael Encinas de Munagorri
Professeur à l'Université de Nantes

L'état d'urgence a été conçu pour doter le pouvoir exécutif de prérogatives à caractère militaire. Son régime est plus rigoureux que celui de l'état de siège¹ et permet d'instaurer un régime de dictature civile. À compter du 8 novembre 2005, l'état d'urgence a été décrété pendant 56 jours pour mettre un terme à des violences urbaines survenues dans les banlieues (mises à feu de poubelles, de voitures, de transports en commun et de bâtiments publics, combats avec les forces de l'ordre et de sécurité venues s'interposer). Recourir à l'état d'urgence pour réprimer des émeutes sociales a suscité un certain émoi parmi les juristes soucieux de défendre les libertés fondamentales et les valeurs citoyennes.

L'épisode constitue un cas exemplaire au cœur des combats juridiques. Les interrogations sont anciennes, mais méritent d'être renouvelées dans le contexte sécuritaire exacerbé par les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis. Les dispositifs adoptés pour y répondre (tels que celui du *Patriot Act* du 26 octobre 2001) relèvent, par-delà diverses dénominations (pouvoirs exceptionnels, pleins pouvoirs, état de siège, état d'urgence, loi martiale, etc.), d'une logique de l'état d'exception². Afin de rétablir l'ordre par la force, le but est de justifier la mise à l'écart de protections légales et constitutionnelles. Ces dispositifs reposent sur l'existence d'une légalité de crise dite « d'exception » qui doit s'imposer en cas d'urgence ou de nécessité.

1. R. Drago, « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », *RDP* 1955. 670.

2. G. Agamben, *Homo Sacer II, État d'exception*, Paris, Seuil, coll. « L'ordre philosophique », 2003 ; J.-F. Kervégan, « État d'exception » in *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1996, p. 230. F. Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, PUF, coll. « Léviathan », 2001 ; « Exception, nécessité, urgence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, 2003, p. 673.

Le péril est celui de leur banalisation³. Comment les juristes peuvent-ils combattre des mesures qui se présentent comme d'exception ? Faut-il se placer dans le cadre de la légalité ordinaire ? L'invocation d'une légalité d'exception ne justifie-t-elle pas, en retour, un engagement d'exception ? Si les réponses varient selon les circonstances, il convient d'avoir présent à l'esprit deux stratégies principales d'affrontement.

I. COMBATTRE L'ÉTAT D'URGENCE SUR LE TERRAIN DE LA LÉGALITÉ

Conçu sous la IV^e République dans le contexte de la guerre d'Algérie, l'état d'urgence repose sur la loi du 3 avril 1955⁴. Il obéit donc à des conditions prévues par le législateur. L'état d'urgence peut être déclaré « soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique » (art. 1^{er}). Ce second cas fut inséré dans le texte pour faire diversion du premier : seul l'existence d'un « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » a justifié l'adoption du texte. Imprécise à dessein, la formule permet au pouvoir exécutif de décréter l'état d'urgence dans les situations les plus diverses⁵.

La procédure de mise en œuvre est la suivante : l'état d'urgence peut être déclaré par décret pris en Conseil des ministres pour une période de 12 jours. Après quoi, sa prolongation suppose une loi votée par le Parlement. Ce schéma fut respecté en 2005 : un premier décret du 8 novembre⁶ portant application de la loi de 1955 sera suivi par la loi du 18 novembre 2005⁷. L'état d'urgence prit fin, avant le terme prévu par la loi, aux lendemains des fêtes de fin d'année, par un décret du 3 janvier 2006⁸.

À la différence de l'état de siège (art. 36 de la Constitution) ou des pouvoirs exceptionnels (art. 16 de la Constitution), l'état d'urgence n'a pas de fondement constitutionnel ; il repose sur une réactivation de la loi du 3 avril 1955 dont la

3. En ce sens, notre chronique, « Le danger de la légalité d'exception : de l'état d'urgence à la peine de mort », *RTD civ.* 2006. 80.

4. La loi du 3 avril 1955 a été modifiée, sous la V^e République, par l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960.

5. L'état d'urgence fut décrété à plusieurs reprises dans le cadre des événements d'Algérie — sur le territoire algérien et en métropole —, mais aussi en 1984 pour rétablir l'ordre en Nouvelle-Calédonie, et désormais en 2005 pour rétablir l'ordre dans les banlieues.

6. Décret n° 2005-1386 du 8 novembre 2005 portant application de la loi du 3 avril 1955 (*JO* du 9 nov. 2005). Il sera complété par un second décret (n° 2005-1387) du même jour précisant les mesures adoptées.

7. L. n° 2005-1425 du 18 novembre 2005 prorogeant l'application de la loi du 3 avril 1955 (*JO* 19 nov. 2005).

8. Décret n° 2006-2 du 3 janvier 2006 mettant fin à l'application de la loi du 18 novembre 2005 (*JO* du 4 janv. 2006).

conformité au droit est incertaine⁹. Conçu à l'origine pour être déclaré par une loi, l'état d'urgence peut, depuis l'ordonnance du 15 avril 1960, résulter d'un décret pris en Conseil des ministres. L'exécutif voit ses pouvoirs renforcés au détriment du législatif.

L'état d'urgence est-il susceptible d'être soumis à un contrôle juridictionnel ? Par deux fois, le juge des référés du Conseil d'État s'est prononcé sur ce point. Il fut saisi par l'un de nos collègues, M. Rolin, bientôt rejoint, dans la seconde requête, par d'autres à la vigilance citoyenne sans faille. Cette démarche collective s'inscrit dans une tendance des professeurs de droit à se mobiliser plus ouvertement¹⁰, y compris donc par voie contentieuse.

En date du 14 novembre 2005, la première ordonnance du juge des référés fit une *lecture extensive*, pour le moins singulière à l'égard d'un régime d'exception¹¹. La décision du président de la République semblait échapper à tout contrôle d'opportunité. La seconde ordonnance en date du 9 décembre 2005, tout en rejetant à nouveau les arguments avancés, a retenu une *lecture plus restrictive* susceptible de donner lieu à un contrôle effectif¹². Les actes administratifs pris dans le cadre de l'état d'urgence sont soumis à un contrôle de légalité¹³.

Agir sur le plan juridictionnel eut pour principal mérite de rappeler la soumission au principe de légalité des actes pris dans le cadre de l'état d'urgence. La stratégie employée, en un sens classique, relève d'une logique de l'État de droit : elle vise à combattre l'état d'urgence sur le terrain de la légalité pour mieux l'encadrer. Les actes du pouvoir exécutif doivent rester soumis au droit. Et si des exceptions sont prévues par la Constitution ou par des textes spéciaux, elles obéissent à des conditions précises qui doivent être interprétées strictement.

9. R. Drago, *art. cit.*, p. 702. Précisons que la loi de prorogation du 18 novembre 2005 n'a pas été déferée au Conseil constitutionnel.

10. R. Libchaber, « Une transformation des missions de la doctrine ? », *RTD civ.* 2002. 608.

11. CE, ord. réf., des 14 novembre 2005, M. Rolin, *AJDA* 2005. 2148, et 9 décembre 2005, Mme Allouache et al., *AJDA* 2005. 2374. « dans son texte initial, l'appréciation à porter sur l'opportunité de sa mise en œuvre était réservée à la représentation nationale ; que, sous l'empire du texte présentement en vigueur, la responsabilité de ce choix incombe au chef de l'État... ; qu'il s'ensuit que le Président de la République dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence et d'en définir le champ d'application territorial ».

12. CE. ord. réf., 9 déc. 2005, *préc.* « le silence de la loi sur les conditions de mise en œuvre de la faculté ainsi reconnue au Président de la République ne saurait être interprété, eu égard à la circonstance qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui dans un État de droit sont par nature limités dans le temps et dans l'espace, comme faisant échapper ses modalités de mise en œuvre à tout contrôle de la part du juge de la légalité ».

13. Ce ne sont donc pas des actes de gouvernement assimilables à ceux que tient le président de la République de l'article 16 de la Constitution CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens, Lebon* p. 143 ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e éd., Dalloz, 2005, n° 82.

II. LUTTER CONTRE LE DÉDOUBLEMENT ENTRE LÉGALITÉ ORDINAIRE ET LÉGALITÉ D'EXCEPTION

Se placer sur le seul terrain de la légalité est cependant insuffisant puisque les promoteurs de l'état d'urgence se prévalent d'une légalité d'exception. Il faut alors lutter contre l'idée même d'une dualité entre légalité ordinaire et légalité d'exception.

Ce dédoublement est en effet porteur d'une funeste rhétorique pour la démocratie et le respect de l'État de droit par les gouvernants. Il procède de la combinaison de deux affirmations principales. D'abord, la légalité doit permettre de justifier des décisions ordinaires, mais aussi des décisions d'exception. Ensuite, il convient de distinguer entre une légalité ordinaire et une légalité d'exception. C'est donc au sein même d'un principe de légalité qu'est introduite une prétendue *summa divisio* entre légalité ordinaire et légalité d'exception.

Pour le juriste Carl Schmitt (1888-1985) — dont l'engagement nazi n'est plus à démontrer — l'état d'exception constitue d'ailleurs la source du droit par excellence. Dans le décisionnisme schmittien « l'autorité ou souveraineté d'une décision ultime constitue la source de tout droit »¹⁴. La visée théorique de Carl Schmitt consiste à placer l'état d'exception à l'intérieur du droit, tout en l'affranchissant de ses contraintes. La force et la violence sont mises au service de la réalisation d'un ordre concret qui entend se prévaloir du droit.

Le régime nazi a mis en œuvre ce dédoublement de la légalité. D'un côté, une légalité ordinaire garantie par la Constitution de Weimar, de l'autre une légalité d'exception. La coexistence entre ces deux légalités ne reprend pas la classique articulation entre un droit et ses exceptions : elle est affirmation d'une légalité d'exception au détriment de la légalité ordinaire. C'est ainsi que le décret du 28 février 1933 « pour la protection du peuple et de l'État » a permis à Hitler de suspendre légalement les libertés individuelles. Comme cela put être relevé, le régime nazi s'analyse, sur un plan juridique, comme l'affirmation d'un régime d'exception permanent ; le régime de droit commun subsiste mais n'est plus appliqué. Comme un lierre envahissant, la légalité d'exception prospère donc à l'ombre de la légalité ordinaire qu'elle finit par recouvrir.

Si une comparaison avec l'état d'urgence instauré en France à la fin de l'année 2005 reste bien sûr excessive, le procédé de dédoublement de la légalité n'en est pas moins le même. Dès les premières lignes, le rapport à l'Assemblée nationale préalable à l'adoption de la loi du 18 novembre 2005¹⁵ insiste sur la nécessité d'une « légalité exceptionnelle », puis plus loin, exprime le souhait « d'écarter l'application des

14. C. M. Herrera, v° « Décisionnisme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, 2003, p. 348. Pour Schmitt, le souverain est d'ailleurs « celui qui décide de l'état d'exception », *Théologie politique*, 1922, Paris, Gallimard, 1988, p. 15.

15. N° 2675 — Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi du 3 avril 1955 (M. Philippe Houillon). Séance du 15 novembre 2005.

règles de la légalité ordinaire »¹⁶, pour une durée transitoire. Le rapporteur utilise un argument tautologique d'un autoritarisme simpliste pour justifier de la régularité de l'état d'urgence : « une telle prorogation [de la loi du 3 avril 1955] ne peut être qualifiée de contraire à l'État de droit puisque l'État de droit lui-même autorise des mesures exceptionnelles ». L'État fait la loi, y compris lorsqu'il prévoit d'y déroger. Tout est dit et vous pouvez circuler, ou plutôt rentrer chez vous et vous taire.

Pour autant, le danger est précisément celui d'introduire la distinction entre légalité ordinaire et légalité d'exception. La prétendue légalité d'exception (de crise) n'en est pas une. Elle est *contraire* à la légalité ordinaire et tend à s'imposer *contre* elle. Selon un constat historique bien connu, la légalité d'exception vise en réalité à justifier les entorses du pouvoir exécutif à la conformité au droit. Le pouvoir exécutif cherche à s'affranchir *juridiquement* des contraintes du droit par un dédoublement de la légalité qui permet tous les abus.

Or, l'exception *en* droit (dans le cadre de la légalité ordinaire) ne doit pas être confondue avec l'exception *au* droit (sous couvert d'une prétendue légalité de crise). Au sein de la légalité, il est certes possible de prévoir une règle et ses exceptions. En revanche, il n'est guère cohérent d'instaurer diverses légalités parallèles et non coordonnées. La légalité est une, elle ne se dédouble pas. Affirmer l'existence d'une légalité *ad hoc* (dite « de crise » ou « d'exception »), c'est en vérité chercher à contourner la légalité et le droit pour faire prévaloir l'arbitraire de la violence étatique mise au service de l'ordre concret.

Les juristes sont parfois confrontés à des régimes d'exception instaurés par le pouvoir exécutif. Il y a tout lieu de craindre que ces régimes subsistent et tendent à s'épanouir dans nos démocraties sécuritaires. Même (et aussi parce que) s'il n'a pas donné lieu à des mesures spectaculaires, l'épisode de l'état d'urgence décrété en automne 2005 constitue un mauvais précédent. Le péril est celui de s'habituer à la dualité entre légalité ordinaire et légalité d'exception, d'oublier peu à peu les différences, et de glisser insensiblement d'un régime ordinaire à un autre d'exception. L'engagement des juristes suppose de rester lucide et vigilant sur ce point. Il est aussi de combattre les mesures d'exception sur au moins deux fronts : au contentieux, par un contrôle de légalité et de qualification, mais aussi dans le débat public, par la disqualification d'un discours autoritaire qui prétend légitimer d'avance par le droit l'exercice de la matraque.

Juin 2006

16. Le rapport précise : « pour faire face à des incidents dont l'ampleur, l'intensité, la soudaineté sont tels que les outils de la légalité ordinaire ne permettent pas de les traiter ».

La fiction juridique de l'asile*

Jérôme Valluy

*Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)**,
Réseau scientifique TERRA (Travaux, études,
recherches sur les réfugiés et l'asile : <http://terra.rezo.net>)*

L'équation « déboutés du droit d'asile = faux réfugiés » est devenue une sorte de paradigme de la vie politique en Europe. Et cette équation renvoie toujours aux taux de rejets des demandes d'asile pour justifier les restrictions au droit d'asile et la répression des exilés. Chaque débat politique, chaque couverture médiatique en donne une nouvelle illustration, tel ce ministre français, justifiant la réforme de l'asile au printemps 2003 :

« Certes, l'afflux de demandeurs d'asile témoigne de l'aggravation des violations des droits de l'homme et des persécutions à l'échelle de la planète. Chaque jour, des hommes et des femmes n'ont d'autre solution que de fuir leur pays pour échapper à des traitements dégradants, à la torture, à la mort. Mais les personnes réellement persécutées sont loin de représenter la majorité des demandeurs d'asile : alors qu'il reconnaissait le statut de réfugié à près d'un demandeur sur cinq il y a peu, l'Ofpra ne l'accorde plus aujourd'hui qu'à moins de 13 % des demandeurs. Le constat est encore plus net quant à l'asile territorial, pour lequel le taux de décisions favorables n'a pas dépassé 0,3 % en 2002. Le fait est que beaucoup d'étrangers sollicitent notre système d'asile, non

* Ce texte initialement publié dans *Plein Droit — La revue du GISTI* n° 63, décembre 2004 est rééditée avec l'aimable autorisation de la revue.

** Jérôme Valluy a été juge à la Commission des recours des réfugiés (CRR) en tant qu'assesseur représentant le HCR, de janvier 2001 à septembre 2004. Cette activité à temps partiel, menée parallèlement à son activité universitaire, l'a amené à participer à environ 2 500 jugements de demandes d'asile. Le contrat du HCR interdisant à ses représentants toute utilisation, divulgation ou publication d'informations issues de cette activité, le présent article doit être considéré comme le produit d'une recherche universitaire indépendante, dans le cadre notamment de l'animation du réseau TERRA (Travaux, Études et Recherches sur les Réfugiés et l'Asile, <http://terra.rezo.net>), de la direction de travaux d'étudiants et d'une longue série d'entretiens avec les différents professionnels de ce secteur d'action publique. Que soient remerciées en particulier toutes les personnes qui ont accepté de relire ce texte et aidé à l'améliorer.

pas pour obtenir la protection de notre pays, mais pour s'y maintenir le plus longtemps possible, leur motivation étant de nature économique. »¹.

Durant les années 1990 et surtout ces dernières années², même le HCR abonde en ce sens en suivant son leader actuel Ruud Lübbers et une partie de ses cadres supérieurs, tel ce responsable du Bureau pour l'Europe, Raymond Hall, qui appelle à « débarrasser les procédures nationales de l'asile de ces abus particulièrement exaspérants qui constituent l'un des facteurs de remise en cause actuelle de la crédibilité des procédures nationales de l'asile ». Cette exaspération anime aussi le Premier ministre britannique lorsqu'il propose, au printemps 2003, d'enfermer les demandeurs d'asile dans des camps hors d'Europe durant le traitement de leurs demandes : « La moitié ou les trois quarts de ceux qui demandent l'asile en Europe ne remplissent pas les critères pour être considérés comme pleinement réfugiés ».

Or cette vision du monde dépend fondamentalement des résultats de la procédure d'examen des demandes d'asile : de 70 % à 99 % de faux réfugiés frapperaient aux portes de l'Europe. Le droit de l'asile produit une fiction qui laisse croire à l'existence d'une définition claire du réfugié et d'une procédure efficace permettant de l'identifier. Cette fiction juridique, inscrite dans le contenu même du droit, dans ses commentaires universitaires et dans ses usages administratifs et juridictionnels accrédite l'idée d'un déferlement de faux réfugiés.

Des recueils³, constructions majestueuses de règles et de décisions édifiées ensemble par de savants juristes, impressionnent et laissent croire à l'existence d'une science dont la complexité et la rigueur garantiraient la validité des résultats de la procédure d'examen des demandes d'asile. La langue des décisions juridictionnelles tient en respect et à distance les néophytes confrontés à l'ésotérisme des conclusions. Des livres de jurisprudence en imposent, produits de sélections officielles et arbitraires mais dont le volume et la sophistication semblent attester du sérieux et de la précision du travail d'examen des demandes d'asile⁴.

Difficile, après cela, de ne pas croire aux taux de rejets des demandes d'asile et à ce qu'ils semblent dire sur le monde actuel ; difficile aussi de contester le fondement de ces taux dans l'espace public. Le juridisme, tant des universitaires, des administrateurs que des juges, agit comme un puissant vecteur de diffusion des croyances

1. V. l'intervention de M. Dominique de Villepin, alors ministre des Affaires étrangères, Assemblée nationale, débats parlementaires, JO du 6 juin 2003.

2. V., J. Valluy, « La nouvelle Europe politique des camps : les origines élitaires de la phobie et de la répression des exilés », *Cultures et Conflits — Sociologie politique de l'international* 2005, n° 1 (article proposé à publication).

3. Fr. Tiberghien, *La protection des réfugiés en France*, Paris, Économica, 1988. J. Fougerous Roland Ricci, « Le contentieux de la reconnaissance du statut de réfugié devant la Commission des recours des réfugiés », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1998-01/02, n° 1, p. 179-224. D. Alland, C. Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2002.

4. Fr. Tiberghien, *Le droit des réfugiés en France — Tables décennales de jurisprudence du Conseil d'État et de la Commission des Recours des Réfugiés (1988-1997)*, Paris, Économica, 2000.

relatives à l'invasion des faux réfugiés, qualifiés comme tels par la procédure d'examen des demandes d'asile.

Certains juristes, il est vrai, font montre d'esprit critique et aussi d'une éthique, celle de la vérité, horizon axiologique commun à la science et à la justice. Danièle Lochak, universitaire, analyse dans une conférence célèbre⁵ la situation des juges confrontés à des lois injustes, notamment, pour ce qui nous concerne ici, celles qui, aujourd'hui, prolifèrent en droit des étrangers. Que faire en tant que juge ? S'attacher plus que jamais au respect de la hiérarchie des normes en faisant prévaloir sur le droit interne les textes internationaux référés aux droits humains ; ne pas taire ce que la position de juge permet de savoir sur les caractéristiques du droit, son évolution et ses conditions d'application. C'est dans cette perspective éthique que s'inscrit Jean-Michel Belorgey, conseiller d'État et juge à la Commission des recours des réfugiés (CRR), dans un texte exemplaire — « Le contentieux du droit d'asile et l'intime conviction du juge »⁶ — que l'on voudrait prolonger ici en signe d'hommage. Il est le premier à dire publiquement ce que tout agent de l'Ofpra, tout rapporteur et juge à la CRR sait : la dramatique étroitesse du fondement des décisions répondant aux demandes d'asile et notamment l'indigence des éléments objectifs, preuves, documents ou simplement informations, susceptibles d'étayer la décision.

Cette carence de fondements objectifs mais aussi les caractéristiques du droit dans ce domaine donnent à l'intime conviction du juge (comme à celle du fonctionnaire en premier examen), un rôle exceptionnel, et largement exorbitant du droit commun, dans la décision finale : loin d'être l'ultime arbitrage d'une instruction approfondie et d'un raisonnement juridique, tous deux étroitement dépendant du droit, l'intime conviction se substitue purement et simplement à l'une et à l'autre. Une simple somme d'opinions subjectives et intuitives remplace la recherche d'informations et le syllogisme juridique supposés guider le juge vers sa conclusion. Sont ainsi masquées l'absence de moyens et la rareté d'un fondement raisonné dans la prise de décision.

I. LA VACUITÉ DU DROIT CONVENTIONNEL

La convention de Genève sur les réfugiés de 1951 et ses transcriptions nationales ont fait l'objet de mises à jour. Pourtant la définition du réfugié demeure une vaste béance. Cela s'éprouve dans la pratique, le fameux article 1 A 2 n'impose rien en l'absence de toute voie d'objectivation de la crainte et de définition juridique de la persécution ; du fait aussi d'un contresens inscrit dans cet alinéa.

5. D. Lochak, « Le juge doit-il appliquer une loi inique ? », Actes du colloque organisé par l'École nationale de la magistrature à Bordeaux le 29 novembre 1993, publié in *Le Genre Humain* n° 28, été-automne 1994 et consultable à l'adresse suivante : www.anti-rev.org/textes/Lochak94a/index.html.

6. *Rev. adm.* novembre 2003, n° 336, pp. 619-622 et *Plein droit* mars 2004, n° 59-60, p. 59.

Est réfugiée « toute personne craignant avec raison d'être persécutée... ». Mais l'idée de crainte demeure indéfinie et très subjective. Quel niveau d'anxiété peut justifier une fuite éperdue dans l'exil ? Et de quelles informations l'exilé doit disposer pour craindre « avec raison » ? De quelle rationalité enfin doit relever ce sentiment de l'âme qu'est la crainte pour sembler raisonnable à autrui ? Aucune réponse consensuelle n'a jamais vu le jour.

En vain chercherait-on un consensus autour de la notion de « persécution » : de quel traitement parle-t-on ? Un regard alarmant ? Quelques menaces ? Une présence insistante de l'autre côté de la rue ? Un harcèlement de tous les jours ? Le cadavre d'un proche ? Des marques sur le corps d'un supplice enduré ? Chacun, administrateur ou juge, reste libre de son opinion. Le pire advenu est-il exigible pour justifier l'exil ? Et en deçà, où commence la persécution ? Il n'est pas de mesure commune de la gravité d'une persécution. Doit-elle d'ailleurs être évaluée dans le contexte social de l'événement ou à l'aune d'un étalon universel ? Bien peu, en Occident, supporteraient le moindre de ce que l'on endure chaque jour en des contrées moins paisibles. Mais ceux qui en proviennent sont quand même trop humains pour les réduire sans égard à un sort si médiocre qu'il faudrait le tenir pour une fatalité.

Et l'on détourne alors pudiquement le regard vers le critère, réputé moins ingrat, des motifs de persécutions : « toute personne... du fait de sa race, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ». En marge de ce verset, la glose juridique se fait luxuriante ; parfois, quand même, après une mention liminaire et laconique qui, l'air de rien, en sape les fondements : les motifs de persécutions envisagés présentent le plus souvent un caractère collectif qui dément la spécificité individuelle de la crainte de persécution rapportée, dans le texte, à une « personne ». Autrement dit, ce droit ne dit pas, par exemple, s'il suffisait d'être Tutsi dans le Rwanda des années 1990 pour craindre avec raison d'être persécuté ou s'il fallait être « personnellement » visé et, sur fonds de massacres aveugles, ce que cela pourrait signifier... D'une manière générale chaque évaluateur peut choisir de regarder la face individuelle ou celle collective du réfugié et peut le rejeter au motif de l'insuffisante expression de l'une ou de l'autre ou, à l'inverse, du caractère trop marqué de l'une des deux.

Ainsi a-t-il toujours manqué au droit d'asile rien de moins que sa clé de voûte, la majeure du syllogisme juridique qui nous dirait *in abstracto* ce qu'est un « vrai » réfugié : nul ne le sait en termes juridiques et chacun peut s'en faire une idée bien à soi. Le reste est affaire de convictions personnelles, politiques notamment, et de rapports de forces. Rien d'étonnant à cela. La convention est fruit d'une diplomatie qui toujours et nécessairement se nourrit des ambiguïtés propices au consensus. Comme dans d'autres domaines⁷, le texte laisse ses serviteurs dans le flou autant que ses négociateurs en eurent besoin pour le conclure et le faire accepter à leurs mandataires.

7. V., M. Delmas-Marty, *Le flou du droit — Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1986.

II. L'ILLUSION D'UNE JURISPRUDENCE

La jurisprudence, pourrait-on croire, a dû combler ce vide. Depuis longtemps les décisions s'amoncellent à la CRR, prises en « formation ordinaire » de trois juges et un rapporteur ou en formation solennelle (dites « sections réunies ») de neuf juges et un rapporteur. Une montagne de décisions pourtant ne suffit pas à constituer ensemble une jurisprudence. Quelques observations permettent de le montrer, sans prétendre épuiser un sujet vaste et complexe.

Les juges comptent parmi eux un président et, à côté d'eux, un rapporteur qui présente le dossier de demande d'asile (les documents de l'Ofpra, le recours et, éventuellement, les pièces ajoutées par le requérant ou son conseil). Ils entendent, en séance publique, le rapport, la plaidoirie de l'avocat (s'il y en a un), et les réponses du requérant à leurs questions. Après avoir examiné les dix-huit demandes d'asile de la séance (en « formation ordinaire ») d'une durée moyenne de quatre ou cinq heures, ils délibèrent à huis clos, à raison de quelques minutes par dossier, pour fixer, à la majorité des voix, s'il y a lieu ou non de reconnaître l'exilé comme réfugié. Une fois cette décision prise, la suite du processus leur échappe en grande partie : sans que le droit l'ait prévu seuls le rapporteur et le président de séance participent à la rédaction de la décision finale. En pratique, le premier transmet dans les jours qui suivent un « projet de décision » que le second corrige et contresigne pour en autoriser la publication. Curieusement, la décision mentionne nommément les trois (ou neuf) juges comme auteurs de la décision quand bien même les deux tiers d'entre eux au moins n'ont pu ni avoir connaissance du projet ni participer à sa rédaction finale.

L'une des conséquences de cette pratique est d'avoir neutralisé l'enjeu, crucial pour la jurisprudence, de la rédaction du libellé. Chaque décision, après un résumé lapidaire du récit d'exil (une dizaine de lignes), se termine par une phrase stéréotypée énonçant la conclusion, négative ou positive. En pratique, il existe quelques modèles de phrases qu'il suffit de recopier et d'accoler à la fin des décisions. Ce libellé évite les discussions entre juges, allège le travail d'écriture et fait disparaître toute indication précise sur les motifs de la décision. Le raisonnement du juge n'est pas rendu public et échappe ainsi à tout regard critique. Son appréciation portée sur le récit, l'examen des points qui l'ont amené à douter ou qui ont entraîné sa conviction ne sont peu ou pas exposés. La manière dont il a mis en relation le récit d'exil et les informations, bonnes ou mauvaises, qu'il détient sur le pays d'origine reste confidentielle.

Aucune analyse ultérieure de ce raisonnement n'est possible, ni par l'exilé et son entourage, ni par le juge de cassation statuant sur l'appréciation des faits, ni par des pairs prenant connaissance de la décision dans un souci de jurisprudence, ni par des commentateurs universitaires réduits à spéculer sur le cheminement allant du récit à la conclusion. Mais l'essentiel est ailleurs : en l'absence de toute contrainte d'explicitation des motifs, l'existence même d'un tel raisonnement n'est pas indispensable pour conclure ; une intuition, un simple « *feeling* » suffit à faire une voix ; deux voix sur trois, ou cinq sur neuf, à faire une décision.

Les séances solennelles de jugement, dites « sections réunies », attirent l'attention sur quelques cas fameux. Elles sont rares — trois ou quatre par an ces dernières années — et ne constituent pas, de ce fait, un corpus significatif. Les recueils officiels, d'ailleurs, les signalent mais ne les dissocient pas des autres ; le feraient-ils qu'ils en montreraient l'indigence. Elles donnent lieu à une préparation plus intense et souvent à un délibéré plus long, mais deux facteurs en réduisent l'importance. Alors que le pouvoir de faire monter une affaire en « sections réunies » appartient concurremment aux formations ordinaires et au président de la CRR, la pratique a subordonné les premières à une consultation préalable de celui-ci dans l'exercice de cette prérogative.

Cette pratique informelle dessaisit *de facto* les formations ordinaires de la réflexion sur les critères de choix des décisions à élever et laisse au président de la CRR la responsabilité des convocations et surtout celle de leur pénurie. Au-delà de cette rareté, un autre facteur affaiblit ces décisions : elles sont rédigées dans les mêmes conditions que les décisions ordinaires et à peu près dans les mêmes termes, hormis quelques considérants de principe. L'analyse du dossier, et notamment des faits, n'étant pas plus détaillée, le cheminement conduisant du récit à la conclusion demeure aussi incertain et, par suite, aussi peu reproductible sur d'autres cas similaires.

Ainsi, quelle que soit la définition que l'on souhaiterait donner à la notion de « jurisprudence », qu'il s'agisse d'une sagesse liée à la rigueur et au caractère reproductible des raisonnements, qu'il s'agisse de la solennité de décisions délibérées dans le cadre d'une instance supérieure, qu'il s'agisse d'une « opinion publique » des examinateurs dialoguant tous ensemble, qu'il s'agisse de tendances statistiquement observables dans la masse des décisions (hormis celle du taux de rejet)... la jurisprudence est insignifiante. Elle se réduit — mais peut-on parler alors de « jurisprudence » ? — à pouvoir trouver un précédent à l'appui de toute position de jugement pour peu que l'on se donne les moyens d'aller fouiller dans la montagne des décisions antérieures, montagne dans laquelle chacun, quelle que soit la position à défendre, peut trouver ce qui lui convient et son contraire.

III. UNE VAINNE PROCÉDURE D'EXAMEN

Si la majeure du syllogisme juridique est absente de cette pratique du droit, la mineure pourrait en dépendre néanmoins pour ce qui concerne la détermination de la procédure d'instruction et, plus largement, d'examen de la demande d'asile. Or, là encore, c'est l'absence de caractère contraignant qui caractérise cette branche du droit, et surtout l'absence de garantie que l'examen sera approfondi et rigoureux.

Pour en saisir l'enjeu, il faut d'abord se rappeler ce qu'est une demande d'asile : un long récit, une vie tout entière et son exil, tout ce qu'il a fallu endurer pour se résoudre à quitter sa patrie. Cette ampleur et cette complexité ne tiennent pas seulement à des

besoins psychologiques comme celui de verbaliser une expérience choquante pour en atténuer les séquelles traumatiques ou celui d'être reconnu comme victime innocente d'une persécution qui, au contraire, tentait de fabriquer une culpabilité justifiant la persécution. Les récits s'allongent surtout parce que l'exil est contraint.

Or cette contrainte se construit sur plusieurs années. Même l'explication d'un départ hâtif parcourt plusieurs années de vie : soit parce que la situation de l'exilé s'est détériorée insidieusement jusqu'à un stade, subjectivement vécu, de crainte intolérable ; soit parce que le facteur déclencheur aussi prompt soit-il n'économise pas ultérieurement à l'exilé la peine de remonter loin dans le temps pour s'expliquer à lui-même d'abord, et aux autres ensuite, cet étrange basculement de sa vie ; soit enfin parce que la société chaotique qui pousse à l'exil recèle une complexité difficile à maîtriser dans la narration biographique comme dans l'analyse sociologique. Aussi n'est-il pas rare qu'une demande d'asile retrace dix ou vingt années d'une vie et qu'elle enfle, sur quelques années, sous l'accumulation des faits et des craintes et se complique encore dans la tourmente de l'exil. Chacune de ces vies pourrait remplir un roman et bien des biographies furent publiées à moindre coût humain.

Face à cela, la procédure ne laisse place à aucune expansion narrative. C'est d'abord un formulaire et un récit à raconter en quelques pages. Parfois rédigé sur un coin de guichet, avec l'aide utile ou néfaste d'autres personnes, ce récit dépend d'une situation précaire dont les enjeux immédiats — manger et dormir — en marginalisent bien d'autres. L'exilé est sommé de s'adapter à des exigences d'évaluation étrangères, ésotériques et si aléatoires qu'elles autorisent spéculations et commerces interprétatifs. Déjà déformé par ces contraintes et ces efforts d'adaptation, le récit est compressé en des temps d'expression exigus⁸ : une ou deux dizaines de minutes durant l'entretien à l'Ofpra, moins d'une dizaine à la CRR. Chacun peut en prendre la mesure en essayant de raconter ses dix dernières années de vie en dix minutes.

Encore ce temps n'est-il pas libre : l'exilé ne raconte pas sa vie, il répond à des questions posées par des personnes qui en ont découvert l'existence quelque temps voire quelques secondes auparavant ; ceci avec les décalages culturels qui affectent la communication entre, par exemple, un jeune berger peuhl de Mauritanie réduit à l'esclavage dès son plus jeune âge et un fonctionnaire occidental des hautes sphères de l'État ou fraîchement titulaire d'un master de droit. Des salves de questions, de loin, hachent et déstructurent un récit soupçonné d'être inventé. Banalité du fait inquisitoire, dira-t-on, auquel s'ajoute un paradoxe alors aussi banal : ce récit, ni

8. Il n'existe pas de statistiques officielles sur les temps d'entretien à l'Ofpra. Ils sont néanmoins mentionnés par les fonctionnaires sur leurs comptes rendus d'entretiens accessibles au dossier par les requérants et leurs conseils. La durée moyenne semble être de l'ordre d'une petite heure dont il faut, pour retrouver le temps d'expression de l'exilé, déduire les temps d'énoncé des questions, de traduction différée des questions et réponses et de rédaction des notes du fonctionnaire. Des statistiques ont été produites par des associations et syndicats pour les temps d'audition de la CRR. Ils sont de l'ordre d'une demi-heure (quand il y a un avocat, la moitié sinon) dont il faut, pour retrouver le temps d'expression de l'exilé, déduire les temps de lecture du rapport, de plaidoirie éventuelle, d'énoncé des questions et de traduction différée des questions et réponses. V. notamment : Amnesty International, *Observation des audiences publiques de la Commission des Recours des Réfugiés — Compte rendu et recommandations*, octobre 2003, 37 pages.

librement ni pleinement exprimé, peut avoir à être répété de deux à quatre fois durant la procédure ; tout écart de l'une à l'autre version pouvant aggraver les soupçons qui pèsent sur sa crédibilité. Faut-il s'en étonner ? Ce qu'apporte l'exilé en termes d'informations, de faits et d'arguments emporte rarement la conviction, non seulement pour les raisons qui viennent d'être évoquées mais aussi du fait de l'inévitable partialité de cet apport.

Il faut alors se tourner vers « l'instruction », indépendante de l'exilé ; le travail de recherche d'informations, d'analyse du dossier et de réflexion individuelle ou collective. Le comptage des temps et des charges de travail, dans un contexte d'injonction au rendement qui n'est pas spécifique à ce secteur, économise bien des commentaires sur les effets produits. À l'Ofpra, chaque agent doit traiter 2,7 dossiers par jour, ce qui fait une moyenne d'environ deux heures et demi par dossier, temps dont il faut déduire la durée de l'entretien pour les exilés qui en bénéficient. À la CRR, ce temps de traitement préalable réalisé par le rapporteur est de l'ordre d'une petite demi-journée en moyenne.

Ces comptages pourraient être affinés mais ils suffisent ici à indiquer le type d'« instruction » susceptible d'être réalisée. Les actes d'instruction ne sont pas décrits par le droit, ni pour l'Ofpra ni pour la CRR. Le témoignage de l'exilé ne fait l'objet d'aucun procès-verbal pouvant être relu et validé par l'exilé ou son conseil. Les informations sur le pays d'origine, telles qu'elles sont utilisées par les examinateurs à charge ou à décharge ne sont pas consignées, échappant ainsi à tout contrôle. Encore faudrait-il décrire l'indigence extrême des centres de documentation que ne supporterait aucun chercheur en sciences sociales travaillant sur un seul des pays d'origine concernés. Les agents de l'Ofpra et les rapporteurs de la CRR ne disposent pas de connexion Internet individualisée, alors que les décisions sont, en droit, supposées tenir compte de la situation actuelle du pays au jour de la décision pour estimer les craintes de l'exilé en cas de retour dans son pays.

Ces agents, enfin, sont subordonnés à une hiérarchie administrative au sommet très politique et cette subordination s'accroît avec le recrutement massif d'agents contractuels sous menace permanente du non-renouvellement de leur contrat. Les décisions à l'Ofpra ne sont d'ailleurs pas arrêtées par l'instructeur mais par son supérieur. Dans les deux institutions, la distribution des dossiers reste l'apanage de la hiérarchie et avec elle la possibilité de suspendre le traitement des nationalités diplomatiquement sensibles, notamment durant les périodes où la situation d'un pays se dégrade c'est-à-dire précisément au moment où des réfugiés ont le plus besoin de protection...

Il faut analyser enfin le travail spécifique des juges de la CRR dont la responsabilité est lourde puisqu'ils tranchent en dernière instance. Le droit donne certes aux juges le pouvoir de prescrire toute mesure d'instruction, mais, dans la pratique, cela est très rare hormis la consultation d'ambassades françaises dont les fréquentes accointances diplomatiques avec l'autre partie, auteur des persécutions, ou simplement le peu d'intérêt pour ces consultations, conduit à démentir le réfugié et aussi à faire douter de l'utilité de la consultation. Mais l'aspect le plus problématique de cette procédure est

rarement connu : deux tiers de ces juges n'ont pas accès au dossier avant la séance publique. Rien dans le droit à ce sujet ; uniquement la pratique, les rapports de forces internes et les intérêts bien compris des uns et des autres. Seuls, parmi les juges, les présidents de séance semblent pouvoir demander cet accès ; tous ne le font pas.

Dans la plupart des cas, le juge découvre donc le dossier en séance, lorsque commence la lecture du rapport, en deux ou trois dizaines de minutes il prend connaissance d'une vie, écoute le rapport et éventuellement la plaidoirie tout en prenant des notes sur l'un et l'autre et sur ce qui suit aussi et, tout en préparant ses propres questions, nécessairement improvisées, doit écouter celles des pairs et les réponses du requérant pour en tenir compte et, dans le même temps, tenter de parcourir en survol un dossier qui lui passe quelques secondes entre les mains et auquel viennent parfois s'ajouter des documents nouveaux remis en séance et, durant tout cela, rafraîchir sa mémoire sur l'histoire politique, économique et sociale des dix ou quinze dernières années d'un des cinq ou six pays de la séance en parcourant quelques synthèses vieilles de plusieurs mois et encore, dans le même temps, se rappeler sa jurisprudence, raisonner sur la crédibilité de l'ensemble, anticiper aussi sur les réactions de ses collègues, fixer enfin sa propre position...

Dans ces conditions, les évaluateurs, qu'il s'agisse des agents de l'Ofpra ou des juges de la CRR, ne peuvent pas répondre à la question : *s'agit-il d'un vrai réfugié ?* Aussi répondent-ils à une autre question, la seule qui leur soit accessible : *est-ce que cet exilé m'a convaincu ?* Et l'inclination à croire ou ne pas croire dépend de facteurs multiples, souvent sans liens avec le récit évalué (même si celui-ci peut jouer un rôle), notamment les convictions politiques de l'examineur en matière d'immigration, ses connaissances sur le pays d'origine, sa compréhension des conditions sociales d'expression de la requête, son interprétation personnelle d'une convention imprécise aux jurisprudences chaotiques, sa sensibilité aux idéologies politiques d'une époque, sa perception intuitive des réactions probables de son environnement de travail, sa réceptivité vis-à-vis d'injonctions émises par des autorités supérieures, sa disponibilité psychologique le jour décisif de l'évaluation, etc. C'est l'ensemble de ces facteurs qu'il faudrait examiner pour expliquer que la réponse est, dans la plupart des cas : *je n'y crois pas.*

*

* *

Que faire ? Le plus urgent est de cesser d'intoxiquer idéologiquement nos contemporains en leur laissant croire, par juridisme ou par mutisme, que cette procédure serait autre chose que ce qu'elle est réellement, d'un point de vue sociologique. Les usages politiques des résultats de cette procédure dans les actions publiques de répression et d'enfermement des exilés ne sont pas indépendants de ce que l'on a laissé croire sur l'équation « *déboutés du droit d'asile = faux réfugiés* ». À cet égard, les universitaires, en raison de leurs fonctions de chercheurs, de la neutralité scientifique qu'ils

revendiquent et de leur indépendance statutairement protégée, assument une responsabilité beaucoup plus lourde que les administrateurs et les juges.

À charge pour ceux-ci de composer avec une réalité évidemment, pour eux, pénible à reconnaître : le droit de l'asile, tant conventionnel, légiféré que jurisprudentiel, est aussi vide d'un point de vue substantiel (contenus) que d'un point de vue formel (procédures). Le réfugié est un concept juridiquement indéfini, dès son énoncé originel, un vide que ne remplit aucune jurisprudence. La procédure n'offre pas de protection à l'expression de la demande d'asile et n'impose aucune instruction indépendante de l'exilé. Dans ce désert juridique, la politique reprend ses droits et esquisse un espace de luttes où chaque valeur, même parmi les plus fondamentales, doit chaque jour être défendue pied à pied dans un rapport de forces routinier et feutré dont dépendent les résultats finaux. Ceux-ci en disent plus long sur ce rapport de forces que sur le droit lui-même ou que sur les réfugiés.

L'engagement ontologique du juriste

Olivier Camy

Faculté de droit et de science politique de Dijon, IEP Paris

Tout juriste, comme n'importe quel opérateur du droit, doit s'engager sur l'existence du droit en tant que tel, qu'il est censé connaître, voire appliquer. Cela suppose qu'il utilise de manière explicite ou implicite une définition, un critère. En termes philosophiques, on pourrait dire que le juriste a recours à une « ontologie » juridique ou encore se réfère à une « essence » du droit ; ce qui lui permet de dire que telle ou telle norme, tel ou tel ordre normatif est juridique. Cet engagement ontologique est aussi axiologique, car s'interroger sur la juridicité d'une norme, revient à se demander si elle a « valeur » juridique.

Un tel engagement est préalable à tout autre engagement d'ordre politique ou moral. Ainsi, la question : « le droit nazi est-il du droit ? », précède la question « le droit nazi (à supposer qu'il s'agisse d'un droit) est-il abominable ou non ? ».

Bien sûr, en temps de paix ou de consensus sur l'idéologie juridique dominante, cet engagement passe souvent inaperçu. En revanche, dans une période troublée, cet engagement se dévoile et fait l'objet de discussions passionnées *a posteriori*. Ainsi, n'a-t-on pas fini de commenter les choix ontologiques des juristes français qui ont considéré que le droit de Vichy (même antisémite) était bien du droit et pouvait donc être analysé, interprété de la même manière que le droit démocratique de la III^e République. Il en est de même en Allemagne ou en Italie, où l'on continue de s'interroger sur l'attitude de la grande majorité des juristes qui, sous les régimes totalitaires, ont assimilé le droit racial à un droit authentique.

Malgré cela, la doctrine contemporaine, fidèle au paradigme positiviste, continue de nier la nécessité pour les juristes de s'engager ontologiquement. Je voudrais dans un premier temps discuter des arguments et des stratégies utilisés par cette doctrine pour refuser ou à défaut dissimuler le recours à une ontologie juridique. Dans un deuxième temps, je reviendrai sur l'attitude des juristes dans le contexte totalitaire des années 1930 et 1940, et particulièrement sur les engagements ontologiques qui ont été revendiqués de façon explicite, voire théorisés par certains grands juristes français (Roger Bonnard, Georges Burdeau notamment). Pour finir, j'essaierai de

montrer qu'un juriste se réfère nécessairement à un critère du droit qui n'est pas nécessairement empirique ou dogmatique.

I. LE REFUS DE TOUT ENGAGEMENT ONTOLOGIQUE DU JURISTE

Conformément au paradigme positiviste, la doctrine contemporaine postule le plus souvent que tout juriste doit adopter une position neutre, non seulement au plan moral ou politique, mais aussi au plan ontologique. Il s'agit bien sûr de permettre le développement d'une véritable « science » du droit. Au-delà de la question de la recevabilité de cet idéal de scientificité, on peut se demander s'il est tout simplement praticable.

De ce point de vue, on remarque que la doctrine contemporaine a recours à au moins trois types d'arguments, voire de stratégies pour prévenir tout engagement ontologique des juristes. À chaque fois, elle s'appuie de manière plus ou moins avouée sur une conception « empiriste » de la nature du droit.

A. LA DISTINCTION ENTRE SCIENCE EMPIRIQUE ET SCIENCE PHILOSOPHIQUE DU DROIT

Les juristes contemporains prétendent, pour la plupart, mettre en œuvre une science positive ou empirique du droit. Cela les conduit à s'exonérer de toute recherche sur ce qu'est le droit. Ainsi la majorité des manuels contemporains croient pouvoir se contenter de décrire le droit en vigueur sans proposer aucun concept. Il s'agirait de connaître seulement la « réalité empirique » des normes positives ; une réalité qui, selon Michel Troper par exemple, est réductible au « fait qu'une volonté a été exprimée » par certains individus¹.

Tout se passe comme si les juristes restaient fidèles à la distinction kantienne entre science positive et science spéculative du droit. Selon Kant, le juriste dit ce qui est de droit (*quid juris*) tandis que le philosophe dit ce qu'est le droit. Mais, nous avertit le philosophe allemand : « Une science simplement empirique du droit est (comme la tête de bois dans la fable de Phèdre) une tête qui, sans doute, peut être belle, mais — hélas ! — n'a point de cervelle »². Sans aller jusqu'à refuser toute autonomie à la science positive du droit, on peut s'interroger sur la possibilité de construire une science empirique « pure », libérée de tout rapport à une ontologie juridique. Les juristes n'ont-ils pas besoin d'un concept de droit et donc de s'engager au plan ontologique ? Hegel, par exemple, pense que cela est indispensable, même s'il accepte la distinction kantienne. Selon lui, une science du droit est nécessaire-

1. F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 29^e éd., Paris, LGDJ, 2005, p. 29.

2. E. Kant, *Doctrine du droit*, Introduction, § B, trad. A. Renaut, Paris, Garnier-Flammarion, 1994, p. 16.

ment philosophique. Car, cette science doit se placer du point de vue du concept, donc de la philosophie, pour donner aux règles du droit une véritable « justification rationnelle » qui dépend de leur conformité à une « idée de droit » (l'idée de liberté). C'est à cette condition qu'une science du droit peut faire le tri entre les règles vivantes et celles qui sont mortes. Il en est ainsi pour l'histoire du droit. Les historiens du droit, d'après Hegel, sont bien obligés de déterminer si des institutions ont perdu ou conservé leur « sens » ou leur « droit ». Or, ils ne peuvent le faire qu'en prenant en compte la genèse de ces institutions *selon le concept* (et donc pas seulement leur genèse extérieure — ou technique —)³.

Bien sûr, les juristes contemporains, imprégnés de positivisme, refuseront de payer le prix du passage à une science philosophique du droit. Ce prix consiste à admettre la distinction entre un droit rationnel et irrationnel, entre un droit conforme à son concept et un droit simplement posé. Au plan de l'épistémologie positiviste, il ne peut exister qu'un seul droit : on ne saurait distinguer, à la manière de Hegel, un droit contingent et un droit conforme à une idée de droit. Surtout, on ne saurait fonder la juridicité sur une idée inscrite dans l'Histoire selon Hegel (ou produite par une juste Raison selon les jusnaturalistes classiques). Sans adhérer nécessairement à l'idéal de scientificité des positivistes, admettons cependant avec eux que l'adoption de la position hégélienne, outre l'inconvénient de nous obliger à accepter un dualisme juridique, comporte le risque de justifier un dogmatisme métaphysique. Mais il reste que l'on peut douter avec Hegel de la possibilité de décrire la réalité normative juridique sans utiliser un critère d'identification de cette réalité. Il faut bien qu'un tel critère existe même s'il n'est pas reconnu comme tel.

B. LE RECOURS AU CRITÈRE DE LA « VOLONTÉ EFFICACE »

La science empirique du droit, qui refuse tout engagement ontologique, se donne cependant de manière implicite un critère de juridicité. Ce critère non-dit est le plus souvent celui de la « volonté efficace » ; ce qui revient de manière paradoxale à assimiler le droit au fait. Examinons ce critère.

La volonté (qui permet de distinguer le droit d'autres phénomènes normatifs comme la morale) est presque toujours considérée par les juristes comme un élément constitutif du droit. Par exemple, les seuls manuels de droit constitutionnel qui proposent un concept de juridicité insistent sur le fait que le droit est composé de règles de conduite « édictées »⁴, ayant un caractère « impératif », « obligatoire »⁵. Le fait de concevoir ces règles comme des *normes* n'empêche pas de les assimiler à « un produit de la volonté »⁶. Ce primat de la volonté se retrouve lorsqu'il s'agit d'analy-

3. G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. R. Derathé, Paris, Vrin, 1982, p. 66.

4. J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1987, p. 9.

5. P. Pactet, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 16^e éd., Paris, A. Colin, 1997, p. 31.

6. F. Hamon, M. Troper, *op. cit.*, p. 29.

ser les actes d'interprétation du droit qui sont presque toujours décrits comme des « actes de volonté » capables de recréer le droit posé. Mais cette volonté doit être efficace. L'efficacité permettrait en effet de distinguer le droit simplement voulu du droit réel (ou positif). C'est pourquoi, en droit interne, les mêmes manuels insistent sur le caractère « sanctionnable » des règles de droit⁷, sur la « mise en œuvre éventuelle de la contrainte »⁸. Bien sûr, il existe des normes juridiques qui ne comportent pas de sanction⁹. Mais il importe seulement, que la majorité le soit au sein d'un ordre juridique. Il semble bien que le développement du contrôle juridictionnel ait abouti, à l'époque contemporaine, à cette situation¹⁰.

Au bout du compte, le droit est phénoménalisé. Comme l'École réaliste le postule, le droit semble appartenir à la sphère du « Sein ». Le juriste peut donc constater la présence du droit sans avoir à s'engager sur son essence, sa valeur. Il se contente d'observer si une norme a été effectivement voulue et appliquée. Le droit est assimilé à un fait [empirique]. Ce qui conduit par exemple les auteurs d'un manuel contemporain de droit international à affirmer : « le fait est, sinon *le fondement* de l'État et de son droit, du moins leur ultime origine [...] »¹¹.

Pour autant, la question de l'essence et de la validité du droit ne peut être évacuée aussi aisément. Le fait qu'une norme ait été posée puis suivie (en raison de sanctions) ne nous dit rien sur sa nature de norme juridique. Nous ne savons pas si elle « vaut » comme norme juridique. On peut reprendre ici l'exemple classique depuis Saint Augustin de la « bande de voleurs ». Comment distinguer l'ordre d'un voleur et celui d'un organe de droit, si nous ne disposons pas d'un critère relatif à la nature et à la validité de cet ordre ? L'ordre valable, nous dit Hans Kelsen, a une « signification objective ». Il est « fondé ». Ce qui sous-entend qu'il repose sur une justification rationnelle. En cela, l'ordre de droit *doit être* (c'est un *Sollen* et non un *Sein*). C'est pourquoi, le fait constatable d'une volonté efficace n'est en lui-même pas décisif. L'efficacité est sans doute une *conditio sine qua non* de l'existence du droit explique Kelsen. On ne saurait imaginer en effet que des normes non efficaces sur une longue période puissent être qualifiées de juridiques. Pour autant, ce n'est pas une *conditio per quam*, c'est-à-dire une condition qui justifie la juridicité de ces normes¹². En quoi l'existence d'une norme juridique est finalement équivalente à sa validité.

On comprend, dès lors, pourquoi le critère de la « volonté efficace » est un pseudo-critère qui ne permet pas de faire une discrimination entre des normes juridiques et non juridiques. C'est ce qu'ont admis certains auteurs positivistes qui ont recours à un critère « formel », relatif à la relation des normes juridiques entre elles pour établir la juridicité d'un ordre normatif.

7. P. Pactet, *op. cit.*, p. 32/33.

8. J. Gicquel, *op. cit.*, p. 15.

9. F. Hamon, M. Troper, *op. cit.*, p. 13.

10. Par exemple, en droit public, la réduction de la sphère des actes de gouvernement.

11. J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1993, p. 271.

12. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. H. Thévenaz, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1953, p. 119.

C. LE RECOURS AU CRITÈRE DE LA « HIÉRARCHIE » DES NORMES

L'utilisation d'un critère formel peut sembler donner à la science empirique du droit les moyens d'identifier une norme juridique sans pour autant conduire les juristes à un engagement ontologique. Il suffirait de vérifier si une norme est justifiée par d'autres normes supérieures; en quoi elle appartient ou non à un ordre normatif hiérarchisé. Cette analyse rejoint celle de H. Kelsen, selon lequel un système juridique est nécessairement hiérarchisé de façon statique et dynamique. Mais cette analyse reste factuelle, sinon sociologique si l'on admet qu'il suffit de s'interroger sur la présence d'une hiérarchie des normes pour conclure à l'existence d'un système de droit; cela sans qu'il soit besoin de réfléchir sur le fondement ultime d'un tel système.

C'est le cas lorsque Michel Troper par exemple tente de montrer en s'appuyant sur les travaux de l'historien Martin Broszat¹³ qu'on peut douter de la nature juridique du droit nazi compte tenu de l'absence d'une hiérarchie des normes statique sous le III^e Reich¹⁴. Selon lui, en effet, on ne retrouve pas la hiérarchie traditionnelle loi/ordonnances/décrets notamment parce que le chancelier a reçu le pouvoir législatif dès le 24 mars 1933. Par ailleurs, le pouvoir de prendre des décisions ayant la nature de lois/ordonnances/décrets était souvent délégué aux ministres ou à d'autres autorités. Or, cette délégation ne précisait pas quel usage devait en être fait. Bref, il était impossible de subsumer le contenu de décisions inférieures sous le contenu de décisions supérieures. En conséquence, pour M. Troper, le droit nazi n'est pas du droit et n'a pas été produit par un véritable État (ou « pouvoir en forme juridique ») si l'on admet par ailleurs l'identité kelsenienne entre État et droit.

On voit bien qu'un raisonnement de ce genre échoue parce qu'il est précisément fondé sur des preuves « empiriques ». Admettre qu'un « système juridique est caractérisé par une *double relation*, statique et dynamique »¹⁵, ne repose sur aucune nécessité rationnelle. Pourquoi un « système de pouvoir dans une bande de voleurs » ne pourrait-il fonctionner selon la même double relation? Il est parfaitement contingent que ce dernier système, ou encore n'importe quel système autoritaire, ait adopté ou non une hiérarchie statique. La description sociologique des systèmes de pouvoir ne peut donc permettre de nous élever à un concept de droit, à une justification de la juridicité de ces systèmes.

Cette critique nous conduit à suggérer la possibilité du passage à une position théorique post ou pré-positiviste qui admet la nécessité d'un engagement ontologique des juristes. Cette position a commencé à être développée à l'époque contemporaine le plus souvent dans un contexte totalitaire. C'est pourquoi, je serai amené à

13. M. Broszat, *L'État hitlérien*, Paris, Fayard, 1985.

14. M. Troper, « Y a-t-il eu un État nazi? », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1980, p. 177.

15. Cela, selon M. Troper, par opposition à d'autres systèmes normatifs qui seraient uniquement statiques comme la morale ou uniquement dynamiques comme les systèmes normatifs criminels (v. Les ordres émis par une bande de voleurs). V., F. Hamon, M. Troper, *op. cit.*, p. 23.

étudier la question de l'engagement ontologique dans ce contexte en revenant sur des solutions qui, malheureusement, n'ont pas apporté de garanties contre les errances des juristes face à des législations dont la juridicité était douteuse (par exemple, les législations antisémites).

II. L'ENGAGEMENT ONTOLOGIQUE DU JURISTE EN CONTEXTE TOTALITAIRE

Il est nécessaire dans un premier temps de revenir sur l'attitude générale des juristes dans le contexte totalitaire des années 1930 et 1940. Puis nous nous concentrons sur la position de certains grands juristes français (R. Bonnard, G. Burdeau notamment) qui, sous Vichy, avaient admis et théorisé la nécessité de s'engager ontologiquement. Enfin, nous tenterons de tirer les conséquences des errances de ces derniers juristes.

A. L'ATTITUDE GÉNÉRALE DES JURISTES EN CONTEXTE TOTALITAIRE AU XX^e SIÈCLE

Généralement, on reproche aux juristes européens qui ont décrit le « droit » fasciste ou nazi, notamment antisémite, produit dans les années 1940, d'avoir adopté une position de neutralité justifiée par un cadre théorique légaliste positiviste ; ce qui expliquerait leur absence d'engagement politique ou moral. Avec le résultat suivant : ils auraient cautionné, par leur silence, les législations raciales et les régimes qui les ont édictées.

Si l'on se réfère aux expériences totalitaires en Allemagne ou en Italie, on constate plutôt un alignement explicite des juristes sur les positions des gouvernements et une idéologisation de leurs travaux. Même les magistrats, il est vrai plus vulnérables aux pressions de ces régimes, se sont engagés très souvent en faveur du nouveau « droit ». Dans l'Italie de Mussolini, le gouvernement s'était d'abord contenté de la neutralité ou de la passivité des juges. Ainsi, Alfredo Rocco, ministre de la justice expliquait : « La magistrature [...] ne doit, en aucune façon, faire de la politique. Nous ne voulons pas qu'elle fasse une politique pro-gouvernementale ou fasciste, mais nous exigeons fermement qu'elle ne fasse pas de politique anti-gouvernementale ». Bientôt, cependant, le même ministre allait exiger une justice engagée, notamment en ce qui concerne l'interprétation des lois : « Le magistrat applique les commandements du législateur, mais sa propre sensibilité politique doit le porter à aller outre les limites formelles de la norme juridique pour obéir à l'esprit et à la substance rénovatrice des lois »¹⁶. Apparut alors une jurisprudence « pro-gouvernementale » chez beaucoup de tribunaux (notamment la Cour de cassation et la Cour

16. Cité par C. Schvarzenberg, *Diritto e giustizia dell'ebraismo italiano*, Milano, Mursia, 1977, p. 175.

des Comptes) contrebalancée dans certains cas par une jurisprudence « libérale » (v. la cour d'appel de Turin, voire le Conseil d'État). Ces jurisprudences justifiaient une interprétation tantôt extensive, tantôt restrictive des ordonnances raciales de 1938 qui a conduit à une politisation de la justice et de la doctrine rompant avec l'idéal de neutralité technicienne des positivistes légalistes¹⁷.

Pour autant, ce débat sur la neutralité politico-morale des juristes et ses conséquences sur l'interprétation et l'application du droit antisémite ignore une question plus fondamentale : celle de l'engagement ontologique des juristes concernant la nature de ce droit en tant que droit. Or, il apparaît que, notamment dans le cadre français, avant même l'arrivée au pouvoir du maréchal Pétain et l'édiction en octobre 1940 d'un statut des juifs, certains juristes (par exemple Roger Bonnard, Georges Burdeau, André Hauriou) avaient admis la nécessité de se prononcer sur la validité du droit posé (quel que soit son contenu) et la légitimité d'un pouvoir politique ; ce qui les a amenés à mettre en œuvre une position théorique de type post-positiviste. Nous allons voir que cela ne les a pas empêchés d'errer tant au plan de la théorie du droit que d'un point de vue politico-moral pour finalement justifier plus ou moins implicitement l'injustifiable.

B. LES ERREMENTS DES JURISTES FRANÇAIS ENGAGÉS AU PLAN ONTOLOGIQUE

L'originalité des positions théoriques de R. Bonnard ou de G. Burdeau¹⁸ tient au fait que ces auteurs ont tenté de s'affranchir des catégories classiques du jusnaturalisme ; catégories que l'on retrouve lors de la célèbre controverse Fuller/Hart à propos de la nature du « droit nazi » après la Seconde Guerre mondiale. L. L. Fuller et H. L. A. Hart ont réanimé alors l'opposition droit/morale ou le débat sur le devoir d'obéissance au droit. L.L. Fuller explique par exemple que le droit a nécessairement un fonctionnement moral ou encore repose sur des postulats éthiques¹⁹.

De leur côté, A. Hauriou, R. Bonnard, G. Burdeau ont recherché un compromis entre positivisme et jusnaturalisme qui ne les obligeait pas à se situer sur un plan moral. Certes, ils ont admis la nécessité d'effectuer des « jugements de valeur » interdits dans un cadre de pensée positiviste. Toutefois, ces jugements devaient être compris comme de véritables jugements de juridicité qui ont la particularité de ne pas se référer à un droit naturel abstrait et immuable mais plutôt à un droit « transpositif », variable historiquement. On constate ici le souci de ne pas rompre avec l'idéal d'objectivité scientifique tout en faisant quelques concessions au jusnatura-

17. Pour des développements plus conséquents sur le contexte de l'Italie fasciste, v. O. Camy, « L'attitude de la doctrine italienne », in *Le droit antisémite de Vichy*, Éditions du Seuil, coll. « Le genre humain », 1996, p. 497.

18. Je me permets de renvoyer pour des explications plus détaillées sur les positions de R. Bonnard et de G. Burdeau à mon article : « Le positivisme comme moindre mal ? Réflexions sur l'attitude des juristes français face au droit antisémite de Vichy », *RIEJ* 1997, p. 1.

19. L. L. Fuller, « Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review* 1958, p. 630.

lisme. Ainsi R. Bonnard demande-t-il aux juristes de rester sur « le terrain proprement scientifique » même s'il refuse une neutralité interdisant tout jugement de valeur. Son jusnaturalisme se manifeste par la référence à un « ordonnancement vital » constitutif de règles sociales et ayant le statut de « droit naturel »²⁰. G. Burdeau de son côté revendique une « objectivité » en tant que juriste. Cependant il s'autorise à « contrôler la juridicité des dispositions de droit positif ». Ce contrôle se fait au nom d'une « Idée de droit » qui retrouve les « constantes du Bien commun » tout en variant selon les époques et les sociétés²¹.

Voyons maintenant comment R. Bonnard et G. Burdeau ont mis en œuvre ce jugement de juridicité interdit par le paradigme positiviste. Paradoxalement, on constate qu'il n'a pas permis à ces juristes de s'opposer au droit de Vichy en tant que droit. Au contraire, il les a conduits à se prononcer en faveur de la légitimité juridique du régime pétainiste et du droit antisémite.

– *Sur la légitimité du régime pétainiste.* À cette occasion, on constate que, chez ces deux auteurs, la référence classique au « Bien commun » (même historisé) dégénère en une apologie implicite des régimes autoritaires (et donc en l'occurrence fonde la légitimité de la Révolution nationale pétainiste).

Pour R. Bonnard, « l'État autoritaire de 1940 implique le droit naturel beaucoup plus que la démocratie »²² car cet État n'ayant plus à exprimer la volonté de la majorité, « vise essentiellement à réaliser la justice, le bien public et l'intérêt national... »²³. De plus l'idéologie de la Révolution nationale reconnaît qu'il existe un droit naturel, soit « un donné fourni et imposé par la nature des choses et déterminé dans son contenu par la justice et le bien public »²⁴. Cela par opposition à l'idéologie démocratique qui aboutirait au positivisme juridique.

Pour G. Burdeau, il ne fait pas de doute que le régime de Vichy peut se fonder sur une « idée de droit », c'est-à-dire, une formulation moderne du Bien commun comme « bien social ». Il s'agit en effet selon lui d'un régime « communautaire », orienté vers l'aménagement des rapports sociaux et « portant condamnation des égoïsmes individuels ». En cela, ce régime se rapproche des régimes fascistes qui eux aussi mettent en avant « un sens de la communauté », même s'il partage avec la démocratie représentative une même forme de pouvoir institutionnalisée stable²⁵.

– *Sur la validité du droit antisémite.* On constate que la position théorique adoptée par les deux auteurs, soit notamment leur recours à l'idée d'un droit « transpositif » comme source de juridicité, ne les conduit nullement à nier le droit antisémite en tant que droit. Apparemment, aucun gain cognitif ou moral n'a été obtenu par leur rejet du positivisme légaliste. Chacun se contente de décrire les nouvelles dis-

20. R. Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », *RDP* 1942. 54.

21. G. Burdeau, *Le Pouvoir politique et l'État*, Paris, LGDJ, 1943, p. 79.

22. R. Bonnard, *art. cit.*, p. 161.

23. *Ibid.*, p. 162.

24. *Ibid.*, p. 161.

25. G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1942, p. 186.

positions raciales d'une manière technique ou en les rapportant à leurs justifications idéologiques ; cela sans aucun recul critique.

Roger Bonnard ne fait jamais intervenir un jugement de juridicité, dont il admet pourtant la possibilité. En conséquence, on ne constate chez lui aucune tentative de déterminer si le droit antisémite est conforme ou non au droit naturel qui fonde et limite l'État autoritaire de 1940. Il ne relève aucune contradiction entre les lois raciales et un droit naturel qui vise à réaliser en général « la justice, le bien public et l'intérêt national »²⁶. Peut-être que cette définition si abstraite, si générale du droit naturel s'est révélée soit inutilisable, soit au contraire dangereusement utilisable ?

Georges Burdeau, quant à lui se fait muet comme un juriste positiviste, ne faisant intervenir aucun jugement de juridicité. On peut se demander ici si sa définition de l'idée de droit est capable de lui fournir un critère véritable de juridicité. En effet, l'idée de droit selon lui ne serait qu'une représentation contingente du Bien commun ; une représentation que se donne à un moment donné une société. Dès lors, si cette société conçoit le Bien commun en termes ethniques ou raciaux, le juriste ne saurait condamner au plan juridique une telle attitude, particulièrement si elle donne naissance à un droit viable ou efficace. Toute autre définition, substantielle ou *a priori*, du Bien commun conduirait, dit-il, à nier « la diversité des systèmes juridiques en vigueur »²⁷. G. Burdeau précise cependant en 1943 que « la contingence de l'idée de droit va en s'atténuant à mesure qu'aux intérêts nationaux se substituent des intérêts humains »²⁸. Mais ce serait « une vue illusoire que de croire à une évolution continue dans le sens de l'humanisation du droit : nous connaissons les retours en arrière provoqués par le culte des valeurs nationales et raciales »²⁹. Il est évident que, selon G. Burdeau, le juriste ne saurait juger de tels retours en arrière ; il ne peut que les observer. Car ce n'est pas par rapport « à une image toute subjective du juste ou de l'équitable que doit être appréciée l'activité du pouvoir »³⁰.

À partir du moment où un gouvernement agit en conformité avec une idée de droit issue des représentations des gouvernés et approuvée par eux, le droit, quel que soit son contenu (donc un droit racial par exemple), bénéficie d'une présomption de juridicité. C'est seulement dans le cas contraire que cette présomption pourrait être renversée par un jugement de juridicité. Cela revient à conclure, même si G. Burdeau ne le dit pas explicitement, que le droit antisémite était bien du droit en raison de sa conformité avec l'ordre social pétainiste ; un ordre social que « la communauté nationale a accepté de reconnaître [...] en sanctionnant par son adhésion tacite »³¹ l'avènement du maréchal Pétain.

26. R. Bonnard, *art. cit.*, p. 161.

27. G. Burdeau, *Le Pouvoir politique...*, *op. cit.*, p. 76.

28. *Ibid.*, p. 77.

29. *Idem.*

30. G. Burdeau, « La règle de droit et le pouvoir » in *Archives de philosophie du droit*, 1937, p. 84.

31. G. Burdeau, *Cours.*, *op. cit.*, p. 168.

Finalement, il semble que la position théorique de R. Bonnard et de G. Burdeau aboutit à une historicisation et sociologisation du Bien commun qui se dissout dans le *factum* des représentations collectives (comme c'est déjà le cas chez Léon Duguit qui n'arrive pas à démarquer le social du juridique)³². Le Bien commun ne peut plus jouer le rôle d'un fondement ou d'un critère de juridicité. Les apories du positivisme ne sont pas surmontées. Reste donc ouverte la question de la définition d'un tel fondement.

III. LA QUESTION DU FONDEMENT OU DU CRITÈRE DE JURIDICITÉ

La sortie ratée du positivisme par les juristes français à l'époque de Vichy manifeste leur incapacité à concevoir les règles de droit autrement que comme des règles sociales effectivement et concrètement appliquées. Tout se passe comme si ces juristes n'étaient pas en mesure de percevoir que le droit n'est pas réductible à une normativité contraignante qu'il conviendrait seulement d'observer ou de décrire. C'est pourquoi, ils sont incapables de distinguer l'injonction du gangster de celle du percepteur, la normativité totalitaire de la normativité ordinaire.

Il ne faut pas s'étonner en conséquence que dans le contexte de l'Allemagne nazie ou de la Russie stalinienne, ce sont plutôt des auteurs non-juristes (comme H. Arendt, A. Zinoviev) qui ont maintenu et travaillé les distinctions traditionnelles entre loi et droit, règles posées et règles valides, origine et fondement ; cela sans revenir pour autant au jusnaturalisme classique.

Ainsi, Hannah Arendt s'est-elle attachée à montrer que le régime totalitaire nazi, même s'il opère toujours avec la loi pour guide et n'est pas arbitraire (contrairement à une tyrannie classique), n'est pas pour autant un régime légal. En effet, les lois positives, au lieu de réaliser un droit naturel, prétendent traduire les lois du mouvement historique et naturel³³.

De son côté, Alexandre Zinoviev affirme que la « société communiste n'est pas une société fondée sur le droit ». Sans doute, cette société obéit bien à des lois. Mais ces dernières ne sont pas conformes au concept de droit défini ainsi par A. Zinoviev : « j'appelle droit l'ensemble des normes de conduite fixées sous formes de lois, et le moyen de leur application qui satisfont aux conditions suivantes. Le droit est universel et ne connaît pas d'exceptions. La loi qui autorise quelqu'un à transgresser telle ou telle loi n'est pas une norme du droit. Le droit ne connaît pas de privilèges ; devant lui, tous les citoyens sont égaux. Etc. »³⁴.

32. Sur ce point, v. J.-J. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Paris, Genève, Droz, 1979, p. 95 s.

33. H. Arendt, *Le système totalitaire*, trad. J.-L. Bourget, R. Davreu, P. Lévy, Paris, Seuil, p. 209. Pour H. Arendt, un régime légal est « un corps politique où les lois positives sont requises pour traduire et réaliser l'immuable *jus naturae* ou les éternels commandements de Dieu sous forme de normes du bien et du mal ». H. Arendt, *op. cit.*, p. 209.

34. A. Zinoviev, *Le communisme comme réalité*, Paris, Julliard, 1981, p. 271.

Ces deux auteurs ont recours à l'idée classique, selon laquelle validité et efficacité n'ont pas de rapport ; la validité étant synonyme de juridicité. Dès lors, une norme posée, effective (même si elle a forme de loi, de décret...) n'est pas nécessairement valable, donc juridique. La juridicité d'une norme ne dépend pas seulement de son mode de production ; elle dépend essentiellement de son accord avec un droit naturel qui fait l'objet d'un *consensus juris* (Cicéron). Un tel consensus, selon une terminologie contemporaine, suppose une « acceptabilité rationnelle » (Aulis Aarnio) du droit par les gouvernés.

*
* *

H. Arendt et A. Zinoviev reconnaissent aussi implicitement que les lois valables reposent sur un fondement normatif, assez mystérieux qu'on ne saurait entièrement rationaliser. C'est pourquoi ils ont recours à une simple intuition pour approcher le contenu de ce que la tradition appelle droit naturel. Il faut admettre effectivement que nous ne disposons d'aucun savoir démonstratif pour déterminer le contenu du *jus naturae*. Le devoir être juridique n'a pas d'explication ultime. Qu'une norme vaille comme norme, cela est sans raison objective. Cela paraîtra évidemment insupportable aux partisans d'une science du droit empirique. Comment pourraient-ils admettre le surgissement d'une transcendance comme source du droit³⁵ ?

35. Sur les rapports entre droit et transcendance, je me permets de renvoyer à mon essai : *Droit constitutionnel critique*, à paraître aux éditions L'Harmattan.

Deuxième sous-partie

**Droit du commerce
international
et valeurs non marchandes**

Les textes qui suivent étudient de très près les outils juridiques que certains acteurs essaient d'utiliser pour insuffler un peu d'humanité dans ce domaine où l'humanisme à quelque chose de presque incongru : le commerce international. Ces travaux sont tous situés entre encouragement de l'existant et regrets pour tout l'inexistant. Dans un tel contexte, le droit, lorsqu'il est présent, est généralement de la *soft law*, du droit « doux » ou « mou », bien peu contraignant, bien peu protecteur. Mais, à défaut de grives, sans doute faut-il soutenir les merles¹.

1. Pour une vision plus noire de la *soft law*, lorsqu'elle ne se substitue pas au néant mais à une branche du droit organisée comme l'est le droit du travail, v. p. 193 à 228.

Les contrats du commerce équitable

Laurence Ravillon

*Maître de conférences à la Faculté de droit de Dijon,
Centre de recherches sur le droit des marchés
et des investissements internationaux (CREDIMI)*

La loi du 2 août 2005 sur les PME¹ a défini le commerce équitable de la manière suivante : « le commerce équitable organise des échanges de biens et de services entre des pays développés et des producteurs désavantagés situés dans des pays en développement, afin d'assurer le progrès économique et social de ces producteurs ».

Après avoir intéressé les économistes à travers la notion d'« économie solidaire », et les sociologues, le commerce équitable ne pouvait laisser le juriste indifférent, lui qui s'intéresse à la notion d'« échanges justes » (*Trade, not aid*), mise en avant par la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) en 1964. Cette notion d'« échanges justes » a des répercussions en matière contractuelle, par le biais de la notion de « justice contractuelle », alors que, pourtant, on a pu faire remarquer que « le fait d'associer les deux termes “commerce” et “équitable” peut sembler un véritable défi [...], voire relever de l'antinomie, car les lois régulant l'économie de marché sont dépourvues de toute valeur humaine »².

L'équité n'est pourtant pas absente de préoccupations juridiques, mais d'habitude, l'équité est un outil au service du juge, ou de l'arbitre amiable compositeur, alors qu'ici, elle est intégrée au contrat. Nous examinerons les tentatives de dépassement de l'instrumentalisation du droit au service du marché (I) à travers l'étude du commerce équitable et des contrats conclus par les acteurs du commerce équitable (II).

1. JO du 3 août 2005, p. 12639.

2. Antoine Hertz, *Rapport au premier Ministre*, mai 2005.

I. LE DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL OU L'INSTRUMENTALISATION DU DROIT AU SERVICE DU MARCHÉ

Les contrats du commerce équitable, marqués par leur internationalité (car les circuits sont internationaux), constituent un pan du droit du commerce international, notamment du droit des contrats internationaux. Or, on sait que le droit du commerce international est traditionnellement considéré comme un droit instrumentalisé au service du marché.

Bruno Oppetit, dans un article fondateur intitulé « Droit du commerce équitable et valeurs non marchandes », constatait ainsi que : « On éprouve irrésistiblement l'impression que le droit du commerce international s'assigne pour objectif essentiel la satisfaction des seuls intérêts du commerce international dont l'expansionnisme ne connaît *a priori* d'autres limites que celles de sa propre dynamique ou de ses seuls besoins. Corrélativement, ce constat tend à accréditer l'idée que le droit du commerce international correspondrait à une discipline purement *instrumentale*, simple vecteur des intérêts de la société internationale des commerçants dont l'expression la plus achevée résiderait dans la mythique *lex mercatoria* »³. La notion d'« intérêts » ou de « besoins du commerce international », qu'on désigne aussi sous le terme d'adéquation aux besoins des intéressés⁴, constitue une des finalités du droit du commerce international.

Malgré tout, Bruno Oppetit remarquait que « le droit moderne tend à instaurer une *conciliation* plus qu'une *subordination*, ou une *hiérarchisation*, entre les intérêts du commerce international et les intérêts non économiques, entre les valeurs utilitaristes et les valeurs non patrimoniales »⁵.

On s'accorde d'ailleurs à dire que même le droit des affaires internationales est porteur de valeurs, s'articulant en particulier autour de l'idée d'éthique contractuelle, notamment avec les principes de loyauté ou de collaboration.

Le droit du commerce international et d'autres secteurs du droit sont donc « imprégnés de considérations moralisatrices »⁶. Le droit de la mondialisation éthique est susceptible de faire contrepoids aux valeurs du droit mondial libéral⁷. L'émergence d'un commerce équitable est en ce sens : cette notion « opère un renversement de la hiérarchie des valeurs entre éthique et marché et démontre [...] que l'échange économique peut être au service de valeurs humaines, sociales et environnementales »⁸. Les acteurs du commerce équitable créent d'ailleurs semble-t-il à leur

3. *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhan, 1993, p. 311.

4. Ph. Fouchard, « La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international », *Petites affiches* 18 décembre 2003, p. 36 et s.

5. *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, op. cit., p. 319.

6. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 139, n° 132.

7. J.-Y. Trochon, F. Vincke (dir.), *L'entreprise face à la mondialisation : opportunités et risques. Stratégies juridiques*, Paris, FEC, Bruxelles, Bruylant, 2006, not. p. 16.

8. W. Abdelgawad, « Le commerce équitable et la société civile internationale : une chance pour la mondialisation d'un droit de l'économie solidaire », *RDI éco.* 2003/2, p. 207.

tour des règles propres au type de commerce auquel ils se livrent c'est-à-dire un droit économique solidaire, un droit des relations économiques internationales équilibré, en tout cas plus équilibré que le droit des relations économiques internationales classique.

II. LE COMMERCE ÉQUITABLE OU LA CRÉATION D'UN DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL SOLIDAIRE?

Le commerce équitable tente de placer l'homme au cœur du système économique. Les formes prises par son développement (A), les aspects contractuels (B) et les limites du commerce équitable (C) méritent d'être étudiés.

A. LE DÉVELOPPEMENT DU COMMERCE ÉQUITABLE

Chaque secteur du commerce international se développe sous la forme de filières. Le commerce équitable n'échappe pas à la règle. Les acteurs du commerce équitable regroupent d'abord les producteurs du Sud⁹, qui recouvrent plusieurs réalités : les coopératives, les associations de producteurs agricoles (café, cacao) et les grandes plantations (banane, thé), les petites et micro-entreprises, dans le domaine de l'artisanat, du textile, les associations et ONG (Organisations non gouvernementales) locales; ils désignent ensuite les importateurs, les organismes de certification du commerce équitable, les distributeurs, puis au bout de la chaîne, le consommateur, dit « consomm'acteur », qui fait une consommation citoyenne et voit son acte marchand responsabilisé.

En matière de commerce équitable, on distingue traditionnellement deux grands types de filières :

1) la filière intégrée (ou alternative), qui fait intervenir l'importateur (centrales d'achat spécialisées dans le commerce équitable) achetant directement auprès des organisations de producteurs, les réseaux de boutiques spécialisées (magasins du monde), qui assurent la revente aux consommateurs, et les fédérations nationales de magasins du monde, qui assurent la sensibilisation au commerce équitable ;

2) la filière labellisée, les labels nationaux étant regroupés au niveau international au sein de FLO (*Fairtrade Labelling Organizations*)¹⁰. Dans ce cadre, seul l'orga-

9. V. définition AFNOR : Commerce équitable — Les trois principes du commerce équitable — Les critères applicables à la démarche du commerce équitable. Janvier 2006 : le producteur « désavantagé » est un « acteur économique fragile du fait de l'insuffisance de ressources productives ou du fait de son environnement (naturel, social, politique, économique, etc.) et des pratiques et logiques régissant les échanges économiques internationaux ».

10. Max Havelaar intervient en France, Belgique, Hollande et Suisse, Transfair au Luxembourg, Canada, Japon, États-Unis, en Autriche, Allemagne et Italie, et Fair Trade Mark intervient en Angleterre et en Irlande.

nisme de labellisation est un organisme du commerce équitable, les autres intervenants (importateurs, transformateurs, distributeurs) ne consacrent qu'une partie de leur activité au commerce équitable. Toute la filière labellisée repose sur le lien contractuel entre le labellisateur et celui qui se voit conférer l'usage du « label ».

On voit déjà qu'il existe différentes manifestations du commerce équitable, avec une structure, donc, qui n'est pas forcément très lisible.

B. LES PRATIQUES CONTRACTUELLES DU COMMERCE ÉQUITABLE

Les principes du commerce équitable, posés initialement par les organismes du commerce équitable, sont ensuite exprimés dans les contrats, contrats dont on connaît de manière générale le caractère malléable et les nombreuses facettes : « Le contrat-échange doit coexister avec des “contrats d'allégeance”, “aristocratiques” ou “associatifs” »¹¹. Ici, le contrat est à l'origine d'un droit de communion et de l'émergence d'un ordre public « humaniste »¹², respectueux de la dignité de la personne humaine. Le contrat constitue non seulement ici un exemple d'« instrument juridique [...] du droit autorégulé »¹³, mais se fait aussi, une fois n'est pas coutume, vecteur de droits fondamentaux. C'est un contrat dans lequel *l'intuitu personae* est fort, loin des opérations aveugles et dépersonnalisées.

Pendant un temps, les contrats n'étaient pas formalisés de manière écrite¹⁴, les documents commerciaux (commandes, factures...) permettaient de fixer les termes principaux de l'échange. La situation évolue avec la place prise peu à peu par le commerce équitable, en pleine expansion, même si cette place est toujours marginale. La contractualisation sécurise alors la relation entre les partenaires.

Il est nécessaire de se pencher sur les pratiques du commerce équitable pour essayer d'identifier leurs spécificités, les dispositions dérogoires du droit commun, qui, nous le verrons, revêtent la forme d'une certaine solidarité contractuelle, qui prend ici tout son sens.

1. La clause de prix

Les clauses de prix « sont souvent complexes et toujours sensibles »¹⁵. Elles le sont encore plus dans les contrats du commerce équitable, d'autant que, dans le commerce traditionnel, le prix des matières premières a tendance à s'affaiblir régulièrement, en raison du déplacement des marges vers l'aval, sous la pression des indus-

11. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004, p. 5, n° 5.

12. *Ibid.*, p. 258. P.-Y. Gautier, « Vers un ordre public humaniste : la dignité du cocontractant », *Revue des contrats* 2005, n° 2, p. 523.

13. F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 115.

14. T. Lecomte, *Le commerce équitable*, Paris, Eyrolles, 2004, p. 57.

15. B. Fages, « La pratique des clauses de prix », *Revue Lamy Droit civil* mars 2006, p. 10.

triels et des distributeurs¹⁶. Les prix et salaires minimums des contrats du commerce équitable sont très importants « pour les petits producteurs, dans un contexte d'instabilité des marchés internationaux, qui ne leur permet pas de mettre en œuvre des stratégies de développement à long terme. La garantie d'un prix stable, dans le cadre d'une relation durable est un atout important pour les producteurs intégrés dans les réseaux du commerce équitable »¹⁷. Cette préoccupation est d'autant plus importante que, dans les pays industrialisés, quand le prix des matières premières chute, les pouvoirs publics viennent à la rescousse de leur industrie agroalimentaire par le biais du versement de subventions.

Le prix équitable est fixé en fonction des coûts des matières premières et de la production, conformément aux standards de vie locale, suffisant à garantir un niveau de prix raisonnable — il intègre les « coûts cachés » de la production tels que le respect de l'environnement, le bien-être social des producteurs... : c'est l'équivalent d'un revenu minimum plancher, garanti quelles que soient les variations des prix des matières premières sur le marché. Le prix joue donc ici le rôle phare, c'est l'élément qui, à première vue, constitue le signe distinctif des contrats du commerce équitable, alors que, traditionnellement, le droit civil français ne prête attention et ne fait intervenir la notion de « prix » que de manière marginale, à travers son existence, à travers la lésion, ou encore à travers les contrats cadre et le problème de l'indétermination du prix.

Dans un document élaboré par l'Agence française de normalisation (AFNOR) en janvier 2006, et intitulé *Commerce équitable — Les trois principes du commerce équitable — Les critères applicables à la démarche du commerce équitable*, l'importance de la clause relative au montant des prestations et au mode de rémunération a été soulignée. On y insiste sur la nécessité : d'indiquer le prix d'achat du produit et son éventuelle décomposition, de préciser les conditions de modification éventuelle du prix, la fréquence des facturations et des paiements, l'instrument de paiement, les délais de paiement, les acomptes ou préfinancements demandés par le producteur ou l'organisation de producteurs, la monnaie de compte, de paiement, et l'imputation des risques de change, les taxes, les conséquences des éventuels retards de paiement.

La clause de prix se présente de la manière suivante, dans les standards FLO du commerce équitable pour le produit le plus vendeur, à savoir le café¹⁸ : « Les acheteurs doivent payer le prix minimum du commerce équitable FLO aux organisations de producteurs [...]. Les prix minimums ou minima du commerce équitable varient

16. J.-P. Boris, *Le commerce inéquitable. Le roman noir des matières premières*, Paris, Hachette littératures, 2005.

17. L. de Cénical, pour l'ONG Solagral, « Un prix juste, pierre angulaire du commerce équitable », in *Pour un commerce équitable*, Librairie FPH, 1998, p. 27. V. sur ce point l'étude réalisée avec le soutien de la Délégation interministérielle à l'innovation sociale et à l'économie sociale. Ministère des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, *Le prix équitable, Définitions et méthodes d'évaluation*, Octobre 2002.

18. Partie C : « Standards commerciaux », Article 4 : « Prix et primes ».

selon le type et l'origine du café. En sus du prix minimum de commerce équitable FLO, les acheteurs doivent payer une prime du commerce équitable FLO, telle que définie par FLO de 0,05 US \$ par livre de café [...]. Si le prix du marché est plus élevé que le prix minimum du commerce équitable FLO, le prix du marché est applicable. La prime du commerce équitable FLO s'ajoute à ce prix du marché ». La prime de commerce équitable « doit être utilisée pour l'amélioration de la situation socio-économique des travailleurs, de leurs familles et de la communauté »¹⁹.

Dans un avis du 22 mars 2006²⁰, le Conseil de la concurrence a examiné les modalités de fonctionnement de la filière du commerce équitable et a estimé que ces grilles de prix d'achat minimum n'entraînaient pas de restriction de concurrence susceptible d'être condamnée par le droit national ou européen. En particulier, le Conseil a considéré que le commerce équitable échappait aux règles nationales et européennes de la concurrence dès lors que les effets de telles ententes sont surtout extraterritoriaux. En outre, le Conseil a estimé qu'au moment de la transformation et de la commercialisation, « les acteurs du commerce équitable conservent une liberté de comportement de nature à préserver la concurrence et à laisser ouvert l'éventail des prix possibles pour la vente au consommateur », étant remarqué que le coût des matières premières représente une part assez faible de la composition du produit final.

L'importance accordée à la clause de prix dans les contrats du commerce équitable est remarquable, car cette clause figure rarement en bonne place dans les études consacrées à l'examen des grandes clauses des contrats internationaux, voire y est complètement ignorée. Elle nous rappelle que le prix mérite non seulement une approche économique, financière²¹, mais aussi juridique.

2. Le préfinancement des producteurs

Les petits producteurs, défavorisés, ont des problèmes de trésorerie quand démarrent les projets. Le préfinancement des commandes a pour but d'éviter l'endettement des producteurs. En effet, l'accès au crédit est difficile pour ceux qui n'ont pas de garanties, et/ou l'emprunt se fait à des taux prohibitifs. Ce financement est une avance sur paiement, permettant au producteur d'exécuter ses obligations dans de bonnes conditions. L'acheteur facilite ainsi les conditions d'exécution du contrat : cette méthode anticipe d'éventuelles difficultés financières du vendeur, ce qui constitue une illustration de la notion de « coopération ». Si la coopération est une constante des contrats internationaux, ce préfinancement est caractéristique des contrats

19. FLO Standards génériques du commerce équitable pour les organisations dépendant d'une main d'œuvre salariée.

20. Avis n° 06-A-07 du Conseil de la concurrence, saisi par le ministre de l'Économie des modalités de fonctionnement de la filière du commerce équitable, en particulier concernant la compatibilité de la filière avec les règles de concurrence de systèmes de grilles de prix d'achat minimum aux producteurs.

21. L. Ruet, « Les quatre fonctions du prix », *Petites affiches* 21 juillet 2005, p. 4 et s.

du commerce équitable, et de ce fait remarquable dans un tel contrat, car d'habitude, en droit français, les délais de grâce ou autres mécanismes de ce type ne peuvent être accordés qu'une fois les problèmes d'exécution du contrat survenus pour le débiteur.

Les clauses de préfinancement prévoient par exemple que : « lorsque le vendeur n'a pas raisonnablement accès, dans des conditions équitables, aux ressources financières locales, l'acheteur s'engage à transférer 50 % du prix FOB (*Free on board*) de la commande dans les 30 jours suivant la réception de la confirmation de chaque commande ». Les acheteurs du commerce équitable s'engagent à préfinancer 30 à 75 % de la livraison à la commande (voire au moment de la culture du produit).

3. La durée de la relation contractuelle

Alors que, dans le commerce traditionnel, les commandes se font au coup par coup, dans les contrats du commerce équitable, on insiste sur la stabilité et la relation à long terme entre vendeurs et acheteurs, indépendante des cours mondiaux des matières premières, très fluctuants. La contractualisation intervient sur le long terme. L'objectif est de favoriser la continuité dans les commandes et la mise en œuvre d'une planification et de pratiques de production « durables » ; les importateurs choisissent de s'engager sur une base régulière avec leurs fournisseurs, permettant à ces derniers de pouvoir planifier une décision d'investissement si nécessaire. On sécurise ainsi les débouchés des producteurs, et l'approvisionnement des importateurs.

Ce type de contrat fait songer à un type de contrat qui suscite l'intérêt depuis quelque temps, le contrat relationnel par opposition au contrat « discret » ou « impersonnel » dans lequel « l'intensité du rapport est faible : l'unique but poursuivi par les parties est la réalisation d'un échange ponctuel et isolé. C'est le contrat de l'instant »²², alors que, « lorsque le contrat est relationnel, l'intensité du rapport est forte. La relation s'inscrit dans la durée, de sorte que les parties sont amenées à se connaître, à s'impliquer, à collaborer »²³.

La prise en compte de la durée d'exécution du contrat, si elle est ignorée par le Code civil, est très fréquente en matière internationale : songeons aux contrats d'approvisionnement, aux contrats clé en main, de transfert de technologie ; elle prend ici une forme particulière, nous passons du contrat à la *relation contractuelle*²⁴.

4. Les droits et obligations des parties

Les produits échangés dans le cadre du commerce équitable doivent respecter des modalités strictes de production et de distribution dans les domaines de l'environne-

22. Y.-M. Laithier, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006. 1004.

23. *Ibid.*

24. J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *Revue des contrats* 2004, p. 47 et s.

ment, du droit social et des droits de l'homme. Les droits et obligations des parties sont soigneusement décrits, ainsi que la sanction de leur non-respect, les clauses de résiliation étant « adaptées » à la spécificité de la filière du commerce équitable (perte de la certification FLO ; problèmes de qualité ou de logistique des producteurs, auxquels s'ajoute une absence de volonté ou une incapacité à mettre en œuvre des actions correctrices... ; résiliation, chez Max Havelaar, par exemple, en cas d'utilisation de la marque pour des produits dont les ingrédients n'ont pas été achetés à un importateur ou un fabricant agréé, ou encore de refus de collaboration au cours de contrôles...).

On insiste dans tous les cas sur la notion de « transparence »²⁵, qui se traduit par exemple par des audits, par des obligations réciproques d'informations par rapport aux conditions de travail, aux salaires, aux prix, ou encore au processus de production et de distribution.

Les autres obligations dans les contrats du commerce équitable sont identiques à celles contenues dans les contrats « classiques » du commerce international : obligations de qualité, obligations de respecter les délais de livraison... Les conditions FLO International pour l'achat de café mentionnées ci-dessus, outre ce que nous avons déjà mentionné, précisent que : « Toutes les autres conditions habituelles applicables à toute transaction internationale seront respectées, telles que stipulées dans la dernière édition du Contrat Européen du Café [...] » (art. 4). Au demeurant, le contrat du commerce équitable est plutôt un contrat « minimal », on est loin des contrats fleuves, un grand classique du droit du commerce international.

Ces contrats comportent donc, en somme, assez peu de spécificités : la moisson est maigre, mais pleine de sens, car les contrats du commerce équitable tentent une pénétration du principe d'humanisation de la relation contractuelle, illustration de « l'invasion du sentiment dans la relation contractuelle »²⁶.

Mme Delmas-Marty, observant les rapports entre le commerce mondial et les droits de l'homme, estime que « les deux processus se construisent séparément »²⁷. On peut penser qu'ils se croisent dans le contexte du commerce équitable. D'ailleurs, Mme Delmas-Marty remarque que « le cloisonnement en deux sphères distinctes du droit paraît dépassé, au risque de subordonner les droits de l'homme aux exigences du commerce »²⁸. Dans le cadre du commerce équitable, on peut plutôt parler de conjugaison commerce mondial/protection des droits de l'homme, combattant la « persistante lenteur du droit des droits de l'homme et une nette accélération du droit du commerce »²⁹. M. Leben reprend à M. Dupuy l'expression d'« onde de

25. J. Mestre, « Transparence et droit des contrats », *RJC* novembre 1993, p. 77-88.

26. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 2000, p. 208, n° 239.

27. « Commerce mondial et protection des droits de l'homme », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme, Les droits de l'homme à l'épreuve de la globalisation des échanges économiques*, Publications de l'Institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 3.

28. *Ibid.*, p. 4.

29. M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné*, Paris, Éditions du Seuil, coll. « La couleur des idées », 2006, p. 210.

choc de la révolution des droits de l'homme" et qui entraîne que des domaines qui, dans un premier temps semblaient complètement étrangers au monde des droits de l'homme, se trouvent rattrapés par les exigences de celui-ci »³⁰.

Les contrats du commerce équitable s'inscrivent dans le contexte d'une mutation du droit des contrats, remarquée par une partie de la doctrine, et invitent à penser le contrat autrement, comme le reflet de l'exigence d'un certain civisme contractuel, « au nom duquel le contrat peut aussi être envisagé comme une union d'intérêts, relativement équilibrée, un instrument de coopération loyale, une œuvre de mutuelle confiance »³¹. M. Mazeaud constate ainsi que « le contrat n'engendre pas seulement des obligations, il produit aussi des normes comportementales, des devoirs sociaux et moraux supra-contractuels [...]. En somme, le contrat se compose de deux ensembles normatifs : l'un, d'ordre éthique, qui incarne le devoir-être contractuel ; l'autre, d'ordre économique, qui s'insère dans la prestation promise »³². Les contrats du commerce équitable pourraient en être l'archétype, en tant qu'« instrument[s] de civilité »³³.

Mais les limites au commerce équitable sont nombreuses.

C. LES LIMITES DU COMMERCE ÉQUITABLE

Ces limites et critiques sont de divers ordres. C'est d'abord une certaine ambivalence de l'attitude des pays industrialisés qui est dénoncée, car les pays industrialisés mettent en avant la défense du commerce équitable, mais dans le même temps subventionnent leur production agricole et donc certaines catégories de leur population, qui concurrencent les pays en développement — pratiques d'ailleurs dénoncées à l'Organisation mondiale du commerce, comme dans l'affaire du coton.

Le foisonnement d'initiatives de la société civile, provoquant un éparpillement des normes du commerce équitable, est un autre élément qui laisse perplexe. Cet éparpillement se retrouve dans la vision du commerce équitable par ses propres acteurs, qui est loin d'être unitaire, entre la dimension associative et militante du mouvement, d'un côté, et le rapprochement avec les stratégies classiques du commerce, de l'autre.

Autre limite au commerce équitable, qui peut être dénoncée : la valeur ajoutée des produits reste au Nord. Ainsi, si on prend l'exemple du café, la torréfaction, le conditionnement sont assurés par des entreprises du Nord, qui pratiquent les mêmes tarifs que d'habitude... c'est donc le consommateur qui fait un effort, comme

30. « Entreprises multinationales et droit international économique », in « Les figures de l'internationalisation en droit pénal des affaires — La criminalisation au sein même du droit international », RSC 2005. 788.

31. D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *Revue des contrats* 2003, n° 3, p. 297, n° 3.

32. *Ibid.*, p. 298, n° 6.

33. C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à J. Ghéstin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 471. Sur la notion de « solidarisme contractuel », v. A.-S. Courdier, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Litec, 2006.

le montre le découpage du prix du paquet de café conventionnel et du prix du café Max Havelaar.

De manière générale, le fait que les acteurs du commerce équitable se désintéressent de l'aval de la filière est critiqué (même si les matières premières sont produites selon les règles du commerce équitable, rien d'autre ne l'est dans la filière³⁴). Mais sans doute ne faut-il pas trop en demander au commerce équitable. On voit mal comment les importateurs du commerce équitable auraient par exemple des moyens d'action sur les conditions du transport maritime, souvent difficiles. De même pour les circuits de distribution. Les oppositions portent ici sur la distribution des produits du commerce équitable en grande surface, remise en cause par certains, d'autant que les distributeurs ne font aucun effort, en ne rognant pas sur leurs marges. D'autres considèrent que la distribution en grandes surfaces est impérative si l'on veut vraiment atteindre les objectifs du commerce équitable³⁵, à savoir l'amélioration des conditions de vie des producteurs du Sud, qui suppose que les volumes vendus soient plus importants. Mais à ce sujet, « certains acteurs de la filière labellisée se plaignent de l'abus par les centrales d'achat de grandes enseignes de leur puissance économique par le recours à des pratiques restrictives suivies habituellement à l'égard de leurs fournisseurs, dont notamment les fameuses marges arrières »³⁶ pour le référencement, l'exposition des produits dans un espace privilégié... Ce mélange des genres, grande distribution/équitable, paraît complètement contre-nature. Ainsi, M. Abdelgawad se demande si on peut « dans ces conditions, invoquer encore, comme critère du commerce équitable, l'existence des relations durables avec les producteurs du Sud, alors que les distributeurs peuvent changer librement de fournisseurs à chaque appel d'offre ? »³⁷. De même, il a pu être constaté que « [l']engouement des clients n'évite pas le rapport de forces traditionnel dans lequel les grands distributeurs ont pour habitude d'exercer des pressions sur leurs fournisseurs. Certains sont cependant prêts à amender leurs pratiques »³⁸, à l'image du Bon Marché, qui a accepté un règlement à 30 jours pour la marque de vêtements équitables Althéane, qui concerne de la lingerie fine de nuit fabriquée par les femmes des bidonvilles de Manille. Mais, au même fournisseur, les Galeries Lafayette, peu amènes, ont appliqué un règlement à 90 jours, et une reprise des invendus.

Autre limite parfois soulignée : certains auteurs ont pu faire remarquer que le commerce équitable ne bénéficiait qu'aux « communautés paysannes les plus sou-dées, les plus dynamiques, celles où le niveau d'éducation est déjà le plus élevé. Elles-seules sont capables de maintenir le contact avec les ONG qui soutiennent le

34. C. Jacquiau, *Les coulisses du commerce équitable. Mensonges et vérités sur un petit business qui monte*, Paris, Mille et une nuits, 2006, p. 231 : « Un îlot d'équitable dans un océan d'inéquitable ».

35. S. Péters, « Alter Eco, iconoclaste du commerce équitable », *Les Échos* 5 mai 2004, p. 15.

36. W. Abdelgawad, « Le commerce équitable : l'éthique de l'économie solidaire », in *L'éthique dans les relations économiques internationales, Colloque en hommage au professeur Philippe Fouchard*, Alexandrie, avril 2005, Paris, Pedone, 2006, p. 179.

37. *Ibid.*

38. S. Péters, « L'achat équitable gagné par le chic sur l'étiquette », *Les Échos*, 2 mai 2006, p. 18.

commerce équitable, d'affronter les questions commerciales et les contrôles techniques qui sont imposés »³⁹, contribuant à marginaliser les plus petits.

Outre ces limites, des critiques sont également adressées au commerce équitable, en particulier le manque de transparence. Ainsi, la DGCCRF (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes), qui a mené une enquête auprès de 55 opérateurs (importateurs — centrales d'importation, importateurs-transformateurs... —, distributeurs spécialisés...), en a conclu que le terme « commerce équitable » regroupait des pratiques tellement diverses, des démarches tellement différentes — étant parfois formalisées, avec un cahier des charges à respecter, parfois pas du tout, les entités ne pouvant fournir de document décrivant leur démarche... — que sa lisibilité en était brouillée. Le rapport en conclut que « les contrôles par tierce partie indépendante sont potentiellement une bonne garantie mais il faut qu'ils soient réalisés par des tiers dignes de confiance. Or certains aspects de l'activité de ces tiers, en termes de compétence et d'indépendance, restent à parfaire », dès lors qu'« une des entités garantes de la démarche ne distingue pas de manière suffisante son activité d'audit de son activité de conseil auprès des petits producteurs, ce qui peut faire douter de l'impartialité de ses décisions », sans compter les problèmes liés au « respect des règles générales de qualité, de sécurité et commerciales ».

La labellisation est aussi au cœur des contestations⁴⁰, et de la cohérence recherchée. Le label, au sens juridique du terme, est défini pour les produits alimentaires et agricoles, aux articles L. 643-1 à 643-8 du Code rural. Pour se distinguer d'un argument publicitaire, d'une mention valorisante ou d'une marque, il faut non seulement qu'il existe un cahier des charges, mais aussi qu'il existe un organisme certificateur accrédité, un certificat de conformité et un arrêté des pouvoirs publics homologuant le label. Or, le label le plus connu, Max Havelaar, n'en est pas un au sens juridique du terme. Le désigner ainsi (et le Contrat d'utilisation de la marque Max Havelaar précise dans son préambule que « La marque est le seul label du commerce équitable en France garantissant la conformité d'un produit aux standards du commerce équitable de FLO ») est un abus de langage. Bien au contraire, nous sommes en présence d'une marque commerciale..., accompagnée d'un logo, à l'origine d'un mélange des genres regrettable. Les contrôles effectués ne bénéficient pas d'un encadrement institutionnel et ne correspondent pas au label tel que défini par le droit français (v. certification envisagée par les articles L. 115-21 à L. 115-27 C. consom.).

Le gouvernement souhaite encadrer les pratiques du commerce équitable sur le sol français, comme le montre le projet de décret présenté par le ministre des PME, du commerce et de l'artisanat, Renaud Dutreil, au début du mois de mai 2006, lequel prévoit la mise en place d'une Commission nationale du commerce équitable. Mais cette initiative, outre qu'elle appréhende au niveau national un phénomène inter-

39. J.-P. Boris, *Commerce inéquitable. Le roman noir des matières premières*, op. cit., p. 177.

40. J.-M. Baland, C. Duprez, « Les labels : une médaille sans revers ? », in *Le commerce équitable en questions*, Louvain, n° 162, avril 2006, p. 25.

national, n'est pas exempte de défauts notamment parce qu'elle ne s'intéresse qu'à la rémunération du petit producteur, qui peut être équitable alors que la distribution est parfaitement inéquitable.

Tous ces éléments sont susceptibles de desservir le commerce équitable.

*
* *

Nous pouvons remarquer que, dans les contrats du commerce équitable, l'objectif est de faire que l'asymétrie entre les cocontractants ne se traduise pas par un contrat déséquilibré, marqué par la disproportion. En ce sens, les contrats du commerce équitable représentent ou devraient représenter l'inverse des contrats de dépendance économique. Le contrat, d'habitude suspecté, est ici réhabilité, car « il semble en effet avoir su intégrer le bien commun, en particulier les valeurs relationnelles »⁴¹, grâce à une certaine forme d'altruisme du partenaire contractuel du Nord. L'individualisme semble dépassé... ou au moins il semble devenu coopératif. Mais n'est-ce qu'apparence ? On peut se poser la question lorsqu'on sait que certains petits producteurs se plaignent de ne pas avoir leur mot à dire dans la négociation du contrat, même sur le prix. C'est l'acheteur qui leur dit à quel prix il va acheter un produit. Un prix équitable, certes, mais imposé et non négocié.

Pour que le commerce équitable et le droit qui l'encadre puissent gagner leurs lettres de noblesse, il faut aller au-delà des apparences, pouvoir dépasser la langue de bois du commerce équitable et le simple slogan — et les slogans sont nombreux dans le domaine⁴².

41. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir — Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 2004, p. 83, n° 115 ; p. 113 et s., n° 159 et s. : le solidarisme contractuel.

42. Exploiter n'est pas jouer. Éthique sur l'étiquette. Lutter contre le sous-développement en faisant ses courses. Ce riz qui a le bon goût d'aider les producteurs. Ce café très fort car il arrive à relancer l'économie de tout un village du Pérou...

L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'homme

Sébastien Manciaux

*Maître de conférences à l'Université de Bourgogne,
membre du Centre de recherches sur le droit des marchés
et des investissements internationaux (CREDIMI)*

1. – Il est difficile d'imaginer deux branches du droit aussi éloignées que le droit des investissements internationaux et les droits de l'homme¹. La première est destinée à régir les activités des opérateurs économiques internationaux au rang desquels se trouvent notamment les sociétés multinationales, la seconde à établir et faire respecter les droits fondamentaux reconnus à tout être humain. Pourtant, les relations entre ces deux branches du droit ne sont en rien nouvelles puisqu'elles existent au moins depuis 1974, date à laquelle fut initié au sein de la Commission des Nations unies sur les sociétés transnationales un *Projet de Code de conduite des sociétés transnationales*. L'instrument à élaborer avait pour objectif la régulation de l'activité des sociétés multinationales dans le contexte général des revendications pour un Nouvel ordre économique international ; sa valeur juridique (force obligatoire ou non) faisait partie des questions à résoudre². Parmi les devoirs de l'entreprise transnationale dans chacun des États où elle exerce son activité figurait le respect de la souveraineté de l'État d'accueil, l'obéissance aux lois, la non-ingérence dans les affaires politiques,

1. En réalité les droits de l'homme ne constituent pas au plan académique une branche du droit mais sont l'objet d'une branche du droit qui, après s'être dénommée « Libertés publiques » s'intitule désormais « Droit des libertés fondamentales ».

2. Sur le sujet, v. par exemple A.A. Fatouros « Le projet de Code international de conduite sur les entreprises transnationales : essai préliminaire d'évaluation », *JDI* 1980, p. 5 et s. V. également le document de la Fédération internationale des droits de l'homme en date du 15 mars 2006, « Comments to the interim report of the Special representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other business enterprises, february 22, 2006 » disponible sur le site Internet www.fidh.org avec les références aux documents pertinents émis par l'ONU.

ainsi que le respect des droits de l'homme³. En raison de l'hostilité des États d'origine des sociétés multinationales, le projet n'aboutit pas en dépit de longues négociations et son échec fut entériné en 1992.

2. – Se présentant sous forme de recommandations dénuées de force obligatoire, deux autres projets ayant le même objet furent, eux, adoptés dans la seconde moitié des années 1970. Il s'agit des *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales* adoptés en 1976 par l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économique) et de la *Déclaration de Principe Tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale* élaborée par le Conseil d'administration de l'OIT (Organisation internationale du travail) en 1977.

Faisant référence à la Déclaration universelle des droits de l'homme et à un certain nombre de conventions internationales de l'OIT, la *Déclaration de Principe Tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale* — dans ses modifications successives — se cantonne naturellement à la sphère des relations du travail; les recommandations qu'elle énonce ont trait essentiellement aux conditions de travail (salaire décent, sécurité) et au droit des salariés de s'associer et de se syndiquer⁴.

Les *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales* de l'OCDE ne mentionnent pas, eux, explicitement les droits de l'homme, mais font référence à certains d'entre eux lorsqu'ils visent la participation des multinationales au bien-être économique, la préservation de l'environnement et le respect du droit des salariés à s'associer et se syndiquer⁵. Pas plus que le précédent, cet instrument — plusieurs fois modifié depuis 1976 — n'a de force juridique contraignante, même s'il est juste d'ajouter qu'il n'est pas resté sans effet grâce aux procédures de vérification de son application mises en place⁶.

3. – De la fin des années 1970 au milieu des années 1990, la confrontation entre droit des investissements et droits de l'homme a perdu de son intensité, notamment du fait de l'affaiblissement progressif des revendications pour un nouvel ordre économique.

Elle est revivifiée depuis une dizaine d'années en raison de la part importante occupée par les investissements internationaux dans la mondialisation de l'écono-

3. Pour une analyse approfondie du projet, v. A.A. Fatouros « Le projet de Code international de conduite sur les entreprises transnationales : essai préliminaire d'évaluation », *art. cit.* note 2. V. également Samuel K.B. Asante, « *The concept of the Good Corporate Citizen in International Business* », *ICSID Review, FILJ* 1989, p. 1 et s.

4. Texte reproduit in *International Investment Instruments : a Compendium*, United Nations, New York et Genève, 1996, vol. I, p 89 et s.

5. Texte reproduit in *International Investment Instruments : a Compendium*, United Nations, New York et Genève, 1996, vol. II, p 183 et s.

6. Sur la question, v. notamment A.A. Fatouros « Le projet de Code international de conduite sur les entreprises transnationales : essai préliminaire d'évaluation », *op. cit.* note 2, ainsi que les références citées par cet auteur, p. 16. V. également M. Snoussi, « Les sociétés transnationales et les droits de l'homme. Aspects récents », in *Mélanges offerts au Doyen Abdelfattah Amor*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2005, p. 907 et s., spéc. p. 913.

mie et de la place grandissante occupée par les problématiques non-marchandes dans les relations économiques internationales. Ces problématiques sont diverses et concernent aussi bien la lutte contre le travail forcé ou contre celui des enfants, le droit à la préservation de sa culture d'origine, le respect de l'environnement, etc. Mises sur le devant de la scène à l'occasion de quelques faits ou événements retentissants⁷, souvent relayés par des ONG (organisations non gouvernementales), ces problématiques marquent l'irruption de ce qu'il convient d'appeler la « société civile internationale » dans la résolution des grandes questions de notre époque, questions qui étaient jusqu'à présent traitées dans les sphères plus restreintes et feutrées des organisations internationales et des relations intergouvernementales.

4. – Ces nouvelles interpellations des multinationales sur les conséquences de leurs comportements ont suscité deux réponses distinctes. D'une part les multinationales se sont mises, pour la plupart, à adopter un « code de bonne conduite », un « guide d'éthique » destiné à encadrer et moraliser leur comportement et celui de leurs salariés. D'autre part l'Organisation des Nations unies a relancé différents projets destinés, à nouveau, à réguler le comportement des sociétés multinationales. Relevant les uns de l'autorégulation, les autres d'une régulation consentie, ces initiatives diverses dont la plupart sont encore en cours, ont suscité et suscitent le doute⁸.

5. – Dans le cadre des litiges relevant du droit des investissements, et jusqu'à présent, c'est en faveur des investisseurs étrangers qu'ont été invoqués les droits de l'homme, que ce soit sur un plan procédural (droit à un procès équitable)⁹, ou sur le fond du litige (droit de chacun au respect de sa propriété, à indemnisation en cas de dépossession)¹⁰. Si paradoxe il y a, il n'est que partiel car à bien y réfléchir, droit des

7. Accusations portées contre le groupe Total d'avoir profité du travail forcé de prisonniers en Birmanie, mise en avant de l'exception culturelle à l'occasion des négociations — qui finalement échouèrent — pour un accord multilatéral sur les investissements (le fameux AMI), campagnes contre le travail des enfants avec la figure emblématique du jeune Iqbal Massih assassiné en 1995, multiplications des « accidents » climatiques qui mettent l'accent sur l'incidence des activités économiques humaines sur l'évolution du climat, etc.

8. Concernant les codes émis par les multinationales, v. par exemple A. Martin-Serf, « La modélisation des instruments juridiques » in *La mondialisation du droit*, ouvrage collectif sous la direction d'É. Loquin et C. Kessedjian, Paris, Litec, 2000, p. 179 et s., spéc. p. 191-192; G. Farjat, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés » in *Les transformations de la régulation juridique*, ouvrage collectif sous la direction de G. Martin et J. Clam, Paris, LGDJ, 1998, p. 151-164; M. Snoussi, « Les sociétés transnationales et les droits de l'homme. Aspects récents », *op. cit.* note 6, spéc. pp. 915-917. Concernant les nouveaux projets initiés dans le cadre des Nations unies, v. par exemple M. Snoussi, « Les sociétés transnationales et les droits de l'homme. Aspects récents », *op. cit.* note 6, spéc. pp. 908-915, Ph. Kahn, « Investissements internationaux et droits de l'homme », in *Où va le droit des investissements?*, ouvrage collectif sous la direction de F. Horchani, Paris, Pedone, 2006, ou le document précité de la Fédération internationale des droits de l'homme (v. *infra* note 2).

9. Affaire *Biloune c. Ghana*, sentences *ad hoc* des 27 octobre 1989 et 30 juin 1990, affaire *Loewen Group c. États-Unis* (ARB (AF)/98/3), sentence Cirdi (*i.e.*, rendue sous les auspices du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), sur le fond du 26 juin 2003.

10. Affaire *Amco Asia c. Indonésie* (ARB/81/1), sentence Cirdi du 31 mai 1990, § 125, affaire *Tecmed c. Mexique* (ARB (AF)/00/2), sentence Cirdi du 29 mai 2003, § 122.

investissements et droits de l'homme partagent quelques points communs. L'un et l'autre ont été historiquement fondés pour protéger les personnes, physiques ou morales, contre les abus de comportement de la puissance publique; protection contre les expropriations et autres mesures étatiques arbitraires dans un cas, et dans l'autre protection contre les restrictions apportées à la liberté individuelle, dont deux des composantes sont précisément le droit à la propriété et, en cas de litige, le droit à un procès équitable. Mais, lorsque l'on évoque la rencontre entre le droit des investissements et les droits de l'homme, c'est plutôt à la limitation de celui-là par ceux-ci que l'on pense. Et telle est l'optique dans laquelle cette rencontre sera envisagée ci-après. Il convient alors de brosser rapidement le tableau.

6. – Une opération d'investissement prend, la plupart du temps, la forme de la création d'une entreprise ou l'acquisition de tout ou partie d'une entreprise déjà existante. Il est difficile d'imaginer qu'une telle opération économique puisse, par elle-même, contrevenir aux droits de l'homme. En revanche, eu égard à sa matérialisation sur un territoire donné, il est évident que toute opération d'investissement a un impact sur les personnes vivant sur ce territoire; c'est à l'occasion de la réalisation ou de l'exploitation de l'investissement que des atteintes aux droits de l'homme sont alors susceptibles de survenir. L'étude des différentes hypothèses de violation des droits de l'homme à l'occasion d'une opération d'investissement (I) sera alors suivie par celle des procédures susceptibles d'être utilisées pour sanctionner de telles violations (II).

I. LA VIOLATION DES DROITS DE L'HOMME À L'OCCASION D'UNE OPÉRATION D'INVESTISSEMENT

7. – Deux hypothèses peuvent être envisagées relativement à la violation des droits de l'homme à l'occasion d'une opération d'investissement : l'investisseur étranger peut être auteur de la violation des droits de l'homme ou il peut simplement en être le bénéficiaire. La différence entre ces deux hypothèses tient au rôle de l'État hôte. Dans le premier cas il est étranger à la violation et pourra s'en prévaloir en cas de litige l'opposant à l'investisseur. Dans le second, l'État est l'auteur de la violation des droits de l'homme dont profite l'investisseur étranger; l'hypothèse d'un différend à ce propos entre ces deux protagonistes est alors plus difficilement concevable.

A. L'INVESTISSEUR ÉTRANGER COMME AUTEUR DE LA VIOLATION DES DROITS DE L'HOMME

8. – La circonstance dans laquelle l'investisseur étranger serait accusé d'être le seul auteur de la violation des droits de l'homme — commise donc à l'insu de l'État hôte — n'est jamais encore apparue, à notre connaissance, dans une procédure quelle qu'elle soit. Dans la sphère plus étroite de l'arbitrage international des diffé-

rends relatifs aux investissements, aucun État n'a jusqu'à présent allégué que l'investisseur étranger ait commis une telle infraction. Ceci ne signifie pas que ceci ne se soit jamais produit ou n'est pas susceptible de se produire. Et l'on ajoutera que, notamment à l'occasion de litiges portant sur des concessions de distribution d'eau, plusieurs ONG ont opposé aux droits de l'opérateur étranger le droit d'accès de la population à l'eau potable, sous-entendant de la sorte que l'activité de l'investisseur ne respecterait pas ce qui est présenté comme un droit humain fondamental¹¹. Si aucun cas avéré de violation des droits de l'homme par le seul investisseur étranger n'a donc encore été sanctionné, ceci ne doit pas conduire à renoncer à l'étude prospective de cette hypothèse.

9. – Le premier point à relever est alors que les investisseurs en tant que personnes privées ne sont pas les garants du respect des droits de l'homme. Les garants du respect des droits de l'homme sont les États qui s'engagent à les respecter sur le plan interne, notamment par le biais de leur constitution, et sur le plan international via la ratification d'engagements et de conventions internationales, parmi lesquels la Déclaration universelle des droits de l'homme ou les conventions régionales (européenne ou américaine par exemple) des droits de l'homme. Mais si les investisseurs ne sont pas les garants des droits de l'homme, ils doivent les respecter. En droit français il est en effet acquis que tout titulaire de droits fondamentaux peut les faire-valoir à l'égard des pouvoirs publics (relation verticale) mais aussi à l'encontre des autres personnes privées (relation horizontale), catégorie à laquelle appartiennent généralement les investisseurs étrangers¹². Cependant, même dans la relation entre personnes privées, les pouvoirs publics doivent intervenir. En effet, si une personne privée prétend qu'une autre personne privée a violé ou viole l'un de ses droits fondamentaux, elle doit recourir à un système judiciaire pour faire cesser la violation et/ou obtenir réparation. C'est notamment la fonction du droit pénal que de réprimer les violations des droits fondamentaux, que l'on raisonne dans l'ordre juridique interne (droit pénal interne) ou international (droit pénal international). S'agissant de l'ordre juridique international, on précisera d'ailleurs qu'il a été récemment soutenu lors d'un colloque sur les premiers pas de la Cour pénale internationale que certaines entreprises multinationales pourraient être soumises à la juridiction de cette nouvelle Cour du fait de leur activité à l'étranger¹³.

10. – N'y a-t-il alors violation des droits de l'homme par un investisseur que si le comportement qui lui est reproché correspond à une infraction pénale ? Cette cor-

11. On pense ici notamment à l'affaire *Aguas del Tunari c. Bolivie* (ARB/02/3) née de la résiliation d'un contrat de concession de distribution d'eau. Ayant obtenu fin 2005 une décision sur la compétence du tribunal arbitral Cirdi saisi, l'investisseur a pourtant abandonné en janvier 2006 sa demande d'indemnisation et mis fin au litige, vraisemblablement en raison de la très forte campagne internationale initiée à son encontre par de nombreuses ONG.

12. V. par exemple, *Droit des libertés fondamentales*, ouvrage collectif, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, spéc. p. 156.

13. J.-Ph. Bufferne, « La mise en œuvre du statut de la Cour pénale internationale et la responsabilité des entreprises multinationales », *Revue juridique d'Auvergne* 2005, vol. 2, p. 127.

respondance ne pose pas de problème s'agissant des atteintes les plus graves aux droits de l'homme. Aux violations des droits de l'homme les plus criantes telles les atteintes à la vie, à l'intégrité corporelle, à la liberté d'aller et venir, au droit de propriété, etc., correspondent les infractions pénales suivantes : homicides, coups et blessures, séquestration arbitraire, vol, etc. Mais de telles infractions sont peu susceptibles d'être relevées en pratique car elles supposent que des employés de l'investisseur ou des milices à ses ordres se livrent directement à de telles exactions. Et il est douteux qu'un investisseur prenne une telle initiative en raison des risques qu'elle comporte aussi bien dans l'État d'accueil que dans son État d'origine et dans tous les États dans lesquels il opère : intervention de la puissance publique dans le premier cité, opprobre général dans les autres pour le moins, voire également mise en œuvre de voies de droit¹⁴.

11. – La correspondance droits humains fondamentaux/infractions pénales est beaucoup plus difficile à établir au regard des droits qui sont actuellement opposés, même si ce n'est pas encore frontalement, à l'activité de l'investisseur. On pense ici notamment à une série de différends nés de la privatisation de services de distribution d'eau ou de gestion des déchets. Pour mettre fin aux contrats de concession conclus avec les investisseurs étrangers, les pouvoirs publics (États ou collectivités locales) ont reproché aux investisseurs étrangers des relèvements de tarifs rendant plus onéreux l'accès à l'eau ou le danger que pourrait représenter le maintien en activité de sites de stockage de déchets sur la santé des populations avoisinantes¹⁵. Sont alors en cause le droit à un environnement préservé et le droit d'accès à une eau potable.

12. – S'agissant du droit-créance qu'est le droit à un environnement préservé ou sain, il a été relevé que son effectivité était problématique dans la mesure où d'une part les titulaires (chaque individu ou l'humanité ?) et créanciers de ce droit (chaque État ou la communauté internationale ?) restaient discutés et d'autre part que ce droit revêtait le plus souvent la forme de normes « programmatiques » définissant surtout pour les États des objectifs d'action¹⁶. Surtout, ce droit n'a pas réellement son pendant en termes d'infractions pénales. À titre d'illustration le droit pénal français positif n'aborde le droit à un environnement préservé que sous l'angle de la pollution des cours d'eau (Code de l'environnement) ou de la répression des menaces d'ordre écologiques lorsqu'elles interviennent dans le cadre d'activités terroristes (art. L. 421-2 C. pén.). En matière de protection européenne du droit à l'environnement, faute de disposition en ce sens dans la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne réprime les atteintes à l'environnement par le biais d'autres dispositions, celles relatives au respect du domicile ou de la vie privée et

14. V. *infra*, II.

15. Tel a été le cas dans les affaires *Cirdi Metalclad c. Mexique* (ARB (AF)/97/1), *Vivendi Universal c. Argentine* (ARB/97/3), *Waste Management c. Mexique* (ARB (AF)/98/2) et *Aguas del Tunari c. Bolivie* (ARB/02/3).

16. V. *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.* note 12, p. 47.

familiale¹⁷. La sanction des atteintes à l'environnement commises par un investisseur est donc certainement aujourd'hui mieux assurée par le biais des infractions pénales réprimant ces autres atteintes aux droits de l'homme que sont le droit au respect du domicile ou le droit à l'intégrité physique. Mais *quid* si l'atteinte à l'environnement, effective, n'atteint ni un être humain ni un cours d'eau ?

13. – Le droit d'accès à l'eau potable qui transparait dans une série de litiges opposant des investisseurs à des États soulève encore plus de difficultés. Le principal reproche adressé aux investisseurs concerne l'augmentation des tarifs de l'eau qui rend l'accès à cette dernière plus difficile, notamment pour la part la plus pauvre de la population desservie¹⁸. Dans la mesure où il peut être désormais tenu pour acquis que le droit d'accès à l'eau est un droit fondamental reconnu à tout être humain, aussi bien qu'à toute population et à tout État¹⁹, la question qui se pose est celle de savoir si l'investisseur viole ce droit lorsqu'il augmente les tarifs de l'eau, voire lorsqu'il en réduit ou en coupe la distribution aux usagers qui ne règlent pas leurs factures.

Il est difficile de répondre à une telle question mais il est possible d'observer que le droit français, par exemple, ne reconnaît pas un droit inconditionnel d'accès à l'eau aux personnes. Ainsi l'article 6-1 de la loi du 31 mai 1990 (telle que réformée par la loi du 13 août 2004) visant à la mise en œuvre du droit au logement dispose-t-il que « des modalités d'urgence doivent être prévues pour l'octroi et le paiement des aides dès lors qu'elles conditionnent la signature d'un bail, qu'elles évitent des coupures d'eau, d'énergie... ». Couper l'eau en cas de factures impayées n'est donc pas illégal en France, et la plupart des contrats de distribution d'eau prévoient effectivement une telle sanction même si elle est rarement appliquée en pratique. Les tribunaux sont partagés sur cette question sensible. Il est parfois jugé que le contrat entre le fermier et l'usager est un contrat synallagmatique qui donne droit à l'une des parties de ne pas exécuter ses obligations quand l'autre n'exécute pas les siennes (TGI Sarreguemines, ord. réf., 8 mars 1994, *CGE c. SCP Résidence Rive Droite*) et que se trouve justifiée la coupure d'eau pratiquée à l'encontre de l'usager qui ne justifie pas s'être régulièrement acquitté de ses factures (TGI Paris, ord. réf., 25 mars 1996, *CGE c. Louisg*), mais d'autres décisions refusent l'interruption des prestations du service au motif qu'elle « ne serait humainement pas tolérable » (TGI Paris, ord. réf., 20 novembre 1992, *CEP c. Sté Pari*), ou même sans motivation (TGI Paris, ord. réf., 20 avril 1993, *CEP c. Sté Viletta*).

17. *Ibid.*, p. 342.

18. V. les affaires *Vivendi Universal c. Argentine* (ARB/97/3) et *Aguas del Tunari c. Bolivie* (ARB/02/3). Ces litiges révèlent d'ailleurs une certaine responsabilité des autorités publiques concédantes dans le relèvement des tarifs pratiqués par les concessionnaires étrangers ; la plupart du temps, ces hausses tarifaires sont prévues dans le contrat de concession comme contrepartie à la rénovation des systèmes de distribution, souvent vétustes et insuffisants, mise à la charge des concessionnaires étrangers. C'est parce que les pouvoirs publics n'ont pas les capacités financières et/ou les capacités technologiques pour opérer de telles rénovations qu'ils font appel à des investisseurs étrangers.

19. Sur la question, v. la très éclairante étude de P.-M. Dupuy, « Le droit à l'eau, un droit international ? », *EUI Working Paper Law*, n° 2006/6, consultable sur le site Internet de l'*European University Institute de Florence* (<http://cadmus.iue.it>).

On observera également que dans le litige opposant Vivendi Universal à l'Argentine l'investisseur reprochait à la collectivité publique concédante, la province argentine de Tucuman, d'avoir cherché à le priver du droit de couper l'eau aux usagers en défaut de paiement lors des tentatives de renégociation du contrat de concession. Ceci implique que le contrat initial reconnaissait ce droit au concessionnaire étranger²⁰.

14. – À la lecture de ces différents éléments, il semble possible d'affirmer que le droit d'accès à l'eau pour tout être humain relève encore de la norme programmatique, d'un objectif à atteindre par les États, et qu'il appartient à ces derniers d'en assurer l'effectivité sur leur territoire en organisant par exemple un service minimal d'accès à l'eau. Il ne serait en effet ni juste ni réaliste de rendre, sans compensation, l'investisseur étranger seul responsable du respect de ce droit. Le seul résultat d'un tel choix sera de faire fuir les investisseurs des États se comportant de la sorte, laissant nombre d'entre eux sans ressources ni technologies pour tenter d'assurer ce droit fondamental.

La question de l'influence de l'État sur le comportement de l'investisseur prend cependant une autre tournure dans la seconde hypothèse qu'il convient maintenant d'aborder, celle dans laquelle l'investisseur ne fait que « bénéficiaire » de la violation par l'État hôte des droits de l'homme.

B. L'INVESTISSEUR ÉTRANGER COMME BÉNÉFICIAIRE DE LA VIOLATION DES DROITS DE L'HOMME

15. – Nombre d'États sur la planète continuent d'ignorer, voire de bafouer, les droits de l'homme les plus fondamentaux et il n'est pas sûr que la mondialisation de l'économie vienne modifier cet état de fait. Bien au contraire, le non-respect du droit de propriété des populations locales, le non-respect des droits fondamentaux des salariés peuvent être des atouts lorsqu'il s'agit de fournir à un investisseur étranger peu regardant les terrains et la main-d'œuvre docile dont il a besoin.

En ce domaine les affaires portées à la connaissance du public sont nombreuses. La première affaire a concerné la société américaine Unocal accusée en 1997 d'avoir bénéficié du travail forcé organisé par les militaires birmans pour la construction du gazoduc nécessaire à l'exploitation de son investissement. Une affaire similaire concernant le groupe français Total pour son activité dans le même pays a été révélée quelque temps après. D'autres multinationales occidentales ont été mises en cause, notamment Royal Dutch en raison de l'assassinat de plusieurs villageois par l'armée nigériane, Chevron pour des faits analogues toujours au Nigéria et Firestone en raison des conditions de travail imposées dans les plantations de caoutchouc exploitées à son profit au Libéria. Et cette liste n'est pas exhaustive...

20. *Affaire Vivendi Universal c. Argentine* (ARB/97/3), sentence Cirdi du 21 novembre 2000, § 66.

16. – Sur le plan juridique les sociétés mises en cause se défendent en avançant que ce ne sont pas elles qui se sont rendues coupables de ces agissements mais l'État ou l'un de leurs partenaires économiques et soulèvent généralement les questions suivantes :

– Un investisseur étranger peut-il avoir connaissance du comportement répréhensible des autorités de l'État d'accueil et est-il en mesure d'exercer un contrôle sur les activités de ces dernières ou de les influencer ?

– Plus généralement un investisseur étranger peut-il être tenu pour responsable du comportement des autorités d'un pays souverain²¹ ?

Des réponses ont d'ores et déjà été apportées à ces différents arguments.

17. – Tout d'abord, si un investisseur étranger ne peut être tenu pour responsable du comportement des autorités d'un pays souverain, il ne peut prétendre les ignorer. Dès 1997, dans l'affaire *Unocal*, une juridiction fédérale américaine a estimé que la société « savait où aurait dû savoir que l'armée commettait des abus ». Serait ainsi mise à la charge de l'investisseur l'obligation de se renseigner sur le contexte économique-social de l'État dans lequel il envisage d'investir et de continuer à le faire durant toute la durée d'exploitation de son investissement. Cette obligation de renseignement débouche ensuite sur une alternative en cas d'information relative à des violations des droits de l'homme : quitter le pays incriminé (comme l'ont fait un certain nombre d'entreprises dans le cas birman) ou y rester au risque de voir leur responsabilité impliquée.

18. – S'agissant de cette dernière, il convient de distinguer la responsabilité pénale de la responsabilité civile.

En ce qui concerne la responsabilité pénale, il semblerait qu'ait été retenu à l'encontre de la société *Unocal* le qualificatif de « complicité par fourniture de moyens ». Si l'incrimination de complicité est bien celle qui correspond à l'hypothèse envisagée (l'investisseur non comme auteur mais comme bénéficiaire de la violation des droits de l'homme), l'élément révélateur de la complicité (la fourniture de moyens) nous semble être un peu large. Si l'on pouvait poursuivre de la sorte les investisseurs étrangers opérant dans des États ne respectant pas les droits de l'homme, la quasi-totalité des investissements étrangers de par le monde serait concernée, car rares sont les États qui respectent en tout temps et en tout lieu les droits de l'homme ; les démocraties occidentales ne seraient pas épargnées car la plupart ne sont pas exemptes de reproche en termes de procès équitable, de discrimination, etc.

En réalité l'investisseur étranger ne se rend complice de la violation des droits de l'homme que si cette dernière est commise à son profit direct et qu'il est conscient de cet état de fait, une présomption en ce sens étant posée. Dès lors la complicité de l'investisseur ne saurait résulter de sa seule présence dans l'État au comportement incriminé.

21. Questions formulées par exemple sur le site Internet de Total consacré à l'affaire birmane précédemment évoquée (<http://birmanie.total.com/fr>).

19. – En matière civile, la responsabilité de l'investisseur étranger est évidemment plus difficile à engager s'il n'est que le bénéficiaire de la violation des droits de l'homme plutôt que son auteur. Cependant, au moins en droit français, plusieurs pistes sont envisageables. Par exemple, si les autorités étatiques ont agi à la demande de l'investisseur, on peut penser à une responsabilité du commettant du fait de son préposé. On pourrait également imaginer qu'en cas de travail forcé imposé par l'État au bénéfice de l'investisseur, les victimes puissent faire jouer à l'encontre de ce dernier la responsabilité du maître d'œuvre pour les fautes commises par le sous-traitant. Outre ces hypothèses qui relèvent de la responsabilité du fait d'autrui, la responsabilité pour négligence ou imprudence de l'article 1383 du Code civil ne pourrait-elle pas être invoquée dans certaines circonstances à l'encontre d'un investisseur étranger ? Enfin, si aucun des mécanismes précédents ne se révèle utilisable, il reste toujours l'action pour enrichissement sans cause (action de *in rem verso*) dans la mesure où le patrimoine de l'investisseur étranger s'est trouvé enrichi sans cause légitime au détriment de celui de la victime alors que cette dernière ne peut utiliser pour obtenir ce qui lui est dû aucune action naissant d'un contrat ou d'un délit.

II. LES PROCÉDURES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE UTILISÉES POUR SANCTIONNER DE TELLES VIOLATIONS

20. – Les procédures susceptibles d'être mises en œuvre pour sanctionner la violation par un investisseur étranger de droits humains fondamentaux diffèrent selon les personnes qui cherchent à agir. Doivent alors être envisagées successivement les procédures à la disposition des victimes, celles à la disposition de l'État de nationalité de l'investisseur et celles à la disposition de l'État d'accueil de l'investissement.

A. LES PROCÉDURES À LA DISPOSITION DES VICTIMES

21. – La voie de recours normale pour une personne qui se prétend victime de la violation de l'un de ses droits fondamentaux consiste à saisir les tribunaux du lieu de commission de l'infraction, que cette dernière ait été commise par une personne privée ou par les autorités publiques. Le recours aux juridictions internationales que sont par exemple la Cour européenne des droits de l'homme ou son homologue interaméricaine n'est concevable que dans un second temps, après épuisement de voies de recours si la saisine de ces dernières n'a pas donné satisfaction au plaignant²². Lorsque

22. Sur le sujet, v. par exemple *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.* note 12, p. 356. Pour la CEDH il s'agit de l'épuisement des voies de recours internes, pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme il s'agit de la saisine de la commission interaméricaine des droits de l'homme.

le système juridique le permet, la dénonciation de tels faits devrait également donner lieu à des actions de la part de l'État sur le territoire duquel les faits se sont produits²³.

22. – Mais, comme les développements précédents l'ont montré, la plupart des violations des droits de l'homme à l'occasion d'une opération d'investissement sont réalisées par l'État hôte, l'investisseur ne faisant qu'en profiter. Il est dès lors immédiatement compréhensible que les victimes de ces violations ne peuvent ou ne souhaitent s'adresser aux juridictions de cet État de crainte que la saisine de ces dernières, si elles sont inféodées au régime en place, vienne aggraver leur situation. Est-il alors envisageable que les victimes saisissent d'autres juges nationaux, notamment ceux de l'État dont l'investisseur étranger est le ressortissant ? Rien ne s'y oppose, à condition qu'il existe des dispositions juridiques permettant de le faire, c'est-à-dire des règles de droit donnant compétence à ces juges pour connaître de faits commis sur le territoire d'un autre État.

23. – De telles règles étendant la compétence territoriale des juges nationaux existent dans quelques ordres juridiques et ont déjà été utilisées par les victimes de violations des droits de l'homme commises à l'occasion d'opérations d'investissement international.

La première règle à citer, parce que la plus ancienne et la première mise en œuvre, est l'*Alien Tort Claim Act* adopté par le premier Congrès des États-Unis en 1789. Cette loi donne compétence aux juridictions fédérales américaines pour connaître des conséquences civiles d'atteintes faites à des étrangers en violation du droit international ou d'un traité auquel les États-Unis sont partie. C'est cette loi qui a été mise en œuvre en 1997 par des demandeurs birmanes dans l'affaire *Unocal* puis dans certaines des affaires citées précédemment²⁴. La nationalité américaine ou étrangère du défendeur importe peu. Dans le cadre qui nous préoccupe, il suffit que le demandeur, étranger, cherche à obtenir réparation d'un préjudice résultant de la violation d'une règle de droit international relative aux droits de l'homme, c'est-à-dire de la violation d'un engagement international relatif aux droits de l'homme souscrit par un État quelconque. Le défendeur ne sera pas l'État auteur de l'acte, au sujet duquel se pose le problème de l'immunité de juridiction, mais l'investisseur étranger accusé de complicité dans la commission de cet acte. Et il faut que cette complicité soit établie pour que l'action en responsabilité civile puisse aboutir. Ce mécanisme juridique subtil pose un certain nombre de problèmes, au moins du point de vue d'un juriste français dans la mesure où semble exister un fossé entre la complicité « pour fourniture de moyens financiers » qui ne suppose qu'une attitude

23. Hypothèse envisagée *infra*, § 29 et s.

24. Pour plus de développements sur ce dispositif, v. par exemple Ph. Kahn, « Investissements internationaux et droits de l'homme », in *Où va le droit des investissements ?*, *op. cit.* note 8 ; P. Abadie, « A new story of David and Goliath : The ATCA gives victims of environmental injustice in the developing world a viable claim against multinational corporations », *Environmental Law Journal, Golden Gate Univ. law rev.*, vol. 34, n° 3 2004, pp. 745 et s.

passive du « complice » et la responsabilité civile qui suppose l'intervention de cette même personne dans la survenance de l'acte dommageable²⁵.

24. – Et il faudra attendre encore un peu pour connaître l'analyse du droit américain car l'affaire *Unocal* s'est terminée par une transaction aux termes de laquelle les plaignants birmans ont retiré leur plainte en échange d'un dédommagement de chacune des victimes et de la création d'un fonds par l'investisseur destiné à améliorer les conditions de vie, l'éducation et la santé des villageois résidant à proximité de l'investissement étranger. Les autres affaires sont en cours, le point important étant l'admission de leur compétence par les juridictions américaines.

25. – Un mécanisme de compétence encore plus ambitieux avait été imaginé par le législateur belge au profit des juges de cet État. Il s'agissait de la loi de « compétence universelle » permettant aux tribunaux d'outre-quiévrain de connaître n'importe quelle violation des droits de l'homme commise sur la planète, quels que soient les auteurs et les victimes de cet acte. Mais cette loi a été abolie en août 2003 en raison des difficultés politiques qu'elle créait pour l'État belge : plusieurs chefs d'État invités dans ce pays ont en effet été menacés de poursuites rendant très inconfortable la position de la diplomatie belge.

26. – Une action du type de celles engagées aux États-Unis contre les investisseurs précités est-elle possible en France ? La loi pénale française connaît certes une extension d'application hors du territoire national, mais à condition que l'auteur (article L. 113-6 du Code pénal) ou la victime (article L. 113-7) de l'infraction soit de nationalité française. Pas de compétence universelle donc, mais compétence quand même pour connaître des crimes et délits commis par un Français, personne physique ou personne morale, à l'étranger. Cette compétence explique que le tribunal de Nanterre ait pu ouvrir en 2002 une enquête à la suite de la plainte de huit villageois birmans accusant le groupe français Total de séquestration arbitraire et de travail forcé (effectué sous la contrainte de l'armée birmane). Malheureusement pour l'analyse, l'affaire a également donné lieu à une transaction en novembre 2005 : dédommagement des victimes à hauteur de 10 000 euros par travailleur et création par Total d'un fonds au bénéfice des villageois pour un montant de 5,2 millions d'euros²⁶. S'agissant d'une action en responsabilité civile engagée en dehors de toute procédure pénale, les règles de conflits de juridiction (art. 15 C. civ. et 42 NCPC ou règlement « Bruxelles I ») donnent également compétence aux juridictions françaises pour connaître d'un litige opposant un étranger à un investisseur français.

25. V. cependant *supra*, § 19.

26. *Le Monde* 30 novembre 2005. Dans cette affaire, le parquet de Nanterre a considéré que l'enquête menée « n'a aucunement fait état d'arrestations et de séquestrations arbitraires, mais de travail forcé », délit qui n'est pas réprimé en tant que tel par le droit français, et a déposé une demande de non-lieu. En janvier 2005, cette demande de non-lieu a été rejetée par la cour d'appel de Versailles. L'enquête reprenait donc lorsque Total et l'association Sherpa (représentant les plaignants) sont parvenus à cette transaction.

Si l'important est que ces voies de recours existent, l'issue constatée dans les affaires *Unocal* et *Total* amène à se demander s'il ne serait pas souhaitable que les États d'origine des investisseurs puissent eux aussi sanctionner les violations des droits de l'homme commises par leurs ressortissants à l'étranger.

B. LES PROCÉDURES À LA DISPOSITION DE L'ÉTAT D'ORIGINE

27. – La première voie à explorer est la mise en œuvre par les autorités de l'État d'une procédure judiciaire à leur propre initiative, sans plainte préalable de la victime étrangère. Ceci n'est pas possible selon l'interprétation qui a été faite par les juridictions américaines de l'*Alien Tort Claim Act*. La mise en œuvre de cette loi suppose une plainte initiée par un étranger. En droit français, la poursuite des délits commis par un Français en dehors du territoire de la République n'est également possible qu'après plainte de la victime (art. L. 113-8 C. pén.), ce qui empêche l'exercice de poursuites à la seule initiative du ministère public. Les crimes ne sont toutefois pas concernés par cette restriction, ce qui devrait ouvrir la possibilité de poursuites engagées à l'initiative des autorités judiciaires à l'égard des atteintes aux droits de l'homme qualifiables de crimes.

28. – Une autre voie mérite d'être mentionnée. Dans la mesure où l'État d'origine propose à ses investisseurs des mécanismes pour faciliter et/ou garantir leurs activités extérieures, l'octroi de ces facilités ou garanties ne pourrait-il pas être réservé aux seuls investisseurs nationaux respectueux des droits de l'homme dans les pays où ils opèrent ? La condition mise à l'octroi de facilités ou garanties suppose l'instauration d'un mécanisme de contrôle sur les activités extérieures des investisseurs nationaux. Une initiative en ce sens a été prise par une commission parlementaire canadienne qui a recommandé le 23 juin 2005 que les aides du gouvernement canadien en faveur des activités économiques extérieures soient conditionnées au respect de standards de responsabilité sociale et des droits de l'homme, particulièrement par le biais du mécanisme d'étude des impacts sur les droits de l'homme. La Commission a également appelé à la définition de normes claires, susceptibles de rendre les sociétés canadiennes responsables au Canada des violations au droit de l'environnement ou aux droits de l'homme commises à l'étranger. À cette occasion, les activités de la compagnie minière canadienne TVI Pacific Inc. aux Philippines ont été montrées du doigt²⁷. Mais le gouvernement canadien n'a pas pour l'heure donné de suite favorable à cette demande. Il a notamment refusé d'entreprendre la moindre action spécifique à l'encontre de l'investisseur désigné et s'est contenté de répondre que les voies procédurales ordinaires étaient ouvertes pour d'éventuelles plaintes contre cet investisseur²⁸. La concurrence féroce auxquels se livrent les États industrialisés via

27. Source : *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, 30 juin 2005, diffusé par l'Institut international du développement durable (<http://www.iisd.org>).

28. Source : *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin* 26 octobre 2005.

« leurs entreprises » pour tenir leur place dans une économie mondialisée explique certainement pourquoi les États répugnent généralement à mettre à la charge de ces dernières des obligations que ne supportent pas leurs concurrents. Aussi le rôle le plus important dans la lutte contre la violation des droits de l'homme par les investisseurs étrangers incombe-t-il certainement aux États récepteurs d'investissements.

C. LES PROCÉDURES À LA DISPOSITION DE L'ÉTAT HÔTE

29. – L'État hôte qui constate la commission par un investisseur étranger d'une infraction constitutive d'une violation des droits de l'homme doit pouvoir agir de lui-même, sans plainte préalable des victimes, et ce, selon les spécificités de son ordre juridique. Les procédures pénales de droit commun déjà citées peuvent être mises en œuvre ainsi que souvent les procédures plus spécifiques prévues par la législation interne en matière d'investissement. Ces procédures qui peuvent être judiciaires et/ou administratives visent à sanctionner les manquements de l'investisseur aux obligations qu'il souscrit en venant investir dans le pays. Les obligations en cause sont diverses, certaines sont techniques (respect de normes comptables par exemple) mais d'autres sont plus générales et le respect par l'investisseur de la législation de l'État hôte (dont on n'imagine pas qu'elle ne comprenne par le respect des droits de l'homme) en fait habituellement partie. En violant par exemple les droits fondamentaux des salariés ou le droit de propriété des personnes vivant autour de l'investissement, l'investisseur viole également cette obligation générale de respect de la législation de l'État hôte et s'expose aux sanctions correspondantes. Ces dernières vont de l'amende au retrait de l'autorisation administrative d'investir (ou à la résiliation du contrat d'investissement si tel a été l'instrument juridique choisi pour formaliser cette opération).

30. – L'État hôte qui agirait ainsi a-t-il à craindre la poursuite du litige sur la scène internationale, notamment par le biais de la saisine d'un tribunal arbitral international à l'initiative de l'investisseur (ce dernier prétendant que la mesure prise à son encontre est constitutive d'une expropriation sans indemnisation ou d'une mesure équivalente à une expropriation) ?

Il convient en effet de préciser ici que la totalité des traités internationaux relatifs aux investissements et une grande majorité des législations internes en la matière prévoient le recours à l'arbitrage international comme mode de règlement des différends²⁹.

31. – Une réponse négative peut être apportée à la question précédemment posée. Le tribunal arbitral constitué pour savoir s'il est effectivement en présence d'une

29. Sur la problématique générale de la relation entre droits de l'homme d'une part et traités bilatéraux sur les investissements et arbitrage des investissements d'autre part, v. L.E. Peterson et K.R. Gray, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, étude datée d'avril 2003 réalisée pour l'Institut international du développement durable et disponible sur son site Internet (<http://www.iisd.org>).

expropriation sans indemnisation devra entendre les explications de l'État quant aux mesures prononcées contre l'investisseur³⁰, et ce, quel que soit le droit rendu applicable. Les normes relatives à la protection des droits de l'homme appartiennent aussi bien aux droits internes des États qu'au droit international, même s'il existe des différences quant à la substance de ces droits d'un ordre juridique à l'autre³¹. Selon nombre d'auteurs, le problème en la matière consisterait dans l'établissement d'une hiérarchie entre les règles protégeant l'investisseur et celles protégeant les droits de l'homme, spécialement quand les premières sont contenues dans un traité international. À la vérité, on ne voit pas comment la rencontre entre ces deux corps de normes du droit international ne pourrait pas tourner à l'avantage des normes de protection des droits de l'homme. Lorsque celles-ci sont clairement identifiées par le droit international, la règle assurant la protection des droits de l'homme a valeur de *jus cogens*, de norme impérative devant laquelle doivent s'incliner les autres normes internationales, dont celles contenues dans les traités relatifs aux investissements³². L'intervention des juges privés que sont les arbitres internationaux en la matière n'est selon nous pas à redouter car, même s'ils ne sont gardiens d'aucun ordre juridique, il leur incombe de veiller au respect de l'ordre public international qui commande, notamment, que soient respectés les droits humains fondamentaux.

32. – Au surplus, il n'est pas sûr que le droit des investissements et les droits de l'homme s'opposent à ce sujet. Si le droit des investissements internationaux a une fonction de protection pour les investisseurs étrangers, cette protection n'est pas absolue et ne permet pas à ces derniers de faire n'importe quoi. En particulier, il a été démontré que la jurisprudence arbitrale internationale en matière de différends relatifs aux investissements ne retient pas comme équivalent à une expropriation la mesure prise par un État pour sanctionner le comportement illicite, et établi comme tel, de l'investisseur³³. Et l'atteinte aux droits de l'homme n'est-elle pas l'archétype du comportement illicite que l'on peut reprocher à un investisseur étranger ?

30. À ce stade il est important de signaler que cette situation est la seule dans laquelle les juridictions internationales du droit des investissements peuvent être confrontées à la problématique des droits de l'homme. Et ce en raison de leur compétence *ratione personae* (compétence pour les litiges entre investisseurs et États récepteurs d'investissements) et *ratione materiae* (compétence pour connaître des seuls litiges relatifs aux investissements). L'individu victime de la violation de l'un de ses droits fondamentaux n'a pas accès à ces juridictions, pas plus que l'État d'origine de l'investisseur.

31. Une illustration très nette de ceci est donnée par la lecture de l'ouvrage collectif précité, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.* note 12.

32. En ce sens, v. R. Bachand, M. Gallié et S. Rousseau, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI* 2003, pp. 575 et s., spéc. p. 605. Ces auteurs développent par ailleurs d'autres arguments intéressants pour établir la suprématie des droits de l'homme sur les droits des investisseurs, comme par exemple l'insertion des droits de l'homme dans la Charte des Nations unies et la supériorité de cette dernière sur toute convention internationale conclue par ses États membres.

33. V. notre étude « Les mesures équivalentes à une expropriation dans l'arbitrage international relatif aux investissements », in F. Horchani (dir.), *Où va le droit des investissements ?*, *op. cit.*, pp. 73 et s., spéc. pp. 82-83.

Rien ne permet donc d'imaginer qu'un État puisse un jour se voir sérieusement reprocher d'avoir sanctionné un investisseur étranger coupable de la violation de droits humains fondamentaux.

33. – Le problème en ce domaine est autre. Il réside dans l'identification précise de ce qui relève effectivement des droits de l'homme. Car il ne faudrait pas tomber dans l'excès consistant à qualifier de violation des droits de l'homme tout reproche adressé à un investisseur en raison de son comportement dans un contexte donné.

En la matière, rappelons-le, la protection des droits de l'homme passe nécessairement par la définition précise de ceux-ci, notamment par le biais de la « pénalisation » des atteintes qui y sont portées, tâche qui incombe aux États et non aux personnes privées. Ceci est certainement un préalable à l'essor de la mise en jeu de la responsabilité des investisseurs internationaux impliqués dans des violations des droits de l'homme, essor qui pourrait constituer *in fine* un excellent moyen de répandre et développer ces derniers sur la surface de notre planète.

Les contrats sur le vivant et le partage équitable des résultats de la recherche et de la bioprospection*

Florence Bellivier

Professeuse à l'Université Paris X-Nanterre

Il n'est désormais plus un secret pour personne que le vivant, tous règnes confondus (humain, animal, végétal), est devenu un réservoir de matières utiles à diverses fins. Or dès lors qu'il a une valeur d'utilité (actuelle ou potentielle), il devient l'objet de convoitises et suscite des litiges que le juriste est amené à prévenir ou à trancher. Ainsi en va-t-il de la bioprospection de plantes en Amazonie à partir de laquelle on espère mettre au point de nouvelles substances pharmaceutiques ; ou encore du test diagnostique mis au point et commercialisé pour détecter telle ou telle prédisposition génétique.

Mais y a-t-il une spécificité de la démarche du juriste engagé sur ce terrain ?

À première vue, la réponse semble négative : l'objet — le vivant — s'étant lui-même banalisé par son insertion dans une chaîne économique-juridique qui est celle d'un commerce réglementé, la démarche du juriste n'aurait rien de particulièrement original : il s'agirait d'analyser cette chaîne comme n'importe quel objet juridique nouveau (les contrats du *e-commerce* ou bien ceux du commerce équitable¹, par exemple) et de proposer des solutions pour en améliorer le fonctionnement en tenant compte des intérêts de tous les acteurs concernés, quel que soit le maillon considéré.

* Cet article est très largement issu de deux travaux, l'un achevé, l'autre en cours : *Traité des contrats* (sous la dir. de J. Ghestin), *Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques*, par F. Bellivier et C. Noiville et avec une introduction de C. Labrusse-Riou, LGDJ, 2006 ; F. Bellivier et C. Noiville, « Code de conduite et équité des échanges des ressources biologiques », Idées pour le débat n° 10/2006, Iddri (l'Institut du développement durable et des relations internationales), disponible sur le site de L'iddri, <http://www.iddri.org>, consulté le 31 décembre 2006. Les références précises des codes et des contrats se trouvant toutes dans ces deux textes, on présentera ici une version très allégée de la réflexion, privilégiant l'angle du juriste engagé.

1. Sur lesquels v. la contribution de L. Ravillon dans cet ouvrage : « Les contrats du commerce équitable », *supra*, p. 343.

Pourtant, le simplisme d'une telle réponse laisse insatisfait, tant les enjeux proprement politiques de l'exploitation du vivant méritent d'être pris au sérieux : équité du partage des résultats, transfert de technologie, recueil d'un consentement véritablement libre et éclairé, etc. Ainsi, quand une centaine de chercheurs collaborent à l'expédition Santo 2006 pour connaître et protéger la biodiversité, sous l'égide d'instituts publics et d'organisations de conservation de la nature², n'est-il pas primordial que soit recherché le consentement libre et éclairé des populations autochtones et garanti un partage des avantages pour ces dernières ? Quand le Parlement islandais met à disposition d'une entreprise pharmaceutique les échantillons d'ADN et les données médicales de l'ensemble de la population du pays, comment être sûr non seulement de la qualité du consentement des personnes concernées mais aussi du fait que la recherche sera menée dans l'intérêt bien compris de tous³ ?

Or, en ce point, la démarche du juriste engagé peut se compliquer d'un nouveau facteur, à savoir un hiatus entre ses préjugés ou ses convictions personnelles et un certain nombre de conclusions tirées de l'étude des faits. Le problème ne vient pas tant du décalage souvent ressenti par certains positivistes entre l'indispensable neutralité méthodologique et axiologique, gage d'efficacité, et la défense de certaines valeurs, inhérente à tout engagement politique. La complexité ressentie par le juriste engagé confronté au phénomène social que constituent la connaissance et l'exploitation du vivant prend plutôt la forme d'une surprise : alors qu'on aurait d'emblée et nécessairement placé la maîtrise juridique et économique du vivant sous le sceau puissant de l'intérêt général et, partant, de la loi, on observe, dans la régulation du vivant, un rapport de complémentarité entre initiatives privées (codes de bonne conduite et contrats) et loi, qui ne met pas toujours cette dernière en position de toute puissance. On a plutôt affaire à un dispositif analogue à un mobile de Calder où les équilibres varient de façon subtile selon les moments. Assurément, la loi — nationale ou supra-nationale — est non seulement utile, voire indispensable, qu'il s'agisse de protéger la personne en maintenant l'exigence d'un consentement substantiel et en déterminant les champs d'intervention respectifs de l'initiative privée et du secteur public (par exemple en matière de création de banques de sang de cordon), de garantir un accès facilité à certaines ressources tangibles essentielles (par exemple, les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture⁴) ou de façonner des droits de propriété intellectuelle qui ne bloquent pas toute recherche, ou encore d'élaborer des règles d'équité d'ordre public en matière d'échange de ressources humaines et végétales. Mais ce constat n'appelle guère plus ample développement tant il relève quasiment du truisme.

2. Pour une description détaillée du projet, v. l'adresse suivante : <http://www.santo2006.org>, site consulté le 31 décembre 2006.

3. Sur cette affaire, v. F. Bellivier et C. Noiville, *Contrats et vivant*, *op. cit.*, not. p. 178 et s., n° 207 et s. ; p. 256, n° 304.

4. V. le Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, janvier 2001, conclu sous l'égide de la FAO (*Food and agriculture organization*).

Ce qui en revanche est moins frappé au coin du bon sens, c'est l'utilité, en termes de politique juridique, que peuvent revêtir deux autres instruments, dont la portée normative est certes limitée, à savoir les codes de bonne conduite (I) et le contrat (II).

I. LES CODES DE BONNE CONDUITE, LABORATOIRE DE LA LOI

Sous cette appellation plus ou moins équivalente à celles de « chartes », « chartes éthiques », « principes directeurs »⁵, l'on trouve des textes sans portée normative *stricto sensu*, dont se dotent de plus en plus souvent les acteurs eux-mêmes, aussi bien publics que privés⁶, dans de nombreux domaines tel l'exploitation du vivant⁷, et dont la légitimité comme l'efficacité sont sujettes à discussion.

De prime abord, au regard des impératifs d'intérêt général auxquels doit répondre une exploitation du vivant équitable — comme une mondialisation équilibrée —, les codes de bonne conduite provoquent le scepticisme, la suspicion, voire l'hostilité. Comment être sûr de la représentativité des organes qui les édictent ? Comment rendre obligatoires ces auto-régulations ? Et quand bien même des règles seraient tout à la fois élaborées par des organes représentatifs des différents intérêts en présence et assorties d'un système de sanction crédible, peut-on juger de la légitimité d'une règle en fonction de sa seule efficacité ? N'est-on pas en plein règne du self-service normatif dont le but essentiel est de devancer toute intervention du législateur⁸ et de mieux échapper à toute réglementation contraignante, spécialement dans des communautés scientifiques parfois réticentes à se soumettre à un droit élaboré ailleurs qu'en leur sein ?

Ces objections, toutes très pertinentes, rappellent, si besoin en était, que sans le relais ou le support de la loi, les codes de bonne conduite, ainsi que tous les slogans qui gravitent autour de ces instruments (« responsabilité sociale des entreprises », « commerce équitable »), ne sont que poudre aux yeux destinée à maquiller sous les traits d'un pacte social d'un nouveau genre autant de marchés de dupes. Aucune

5. Les expressions anglaises « *guidelines* » ou « *policies* » sont souvent utilisées y compris dans des textes en français.

6. Pour une liste, v. F. Bellivier et C. Noiville, « Code de conduite et équité », note *préc.*

7. Pour une analyse en droit du travail v. la contribution d'I. Meyrat dans cet ouvrage, « La référence à l'éthique dans le champs des relations de travail : nouveau facteur d'assujettissement des salariés ? », *supra*, p. 193.

8. Notons qu'en revanche, la critique adressée au code de conduite dans certains domaines comme le droit du travail, selon laquelle cette forme de droit spontané aboutirait à un « détricotage normatif », ne tient pas en ce qui concerne le droit du vivant : le phénomène de détricotage s'observe dans des secteurs traditionnellement très marqués par l'emprise du droit étatique, ce qui n'est pas le cas du vivant. Pour une analyse critique des nouvelles formes de « gouvernance » marquées par l'objectivation, la normalisation et l'internationalisation des règles, dans un contexte de démembrement du pouvoir législatif, le tout au détriment des libertés des travailleurs, v. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Éditions du Seuil, 2005, p. 223 et s., spéc. p. 263 et s. à propos des normes ISO.

situation d'équité ne sera en effet envisageable sans une démarche complexe impliquant à un moment ou à un autre l'intervention du pouvoir législatif.

Pourtant, sans prétendre se substituer à la loi, le code de conduite peut se révéler une étape indispensable pendant la période, intermédiaire, d'élaboration de l'ensemble normatif complexe amené à régir l'exploitation et la circulation du vivant. En effet, il présente un double intérêt méthodologique et un double effet normatif, même s'il s'agit d'une normativité atténuée. À maints égards, du reste, il rappelle le rôle réformateur que peut jouer la jurisprudence : au fond, tout est affaire de dialectique entre les sources (loi/jurisprudence ; lois/codes de bonne conduite), et de vases communicants (sans doute le peu de contentieux qu'on observe dans notre domaine est-il en corrélation avec la floraison de chartes et autres codes de bonne conduite).

D'un point de vue méthodologique, le code de bonne conduite présente tout d'abord des vertus de mobilisation, de concertation au sein de collectifs ainsi que de pédagogie. C'est ainsi que le « document d'information » de la *World Federation for Culture Collections* se veut un exercice d'explication de la Convention sur la biodiversité tenant compte de la spécificité des ressources biologiques microbiennes.

Ensuite, il vient très utilement compléter la loi, soit qu'elle soit inexistante, soit qu'elle se situe à un niveau de généralité tel qu'elle est en l'état difficile à mettre en pratique. C'est alors que par un effet retour, le code peut à son tour devenir un laboratoire d'expérimentation pour le législateur. Ainsi, lorsque l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) s'emploie à rédiger des clauses-types de propriété intellectuelle pour les contrats d'accès aux ressources génétiques, elle s'inspire explicitement de l'observation des pratiques par lesquelles elle souhaite fertiliser les normes juridiques.

D'un point de vue plus substantiel, le code de bonne conduite présente d'indéniables avantages en termes de renforcement de la normativité. D'une part, il a une portée utile en ce qu'il diffuse le contenu des normes parmi les acteurs concernés qui peuvent ainsi se les approprier et en faire bonne application. De proche en proche il produit même un effet de normativité par imitation ou capillarité puisqu'il suggère des modèles de comportement : telle entreprise imitera telle autre en reprenant son code. C'est ainsi que l'*European Biological Resource Centers Network* (EBRCN) s'est inspiré des codes MOSAICC (*Micro-organisms Sustainable use and Access regulation International Code of Conduct*) et CABRI (*Common Access to Biological Resources and Information*) pour développer sa propre politique d'échange des ressources.

Ensuite, il ne faut pas sous-estimer l'image négative que donne un chercheur qui ne respecte pas les engagements pris par son institution (ou son entreprise) ou une institution elle-même qui ne tiendrait pas ses engagements.

Enfin, et surtout, le code de bonne conduite détermine bien souvent l'économie des futurs contrats qui, eux, ont une portée juridique indéniable. En effet, il édicte des recommandations générales, ici sur les conditions de la prospection, là sur l'attribution des résultats et des droits de propriété intellectuelle ou encore sur la façon dont sera menée telle recherche, toute en précisant que les contrats éventuellement

conclus devront respecter ces principes. Le contrat vient alors donner force obligatoire à une règle de simple valeur éthique. On comprend donc que des juges, saisis dans d'autres domaines, et même en l'absence de contrat *stricto sensu*⁹, n'aient pas hésité à se fonder sur une norme de comportement qu'une communauté de professionnels s'est donnée, pour sanctionner le non-respect du code de bonne conduite¹⁰.

Puisque le contrat est le meilleur vecteur du code de bonne conduite, examinons sa capacité à satisfaire des intérêts plus larges que ceux des parties qui l'ont conclu.

II. LE CONTRAT, INSTRUMENT D'UNE JUSTICE DISTRIBUTIVE?

L'usage en est très répandu dans la réglementation de la circulation des ressources biologiques, tous règnes confondus, et ce pour deux raisons essentielles.

Tout d'abord, le vivant, en se banalisant comme objet économique est, mécaniquement, devenu un objet de contrats divers, certains banals (échanges de cellules), d'autres spécifiques à la matière mais devenus standard (ATM, Accord de transfert de matériel), d'autres encore très élaborés.

Ensuite, les autorités publiques ont souvent promu le contrat dans le domaine de l'exploitation du vivant, l'exemple le plus net en ce sens nous étant fourni par

9. On a alors davantage affaire à la théorie de l'engagement unilatéral de volonté ou au quasi-contrat.

10. V. par exemple, dans le domaine du commerce électronique, M. Vivant, « Le commerce électronique, défi pour le juge », *D.* 2003. Chron. 678 : « Le juge fait le droit en formalisant les usages et en en faisant de véritables normes; une décision canadienne a déjà donné raison à un fournisseur d'accès d'avoir mis fin à un contrat sur la considération des règles fixées par la nétiquette, règles sans nul doute bien pauvres, mais usages néanmoins et de la sorte, juridicisés ». Pour des décisions de justice française dans le même sens, v. *Petites affiches* 1^{er} août 2002, n° 53, p. 20 et s. V. aussi l'arrêt rendu le 2 mai 2002 par la Cour suprême de Californie (*Mark Kasky c. Nike*, SO87859). L'affaire opposait un citoyen américain à la société Nike qui, pour la production des vêtements et articles de sport qu'elle commercialise, fait appel à une multitude de sous-traitants dans les pays en voie de développement. Au début des années 1990, suite à la pression des médias et des associations de consommateurs, Nike est l'une des premières sociétés à reconnaître sa responsabilité sociale pour les travailleurs dans les usines de ses sous-traitants, et à adopter un code de conduite. Cependant, en octobre 1996, plusieurs médias américains révèlent que, contrairement aux engagements de Nike, les droits fondamentaux au travail ne sont pas respectés dans certaines usines de ses sous-traitants. Pour répondre à ces critiques, et pour éviter une désaffection de ses clients, la société Nike envoie plusieurs lettres à la presse, à des présidents d'Université et à des responsables de clubs sportifs pour réaffirmer que ses sous-traitants respectent les droits sociaux fondamentaux. Ce sont ces lettres qui ont fait l'objet du recours devant la justice californienne sur le fondement des règles relatives à la publicité mensongère. Les juges du fond ayant apprécié souverainement que le contenu des lettres était mensonger, la Cour suprême devait décider si ces fausses affirmations sur les conditions de production pouvaient être sanctionnées sur le fondement du droit de la consommation, autrement dit si elles avaient un caractère commercial. Or, la réponse donnée par la Cour à cette question est très nette : « Quand une entreprise commerciale, pour promouvoir et défendre ses ventes, fait des déclarations factuelles sur ses produits ou ses opérations, elle doit dire la vérité ». Où l'on voit clairement un juge donner une portée juridique à un code de conduite.

l'article 15 de Convention sur la diversité biologique dite convention de Rio. Mais le même constat pourrait être fait, *mutatis mutandis*, en matière de vivant humain, à propos de l'activité de biobanque, à présent fortement soutenue par les autorités publiques françaises et qui implique la conclusion de contrats.

Assurément, de nombreux contrats conclus sous l'égide de la convention de Rio ne respectent pas les impératifs d'intérêt général que celle-ci a fixés ; certes, de nombreux contrats ne cherchent qu'à satisfaire l'intérêt privé des parties qui les passent, ce qui est, après tout, la fonction première du contrat. Tout ceci est bien logique et n'appelle pas de commentaire spécifique.

Ce qui, en revanche, mérite d'être mis en exergue, c'est une variante *a priori* utopique du contrat mais qui commence à se réaliser ici ou là dans le domaine de l'exploitation du vivant, à savoir le contrat comme vecteur, non seulement de l'intérêt privé des parties à la convention, mais d'un intérêt plus généralement conçu.

Deux exemples, relativement isolés pour le moment mais qui pourraient faire tâche d'huile, illustreront la façon dont, contre toute attente, la liberté contractuelle permet d'affiner les concepts juridiques existants et de rééquilibrer les relations des parties prenantes au processus d'exploitation du vivant non humain ou humain.

En ce qui concerne les ressources végétales, on voit parfois le contrat servir à la création de biens communs, à l'image de la philosophie *open source* qui s'est développée en matière de logiciel libre. Ainsi de l'accord de licence établi entre le *Center for the Application of Molecular Biology to International Agriculture* (CAMBIA), dans le cadre de son initiative *Biological Innovation for Open Society* (Bios), dont le but consiste à mettre des outils de recherche à la disposition de tout chercheur. Si le licencié est bien seul propriétaire de l'innovation qu'il développe grâce aux outils mis à sa disposition, c'est à la condition qu'il mette à son tour cette innovation dans le pot commun, de sorte que la communauté scientifique y puise de quoi enrichir ses travaux. Cette licence atypique cherche ainsi à articuler des intérêts que la tendance à l'exclusivisme du droit des brevets a rendus de moins en moins convergents : celui des inventeurs — protégés de la contrefaçon —, celui des chercheurs — libres de puiser dans un *pool* de ressources — et celui de la société qui devrait gagner à un tel montage *a priori* favorable à l'innovation.

Dans le domaine des ressources génétiques issues du corps humain, on observe, principalement aux États-Unis, que des patients, regroupés en associations, assignent un double objectif au contrat. D'un côté, une fonction d'échange : il y va de l'intérêt des malades que leur matériel biologique soit prélevé et donne lieu à des recherches, ce qui suppose qu'il puisse circuler entre différentes parties. De l'autre, une fonction de correction des mécanismes législatifs, considérés comme inaptes, à eux-seuls, à prévenir un usage inéquitable des matériels biologiques et, en dernière analyse, à satisfaire l'intérêt commun.

De cette tendance, un contrat conclu entre l'association *PXE International*, regroupant des patients atteints par une maladie génétique rare, et l'Université

d'Hawaï constitue un bon exemple¹¹. Il s'attache à prévoir précisément les conditions de prélèvement puis de circulation du matériel prélevé et, enfin, les conditions auxquelles les innovations qui pourront en découler seront exploitées. Or c'est en ce point précis que le contrat innove. Il prévoit en effet que l'association de patients deviendra co-titulaire des brevets délivrés. À cet effet, l'association doit être « co-inventeur », ce qui suppose qu'elle ait activement participé au développement de l'invention; elle doit encore acquitter les taxes nécessaires à l'entretien du ou des brevets, alors même que l'exploitation commerciale de ces derniers reste aléatoire. Il n'empêche, par le biais du contrat — qui n'a pas ici pour objet la classique cession ou licence de brevet mais les modalités de son attribution et de son exploitation —, l'association acquiert une puissante faculté de contrôle : en tant que co-titulaire du brevet, elle peut non seulement obtenir une rémunération sur l'éventuelle exploitation de ce dernier (en touchant un pourcentage sur chaque test vendu) mais aussi et surtout une maîtrise de l'exercice des droits de propriété intellectuelle l'autorisant à contrôler les développements commerciaux et lui conférant une marge de manœuvre à l'égard de la politique commerciale de ses co-contractants.

*
* *

Avant d'être engagé, le juriste est d'abord un analyste : à ce titre, il constate que l'exploitation du vivant constitue l'un des magnifiques postes d'observation des rapports complexes et changeants entre initiatives privées et loi.

Engagé, le juriste n'hésite pas à utiliser toutes les ressources de son art (codes de bonne conduite, contrats, loi) pour parvenir aux fins qu'il estime justes. Mais c'est alors qu'il peut achopper sur un nouveau renversement de perspective. Certes, la plasticité du droit (en ce sens neutre) permet le recours à toutes sortes d'instruments techniques mais en invitant les parties vulnérables (populations autochtones, associations de malades, etc.) à se défendre, et en leur donnant les outils pour y parvenir, on peut aller au-delà des intentions premières, par exemple en permettant aux destinataires de ces outils de s'insérer dans la sphère marchande qu'un certain engagement social peut vouloir restreindre. Décidément, le juriste engagé est gêné du fait que sa discipline, outil efficace de transformation du social, est quand même toujours un auxiliaire — une béquille ? — de changements qui le dépassent.

11. V., E. Marshall, « Patient Advocate Named Co-Inventor On Patent for the PXE Disease », *Science* 2004, n° 305, p. 1226.

Accès au médicament et commerce international

Isabelle Moine-Dupuis

*Maître de conférences à l'Université de Bourgogne,
Centre de recherches sur le droit des marchés
et des investissements internationaux (CREDIMI)*

La santé pour tous en l'an 2000 : tel était l'objectif de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) dans les années 1970. L'an 2000 survint et il fut dès lors question de la santé pour tous en 2025. C'était l'aveu d'une réalité qui n'était ignorée de personne : le premier objectif n'avait pas été atteint.

Selon les estimations de l'OMS, seulement 15 % de la population mondiale consommerait 90 % des médicaments en valeur. En effet, si dans les pays au revenu élevé, les deux tiers des médicaments sont prépayés par le budget de l'État et les programmes de sécurité sociale; dans les pays les plus pauvres, au contraire, 50 à 90 % des médicaments sont payés directement par les ménages au moment de la maladie, rappelait Hélène van den Brink¹.

De prime abord le problème est économique : le système économique mondial (s'il est possible de parler de système à ce propos) ne permet pas de donner à chacun l'accès aux médicaments même essentiels, même efficaces contre des maladies qui nous paraissent d'un autre âge comme la tuberculose. Mais à supposer qu'il soit le seul responsable de ce qu'il faut bien appeler un désastre quotidien et silencieux (nul fracas d'armes, peu de unes médiatiques), est-ce à la seule discipline économique qu'il faut en appeler, et le droit ne peut-il rien ? Le droit économique ou le droit du commerce international est-il fait seulement pour assister à la lutte du pot de terre contre le pot de fer ? Ses concepteurs ne l'ont sans doute pas voulu neutre ou impuissant.

Le droit a une importance égale à celle de l'économie, y compris pour une question comme celle du prix du médicament, qui focalise l'essentiel des discussions : ce

1. « Existe-t-il des médicaments essentiels auxquels privilégier l'accès », in I. Moine-Dupuis (dir.), *Le médicament et la personne*, Dijon, CREDIMI, 22 au 23 septembre 2005, Litec, 2007.

prix est en effet largement celui de la propriété intellectuelle, clé du débat. Or la question du brevet est éminemment juridique. Ensuite, l'affirmation d'un droit à l'accès par les conventions internationales met au défi l'efficacité du droit face à une logique induite par la stratégie des entreprises pharmaceutiques, stratégie qui n'est propre à aucune, mais peut être considérée comme générale. Cette stratégie est étroitement liée à la spirale « infernale » de l'innovation quasi-obligatoire, laquelle semble dépendre davantage des marchés que des besoins premiers.

Après avoir rappelé l'existence et l'importance d'un droit d'accès au médicament reconnu sur le plan international (I), il sera nécessaire de le confronter à certaines réalités, celle du prix du médicament (II), ainsi que celles des difficultés structurelles à rendre possible très concrètement cet accès (III). Faire ainsi une sorte d'état des lieux n'est pas inutile, afin de bien comprendre les enjeux fort complexes de cette question qui, tout en étant un aspect du problème plus général du développement, a néanmoins des éléments bien spécifiques. Il s'agit, à cet égard, de « civiliser le commerce international », selon l'expression de Portalis. La voie choisie est plutôt celle de la négociation et de l'appel à la « bonne » volonté éthique des agents économiques du secteur. Tout en ayant ses limites, cette voie paraît la seule réaliste à l'heure actuelle. Ne constitue-t-elle pas un piège ? Une nouvelle fois, une réflexion est à mener sur les rapports de la force et du droit (IV).

I. L'IMPORTANCE INTRINSÈQUE DE LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT À L'ACCÈS AU MÉDICAMENT

La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, du 4 avril 1997, dite « convention d'Oviedo », affirme l'obligation des États d'assurer « un accès équitable à des soins de santé de qualité appropriée » (art. 3)². Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels proclame aussi ce droit (voir en particulier les articles 12.1 et 12.2). L'Unesco associe les droits de l'homme et l'accès au médicament. Mais quelle est l'utilité de tout cela si rien n'est appliqué dans les faits ? Le contraste entre la pauvreté des hommes et la richesse des textes qui proclament leurs droits n'est plus à démontrer. Il serait vain et cruel d'insister à nouveau, une avalanche de rapports, articles et textes divers le mettant suffisamment en évidence.

Il est plus difficile d'affirmer cependant que ces déclarations et conventions ne visent qu'à nous donner bonne conscience et seront dépourvues de toute influence dans l'avenir. Il ne s'agit surtout pas de refaire un procès d'intention, mais de voir si ce « droit mou » peut s'endurcir par des moyens qui lui seraient accessibles. Rappelons qu'avant de mettre les faits en conformité avec le droit (ou du moins de les rapprocher du droit), il faut identifier et proclamer celui-ci. Les révolutionnaires

2. V., R. Andorno, G. Velasquez, in *Le médicament et la personne*, *op. cit.*

l'avaient bien compris, et l'importance d'une déclaration réside en ceci qu'elle rend plus insupportable encore le contraste entre ce qu'elle contient et ce que vivent les uns et les autres.

Les droits de l'homme ne sont pas tout le droit, mais ils en font partie, et sans texte, qui peut le rappeler ? Certes, ils appartiennent à une recherche « par le haut », et appartiennent plus à un engagement par la pensée que par la pratique du droit (pour reprendre le titre du présent colloque) : l'action sans la pensée n'étant pas dépourvue du risque d'aller parfois à contre-courant du but recherché !

La pensée comme l'action cependant se heurte à des obstacles de taille : en premier lieu, celui du prix du médicament, produit dont la fabrication et encore davantage l'invention représentent des coûts énormes. Nous verrons que la question des brevets est l'objet d'un véritable « conflit juridique » à l'échelle mondiale, loin d'être clos.

II. LE PROBLÈME DU PRIX DU MÉDICAMENT

Le débat sur la scène juridique et politique tourne principalement autour de la question du prix du médicament, et le débat, en raison du problème des brevets, se trouve largement sur la scène juridique, que ce soit devant les juridictions nationales ou devant l'Organisation mondiale du commerce. Il s'agit en effet d'arbitrer entre coût et prix, c'est-à-dire à tenter de diminuer le second face à l'argument du premier, que les laboratoires font constamment valoir.

La question du prix dépend de deux facteurs :

- du côté du concepteur-distributeur : l'existence d'une propriété intellectuelle, sur laquelle le secteur s'appuie pour innover, renchérit considérablement le produit médicament ;

- du côté de l'acheteur : la prise en charge est insuffisante voire inexistante dans nombre de pays pauvres. Dès lors l'exclusion est double.

Premièrement, la complexité technique, la lourdeur financière et la concurrence, caractéristiques du secteur pharmaceutique, excluent de la production de médicament la majorité des pays : ce qui entraîne une *situation de dépendance* sanitaire totale des États, l'enjeu étant d'ailleurs non seulement sanitaire mais aussi politique.

Deuxièmement, la faible protection sociale exclut les populations de l'accès au traitement (notamment dans la durée : voir (*infra*) exemple observé à Haïti³) : cela génère une *situation de nécessité* des individus, et ne concerne pas uniquement les pays les moins avancés (PMA) et les pays en développement — il y a des pays riches

3. V., A. Castro et P. Farmer, « Violence structurelle, mondialisation et tuberculose multi-résistante », *Anthropologie et Sociétés* 2003, vol. 27, n° 2, *Cultures et médicaments*, p. 22 et s. (spéc. p. 30 et s.)

où la protection sociale est faible, relativement bien sûr, et où les malades ont du mal à se soigner ; et d'autres dont l'histoire politique particulière a engendré de considérables écarts de développement internes, ainsi l'Afrique du Sud —. Face à cette situation, certains pays comme l'Inde se sont spécialisés dans la production de médicaments génériques. D'autres ont invoqué leur situation sanitaire pour tenter de « passer en force », comme l'Afrique du Sud, ce qui lui valut un procès dont il sera question un peu plus loin.

La production de médicaments demande des investissements financiers qui ne mettent pas cette industrie à la portée de tous les pays, et qui pour les pays industrialisés (et leurs entreprises dans le domaine) impliquent une protection juridique par brevet couvrant des frais en augmentation constante. Il s'agit d'une industrie à risques financiers importants : pour inventer et expérimenter un nouveau médicament, il faut environ 10 à 12 ans⁴, durée pendant laquelle l'entreprise compte (dans un secteur très concurrentiel) sur les revenus qu'un autre médicament plus ancien, mis sur le marché et encore breveté, lui rapporte.

Ce sont donc les médicaments commercialisés qui financent la recherche des nouveaux. Tout serait encore assez simple si les firmes attendaient la mise sur le marché ou les dernières phases administratives pour déposer un brevet, mais tel n'est généralement pas le cas, puisqu'il faut déposer le brevet avant les concurrents, souvent à la phase III d'expérimentation, quand on peut supposer que la molécule testée donnera quelque chose et que l'on s'intéresse désormais aux possibles effets secondaires. Donc quand le médicament est sur le marché, pour une protection de 20 ou 25 ans (en cas de certificat complémentaire de protection), on en a déjà « mangé » un quart ou la moitié, et l'entreprise essaie d'en tirer le maximum de profits avant le terme du brevet.

On comprend dès lors les enjeux de cette « bataille » de la propriété intellectuelle, ainsi que le fait suivant : les pays qui ont les besoins les plus importants en médicaments de base non seulement n'ont pas les moyens de les fabriquer, mais ils n'ont pas non plus ceux de les acheter. C'est ce qu'exprime Bernard Kouchner en disant que les malades sont au Sud et les médicaments au Nord. Cette absurdité provient largement du fait que les impératifs des pays et ceux des entreprises sont en presque parfaite discordance, les premiers n'ayant pas systématiquement besoin des innovations, les secondes en vivant.

L'innovation sacrifierait-elle ainsi le médicament essentiel ? Cette logique « perverse » est-elle inéluctable ? Il faut ajouter que l'innovation elle-même est de plus en plus problématique (trouver une nouvelle molécule est de plus en plus difficile scientifiquement et coûte de plus en plus cher). Sur 10 000 molécules criblées (la technique du criblage est la plus moderne), 100 seront testées, 10 seront retenues comme « candidates » à la commercialisation, et cela donnera finalement, après la période de recherche clinique, un médicament.

4. 10 ans en moyenne de recherche auxquelles s'ajoutent les procédures administratives conduisant à l'autorisation de mise sur le marché (AMM).

Le problème se complique encore du fait que les firmes se tournent, faute d'innovation dans le médicament chimique, vers le biomédicament (issu d'organismes vivants tels des bactéries modifiées par génie génétique). Il faut noter que les biomédicaments n'appartiennent pas tous à une médecine futuriste, beaucoup sont des médicaments courants (40 % de l'innovation pour les firmes françaises en 2004⁵) voire déjà anciens⁶. Cependant, les besoins les plus immédiats en médicaments traditionnels restent les plus criants, et l'arrivée des génériques ne concerne encore (sur une échelle notable) que ces derniers.

L'Accord sur les ADPIC (Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce) prend en compte ces difficultés et tente d'imposer l'impératif de santé publique⁷. Ce dernier concept s'est ainsi internationalisé, au cœur même de l'institution « reine » de la libéralisation du commerce international, à savoir l'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁸. Pourtant, il faut rappeler le contexte et les limites de cette intégration. Un procès opposa en 2001 pas moins de 39 laboratoires pharmaceutiques à l'Afrique du Sud, dont le gouvernement avait décidé de passer outre à la protection par brevet des médicaments contre le Sida. Juridiquement, il présente un double intérêt : d'abord parce qu'il oppose deux « logiques », celle de la propriété intellectuelle (les antirétroviraux étaient en effet brevetés et donc non librement exploitables), d'une part, et d'autre part celle d'un droit à l'accès au médicament notamment dans un contexte d'urgence médicale. Il pose ainsi la question du statut du médicament, marchandise certes mais marchandise de première nécessité, voire un bien public mondial⁹. On pourrait rapprocher ce débat de celui qui oppose droit de propriété et droit au logement.

Le procès n'a pas abouti en raison du retrait de la plainte. L'image des laboratoires en question aurait été fortement ternie par une obstination à faire condamner l'Afrique du Sud. Il n'en demeure pas moins un événement important¹⁰. La Déclaration de Doha et la décision du 30 août 2003 du Conseil général de l'OMC s'en sont suivies.

La Déclaration de Doha du 4 novembre 2001 autorise les licences obligatoires, autorisations données par une autorité publique d'utiliser un procédé ou de faire fabriquer un produit sous brevet sans le consentement du titulaire de celui-ci ; mais cette faculté n'est ouverte alors que pour le marché intérieur. Les pays incapables de produire sont donc laissés de côté. La décision du 30 août 2003 permet, elle, l'exportation de ces produits vers les PMA, et vers les autres pays : mais ces derniers doivent

5. Chiffre du LEEM (Les Entreprises du Médicament).

6. Les premières sociétés les concevant ont déjà trente ans (Genentech, fondée en 1976).

7. V., A.E. Kahn, « Les licences obligatoires », in *Le médicament et la personne*, op. cit.

8. Se reporter à ce sujet à la thèse de C. Jourdain-Fortier, *Santé et commerce international*, Litec, coll. « CREDIMI », 2006.

9. V., A. Martin, « Le médicament, une marchandise pas comme les autres », in *Le médicament et la personne*, op. cit.

10. V. à ce sujet A. El Kosheri (dir.), *L'éthique dans les relations internationales*, colloque du centre René-Jean Dupuy et du CREDIMI, Biblioteca Alexandrina (Alexandrie, Égypte), 2005, Litec, coll. « CREDIMI », 2006.

fournir la preuve de leur insuffisance en termes de production. La décision impose aussi des mesures pour éviter le détournement des produits.

Mais rien ne peut jamais être considéré comme acquis du fait d'un accord quel qu'il soit, et que la négociation est un processus continu¹¹. D'ailleurs des accords bilatéraux ont été signés depuis la décision de 2003, afin d'accroître la protection des médicaments et ainsi en limiter les effets.

L'accès efficace aux médicaments est aussi arrêté par d'autres obstacles, plus abrupts encore. L'insuffisance du traitement des maladies « anciennes » (trypanosomiase africaine ou « maladie du sommeil », paludisme...) le confirme.

Mais il existe d'autres obstacles que le prix, liés moins au produit lui-même qu'aux structures indispensables à sa distribution : un médicament n'est pas en effet un bien de consommation courante, il doit se prescrire, être pris durablement et avec régularité, dans des conditions matérielles, sociales et même psychologiques adéquates pour être efficace.

III. LA QUESTION DES STRUCTURES ET DES INSTITUTIONS

Le prix n'est pas le seul problème. Même si le médicament est à bas prix, son acheminement jusqu'au malade pose de nombreux problèmes d'ordre institutionnel¹², et anthropologique :

- les structures de distribution font parfois défaut, ou bien ne sont pas adaptées à la population ;
- celle-ci se « trompe » parfois sur ses « besoins réels » (de faux besoins sont créés : un des « médicaments » les plus demandés en Afrique serait, d'après un professionnel du secteur, un produit blanchissant la peau) ;
- il existe parfois des maladies liées à la tradition (par exemple à l'engraissement des petites filles en Mauritanie) ;
- les circuits parallèles de distribution (traditionnels ou électroniques) posent parfois de graves problèmes. ;
- il faut encore mentionner les difficultés liées à la corruption ; les désorganisations dues aux conflits, les réticences politiques ou culturelles, etc.

Ces difficultés sont d'autant plus graves que le médicament n'est pas un produit à utiliser de n'importe quelle manière. Le médicament est lié à une prescription dont les deux caractères, régularité et durée, sont essentiels. Le respect de ces prescriptions et durées peuvent déjà être problématiques dans les pays industrialisés. Il l'est beaucoup plus dans des populations non médicalisées comme le sont les populations des Pays moins avancés Alors la régularité est fréquemment perturbée par les contraintes

11. V. sur ce point *infra*, p. 387.

12. V. les travaux des économistes du CLERSE (Lille 1), notamment « Accès au soins et problèmes institutionnels » (colloque novembre 2004).

professionnelles et culturelles (crainte de révéler sa maladie au sein de communautés étroitement liées par exemple), et par le nombre insuffisant de médecins par habitants. Et la précarité financière extrême est souvent une cause d'interruption prématurée du traitement (exemple de la tuberculose à Haïti).

Il est important de ne pas oublier les aspects psychologiques de la prise du médicament. Ces aspects sont présents dans toutes les sociétés. Mis à part les problèmes réels de présentation, combien de personnes en Occident ont d'abord rejeté le médicament générique parce qu'il ne portait pas le nom magique de ce qui guérit, ou est proposé par le pharmacien qu'on soupçonne forcément moins compétent que le médecin et surtout son médecin habituel ! L'effet placebo et l'incorporation psychique du médicament jouent aussi bien dans ce cas que dans celui d'un Targui vu par un anthropologue en train de cracher dans sa main où se trouvait le médicament, afin de l'enrober de sa salive avant de le consommer.

Même lorsque nous avons affaire à des populations en situation de besoin de traitement, tout acte médical est lié au consentement. Le patient qu'il soit du Nord ou du Sud, de l'Ouest ou de l'Est n'est pas un objet à soigner mais un sujet (l'exemple du Targui ci-dessus le montre déjà). Il faut éviter que le moindre développement (qui n'est pas seulement une question de croissance, mais implique le niveau d'éducation, d'information...) de certaines populations entraîne de moindres exigences en terme de respect des personnes. Cette dimension du consentement libre et éclairé devrait, à notre avis, avoir davantage de place dans les réflexions sur le commerce international du médicament. Ce problème est à situer en vis-à-vis de la délicate question des expérimentations biomédicales, sans réglementation dans de nombreux pays¹³. Il est indispensable de faire progresser les droits du patient et du volontaire sain dans le droit international, soit par la voie des conventions (qui doivent être relayées par les législations étatiques), soit par la voie de l'éthique des entreprises (qui doivent éviter le « tourisme » dans ce domaine).

Il est enfin nécessaire d'éviter la résurgence des préjugés qui eurent cours au XIX^e siècle à l'égard des classes populaires. Alors, l'aide sociale fut parfois stoppée au nom du faible niveau d'alphabétisation et de la misère sociale et morale. Ces éléments ne doivent pas décourager mais inciter à parfaire la communication indispensable à l'administration d'un traitement : des relais sont indispensables pour expliquer le traitement (comment lire une notice si on ne sait pas lire ?). Et l'information (y compris d'ailleurs dans les sociétés alphabétisées) doit être adaptée au patient¹⁴.

13. Les phases III et IV de l'expérimentation d'un produit pharmaceutique rendent obligatoires (pour la mise sur le marché) l'expérimentation sur l'être humain.

14. Notamment la loi du 4 mars 2002 sur les droits des patients ; mais avant elle, la jurisprudence ne s'exprimait pas autrement.

IV. LES FAIBLES FORCES AU SERVICE DU DROIT À L'ACCÈS AU MÉDICAMENT

Nous ne ferons ici que passer en revue quelques-unes des voies en cours d'exploitation, sans manquer de remarquer, préalablement et comme rappelé plus haut, la double difficulté de l'accord entre États et de la mise en œuvre pratique de cet accord.

Le meilleur moyen de faire entrer en application un accord demeure le « relais » étatique (qu'il passe par la loi ou par les décisions de justice). Nul n'en a jusqu'à présent trouvé de meilleur, à notre connaissance.

Quel serait le « contrat » minimal, c'est-à-dire les éléments sur lesquels les États peuvent s'accorder concernant la santé publique : on se trouve alors dans une recherche « par le bas », qui comporte *a priori* les défauts exactement inverses de celle fondée sur les droits de l'homme (v. *supra*).

A. L'APPUI SUR L'HUMANITAIRE

Trois éléments sont à remarquer :

– D'abord, il importe de noter que l'aide aux populations et leur accès au médicament doivent être indépendants de la promotion des droits de l'homme au sens « historique » du terme ; *l'accès au médicament n'est pas un droit et/ou une liberté politique, un droit du citoyen (et de la citoyenne), à promouvoir*. Cette remarque peut être jugée choquante, mais il ne s'agit aucunement de hiérarchiser les objectifs ; simplement de reconnaître leur différence.

Plus encore que la théorie, la pratique de l'engagement montre qu'il est délicat de mélanger ces deux genres, une organisation ou une institution humanitaire risquant de se faire « remettre à sa place » si elle pointe les atteintes aux droits de l'homme dans le pays où elle travaille.

– Ensuite, un débat existe sur l'efficacité comparée des grandes Organisations non gouvernementales (ONG) et des opérations ponctuelles et locales. Il semble que chacune ait son rôle : les secondes, sans moyens suffisants pour lutter contre les épidémies et pandémies de grande ampleur, ont l'avantage de la proximité des populations. Du fait même de leur inhérente modestie, elles se font souvent bien accepter par les autorités locales.

– Enfin, notons que la question du contrôle et de l'acheminement des marchandises est souvent délicate (contrôle de la date de péremption des médicaments, acheminement jusqu'au patient) : le rôle des coopérations douanières (Organisation mondiale des douanes) a montré son efficacité dans différentes opérations (opération France-Ukraine, partie de Dijon).

B. LA PLACE SOUHAITABLE DE L'OBJECTIF DE SANTÉ PUBLIQUE DANS LES INSTITUTIONS INTERNATIONALES

Il est possible d'imaginer par exemple un plafond à la durée de protection par brevet, acceptable par tous les pays membres et que respecteraient les accords bilatéraux : elle risquerait à cette fin d'être très élevée, et il serait souhaitable d'exiger alors du pays demandeur (et indirectement des laboratoires) la preuve d'un besoin exceptionnel de recettes pour financer une recherche prioritaire en santé publique. Les entreprises pharmaceutiques privées non plus que les États dont elles confortent le PIB ne sont des organisations humanitaires. La difficulté est toujours de tenter d'accorder leurs intérêts avec ceux de la santé publique, et cette recherche d'ajustement entre États, puisque ce sont eux qui négocient, relève de contingences politiques et économiques plus qu'évidentes. Elle suppose de toute façon l'acceptation d'un intérêt public international, qui serait le commencement et la finalité d'une autorité publique elle-même acceptée.

Il est important de rappeler, comme cela a été fait plus haut¹⁵ que les négociations de l'OMC sont loin d'être figées : les ADPIC (les accords de l'OMC relatifs à la propriété intellectuelle) et la décision de 2003 ne sont pas encore totalement mis en œuvre. Il faudrait en particulier prendre en compte les raisons pour lesquelles les PVD et PMA ne déposent pas de notifications, et ensuite y remédier. Le concept même de négociation dans ce cadre est davantage un processus continu que ce que les droits nationaux conçoivent souvent sous la forme de préalables à une contractualisation plus ou moins définitive.

La prise en compte des savoir-faire traditionnels pourrait rééquilibrer quelque peu la domination des pays industrialisés, qui se manifeste aussi par ce que l'on nomme parfois *biopiraterie*¹⁶.

L'opinion publique a déjà œuvré dans l'affaire de *l'Afrique du Sud*. Mais elle ne peut aboutir sans un volontarisme des laboratoires, voire sans la bonne volonté de certains des hommes qui y travaillent.

C. L'APPUI SUR L'ÉTHIQUE SOCIALE DES ENTREPRISES (ET SES LIMITES)

L'éthique sociale des entreprises est un élément de marketing, et n'est donc nullement désintéressée. Elle n'est pas pour autant totalement dénuée d'intérêt.

L'outil du *Global compact* de l'ONU joue le jeu de l'éthique volontariste, contractualisée, a la préférence des géants de l'industrie notamment pharmaceutique. Dix principes pour l'essentiel relatifs à la protection de l'environnement (il s'agit en effet d'une émanation de la Déclaration de Rio de Janeiro en 1992) font l'objet d'une adhésion volontaire. Bien évidemment, il n'y a pas de moyen de contrôle mais nous ne sommes plus précisément dans une logique juridique traditionnelle de contrainte,

15. V. *supra*, p. 384.

16. V., W. Abdelgawad, in *Le médicament et la personne*, *op. cit.*

il s'agit d'incitation morale et financière (même si ces termes ont un aspect fortement antinomique)¹⁷.

D. L'ACCÈS AU MÉDICAMENT DANS L'AIDE AU DÉVELOPPEMENT : LE RÔLE DU DROIT

L'aide internationale existe (notamment par la Banque mondiale). Mais son efficacité est contestée¹⁸. Le problème est autant de baisser le prix des médicaments (ce qui ne peut se faire au-delà du raisonnable), que de résoudre la question de la prise en charge du coût pour le patient. C'est un problème qui concerne les pays industrialisés comme les autres, à la base, mais la différence se situe dans l'existence de systèmes sociaux de prise en charge.

À cet égard, aider les entreprises peut paraître une idée saugrenue : cette « aide » peut consister à compenser les pertes en terme de profit, en incitant ainsi les laboratoires à diminuer leurs prix et parfois à vendre à perte (ou à contre-courant des logiques de marchés).

Quoi qu'il en soit, ces armes aussi diverses qu'incertaines illustrent la difficulté de l'engagement dans un contexte particulièrement hostile aux forces du droit. C'est ici l'acception « physique » du terme qui pourrait être mis en exergue : s'engager signifiant entrer dans un espace étroit.

17. Sur cette question, v. C. Jourdain-Fortier et I. Moine-Dupuis, « L'éthique des entreprises pharmaceutiques, un équilibre difficile à trouver », in *L'éthique dans les relations économiques internationales*, *op. cit.*

18. V. *Le Monde* du 26 avril 2006.

Les normes de l'OIT et de l'OMC dans la coopération ACP-CE

Martin Gallié

*Docteur en droit, attaché temporaire d'enseignement et de recherche
à la Faculté de droit de Clermont-Ferrand*

Les liens, la complémentarité ou les contradictions, entre les normes de l'Organisation internationale du travail (OIT) et celles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), sont généralement étudiés à travers la question de la « clause sociale »¹. Il s'agit le plus souvent de savoir si l'OMC doit ou non connaître des normes de l'OIT, et en particulier des « normes fondamentales du travail »². Alors que la Confédération internationale des syndicats libres (CISL), principale organisation syndicale mondiale, s'est récemment prononcée en faveur d'une telle orientation³, la doctrine⁴ et les Organisations non gouvernementales (ONG) du mouve-

1. C. Granger et J.-M. Siroen, « La clause sociale dans les traités commerciaux », in I. Daugaireilh, *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.181-213; L.L. Arnold, « Labour and The World Trade Organization : Towards a Reconstruction of The Linkage Discourse », *Deakin Law Review*, 2005, vol. 10:1, pp. 83-120; M.-A. Moreau et G. Trudeau, « Les normes de droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional », *JDI* 2000, n° 1, pp. 916-948; M. Vellano, « Emploi et clause sociale dans le cadre de l'OMC », *RGDIP* 1998, n° 98/4, pp. 879-914; GRESEA, « Mondialisation et droits sociaux – La clause sociale en débat », GRESEA, Bruxelles, 1997; F. Maupain, « La protection internationale des travailleurs et la libéralisation du commerce mondial : un lien ou un frein ? », *RGDIP* 1996, pp. 1 et s.

2. Pour une analyse critique de cette réorientation « stratégique » de l'OIT vers un nombre restreint de droits, considérés comme centraux, on renverra à P. Alston, « Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda », *EJIL* 2005, vol. 16, n° 3; *contra* B.A. Langille, « Core Labour Rights — The True Story (Reply to Alston) », *EJIL* 2005, vol. 16, n° 3.

3. CISL, « Droits du travail et commerce — Qu'est-ce que la clause sociale ? », in CISL, *Guide syndical de la mondialisation*, 2^e ed., 2003, 181 p.

4. M.J. Trebilcock et M. Howse, « Trade and Labor Standards », *Minn. J. Global Trade*, 2005, vol. 14:2, pp. 261-300; *contra* S. Paquerot, « Les clauses sociales dans l'intégration économique des Amériques : outil de mise en œuvre des droits humains fondamentaux ou transformation de leur nature ? », Document présenté à la commission des institutions Assemblée nationale du Québec, automne 2000, disponible sur : instdev.concordia.ca; G. Lebel, « Le Piège de la clause sociale », *Rencontre continentale sur le droit social et du travail*, Association américaine des juristes, juillet, La Havane, 1996, 6 pages.

ment altermondialiste⁵ restent divisées sur la pertinence d'intégrer les normes de l'OIT à l'OMC. Quoiqu'il en soit, les débats inter-étatiques à l'OMC sont aujourd'hui au point mort depuis l'adoption en 1996 de la Déclaration ministérielle de Singapour⁶. Pour le moment, les États l'ont récemment confirmé⁷, l'OIT reste la seule organisation compétente dans l'établissement et la mise en application des normes du travail. Les deux institutions évoluent ainsi de manière séparée, sans aucun lien de subordination, sans souci de cohérence normative, si bien que les risques de contradictions entre les deux institutions se multiplient.

En amont de ces débats, cette étude propose d'examiner comment, en pratique, les normes de l'OIT et de l'OMC sont effectivement promues dans l'ordre juridique international et par là même de comprendre pourquoi elles restent dissociées et hiérarchisées. En effet, avant d'analyser comment ces deux branches du droit international interagissent, il nous semble préalablement nécessaire de saisir comment les États entendent les promouvoir et assurer leur respect. Comprendre comment le droit international est aujourd'hui structuré en règles hiérarchisées, pourquoi certaines règles sont véritablement contraignantes (celles de l'OMC), quand d'autres sont régulièrement violées en toute impunité (celles de l'OIT)⁸, suppose, selon nous, d'interroger le mode de formation de ce droit, c'est-à-dire les rapports de force, les mécanismes ainsi que la « doctrine » sur et par lesquels ce droit a été fondé.

Il nous semble ainsi important de rappeler que le droit international contemporain est inextricablement lié au processus colonial⁹. Ce processus a considérablement contribué à la création d'un droit international, défini unilatéralement par les

5. Groupe « Mondialisation » du CS d'ATTAC, « Normes sociales : quelles propositions avancer ? », 19 mars 2003, disponible sur : <http://hussonet.free.fr/>, *contra* Focus on the Global South [N. Bullard], « Entreprises quelle responsabilité sociale ? — Cherchez la faille », *Courrier de la Planète*, vol.64.

6. À cette occasion les États ont déclaré : « Nous renouvelons notre engagement d'observer les normes fondamentales du travail internationalement reconnues. L'Organisation internationale du Travail (OIT) est l'organe compétent pour établir ces normes et s'en occuper, et nous affirmons soutenir les activités qu'elle mène pour les promouvoir. » (§ 4 de la *Déclaration ministérielle de Singapour*, WT/MIN (96) DEC (1996) § 4). Lors de la Conférence ministérielle de Doha en 2001, les membres de l'OMC ont réaffirmé leur soutien à la disposition de la Déclaration de Singapour. Voir la *Déclaration ministérielle de l'OMC à Doha*, 20 nov. 2001, WT/MIN (01)/DEC/1, § 8. Nous soulignons toutefois que l'organe d'appel dans son rapport sur les *Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement* a semble-t-il ouvert la voie à la prise en compte des droits humains dans le cadre des préférences commerciales, en validant, implicitement, le régime spécial d'encouragement à la protection des droits des travailleurs prévu par le règlement de l'UE relatif au SPG. CE — *Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, WT/DS246/AB/R, 7 avril 2004.

7. V. le rapport de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, adopté par les États parties à l'OIT, *Une mondialisation juste : créer des opportunités pour tous*, 2003, publication OIT, 210 p.

8. C'est dans tous les cas le constat de la Commission européenne. COM (2001) 416 final, Communication de la Commission — Promouvoir les normes fondamentales de travail et améliorer la gouvernance sociale dans le contexte de la mondialisation, du 18 juillet 2001, p. 4.

9. M. Koskiennemi, *The Gentle Civilizer of Nations : The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 ; S. Laghmani, *Histoire du droit des gens — du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Paris, Pedone, 2003.

États du Nord¹⁰ et l'accession à l'indépendance des États du Sud ne semble pas avoir mis un terme à ce phénomène¹¹. Les deux groupes de pays ont maintenu des relations économiques et commerciales réglementées par des accords, qui prennent alors généralement le nom d'accords de coopération, et qui ont permis aux métropoles de maintenir des relations commerciales dites « privilégiées » avec leurs anciennes colonies. Aujourd'hui, c'est toujours la coopération, bilatérale et multilatérale, qui réglemente les rapports Nord/Sud sur les plans économiques, politiques et culturels et celle-ci reste un instrument particulièrement efficace permettant l'adoption de normes communes et contraignantes tant pour les États du Sud que pour les États du Nord.

C'est ce constat initial qui nous a conduit à étudier la coopération entre deux groupes de pays, l'un du Nord, la Communauté européenne (CE) et ses États membres et l'autre du Sud, les 78 États du Groupe des pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP). Plus précisément, à travers l'examen de l'Accord de Cotonou¹², qui régit actuellement les rapports entre les deux groupes de pays, nous souhaitons examiner comment les États entendent promouvoir et respecter simultanément tant les normes de l'OIT que celles de l'OMC. Le choix de cet objet s'explique également par le fait que la coopération entre les deux groupes de pays est la première à avoir tenté d'établir un lien entre les normes commerciales et celles de l'OIT¹³.

Nous présenterons ainsi dans une première partie les obligations internationales à la charge des deux groupes de pays : celles relatives au droit du travail dans un premier temps puis celles relatives aux obligations découlant de l'OMC dans un deuxième temps (I). Dans une seconde partie, nous examinerons les différents mécanismes déployés pour assurer la conformité de la coopération avec ces deux champs du droit international (II). En conclusion, nous proposerons un bilan à la fois sur l'efficacité des différents mécanismes mis en œuvre pour assurer le respect de ces obligations et plus globalement sur la contribution de la coopération européenne au respect et à la protection des droits des travailleurs.

10. A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge Studies in International and Comparative Law, n° 37, 2004, pp. 100 et s.

11. M. Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Unesco, Paris, 1979, pp. 80 et s.

12. Accord de partenariat entre les membres du groupe d'États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP) d'une part et la Communauté européenne et ses États membres d'autre part, signé à Cotonou, le 23 juin 2000, JOCE L. 317 du 15 décembre 2000.

13. Dès 1966, des syndicats ouvriers français (FO-CGT) ont demandé à ce que l'Organisation internationale du travail soit associée à la coopération entre les deux groupes de pays pour l'établissement de normes internationales en matière de condition de travail. Pour la CGT deux domaines sont alors prioritaires, les accidents du travail et l'assurance-maladie. Elle propose que cette protection sociale soit financée par une politique de désarmement à l'échelle internationale. Il faudra cependant attendre 1978 pour que la Commission propose d'établir un lien entre la coopération et les normes de l'OIT. V., Ph., Altson, « *Linking Trade and Human Rights* », *German Yearbook of International Law*, 1980, vol. 23, p. 126-158 et S. Schirmann, « Les syndicats français et la coopération avec l'Afrique dans les années 1960 », in M.-T. Bitsch et G. Bossuat, *L'Europe unie et l'Afrique — De l'idée d'Eurafrique à la Convention de Lomé I*, Bruylant, 2005, pp. 361-373, spéc. p. 366.

I. L'OBLIGATION DE RESPECTER LES NORMES DE L'OIT ET DE L'OMC PAR LES ÉTATS PARTIES

Jusqu'à l'Accord de Cotonou, les stratégies préconisées pour atteindre les objectifs des accords de coopération reposaient principalement, sur deux mécanismes : des avantages commerciaux particuliers et une aide financière.

La promotion des droits des travailleurs a donc longtemps été reléguée au second plan des politiques de coopération¹⁴. L'amélioration des conditions de travail était alors essentiellement envisagée comme une conséquence de stratégies commerciales et financières et non comme un moyen ou comme une condition du développement. En d'autres termes, le respect des droits des travailleurs devait découler mécaniquement d'une stratégie de développement centrée sur les échanges extérieurs. Il faut donc attendre l'Accord de Cotonou, entré en vigueur en avril 2003, pour que des dispositions spécifiques relatives aux normes de l'OIT soient intégrées dans le corps même du texte de l'Accord¹⁵.

Nous présenterons dans un premier temps les obligations des États en ce qui a trait aux normes de l'OIT (A) puis de l'OMC (B).

14. En 1978, lors des discussions précédant l'adoption de la deuxième convention de Lomé, l'OIT, à la demande de la CEE avait fourni un projet afin d'éviter que la compétitivité des produits importés des pays ACP ne soit pas obtenue au détriment des conditions de vie équitables de leur main-d'œuvre. Le projet reprenait une série de principes de base du droit du travail tels l'interdiction de la discrimination, le libre choix de l'emploi, les conditions de travail et de vie, la sécurité sociale, les relations professionnelles et l'inspection du travail. À la suite de ce rapport la Commission a adopté une communication qui proposait de lier les préférences commerciales au respect d'un certain nombre de droit « standards ». Confrontée à l'opposition des États ACP, qui contestent alors le caractère unilatéral du mécanisme et dont l'insertion ne semble pas dépourvue d'arrière pensée protectionniste, la Communauté dut renoncer à lier les préférences commerciales au respect des droits des travailleurs. V., G. Caire, « Clause sociale et commerce international », *Revue du Tiers Monde*, t. XXXVII, n° 148, octobre-décembre 1996, pp. 803-827 ; *Les droits de l'homme, une responsabilité commune*, rapport du Directeur général, Conférence internationale du travail, 75^e session, 1988, p. 64 ; COM (78)47 final, *Memorandum on the Linking of Economic Aid and Human Rights* ; COM (78)492 final, *Development Cooperation and the Observance of Certain International Standards Governing Working Conditions*, Bruxelles, 10 novembre 1978 (disponible sur : http://aei.pitt.edu/3792/01/001273_1.pdf).

15. Sous la pression des États ACP les institutions européennes ont finalement accepté que la deuxième convention de Lomé (1979) contienne en annexe une Déclaration commune relative aux travailleurs ressortissants de l'une des parties contractantes résidant légalement sur le territoire d'un État ACP ou d'un État membre de la Communauté. Ces dispositions seront systématiquement reprises dans les conventions de Lomé successives. Lomé III intégrera une Déclaration commune sur les travailleurs migrants et les étudiants ACP dans la Communauté qui sera reprise dans Lomé IV. Enfin, l'article 5§2 de la quatrième convention de Lomé demande aux parties de veiller à ce que les ressortissants étrangers ne fassent l'objet d'aucune discrimination. Toutes ces dispositions resteront cependant largement dépourvues de toute force contraignante. K. Arts, *Integrating Human Rights into Development Cooperation : The Case of the Lomé Convention*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, 452 pp.

A. L'OBLIGATION DE RESPECTER LES NORMES DE L'OIT

L'Accord de Cotonou est composé de deux documents distincts : le texte de l'Accord et un *compendium*¹⁶ qui détaille les objectifs des stratégies sectorielles de coopération. Ces deux documents contiennent de nombreuses références aux obligations des États parties en matière de droits humains, de droits des femmes, et de droits des enfants¹⁷. On se limitera cependant ici à présenter les dispositions portant spécifiquement sur les droits des travailleurs.

L'Accord aborde la question des droits des travailleurs et des travailleuses, en se référant explicitement aux normes du travail élaborées par l'OIT. Dans le préambule, les États parties déclarent vouloir « respecter les droits fondamentaux des travailleurs » et tenir compte des principes contenus dans les conventions pertinentes de l'OIT¹⁸.

À l'article 50, les Parties réaffirment leur engagement de respecter les normes fondamentales du travail reconnues au niveau international et qui sont définies dans les conventions de l'OIT¹⁹. Cet engagement est cependant limité. Les parties conviennent que les normes de travail ne doivent pas être utilisées à des fins de protectionnisme international ; la règle de libéralisation prévaut donc sur le respect des réglementations relatives au travail.

L'Accord ne prévoit aucun mécanisme particulier visant à garantir l'effectivité des normes de l'OIT dans le cadre de la coopération ACP-CE. Celle-ci n'est donc pas conditionnée par les règles de l'OIT. Le principe de mise en conformité des législations nationales avec ces règles n'est assorti d'aucun mécanisme contraignant dans le cadre de la coopération ACP-CE. Les Parties acceptent simplement d'améliorer la coopération en la matière et notamment dans les domaines suivants :

- échange d'informations sur les dispositions législatives et réglementaires relatives au travail ;
- élaboration d'un droit du travail national et renforcement de la législation existante ;
- programmes scolaires et de sensibilisation ;
- respect de l'application des dispositions législatives et réglementaires nationales relatives au travail²⁰.

16. *Compendium des stratégies de coopération*, Commission européenne DE 110, novembre 2001.

17. On précisera simplement qu'à l'article 9§1 les parties affirment que le respect des droits humains fait partie intégrante du développement, elles « réitèrent leur profond attachement à la dignité et aux droits de l'homme » et postulent « le respect et la promotion de l'ensemble des droits de l'homme ».

18. Préambule de l'Accord, al. 12.

19. Parmi ces Conventions l'article 50 de l'Accord mentionne : la liberté syndicale et la protection du droit syndical, sur le droit d'organisation et de négociation collective, sur l'abolition du travail forcé, sur l'élimination des pires formes de travail des enfants et sur la non-discrimination en matière d'emploi.

20. Article 50, § 2 et 3 de l'Accord de Cotonou.

La seule disposition potentiellement contraignante en matière de droit du travail se trouve à l'article 13 § 3 ; en vertu duquel chaque État membre doit traiter les travailleurs ressortissants d'un pays ACP exerçant légalement une activité sur son territoire, sans discrimination fondée sur leur propre nationalité, au regard de leurs conditions de travail, de leur rémunération et en cas de licenciement. Ce qui rend cette disposition potentiellement contraignante, à l'inverse des autres²¹, c'est que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a déjà estimé que des dispositions semblables contenues à l'article 40 de l'Accord de coopération CEE-Maroc du 27 avril 1976 pouvaient avoir un effet direct dans l'ordre juridique communautaire. Ces dernières pourraient donc être invoquées par les ressortissants ACP pour rendre l'article 13 § 3 (égalité de traitement) contraignant²².

B. LA MISE EN CONFORMITÉ DE LA COOPÉRATION AVEC LES RÈGLES DE L'OMC

La coopération économique et commerciale ACP-CE fut longtemps considérée comme un modèle. Les conventions de Lomé, qui ont précédé l'Accord de Cotonou, sont généralement présentées comme l'une des rares contributions concrètes des États du Nord à l'élaboration d'un *Nouvel ordre économique international* que les pays du Sud réclamaient en vain au milieu des années 1970²³. Mais depuis la condamnation des conventions de Lomé par l'Organe de règlement des différends de l'OMC dans l'affaire de la *banane*²⁴, les institutions communautaires ont clairement fait comprendre aux États ACP qu'elles ne souhaitent ni maintenir un régime commercial contraire aux règles de l'OMC, ni modifier les règles multilatérales afin de « légaliser » les mécanismes préférentiels de Lomé²⁵. Bref, la coopération n'a plus pour objectif de changer les règles commerciales, « en faveur d'un ordre plus juste et plus équilibré »²⁶, mais doit assurer le respect des dispositions multilatérales par les États parties.

21. B. Martenczuk, « From Lomé to Cotonou : The ACP-EC Partnership Agreement in a Legal Perspective », *European Foreign Affairs Review*, vol. 5, 2000, pp. 461-487.

22. V. C-416/96, *El-Yassini*, 1999, p. I-1209, pt. 32. On soulignera également que la solution retenue dans l'affaire *Simutenkov*, en faveur d'un footballeur russe, peut désormais être étendue à l'ensemble des sportifs ACP. Dans cette affaire, la Cour a conclu que l'accord établissant un partenariat entre les CE et la fédération de Russie, du 24 juin 1994, devait être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'application à un sportif professionnel de nationalité russe, régulièrement employé par un club établi dans un État membre, d'une règle édictée par une fédération sportive du même État, selon laquelle les clubs ne sont autorisés à aligner, dans les compétitions organisées à l'échelle nationale, qu'un nombre limité de joueurs originaires d'États tiers qui ne sont pas parties à l'accord sur l'Espace économique européen. En d'autres termes, les sportifs ACP ne devraient plus être victimes de quotas au sein des formations sportives européennes. CJCE, 12 avril 2005, affaire C-265/03, *Igor Simutenkov*.

23. G. Feuer et H. Cassan, *Droit international du développement*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1991, 612 pp.

24. Rapport de l'organe d'appel, Communautés européennes, *Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, 9 septembre 1997, WT/DS50/AB/R, 19 décembre 1997.

25. COM (96) 570, *Livre vert sur les relations entre l'UE et les pays ACP à l'aube du XXI^e siècle — défis et options pour un nouveau partenariat*, Bruxelles, 20 novembre 1996.

26. Préambule des quatre conventions de Lomé.

Désormais, « le but ultime de la coopération économique et commerciale de l'Accord de Cotonou est de permettre aux États ACP de participer pleinement au commerce international »²⁷ et à cet effet l'article 34 § 4 prévoit que la « coopération est mise en œuvre en parfaite conformité avec les dispositions de l'accord instituant l'OMC »²⁸. Les États parties s'engagent à respecter l'ensemble de l'Accord de Marrakech, tant ce qui a trait aux services²⁹, à la propriété intellectuelle³⁰, aux normes sanitaires et phytosanitaires ou aux obstacles techniques au commerce³¹...

Le respect et la promotion des normes de l'OIT et de l'OMC font donc clairement partie des objectifs de la coopération. Il reste maintenant à examiner comment les Parties entendent remplir ces différentes obligations.

II. LES MÉCANISMES DE MISE EN ŒUVRE DES NORMES INTERNATIONALES DANS LE CADRE DE LA COOPÉRATION

Nous présenterons dans un premier temps les mécanismes visant à promouvoir ou à sanctionner les violations des normes de l'OIT (A) avant d'étudier ceux prévus afin d'assurer la conformité de la coopération avec les règles de l'OMC (B).

A. LA SANCTION DES VIOLATIONS DES DROITS HUMAINS COMME PRINCIPAL MÉCANISME DE MISE EN ŒUVRE

L'Accord prévoit deux mécanismes de *promotion* des droits du travail³² : le financement de projets *via* le programme indicatif national (1) ; et le « dialogue politique » entre les deux parties (2). L'accord institue également un mécanisme de *sanction* en cas de violation des droits humains (3).

1. Les Programmes indicatifs nationaux et l'évaluation à mi-parcours

Depuis la quatrième convention de Lomé (1990), le financement de projets favorisant le respect des droits humains est autorisé³³. Les ressources du Fonds européen de développement (FED) peuvent être utilisées afin de financer des projets de promo-

27. Article 34§1 de l'Accord de Cotonou.

28. Article 34§4 de l'Accord de Cotonou (nos italiques).

29. Article 41§4 de l'Accord de Cotonou.

30. Article 46 de l'Accord de Cotonou.

31. Article 48 de l'Accord de Cotonou.

32. On n'abordera pas ici les mécanismes de promotions « unilatéraux », c'est-à-dire ceux qui dépendent de la seule volonté de l'UE, comme l'Initiative européenne pour la démocratie et les droits de l'homme (IEDDH) ou encore les dispositions spéciales du SGP en faveur des normes du travail. Ceux-ci relèvent d'une base juridique distincte de l'Accord de Cotonou.

33. Article 5, § 3 de la quatrième convention de Lomé.

tion des droits humains. Les Programmes indicatifs nationaux (PIN) qui sont négociés entre chaque pays ACP et la Communauté européenne et qui précisent l'orientation des fonds, contiennent ainsi désormais certaines dispositions en faveur de ces droits³⁴. Selon Bruno Simma (*et al.*), « le dialogue conduisant à l'adoption d'un PIN est devenu un mécanisme important de protection des droits de l'homme dans le contexte d'accords de cette nature »³⁵. L'examen du contenu des PIN vient cependant nuancer cette interprétation.

D'abord, la majeure partie de l'aide financière ne porte pas sur des questions sociales. La CE a beau affirmer que « la priorité doit être donnée au développement de politiques sociales »³⁶ seulement 15,5 % des fonds sont en moyenne alloués aux politiques de gestion de l'eau, de la santé publique et de l'éducation dans les États ACP. À titre de comparaison, 29 % des fonds sont consacrés aux transports et 25 % aux plans d'ajustement structurel³⁷. On soulignera par ailleurs que selon le Parlement européen, 60 % à 80 % de l'aide à destination des ACP reviennent dans l'UE³⁸.

Ensuite, les références explicites aux droits humains dans les PIN occupent une place mineure dans les textes et elles n'ont jamais un caractère contraignant. Aucun des vingt PIN rédigés en langue française ne fait référence aux « normes fondamentales du travail »³⁹. Comme le souligne la Commission elle-même, les programmes

34. Si la procédure de financement ne remet pas formellement en cause la souveraineté des États ACP, dont l'approbation est requise pour la signature de tout projet, rien ne peut être financé non plus sans l'approbation des États européens. C'est le comité FED, un organisme composé des représentants des États membres qui prend la décision de financement en dernier ressort. Depuis plus de 40 ans, les États ACP réclament en vain d'être associés au processus décisionnel. Selon la Cour des comptes européenne, « bien que l'élaboration d'un projet de PIN soit du ressort du pays ACP concerné, elle est effectuée dans la pratique par la délégation [européenne] ». On soulignera par ailleurs que le Fonds européen de développement, principal source de financement des ACP, est encore détaché du budget communautaire et échappe ainsi à tout contrôle parlementaire. Cour des Comptes, *Rapport spécial sur la gestion des programmes d'aide extérieure de la Commission (en particulier, la programmation par pays, la préparation des projets et le rôle des délégations)*, accompagné des réponses de la Commission, n° 21/2000, JO C 57/1, du 22 février 2001, 25 pages, § 23.

35. B. Simma, J.-B. Aschenbrenner, C. Schulte, « Observations relatives aux droits de l'homme en ce qui concerne les activités de coopération au développement de la Communauté européenne », in P. Alston, M. Bustelo et J. Heenan (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, 2001, pp.591-650, p. 609.

36. Commission européenne, *La politique de développement de la communauté européenne*, Communication de la Commission, Bruxelles, 2000, 48 pages, p. 20.

37. COM (2003) 527 final, Bruxelles, *Rapport Annuel 2003 de la Commission au Conseil et au Parlement européen — Sur la politique de développement de la CE et la mise en œuvre de l'aide extérieure en 2002*, 3 septembre 2003.

38. Parlement européen, *Recommandation sur la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord de partenariat entre les États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part*, Rapporteur : Didier Rod, 21 novembre 2001, PE 303.843, Final A5-0412/2001.

39. La question des droits des travailleurs n'est généralement pas abordée dans les PIN, à l'exception notable du PIN du Sénégal qui dresse un bilan relativement détaillé du droit syndical et qui prévoit le financement d'un Programme national pour l'abolition du travail des enfants (PIN Sénégal, spéc. p. 60, pp. 88-89).

« droits de l'homme » financés par le FED n'ont pas pour objectif la mise en conformité des législations nationales avec les engagements internationaux en la matière. Les programmes sont au contraire conçus autour d'objectifs dont la réalisation laisse une grande marge d'interprétation. Ces objectifs (le maintien de la paix et de la sécurité, la « réconciliation nationale », l'accès à la justice ou les conditions de vie dans les prisons...) ⁴⁰ ne sont pas définis en fonction de critères internationaux. En pratique, l'UE peut donc inscrire dans ces programmes de financement relatifs aux droits humains des projets aussi différents que le soutien aux ONG, l'appui à une commission nationale des droits de l'homme ⁴¹ ou l'aide au fonctionnement de tribunaux *ad hoc* ⁴².

Enfin, le respect des normes de l'OIT, ne sert pas de critères d'évaluation des « progrès » réalisés par l'État ACP ⁴³. Lors de la première « revue à mi-parcours » en mars 2004, qui permet à l'UE de réorienter les fonds en fonction des « performances » des États ACP, et selon une appréciation unilatérale ⁴⁴, le respect des normes de l'OIT n'a jamais constitué un indicateur de performance pour les six programmes que nous avons étudiés ⁴⁵.

2. Le dialogue politique

L'article 8 de l'Accord stipule que le dialogue politique « comprend une évaluation régulière des évolutions relatives au respect des droits de l'homme ». Ce dialogue a pour objectif « d'échanger des informations, d'encourager la compréhension mutuelle ainsi que de faciliter la définition de priorités et de principes communs ». La promotion des droits humains constitue donc un élément substantiel du dialogue entre les deux groupes de pays. En théorie, ce dispositif pourrait permettre un échange constructif entre les partenaires sur les mécanismes à mettre en place pour assurer un meilleur respect des normes de l'OIT. À la différence de la promotion des droits humains *via* les PIN, cette approche prévoit la prise en compte des droits humains dans le cadre de la coopération avec les pays ACP mais également au sein de l'UE.

40. COM (2002) 726 final, *Communication From The Commission To The Council, The European Parliament And The Court Of Auditors Financial Information On The 6th, 7th And 8th European Development Funds 2001* Brussels, 20 décembre 2002, p. 15.

41. République du Congo — Communauté européenne, *Stratégie de coopération et Programme indicatif 2002 2007*, 2002, 79 pages, disponible sur <http://ec.europa.eu/development>.

42. République du Congo — Communauté européenne, *Stratégie de coopération et Programme indicatif 2002 2007*, 2002, 83 pages, disponible sur <http://ec.europa.eu/development>.

43. Depuis la révision de Lomé IV (1995), l'obtention de l'aide n'est plus automatique et n'est plus considérée comme un droit. Elle est attribuée en deux tranches. La première est acquise une fois pour toute, elle représente 70 % de l'enveloppe ; la seconde est octroyée après évaluation des « progrès » réalisés.

44. Réponse de la Commission à la question orale QU/COM2 de Robert ZILE, APP, 8^e session du 22 au 25 novembre 2004, La Haye, *Réponses de la Commission aux questions orales*, 20 novembre 2004, APP/3731.

45. Burkina-Faso, Mauritanie République du Burundi, République du Congo, République du Cameroun, Rwanda.

Pourtant, selon les États ACP, comme l'Assemblée parlementaire paritaire (APP)⁴⁶, l'article 8 constitue davantage un prélude aux sanctions des pays ACP qu'un instrument au service de la promotion des droits humains⁴⁷. En effet, le « dialogue politique » sur les droits humains est encore principalement utilisé comme une disposition *ad hoc* lorsque l'une des parties, dans les faits l'UE, estime que l'autre viole les droits humains.

L'APP exige ainsi que le dialogue politique soit davantage conçu comme un processus réciproque entre partenaires égaux qui permette également aux pays ACP de demander le respect par la Communauté de ses engagements en matière de droits humains (notamment en ce qui a trait aux droits des travailleurs migrants en Europe). Mais ces résolutions sont dépourvues de toute force contraignante et l'APP reste bien isolée sur ce point.

Cette institution paritaire ACP-CE, qui est visiblement la plus préoccupée par le respect des normes de l'OIT, reste par ailleurs relativement silencieuse sur la question. Elle se contente le plus souvent de souligner que l'effondrement des prix des produits de base entraîne une aggravation générale des conditions de vie et de travail, notamment pour les femmes et les enfants et de rappeler son attachement aux normes de l'OIT⁴⁸. Il faut toutefois souligner qu'elle s'est clairement prononcée pour que l'OMC prenne en compte et reconnaisse les droits de la personne sur le marché du travail, et notamment ceux établis par l'OIT dans le règlement de 1998 sur les normes fondamentales du travail⁴⁹.

3. La clause « droits de l'homme »

Outre les mécanismes de promotion des droits humains étudiés précédemment, l'Accord de Cotonou prévoit un mécanisme de sanction en cas de violation de ces droits et des normes fondamentales du travail⁵⁰ : la clause « droits de l'homme ». Pour la Commission cette clause est « la base du dialogue sur les droits de l'homme et la démocratie »⁵¹ avec les États ACP. En théorie, il est vrai que cette clause consti-

46. La coopération entre les deux groupes de pays, et c'est ce qui la caractérise par rapport à d'autres accords de développement, repose sur des institutions paritaires conjointes (composées à égalité de représentants européens et ACP) dont une Assemblée, composée de députés européens et de parlementaires de chaque État ACP.

47. *Rapport sur le dialogue politique ACP-UE (article 8)*, Corapporteurs : Karin Jöns et Joël Nabuka (Fidji) Partie A : Proposition de résolution ACP-UE/3689/04/A/déf., 20 novembre 2004, p. 16.

48. V. par exemple la *Résolution sur le coton et les autres produits de base : problèmes rencontrés certains États ACP*, adoptée par l'Assemblée parlementaire paritaire ACP-UE le 19 février 2004 à Addis Abeba (Éthiopie), JOUE C 120/41.

49. *Résolution sur les négociations dans le cadre de l'OMC*, Adoptée par l'Assemblée parlementaire paritaire ACP-UE le 22 mars 2001 à Libreville (Gabon), C 265/22 JOCE 20 septembre 2001.

50. La Commission a déjà précisé que la clause portait également sur les normes fondamentales du travail contenues dans les huit conventions de base de l'OIT. COM (2001) 416 final, *op. cit.*, p. 14.

51. COM (2001)252 final, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen le rôle de l'Union européenne dans la promotion des droits de l'homme et de la démocratisation dans les pays tiers*, le 8 mai 2001, p. 9.

tue un important mécanisme de promotion et de protection des droits humains, et donc des droits des travailleurs.

Premièrement, il est réciproque. Il peut aussi bien être déclenché suite aux violations des droits humains commises par les ACP que par la Communauté et par l'un de ses États membres. Deuxièmement, il porte sur l'ensemble des droits humains, y compris les normes de l'OIT et les droits économiques, sociaux et culturels. Enfin troisièmement, il n'est pas explicitement prévu que la violation soit jugée grave pour que la clause soit invoquée.

En pratique toutefois, ce mécanisme est unilatéral, il ne traite que de manière accessoire la question des droits humains et reste utilisé de manière arbitraire et instrumentale par les institutions communautaires.

En effet, la clause ne fonctionne qu'à sens unique. Pour le moment seuls des États ACP ont été sanctionnés. De surcroît, on imagine mal le type de sanction qu'un État ACP, pris individuellement, pourrait infliger à l'UE qui dispose de l'enveloppe budgétaire et octroie l'aide au développement, pour la violation des droits des travailleurs migrants ACP en Europe, par exemple.

Par ailleurs, malgré son nom, la clause ne vise pas, en premier lieu du moins, à promouvoir ou à protéger les droits humains tels qu'ils sont formellement définis et garantis internationalement. L'examen des 12 cas que nous avons recensé entre 1995 et 2005, et qui ont donné lieu à des consultations au titre de la clause, témoignent qu'elles ont fait suite soit à un coup d'État — dans 7 cas — soit à des élections considérées comme frauduleuses par l'UE — dans 5 cas.

Enfin, les négociations qui font suite au déclenchement de la clause ne portent que de manière accessoire sur les droits humains et, à notre connaissance, elles n'ont jamais porté sur le respect des droits des travailleurs, ni plus globalement sur les droits économiques, sociaux et culturels. Autrement dit, en dehors des cas de coup d'État ou d'élections frauduleuses, la violation du droit du travail ne déclenche pas de consultations.

La marginalisation de ces droits ne s'explique pas par un manque de temps ou parce qu'il serait irréaliste d'élaborer des obligations détaillées en la matière. En effet, on retrouve des obligations très précises dans le champ commercial; par exemple, il est demandé au Liberia de « démanteler le monopole pour les importations de combustibles » et d'assurer « une meilleure transparence dans l'octroi des concessions et des licences publiques et la manière dont sont tirées les recettes fiscales ». Il est également exigé de la Côte d'Ivoire « de poursuivre l'audit, financé par l'UE, de la filière café-cacao, initié en 2003 »⁵². Force est de constater qu'on ne retrouve pas la même rigueur ni pour ce qui concerne les normes de l'OIT ni pour les droits économiques sociaux et culturels.

52. Projet de lettre : COM (2004) 547, *Communication de la Commission au Conseil relative à l'ouverture de consultations avec la Côte d'Ivoire en application de l'article 96 de l'Accord de Cotonou*, Bruxelles, le 10 août 2004.

En somme, s'il existe désormais des mécanismes relatifs aux droits des travailleurs dans le cadre des relations entre les deux groupes de pays, ces mécanismes ne visent pas le contrôle et le respect de ces droits en tant que tels mais leur seule promotion. Plus largement, les droits humains ne sont pas formulés en normes juridiques contraignantes qui devraient s'imposer à la coopération entre les deux groupes de pays. Ils opèrent soit comme une orientation budgétaire de type « fourre-tout » dans les programmes indicatifs nationaux, soit comme un sujet permettant d'ouvrir le dialogue politique quand l'UE l'estime nécessaire. Bref, les États partenaires n'assument aucune obligation contraignante en matière de droits des travailleurs.

B. LA NÉGOCIATION COMME PRINCIPAL MÉCANISME DE MISE EN CONFORMITÉ DE LA COOPÉRATION AVEC LES RÈGLES DE L'OMC

Dans le champ commercial, l'Accord de Cotonou est un « engagement à se mettre d'accord »⁵³. Il ne prévoit pas à proprement parler de mécanisme de sanction en cas de « violations graves » des normes de l'OMC même s'il convient de souligner que l'aide financière qui accompagne le volet commercial constitue un précieux mécanisme de « persuasion », pour reprendre le terme de la Commission⁵⁴.

L'objectif est de rendre conforme les relations commerciales ACP-CE avec les dispositions de l'OMC avant le 31 décembre 2007. L'accord repose sur un programme commun, un calendrier et un cadre juridique relativement précis. Le titre II de l'Accord de Cotonou, *coopération économique et commerciale*⁵⁵, contient ainsi de nombreuses dispositions visant à assurer le respect des normes de l'OMC dont une obligation de coopérer au sein de l'OMC, et surtout la négociation d'Accord de partenariat économique, qui doivent être conformes avec les dispositions de l'article XXIV du GATT. Nous examinerons donc dans un premier temps ce que sont ces accords (1) avant de présenter dans un deuxième temps l'état des négociations (2).

1. Les Accords de partenariat économique (APE)

La conformité de la coopération ACP-CE avec les normes fondamentales du travail n'a jamais fait l'objet d'un examen particulier de la part des institutions internationales en charge de leur promotion et de leur protection. En revanche, depuis l'entrée en vigueur de l'OMC, la coopération n'est considérée comme conforme aux dispositions commerciales multilatérales, qu'en raison d'une dérogation obtenue

53. A. Abass, « Le régime commercial de Cotonou face au droit de l'OMC », *L'Observateur des Nations unies*, n° 12, 2002, pp. 107-134.

54. COM (2003) 323 final, sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, Bruxelles, le 3.6.2003.

55. Titre II : Coopération économique et commerciale, Articles 34 à 54; Chapitre 1 : Objectifs et principes; Chapitre 2 : Nouveaux accords commerciaux; Chapitre 3 : Coopération dans les enceintes internationales, Chapitre 4 : Commerce des services; Chapitre 5 : Domaines liés au commerce.

à la veille de la conclusion de l'Accord de Marrakech⁵⁶ et reconduite jusqu'en décembre 2007 suite à l'Accord de Doha⁵⁷.

Pour maintenir une « relation commerciale privilégiée » d'un côté et rendre les dispositions commerciales entre les deux groupes de pays compatibles avec celles de l'OMC sans avoir à demander une dérogation, de l'autre, les États parties ont convenu d'instaurer des zones de libre-échange différenciées selon les régions, des *Accords de partenariat économique* conformes aux dispositions de l'article XXIV du GATT.

Les négociations ont débuté en septembre 2002 et devront être conclues au plus tard le 31 décembre 2007. Les accords doivent entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2008. « Toutes les mesures nécessaires seront prises »⁵⁸ en vue de faciliter la réalisation de ces accords⁵⁹.

Après de longs débats, la Commission a finalement accepté que les négociations se déroulent en deux phases : une première phase de négociation entre tous les États ACP et la Commission, période dite « Tous-ACP » (septembre 2002-octobre 2003) ; et une seconde phase par pays ou par régions.

2. La négociation des APE région par région

La réunion ministérielle du 2 octobre 2003 a ouvert la deuxième phase de négociation des APE et doit se terminer en décembre 2007. À cette occasion, le Conseil des ministres ACP et les membres de la Commission chargés du commerce et du développement ont adopté un *rapport conjoint*⁶⁰. Contrairement aux demandes ACP, ce rapport n'est pas contraignant. Il fixe simplement les lignes directrices des négociations au niveau des négociations régionales. Ainsi, à l'ouverture des négociations bilatérales entre la CE et chacune des six régions ACP spécialement créées pour assurer la conformité de la coopération avec les règles de l'OMC⁶¹, le flou demeure quant au contenu concret des futurs APE.

56. Décision des parties contractantes du 19 décembre 1994. La dérogation fut demandée par la CE et les 49 États ACP parties contractantes au GATT et prorogée le 14 octobre 1996 par le Conseil général de l'OMC jusqu'au 29 février 2000. Quatrième Convention ACP-CE de Lomé, prorogation de dérogation, décision du 14 octobre 1996 du Conseil général de l'OMC, WT/L/186, 18 octobre 1996.

57. Décision du 14 novembre 2001, *Communautés européennes — l'Accord de partenariat ACP-CE*, WT/MIN (01)/15, 14 novembre 2001.

58. Article 37.2 de l'Accord de Cotonou.

59. Les États parties s'engagent notamment à développer les capacités des secteurs public et privé des pays ACP, en améliorant, leur compétitivité, en renforçant les organisations régionales, en soutenant les initiatives d'insertion commerciale régionale, en offrant, le cas échéant, une assistance à l'ajustement budgétaire, à la réforme fiscale, à la modernisation et au développement des infrastructures ainsi qu'à la promotion des investissements. Article 37.3 de l'Accord de Cotonou.

60. *Rapport conjoint sur la phase « Tous ACP »-CE des négociations*, ACP/00/118/03 Rev.1, ACP-EC/NG/NP/43, Bruxelles, le 2 octobre 2003.

61. 1. Région Afrique de l'Ouest (CEDEAO + Mauritanie) ; 2. Région Afrique centrale CEMAC + Sao-tomé et Principe ; 3. Région Afrique Orientale et Australe (AOA) — *East South Africa* ESA — (comesa) *East South Africa* ESA ; 4. Région africaine australe (*Southern Africa « SADC group »*) ; 5. Région Caraïbes ; 6. Région Pacifique. Nous soulignons que certaines de ces régions n'avaient au début de ces négociations aucune existence institutionnelle. Comme si l'intégration politique était

Les *feuilles de routes* adoptées au niveau régional en 2004 et 2005 avec chacune des six régions révèlent cependant que la quasi-totalité des dispositions de l'OMC font l'objet de négociations permanentes entre les deux groupes de pays⁶². Elles révèlent également que de nombreuses questions que les ACP ne souhaitaient pas aborder dans le cadre des négociations régionales tant qu'elles n'avaient pas été clarifiées au niveau multilatéral, c'est-à-dire à l'OMC, font finalement partie des enjeux des négociations régionales. Les *questions de Singapour*⁶³ et la libéralisation des services font ainsi parties des négociations régionales contrairement aux demandes des ACP formulées lors de la première phase de négociation⁶⁴.

Les négociations des APE révèlent ainsi l'efficacité redoutable de la coopération ACP-CE, et en particulier des négociateurs européens, à assurer le respect mais également la promotion de certaines normes internationales. D'une part, la quasi-totalité des domaines couverts par les accords de l'OMC font désormais l'objet de négociations au niveau régional entre la Commission et les différentes régions ACP; d'autre part, ces négociations régionales vont même au-delà de ce qui est convenu au niveau multilatéral et favorisent ainsi la définition de normes communes qui seront par la suite défendues dans les enceintes multilatérales.

La différence d'approche des institutions communautaires selon qu'il s'agit des dispositions de l'OMC ou de l'OIT mérite cependant d'être questionnée.

*
* *

Les normes de l'OMC et de l'OIT ne sont pas intégrées à égalité dans le champ de la coopération. Le respect des premières a obligé les parties à réformer l'ensemble de

secondaire par rapport à l'intégration économique. M. Busse, A. Borrmann et S. Neuhaus, « Défi institutionnel posé par les APE », *Éclairage sur les Négociations De Doha à Cotonou*, mai-juin 2006, vol. 5 n°3, pp. 4-5.

62. À titre d'exemple, la feuille de route adoptée avec la région d'Afrique australe (SADC), prévoient que les négociations seront axées sur l'accès aux marchés pour les produits agricoles et non agricoles et les produits de la pêche, le commerce des services, la coopération au développement, d'autres questions relatives au commerce et les dispositions juridiques. *Rapport conjoint relatif à l'état d'avancement de la négociation des APE*, comité technique conjoint de suivi ACP-CE, Bruxelles, le 25 octobre 2004, p. 4

63. Investissement, concurrence, marchés publics, facilitation du commerce.

64. À titre d'exemple on peut mentionner qu'après d'importants débats les États de la région d'Afrique de l'Ouest ont finalement adopté une *feuille de route* commune avec la Commission, lors de la réunion tenue à Accra le 4 août 2004. Celle-ci contient un programme de travail indicatif et définit les modalités des négociations. La libéralisation réciproque des échanges est prévue pour septembre 2006 et les négociations traitent actuellement des questions relatives au commerce (notamment la concurrence, l'investissement et droits de propriété intellectuelle) ainsi que les services. Or, les ACP refusaient lors de la phase « Tous-ACP »-CE, d'aborder ces questions au niveau régional, puisqu'à ce niveau ils ne pourraient bénéficier du rapport de force qu'ils doivent notamment à leur nombre, au niveau multilatéral ou encore au niveau « Tous-ACP »-CE. V. *Rapport conjoint relatif à l'état d'avancement de la négociation des APE*, comité technique conjoint de suivi ACP-CE, Bruxelles, le 25 octobre 2004, p. 2.

la coopération économique et commerciale et à négocier des accords de partenariat économique dont l'objectif est précisément d'assurer le respect de l'ensemble de ces normes. À cet effet, la Commission n'a de cesse de rappeler, avec succès, l'obligation pour les parties de se conformer aux règles de l'OMC. La Commission va même au-delà des dispositions multilatérales en insistant sur la nécessité d'adopter des règles communes aux deux groupes de pays favorisant une libéralisation accrue des échanges indépendamment de l'évolution des négociations à l'OMC. Le respect des normes de l'OIT n'a jamais été l'objet de telles préoccupations de la part des institutions communautaires. Il n'a jamais orienté la forme, ni le contenu de la coopération et n'est pas, pour le moment du moins, un enjeu dans les négociations régionales.

Cette prise en compte sélective des normes internationales dans le cadre des rapports entre les deux groupes de pays, qui ne repose sur aucune base juridique, contribue à accentuer l'asymétrie, condamnée tant par la doctrine que par les États, entre le respect des normes du travail d'un côté et celui des normes de l'OMC de l'autre.

Dans ce cadre, les principales solutions actuellement envisagées pour promouvoir le respect des normes de l'OIT, à savoir le développement d'une clause dite « sociale » et les préférences commerciales⁶⁵, autorisant la sanction des États violant les normes fondamentales du travail, apparaissent pour le moins limitées et ne semblent pas, par ailleurs, des plus efficaces. Comme le souligne G. LeBel, « [I]es droits au travail et du travail font partie de l'ordre public auquel doivent se soumettre les marchands. Universaliser les "clauses sociales" c'est soumettre l'ordre public à la raison des marchands, aux intérêts commerciaux individuels »⁶⁶.

À supposer, comme le font les États parties à l'Accord de Cotonou, que les normes de l'OIT et celles de l'OMC soient complémentaires, les méthodes utilisées par les institutions communautaires pour assurer la mise en conformité de la coopération avec les règles de l'OMC devraient intéresser ceux qui sont soucieux de promouvoir les normes internationales du travail. Les négociateurs européens ont réussi, en à peine plus de cinq ans, à assurer le respect, au moins partiel, par les États ACP, de l'ensemble des normes de l'OMC sans prévoir aucun mécanisme de sanction spécifique. Davantage que la sanction, la coopération, la négociation et l'établissement de groupes de travail, ont été les premières étapes et semblent constituer des mécanismes particulièrement efficaces⁶⁷. Or pour le moment, il n'existe aucun

65. L'octroi de préférences commerciales supplémentaires en cas de respect de certaines conventions de l'OIT constitue un autre mécanisme également préconisé à l'échelle internationale. Mais celui-ci repose, *in fine*, sur une logique identique à la clause sociale, à savoir la sanction, même si dans ce cas, la sanction est une sanction dite « positive ». I. Daugareilh, *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

66. G. Lebel, *op. cit.*

67. À cet égard, le cas du Zimbabwe semble particulièrement intéressant. Alors que l'aide financière avec ce pays est suspendue en raison de multiples violations des droits humains constatées par les institutions européennes, les responsables des la Délégation commerciale de la Commission continuent de négocier avec les représentants un accord de partenariat économique. Ainsi, à titre d'exemple, Pascal Lamy, alors commissaire européen, participait le 6 février 2004, à une réunion avec les représen-

groupe de travail commun visant spécifiquement au respect des normes de l'OIT, tant par les ACP que par l'UE.

Il reste qu'une réelle prise en compte des normes de l'OIT dans le cadre de la coopération européenne au développement ne « tombera pas du ciel ». Elle semble aujourd'hui bien dépendante d'une réorientation des priorités des institutions communautaires qui suppose elle-même un engagement accru des juristes mais surtout des mouvements sociaux sur la politique communautaire dite de « développement »⁶⁸.

tants du gouvernement du Zimbabwe dont un nombre important de dirigeants était *persona non grata* en Europe. « Négociation des APE entre l'Union européenne et les ACP : 16 pays d'Afrique de l'Est et du Sud démarrent la phase bilatérale-régionale après la CEDEAO et la CEDAC », *Passerelles* février 2004, vol. 5, n° 1, pp. 13-15.

68. La politique européenne de développement reste cependant largement dans l'angle mort de l'analyse critique et ne suscite pas de mouvements populaires majeurs, en Europe du moins, comparée aux projets de développement préconisés par les États-Unis et le Canada pour les Amériques (ALENA/ZLEA). Ainsi, lors de la campagne référendaire sur le traité instituant une Constitution européenne qui a eu lieu en France au mois de mai 2005, la politique européenne de coopération avec les pays ACP fut certainement l'une des politiques européennes les moins abordées, et les moins critiquées, au cours des nombreux débats suscités.

Troisième sous-partie

Protection des travailleurs et Union européenne

Les deux études qui suivent s'inscrivent en défense d'un droit européen qui a trop souvent été présenté de manière caricaturale comme simple source d'atteinte aux droits sociaux. Michèle Bonnechère montre comment il contient aussi de nombreux outils mobilisables au soutien des travailleurs et Étienne Pataut démontre, au sujet de l'un des textes qui fut le plus controversé (la fameuse directive « Bolkenstein ») que les projets européens actuels en matière de libéralisation des services ne portent plus atteinte aux droits des travailleurs, même indirectement, et que, s'ils peuvent avoir un adversaire, c'est plutôt un certain esprit chauvin, voire légèrement xénophobe, et les politiques de l'immigration qu'ils dictent. Ces travaux brisent le manichéisme qui ne verrait dans l'Europe qu'un lieu d'où les protections des plus faibles sont attaquées.

Il faut bien sûr se garder d'une position caricaturale inverse¹.

1. Sur les limites de l'Europe sociale, déjà présentes dans les textes qui suivent, on pourra encore se référer aux articles de Sylvaine Laulom, p. 219 à 228 et de Martin Gallié p. 389 à 404.

Pour une mobilisation des ressources du droit européen en faveur des droits sociaux

Michèle Bonnechère

Professeur à l'Université d'Évry, Val d'Essonne

1. – Quel peut être l'apport des normes internationales et plus particulièrement européennes à la condition des salariés ? Cette question parut incongrue à beaucoup de militants lorsque la revue *Le droit ouvrier* la posa dans un numéro spécial en 1989¹. Préserver et améliorer les droits au plan national correspondait à un objectif de lutte, la construction d'un droit social dans le cadre de la CEE était vue comme l'octroi d'un nouvel outil au patronat. De telles craintes sont exprimées aujourd'hui par des syndicalistes prévoyant, avec la création de sociétés européennes, une vague susceptible d'emporter les institutions représentatives existant dans les sociétés participantes. Le règlement sur la Société européenne (SE)² offre certes aux entreprises opérant dans plusieurs États membres des moyens d'adapter leurs structures, facilitant ainsi leur activité transnationale. Et « l'implication des travailleurs » recherchée concerne les processus de restructuration³. L'on peut voir la dimension « apologétique » du discours sur ce thème⁴. Pourtant s'il est exact que la directive 2001/86, en tant que prolongement du règlement sur la SE, s'inscrit dans la logique du marché commun, elle donne aussi une place aux représentants des salariés dans le cadre du

1. « Le droit international du travail », *Dr. ouvrier*, n° spécial juillet-août 1989.

2. Règlement 2157/2001 du 8 octobre 2001 sur la Société européenne, et directive 2001/86 sur l'implication des travailleurs, *JOCE* du 10 novembre 2001. La directive a été transposée par la loi du 25 juillet 2005.

3. Il suffit de lire les communications de la Commission (v. restructurations et emploi, COM (2005) 120 final) ou les considérant du Règlement 2157/2001... Par contre, il résulte des termes mêmes de la directive 2001/86 que « la garantie des droits acquis des travailleurs en matière d'implication dans les décisions prises par l'entreprise est un principe fondamental et l'objectif déclaré... » (considérant 18).

4. F. Dorssemont, « À propos de l'incidence des restructurations et des fusions sur les comités de groupe, les comités d'entreprise européens et sur l'implication des travailleurs dans la société européenne », *Semaine sociale Lamy* 15 avril 2002, p. 46.

« groupe spécial de négociation », dès le stade du processus de création de la SE, dont l'immatriculation est subordonnée à la conclusion d'un accord relatif à l'implication des travailleurs et les trente ans écoulés avant l'adoption de ce texte rappellent que ces dispositions furent adoptées très difficilement...

2. – Le droit social communautaire ne saurait se construire sur un « renversement de la déclaration de Philadelphie »⁵ : les objectifs sociaux de la Communauté sont inscrits à l'article 136 du Traité CE, dans sa rédaction issue du traité d'Amsterdam, faisant expressément référence à la Charte sociale européenne⁶ comme à la Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs⁷, et ceci impose une cohérence⁸ dans l'interprétation et la mise en œuvre des normes communautaires et de leur transposition.

Sous la pression des peuples, l'Europe communautaire consacre peu à peu des valeurs communes. La solidarité est devenue, depuis la Charte des droits fondamentaux adoptée à Nice, l'un des principes fondateurs de l'Union européenne. Le « principe général de l'adaptation du travail à l'homme » fonde et encadre l'obligation de prévention pesant sur l'employeur dans la directive 89/391⁹.

Mais l'idée demeure très présente que le passage à un « statut européen » implique des abandons et la subordination du droit social au droit du marché. S'agissant par exemple de la stratégie européenne pour l'emploi, la rédaction de l'article 125 CE retient l'attention. Il y est question de « promouvoir une main-d'œuvre qualifiée, formée et susceptible de s'adapter... » Ce qui peut devenir : « adapter les hommes aux besoins du marché »¹⁰, dans une interprétation peu soutenable, même sur un plan littéral (la recherche de l'adaptation du salarié par la formation et l'ac-

5. Sur la dénonciation d'une tendance des organisations internationales à opérer un tel renversement, v. A. Supiot, « Le droit du travail bradé sur « le marché des normes », *Dr. soc.* 2005. 1087 s., spéc. p. 1091. Cette déclaration, intégrée à la Constitution de l'OIT, affirme le droit de tous les êtres humains de « poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales » et que tous les programmes d'action et mesures pris sur le plan national ou international, « notamment dans le domaine économique et financier » doivent être appréciés de ce point de vue.

6. Charte sociale européenne adoptée à Turin dans le cadre du Conseil de l'Europe en 1961. Le traité de Nice n'a pas modifié cette référence, malgré l'entrée en vigueur de la Charte sociale européenne révisée, plus complète, adoptée à Strasbourg le 3 mai 1996.

7. Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée par le Conseil européen des 8-9 décembre 1989.

8. Cohérence exigée en premier lieu dans l'interprétation du traité et de ses différents objectifs par la Cour de Justice (CJCE 9 sept. 1999, *Brentjens et autres*, aff. C-115 à C-117. V., L. Idot, « Droit social et droit de la concurrence, confrontation ou cohabitation », *Europe nov.* 1999).

9. Directive cadre du 12 juin 1989, article 6, d. Ce principe est repris dans les directives particulières, parmi lesquelles la directive 93/104 du 23 novembre 1993 relative à l'aménagement du temps de travail.

10. V. pourtant A. Supiot *in* « Trois points de vue sur le traité établissant une constitution pour l'Europe », B. Bercusson, U. Mückenberger, A. Supiot, *Semaine sociale Lamy* 9 mai 2005, p. 6. L'auteur plaide il est vrai pour une indexation des politiques économiques et monétaires sur l'amélioration des conditions réelles de vie et de travail.

quisition ou le maintien d'une qualification n'est-elle pas à la base des politiques d'emploi ?)

L'on voudrait démontrer l'intérêt pour la progression des droits sociaux d'une connaissance approfondie du droit communautaire et d'une meilleure utilisation de ses concepts et de ses principes. (I). Souligner ensuite que le droit européen ne se résume pas au droit de l'Union, malgré la tendance d'une large part de la doctrine française à maintenir une cloison étanche à l'ordre juridique du Conseil de l'Europe. Le droit communautaire se nourrit nécessairement de la Convention européenne des droits de l'homme, de même ne peut-il se développer sans une complémentarité reconnue avec les normes à dimension universelle. Et ceci relève évidemment d'un combat (II).

I. COMBATTRE LES OBSCURANTISMES

3. – Comme l'écrivait Éliane Vogel-Polsky en 1993¹¹, « que l'harmonisation sociale puisse être non seulement un effet mais aussi un moteur de la construction européenne est méconnu par la problématique initiale du marché commun ». Des objectifs sociaux figuraient dans le préambule du traité de Rome, parmi lesquels « l'égalisation dans le progrès » des conditions de vie et de travail, mais aucun fondement juridique propre ne permettait l'adoption de normes sociales. Quand furent adoptées, au bout de dix-sept ans, les directives concernant les licenciements collectifs et les transferts d'entreprise¹², l'idée dominait encore que le progrès social devait être la résultante naturelle du progrès économique, malgré la montée des mouvements sociaux face aux restructurations notamment de la sidérurgie. Lorsque l'Acte unique européen, signé en 1986, introduisit avec l'article 118A la possibilité pour le Conseil d'adopter à la majorité qualifiée des directives imposant aux États membres la transposition de prescriptions minimales en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, s'amorça un vif débat qui culmina lors de la campagne précédant le referendum sur le traité de Maastricht et que le projet de traité constitutionnel a ravivé, sous de nouvelles formes, en 2005. La Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs fut elle-même suspectée d'être soutenue par un patronat souhaitant mettre en place des « droits minima ». Tandis qu'une doctrine inventive proposait que soit donnée toute sa force au concept de « cohésion économique

11. E. Vogel-Polsky, *L'Europe sociale 1993 : illusion, alibi ou réalité ?*, Université libre de Bruxelles, 1991.

12. Directive 75/129 modifiée par la dir. 92/56 et codifiée par la dir. 98/59 du 20 juillet 1998 (licenciements collectifs); dir. 77/187 modifiée par la dir. 98/50 et codifiée par la dir. 2001/23 du 12 mars 2001 (transfert).

et sociale »¹³, des articles 130 A et 130 B¹⁴ auquel portait sérieusement atteinte l'accord conclu entre la société Hoover et des syndicats écossais dans le cadre d'une opération de délocalisation, une autre doctrine y voyait « une notion prête à tous les usages »¹⁵, dangereuse.

La notion de « prescriptions minimales » fut dénoncée comme pouvant mener à un « alignement par le bas » réalisé grâce aux directives d'harmonisation sociale, jusqu'à l'arrêt du 12 novembre 1996, sans doute l'un des plus importants rendu par la Cour de justice¹⁶, rejetant la contestation par le Royaume-Uni du fondement de la directive 93/104¹⁷, et précisant que loin de renvoyer au niveau protecteur de la norme (le plus petit dénominateur commun ?) cette expression « signifie seulement qu'elle autorise les États membres à adopter des normes plus rigoureuses que celles qui font l'objet de l'intervention communautaire ».

Mais la critique s'est ensuite concentrée sur l'« égalisation dans le progrès », Cet objectif serait purement et simplement abandonné actuellement. Un doute surgit. L'on relit l'article 136 CE¹⁸, repris d'ailleurs dans l'article III-209 du (défunt) projet de traité constitutionnel ! L'on s'aperçoit aussi que la Cour de justice a récemment eu à se prononcer sur l'enchaînement des ordres juridiques communautaire et national en matière d'aménagement du temps de travail¹⁹ ou d'emploi des travailleurs âgés²⁰, dans des dossiers mettant en lumière l'actualité du principe de la « protection nationale renforcée »²¹. Les clauses de non-régression sociale figurant dans les directives ne constituent pas des clauses de *stand still* empêchant tout retour en arrière des législations nationales, du moins, au-delà du plancher imposé, excluent-elles que la transposition de la directive soit l'occasion d'une réduction de la protection antérieurement assurée par la loi nationale.

4. – La lecture des textes, la connaissance des normes, sont des instruments de lutte contre les obscurantismes. Et nombre de ceux qui, légitimement, s'insurgèrent contre la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur (dite « Bolkes-tein »), auraient dû en lire les dispositions concernant les travailleurs détachés dans

13. L. Rapp et E. Draï, « Le coup de l'aspirateur... », *D.* 1993. Chron. 153. Les auteurs soulignent que l'interdiction de mettre en péril la cohésion économique et sociale de la Communauté s'impose aux conventions collectives et aux contrats entre particuliers.

14. Articles introduits dans le traité de Rome par l'Acte unique de 1986.

15. E. Vogel-Plosky, *op. cit.*

16. CJCE 12 novembre 1996, aff. C-84-94, *Dr. ouvrier* 1996. 513, note M. Bonnechère ; *Dr. soc.* 1997. 303, chron. Ph. Martin.

17. Ce fondement est la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs (ancien art.118A).

18. Art. 136 CE : « La Communauté et ses États membres [...] ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de travail, permettant leur égalisation dans le progrès [...] ».

19. CJCE 1^{er} déc. 2005, *Dellas*, aff. C-14/04, chronique CJCE, *Dr. ouvrier* 2006. 364.

20. CJCE 22 nov. 2005, *W. Mangold*, aff. c-144/05, *Dr. ouvrier* 2006. 362, chron. P. Rodière, *Semaine sociale Lamy* 19 juin 2006, p. 7.

21. Sur ce principe, N. Moizard, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée*, PUAM, 2000.

le cadre d'une prestation de services. Dès sa version initiale²² la proposition, réservait la place de la directive 96/71, renvoyant donc à la loi du pays d'accueil la question du salaire minimum, et les règles de base du droit du travail (sauf jeu de la norme la plus favorable). Quant au rattachement (jusqu'à deux ans) du salarié à la sécurité sociale du « pays d'origine », il est prévu par le règlement 1408/71²³. Une fois faites ces constatations, la critique peut et doit porter sur les difficultés du contrôle administratif et les opportunités de fraudes²⁴.

5. – Il faut ensuite faire la part du droit et ne pas le dissoudre dans les « agendas ». L'harmonisation sociale, que certains voient abandonnée, n'est certes pas au centre de la communication de la Commission sur la politique sociale 2005-2010²⁵ qui renvoie à différentes méthodes d'action (directives, dialogue social, « MOC »²⁶) et n'annonce aucune initiative législative en matière d'intégration des personnes exclues du marché du travail²⁷. Elle évoque cependant la révision de la directive « comité d'entreprise européen »²⁸, les mises à jour des directives sur les transferts d'entreprises et les licenciements collectifs. Figure aussi parmi les propositions de la Commission celle d'« offrir un cadre optionnel pour la négociation collective transnationale, soit au niveau de l'entreprise soit au niveau d'un secteur » : ce qui relève bien de l'harmonisation tout en posant peut être un problème de base juridique. Dans le domaine de la lutte contre les discriminations l'entrée en vigueur des nouvelles directives²⁹ est récente et leur impact sur les droits nationaux loin d'avoir épuisé ses effets. La notion de « discrimination indirecte » fait désormais l'objet d'une définition unique³⁰ et l'évolution des règles de preuve doit beaucoup au droit communautaire³¹. À l'inverse l'échec de la proposition de directive sur le travail temporaire, puis celui de la révision de la directive 93/104³², et les positions antago-

22. Se reporter à la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur, du 13 janvier 2004, COM (2004) 2 final, article 17, 5°.

23. R1408/71 du 14 juin 1971 sur la sécurité sociale des travailleurs migrants.

24. Lire M. Ameil (DDTEFP Loire Atlantique), « Regards sur les chantiers navals », *Dr. soc.* 2005. 506.

25. Communication de la Commission 9 févr. 2005, COM (2005) 33 final.

26. « Méthode ouverte de coordination » opposant sa souplesse à la réglementation...

27. Sur ce point J. Ph. Lhernould, « Le programme de la Commission en matière sociale : l'agenda social 2005-2010 », *Europe* janv. 2006, p. 4 à 8, spéc. p. 7.

28. Directive 94/45 du 22 septembre 1994.

29. Il s'agit des directives 2000/43 du 29 juin 2000 relatives à la mise en œuvre de l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique et 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

30. Définition uniforme dans les directives citées note précédente et la directive 76/207 du 9 février 1976 modifiée par la directive 2002/73 du 23 septembre 2002 sur l'égalité de traitement entre homme et femmes dans l'emploi et le travail.

31. Sur la charge de la preuve la directive 97/8 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe est à ajouter aux précédentes.

32. Aujourd'hui directive 2003/88 du 4 novembre 2003. Il existe au Conseil une majorité pour remettre en cause l'inclusion des périodes de garde dans le temps de travail effectif (imposée par la Cour de justice). Par contre aucun accord n'a été trouvé pour suivre le Parlement sur la suppression progressive de l'« opt out » permettant à un salarié de renoncer individuellement au plafond des 48 heures hebdomadaires.

nistes s'exprimant au Conseil des ministres de l'Europe élargie, font de l'adoption d'une nouvelle directive en droit du travail une illusion³³.

Cette paralysie de l'action normative et l'état du rapport des forces politiques ne remettent pas en cause le modèle d'harmonisation. La compétence de la Communauté est de soutenir et compléter l'action des États membres (article 137 CE). Les directives de droit du travail ne visent pas l'uniformisation des législations, elles permettent l'adoption ou le maintien de dispositions nationales plus favorables et apportent des limites aux mesures de déréglementation décidées par les États membres — le jeu des clauses de non-régression sociale figurant dans un grand nombre de ces normes — favorisant la « transparence » des politiques suivies³⁴. Il apparaît aussi que l'harmonisation des droits nationaux est un processus : les conséquences encore dégagées par l'« interprétation conforme » d'une directive ancienne comme la directive cadre 89/391 du 12 juin 1989 pour la construction d'une obligation de prévention dans l'entreprise³⁵ en sont un exemple.

6. – Reste l'objection première : le droit communautaire ne place-t-il pas le droit social sous la tutelle du droit du marché ? L'argument a été présenté sous des angles variés à la Cour de justice, dont la jurisprudence ne correspond pas à cette caricature. Dans ses arrêts du 21 septembre 1999, *Albany et autres*³⁶ elle a nettement dégagé les conventions collectives du droit de la concurrence « en raison de leur nature et de leur objet », adoptant une approche bien différente de celle du Conseil d'État français, qui n'a pas intégré cette jurisprudence³⁷. Auparavant les tentatives de remise en cause des réglementations du temps de travail par invocation de la liberté de circulation des marchandises³⁸ avaient tourné court. Si les juges communautaires ne font guère usage du vocable de « droit social fondamental », ils qualifient de « principe général du droit du travail commun aux États membres »³⁹ la consultation de bonne foi des représentants du personnel et parlent du droit aux congés payés comme d'un « principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière »⁴⁰, maintenant sans ambiguïté l'ancrage de la directive temps de travail sur

33. V. *Liaisons sociales Europe* 2006, n° 154, p. 1 : « L'Europe sociale : un paralytique aux 25 membres ».

34. Ce que la Cour de justice a rappelé dans son arrêt *Mangold* du 22 novembre 2005, *préc.*, l'expression « clause de transparence » figure dans les conclusions de l'avocat général.

35. C'est l'obligation de sécurité, obligation de résultat rattachée au contrat de travail par la chambre sociale dans ses arrêts du 28 février 2002 (*Dr. ouvrier* 2002. 166 note F. Meyer ; *Dr. soc.* 2002. 445, note A. Lyon-Caen. ; et chronique M. Bonnechere, *Dr. ouvrier* 2003. 453 à 486) jusqu'à Soc. 21 juin 2006 (05-43-914 à 43-919), en passant par l'affirmation du « droit à la sécurité dans le travail » (Soc. 28 février 2006, chron. S. Bourgeot et M. Blatman, *Dr. soc.* 2006. 653).

36. CJCE 21 septembre 1999, *Albany*, et article cité *supra* note 8.

37. CE 30 avril 2003, commenté par G. Lyon-Caen, « La concurrence par la réduction des coûts du travail », *Dr. ouvrier* 2003. 266.

38. CJCE 23 nov. 1989, *Torfaen Borough Council*, aff. 145/88, *Dr. ouvrier* 1990. 28, note M. Bonnechère ; CJCE 28 févr. 1991, *CGT c. Conforama*, aff. C-312/89, *Rec.* I-997 ; CJCE 20 juin 1996, *Semeraro Casa Uno*, aff. jtes C-418/93 et autres, *Europe* 1996, comm. 308.

39. TPI 6 mars 2001, aff. T-192/99.

40. CJCE 16 mars 2006, C-131/04 et 257/04 et CJCE 6 avril 2006, C-124-05, *Dr. ouvrier* juill. 2006.

la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs⁴¹. Certes, la Cour ne reconnaît nullement l'existence d'une « exception sociale ». Elle admet au contraire largement l'irruption de la liberté de prestation de services⁴² ou même de la libre circulation des marchandises⁴³ dans le champ de la sécurité sociale, et ses arrêts ont contribué à la suppression du monopole public du placement des demandeurs d'emploi⁴⁴. Reste pourtant, là où jouent pleinement les règles du marché le recours aux « raisons impérieuses d'intérêt général », qui peuvent dispenser les réglementations nationales de garantir le plein exercice des « libertés économiques » dans le cadre de la poursuite d'un objectif légitime et conforme au traité, dès lors que les moyens sont appropriés et nécessaires. La jurisprudence communautaire, parfois les textes, nous renvoient alors à des équilibres, à des priorités qui suscitent la réflexion. Celle-ci est sans issue si elle ignore l'intercomplémentarité des normes visant la primauté de certaines valeurs.

II. COMBATTRE POUR LE DROIT COMMUN

7. – La pluralité des sources en matière de droits sociaux fondamentaux impose la perspective d'un droit commun. Le droit communautaire souffre du positivisme de ses spécialistes et de la séparation que beaucoup d'entre eux⁴⁵ maintiennent avec les autres normes européennes, voire internationales. Comme l'a écrit François Rigaux, à propos de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁶ « le droit ne sera réalisé que par la concertation d'acteurs multiples appartenant à des ordres juridiques différents ». Ce qu'illustrent deux événements.

Le premier est l'arrêt *Schmidberger* rendu le 12 juin 2003⁴⁷ par la Cour de justice, confrontée pour la première fois à un conflit direct entre la réalisation d'une liberté économique découlant du traité CE et la protection des droits fondamentaux. Les autorités autrichiennes s'étaient fondées sur les libertés d'expression et de réunion

41. C'est l'arrêt *Dellas préc.* du 1^{er} décembre 2005, aff. 14/04, rendu sur question préjudicielle du Conseil d'État, remettant en cause les heures d'équivalence dès lors que le respect intégral des prescriptions minimales (en matière de repos et durée maximale) de la directive 93/104 n'est pas imposé.

42. Depuis l'arrêt *Kohll*, 28 avril 1998, aff. C-158/96, *RJS* 6/98, n° 802.

43. CJCE 28 avril 1998, aff. C-120/95, *Decker*, *idem*.

44. CJCE 23 avril 1991, C-41/90, *Höfner*. Il est vrai que même l'OIT ne défend plus ce monopole depuis 1997 ; v. sur les nouvelles règles en France Y. Rousseau « Du monopole public du placement à un nouveau service public de l'emploi », *Dr. soc.* 2005. 456.

45. V. toutefois J.-F. Flauss, « Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux », *Petites affiches* 2001, n° 148, p. 9. Lire aussi les chroniques régulières de F. Sudre sur la jurisprudence de la CEDH. Dans le même sens, M. Bonnechère, « Droits fondamentaux, vers un droit commun pour l'Europe », *Semaine sociale Lamy* 25 oct. et 2 nov. 2004.

46. Charte adoptée à Nice en décembre 2000, dont l'originalité est de réunir les droits de l'homme, les droits fondamentaux rattachés à la citoyenneté européenne, et les droits sociaux.

47. CJCE 12 juin 2003, aff. C-112/00, *E. Schmidberger et rép. d'Autriche*, *Rev. trim. dr. h.* 2004, 436 et obs. C. Vial. ; *Dr. ouvrier* 2004. 394, note M. Bonnechère.

garanties par la CEDH pour ne pas interdire un rassemblement de défense de la Montagne Alpine qui bloqua pendant 48 heures l'autoroute du Brenner. Il faut retenir la formule : « le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises ». La référence appuyée au principe de proportionnalité, dans l'arrêt cité, s'appuie notamment sur le fait que la CEDH ne reconnaît pas elle-même les libertés d'expression et de réunion comme des prérogatives absolues.

L'on ne saurait aussi méconnaître le lien établi dans la jurisprudence communautaire antérieure entre les droits fondamentaux et les raisons impératives d'intérêt général susceptibles de justifier des entraves aux règles du marché. En effet, lorsqu'un État invoque des raisons impératives d'intérêt général à l'appui d'une réglementation de nature à entraver la libre circulation des marchandises, cette justification « doit être interprétée à la lumière des principes généraux du droit et notamment des droits fondamentaux »⁴⁸. Il n'est donc pas indispensable de se demander si l'arrêt *Shmidberger* renvoie à la primauté objective des droits de l'homme ou aux règles encadrant le marché : la primauté des droits fondamentaux s'inscrit dans l'interprétation des exigences impératives régulatrices. Ce que traduit d'ailleurs la réserve du droit de grève figurant dans le règlement 2679/98 relatif au fonctionnement du marché intérieur⁴⁹.

8. – Le second point de repère, plus directement lisible, réside dans le recours intenté par le Parlement européen devant la Cour de justice dans le but d'obtenir l'annulation de deux dispositions de la directive 2003/86 du 22 septembre 2003 « relative au droit au regroupement familial » des ressortissants de pays tiers. Utilisant pour la première fois son pouvoir d'agir en justice (découlant du traité de Nice) indépendamment de la défense de ses propres prérogatives, le Parlement⁵⁰ s'appuyait dans ses arguments sur « le droit à la vie familiale tel que reconnu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et interprété par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », considérant que le respect de ce droit s'impose dans l'ordre juridique de l'Union européenne « par le biais de l'article 6 du Traité sur l'UE ». L'avocat général, tout en concluant à l'irrecevabilité formelle d'un recours du

48. CJCE 28 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT*, *Rec.* I-2925; CJCE 26 juin 1997, *H. Bauer Verlag*, aff. C-368/95, point 24. V., F. Baron, *Marché intérieur et droit social dans l'union européenne*, PUAM. 1998.

49. Le règlement 2679/98 du 7 décembre 1998 (*JOCE* n° L337 du 12 déc. 1998) relatif au fonctionnement du marché intérieur en matière de libre circulation des marchandises permet à la Commission de demander à un État membre de prendre des mesures, mais selon son article 2, « (ceci) ne peut être interprété comme affectant d'une quelconque manière l'exercice des droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus dans les États membres, y compris le droit ou la liberté de faire grève ».

50. Le recours a été introduit le 22 décembre 2003 contre le Conseil de l'UE (affaire C-540/03). Le Parlement demandait à la Cour d'annuler l'article 4, paragraphe 4, dernier alinéa et paragraphe 6, ainsi que l'article 8 de la directive 2003/86.

Parlement européen ne visant pas l'annulation de la directive dans son ensemble⁵¹, s'est situé d'emblée, dans son analyse subsidiaire du fond, sur le même terrain⁵². L'arrêt rendu par la Cour de Luxembourg, critiquable dans son analyse des dispositions de la directive⁵³, a toutefois le mérite d'admettre notamment les apports de la convention sur les droits de l'enfant et du Pacte sur les droits civils et politiques à la substance du droit communautaire et de vérifier (d'une manière discutable en l'espèce) que la directive elle-même ne rend pas possible des atteintes aux droits de l'homme⁵⁴, en l'occurrence « le droit au respect de la vie familiale exprimé à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme » (point 85). La Cour vise aussi la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et relève au passage l'inspiration tirée de la Charte sociale européenne.

9. – L'intercomplémentarité des normes communautaires, européennes, internationales, confère aux droits sociaux fondamentaux le même rang que les droits de l'homme. Cette perspective, irréversible, ouvre un vaste champ aux chercheurs et praticiens du droit : développer les interprétations « intertextuelles »⁵⁵, donner un contenu concret aux concepts mis en évidence par les Cours européennes. La jurisprudence *Gaygusuz*⁵⁶, vite étudiée par la doctrine des pays de l'Union européenne⁵⁷ a reçu un accueil plus mitigé en France⁵⁸, tandis que la Cour de cassation et le Conseil d'État la suivaient, probablement sans en tirer toutes les conséquences⁵⁹.

51. Selon l'avocat général E. Kokott, les dispositions attaquées par le Parlement n'étant pas détachables du reste de la directive, les annuler reviendrait pour la Cour à modifier la substance du texte.

52. Dans ses conclusions, M^{me} Kokott, tout en tenant pour essentiel l'article 8 de la CEDH, établit une revue des sources du droit international public (Charte sociale européenne, Pacte international sur les droits civils et politiques, Convention ONU sur les travailleurs migrants, etc.) concernant le regroupement familial. Elle relève que la Cour de Strasbourg n'a pas déduit expressément de l'article 8 de la CEDH un droit général au regroupement familial dans le pays d'accueil, mais a considéré que les intérêts des enfants concernés sont de nature à fonder un droit au regroupement familial.

53. CJCE 27 juin 2006, aff. C-540/03. L'arrêt (qui ne peut être analysé ici dans tous ses aspects) considère que le critère de l'intégration (d'un enfant de 12 ans arrivant seul) peut être pris en compte sans contrariété avec la CEDH.

54. Selon la démarche du réseau d'experts sur les *droits fondamentaux* (mis en place par le Parlement européen en 2002, dont les rapports peuvent être consultés sur le site : www.europa.eu).

55. J.-F. Flauss, *loc. cit.*

56. CEDH 16 sept. 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, D. 1998. 441 note J.-P. Marguénaud et J. Mouly. L'arrêt qualifie de droit patrimonial une prestation de chômage, la faisant relever de la protection du protocole n° 1, article 1, additionnel à la CEDH, c'est-à-dire du droit de propriété.

57. *Social Security, non-discrimination and Property*, Actes de la journée d'études, European Institute of Social Security, Maklu, Anvers-1997.

58. La note précitée de J.-P. Marguénaud et J. Mouly invite à rechercher quels « biens » en droit social, sont ainsi protégés; X. Pretot, « Conseille la prudence », in (B. Teysié (dir.), *Les normes sociales européennes*, éd. Panthéon-Assas, 2000, spéc. p. 94.

59. Soc. 14 janv. 1999, *Dr. soc.* 1999. 215, note Favard; CE Ass. 5 mars 1999, *RFD adm.* 1999, concl. C. Maugüe; CE Ass. 30 nov. 2001, *Mm. Défense c. Diop*, *AJDA* 2001. 1039, chron. M. Guyomar et P. Collin. *Contra*, Soc. 19 déc. 2002, *B. Gagou* (étranger ayant droit en situation irrégulière), *Dr. ouvr.* 2003. 283.

L'affaire *Koua Poirez* a montré son efficacité dans la lutte contre les discriminations⁶⁰.

Cette intercomplémentarité doit préserver les normes à vocation universelle (notamment les Pactes internationaux de 1966), les faisant enrichir l'interprétation du droit communautaire. Étudions sérieusement en particulier les principes d'articulation des normes de l'Organisation internationale du travail avec les normes communautaires, qui ne se résument pas à des solutions d'exclusion⁶¹. Un avis du 19 mars 1993⁶² avait établi un parallélisme entre la compétence dont disposent les États membres pour maintenir ou introduire des règles internes plus protectrices que les directives d'harmonisation sociale, et leur compétence internationale en matière de ratification des conventions de l'OIT, et de mise en œuvre de telles normes. Tout récemment, une note de la Commission invitait les États membres à ratifier la convention OIT de février 2006 sur les normes du travail maritime, « ébauche de Code du travail maritime », précisant qu'elle proposerait au Conseil d'autoriser la ratification par les États des dispositions portant sur la coordination des régimes de sécurité sociale pour les migrants (domaine de compétence exclusivement communautaire⁶³).

10. – Des valeurs communes se dégagent des normes et des chartes communautaires et européennes. Les plus remarquables, indissociables, étant le respect de la dignité humaine et la lutte contre l'exclusion sociale, visés par la CEDH (article 3), la Charte sociale européenne (article 30), le traité CE (article 136). Sans attendre un hypothétique (et bienvenu) traité social communautaire, la Cour de Luxembourg ne peut qu'être amenée à s'inspirer plus souvent de la Charte sociale européenne⁶⁴, pour peu qu'une pression s'exerce en ce sens. Son interprétation des raisons impérieuses d'intérêt général comme incluant la protection des travailleurs⁶⁵, ou encore l'équilibre des régimes de sécurité sociale⁶⁶ doit emporter des conséquences. Une difficulté vient du fameux contrôle de proportionnalité : en limitant les mesures nationales fondées sur des raisons impérieuses à celles qui sont nécessaires et proportionnées par rapport au but recherché, le juge communautaire s'investit du pouvoir d'imposer au

60. CEDH 30 sept. 2003, *RJS* 1/04 obs. P. Mavridis : application de la jurisprudence *Gaygusuz* permettant d'éviter une discrimination autorisée par le droit communautaire de la libre circulation des travailleurs.

61. L'arrêt CJCE 1^{er} février 2005, *Commission c. Rép. d'Autriche* a constaté l'incompatibilité avec la directive 76/207 sur l'égalité professionnelle d'une loi autrichienne interdisant l'emploi souterrain des femmes. D'où l'obligation de dénoncer la convention 45 de l'OIT, mais la possible ratification de la convention 176 sur la sécurité et la santé dans les mines, applicable aux femmes et aux hommes.

62. CJCE avis du 19 mars 1993, *Dr. ouvrier* 1993. 280 et la chronique.

63. Selon la jurisprudence AETR, CJCE 31 mars 1971, aff. 22/70. À noter que des invitations à ratifier les conventions OIT 180 (temps de travail) et (travail à temps partiel) avaient déjà été publiées.

64. Comme dans les arrêts *Defrenne*, 15 juin 1978, aff. 149/77 et *Blaizot*, 2 févr. 1988, aff. 24.86.

65. Notamment arrêts du : 17 déc. 1981, *Webb*, aff. 279/80, *Rec.* p. 3305 ; 25 juillet 1991, *Säger*, C-76/90, *Rec.* I-4221 ; 28 mars 1996, *Guiot*, aff. C-272-94, *Rec.* I-1905, etc.

66. Arrêts cités notes 42 et 43, et jurisprudence postérieure, not. 12 juill. 2001, C-157/99, et 23 oct. 2003, C-56/01.

législateur national sa propre conception de l'équilibre entre les intérêts en présence. Mais peut-il en aller autrement, dans la construction d'un ordre juridique intégré ? Et cela n'illustre-t-il pas l'urgence d'une intégration de la Charte des droits fondamentaux dans le Traité devenant ainsi le guide impératif d'un tel contrôle ?

L'arrêt *Mangold*, du 22 novembre 2005, est une bonne illustration de cette problématique. La Cour a considéré le principe de non-discrimination en fonction de l'âge comme un principe général du droit communautaire, dont s'inspire la directive 2000/78 sur l'égalité de traitement dans l'emploi. Ce dernier texte autorisant lui-même les États à établir des différences de traitement objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment de politique de l'emploi, la CJCE a exercé le contrôle de proportionnalité, par référence à l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée⁶⁷, dont elle a dégagé un principe directeur : la stabilité de l'emploi constitue un élément majeur de la protection des travailleurs. D'où la conclusion : la loi allemande est allée trop loin en excluant de ce bénéfice de stabilité une catégorie de travailleurs « déterminée exclusivement en fonction de l'âge ». Outre l'intérêt de cette jurisprudence pour certaines luttes (mais peu invoquée, dans le mouvement contre le CPE, il faut donc la sortir du cercle des initiés...), elle ramène à ses proportions le pouvoir des juges : celui de faire triompher les principes sociaux du droit communautaire, dès lors... qu'ils existent.

11. – La pensée juridique régresse si elle accepte la résurgence des conceptions légalistes du droit, et ignore l'importance de l'interprétation. Ne ravivons pas les débats sur les contradictions existant entre les différentes parties du projet de traité constitutionnel. De telles contradictions se trouvent dans certains articles des traités actuels. L'article 18 CE, par exemple, affirme les droits de libre circulation du citoyen européen, tout en renvoyant aux « limitations et conditions » prévues par le traité et le droit dérivé. La Cour de justice a néanmoins ébauché à partir de ce texte le statut primaire du citoyen européen⁶⁸.

Comme au plan des droits internes, les règles de protection des travailleurs dans les normes communautaires expriment des compromis fragiles. Puisque le thème de ce colloque est « l'engagement », j'ai pris le risque dans ce bref exposé, refusant de m'en tenir à l'observation critique, de soutenir que des voies sont à emprunter et des ressources à exploiter pour y consolider et développer les droits sociaux.

67. Accord-cadre du 18 mars 1999 et directive 1999/70 du 28 juin 1999.

68. Statut fondé sur la non-discrimination : not. CJCE 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02.

Libre circulation des services et protection des travailleurs en Europe

Étienne Pataut

Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

Invitée surprise du débat français sur la ratification du traité constitutionnel, la question des rapports entre libre prestation de services et protection des travailleurs pose d'importantes difficultés, techniques et politiques. S'il est d'ailleurs permis à cette occasion de commencer par un regret, c'est bien celui de l'outrageuse simplification d'un débat complexe, que la figure récurrente du « plombier polonais » et les relents xénophobes qu'elle recelait, n'a pour le moins pas permis d'éclairer¹.

Complexe, le débat l'est tout d'abord parce qu'il mobilise plusieurs branches du droit, dont les rapports ne sont pas toujours aisés à démêler. Droit social, droit communautaire, droit des étrangers et droit international privé viennent ici s'entrelacer en un écheveau de normes qu'il n'est pas facile de démêler et qui poursuivent des objectifs parfois contradictoires. Au-delà de la difficulté technique, pourtant, se profile une difficulté peut-être plus grande encore et qui est politique. Trois objectifs, au moins partiellement divergents, doivent en effet être conciliés.

Le premier est celui de la libéralisation des services. La libre circulation des services est au cœur de la construction communautaire, qui a été élaborée par extensions successives des quatre grandes libertés de circulation : des personnes, des marchandises, des capitaux et des services. Cette dernière est aujourd'hui au cœur de l'actualité. La Commission, études économiques à l'appui², souligne à l'envi son importance pour l'économie européenne et essaye de mettre en place un régime particulier et favorable à l'épanouissement en Europe de leur libre circulation, permettant la réalisation de prestation de service transfrontières. Le plus spectaculaire

1. Selon M. Lhernould, « La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs — Le plombier polonais est-il mort ? », *Dr. soc.* 2005. 1191, la paternité de l'expression doit être attribuée à P. de Villiers. V. sur ce point « Le plombier polonais, fossoyeur du oui — Naissance et propagation d'un mythe de campagne qui a vampirisé le référendum », *Libération* 11 juin 2005.

2. V. les études citées par la Commission européenne sur son site : http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/studies_fr.htm.

exemple de cette détermination est sans conteste la tentative d'élaboration d'une directive particulière en la matière, la directive « services », un temps connue sous le sobriquet de directive « Bolkestein », du nom de son premier promoteur. La tempête politique qu'a soulevée cette directive a conduit à d'importantes modifications de celle-ci. Désormais largement amendé par le Parlement européen puis à nouveau par la Commission, approuvé enfin, par le Conseil, le texte est aujourd'hui en voie d'achèvement³.

Les très fortes oppositions à la première mouture du texte de la directive « services » tenaient notamment au deuxième objectif en cause, celui de la protection des travailleurs. La défense dans la première mouture du projet d'un « principe du pays d'origine » maladroitement formulé et mal venu, en tout cas en matière de droit privé⁴, a en effet fait craindre que la libéralisation des services en Europe ne se traduise par un inquiétant effritement de la protection des travailleurs salariés. Si le principe du pays d'origine devait se traduire par une application systématique, aux contrats de travail considérés, de la loi du pays d'origine du travailleur, la protection accordée à celui-ci par les pays à fort niveau de protection sociale risquerait de s'affaiblir considérablement. De ce débat, il faut le noter, les préoccupations de concurrence ne sont pas absentes. Le risque identifié est ici que les sociétés implantées dans les pays dont le droit du travail est moins protecteur bénéficient d'un important avantage compétitif leur permettant d'emporter des marchés au détriment des entreprises locales. La réponse consisterait alors en une baisse généralisée de la protection accordée aux travailleurs, entraînant un alignement vers le bas des règles du droit du travail⁵. Une telle perspective, difficilement acceptable, conduit à une opposition entre libéralisation des services et protection des travailleurs dont il est pour le moins malaisé de trouver le point d'équilibre.

Troisième objectif, celui du contrôle des migrations. Par essence, la libre circulation des services a pour caractéristique de permettre à des travailleurs d'une entreprise établie dans un État membre de se déplacer pour effectuer une prestation de services dans un autre État membre. Elle suppose donc que l'accès au territoire de l'État d'accueil soit garanti. Une telle ambition, pourtant, se heurte directement au caractère régalien et, là encore, politiquement très sensible, des conditions d'accueil et de séjour des étrangers sur le territoire français. De nouveau, c'est bien à la recher-

3. Proposition modifiée de directive du parlement européen et du conseil relative aux services dans le marché intérieur, COM (2006)160 Final, du 4 avril 2006. Les références faites dans cette communication aux articles de cette directive se fondent sur ce document, de nature encore temporaire, et ne correspondront pas à la numérotation finale. L'accord du Conseil en 2^e lecture a été donné le 11 décembre 2006 : CS/2006/16411.

4. Pour une critique radicale et convaincante de ce principe en droit privé, v. particulièrement V. Heuzé, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 393.

5. Le phénomène, connu sous le nom de « dérégulation compétitive » ou « *race to the bottom* » est depuis longtemps identifié par l'analyse économique du droit. Sur ce point, v. particulièrement H. Muir Watt, « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. Cours Acad. La Haye* 2005, T. 307.

che d'un délicat équilibre qu'il a fallu, qu'il faut encore, s'atteler. La situation est bien évidemment fort différente pour les ressortissants communautaires et pour ceux des pays tiers, ne serait-ce que parce que l'Union européenne a fait de la liberté de circulation des Européens l'une des pierres angulaires de sa construction. Il reste qu'en tant que telle, la liberté de prestation de services, de par sa nature même, se situe nécessairement en opposition avec les tentatives de contrôle de l'accès des étrangers au marché national de l'emploi.

C'est donc bien, on le voit, un conflit de logiques que se doit aujourd'hui de résoudre le droit communautaire, conflit de logiques qui prend un visage très différent selon qu'on l'envisage sous l'angle de la protection du travailleur (I) ou du contrôle du migrant (II).

I. LA PROTECTION DES TRAVAILLEURS

La question de la protection des travailleurs est sans nul doute l'une de celles qui ont transformé la discussion sur la directive « services » en un vaste débat politique. D'un point de vue technique, pourtant, les termes semblent en être désormais plutôt apaisés et la détermination du régime juridique des travailleurs détachés est aujourd'hui bien encadrée par des textes et par une jurisprudence abondante, et d'une subtilité parfois excessive (A). Elle suppose toutefois une coopération administrative, dont le caractère apparemment mineur et pratique ne doit pas dissimuler les importants choix politiques qu'elle recèle (B).

A. LA DÉTERMINATION D'UNE LOI APPLICABLE

Lorsqu'un travailleur est envoyé pendant un temps relativement bref sur le territoire d'un autre État pour y effectuer une prestation de services, la loi applicable à son contrat de travail ne change pas. Cette loi est en effet par principe la loi du lieu d'exécution habituel du travail, à laquelle les parties peuvent certes déroger, mais uniquement dans un sens de faveur. Telle est la solution retenue par les règles du droit international privé classique, en l'espèce l'article 6 de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. La transformation prochaine de cette convention en règlement communautaire ne devrait pas conduire à une autre solution⁶.

La difficulté d'une telle règle résulte de ce qu'il paraît inacceptable à un certain nombre d'États que des salariés en provenance de l'étranger puissent travailler, même temporairement, à des conditions par trop éloignées de celles qui sont en

6. V. La proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « règlement Rome I », du 15 décembre 2005, COM (2005) 650 Final.

vigueur sur leur territoire. Le salaire minimum, le temps de travail, pour ne citer que ces deux exemples, sont des matières dans lesquelles les normes minimales imposées par certains États semblent impossibles à éluder.

Techniquement, sous l'angle du droit international privé, la difficulté se résout par l'appel au concept de « loi de police ». L'article 7 de la convention de Rome permet en effet aux États d'imposer l'application de leurs propres règles, lorsque celles-ci sont considérées dans leur ordre juridique comme des lois de police, soit comme des lois d'une impérativité telle qu'elles forcent leur application, y compris à l'encontre d'une loi étrangère normalement applicable.

La difficulté, et l'important débat de politique juridique qui en est résulté, est née de la confrontation de cette application impérative de la loi locale avec les exigences du droit communautaire. Il a été soutenu, en effet, que l'application de la loi de l'État de détachement conduisait pour l'employeur à une augmentation de ses coûts et, par tant, constituait une entrave à sa liberté de prestation de services. L'argument, pourtant, n'a pas été accepté par la Cour de justice, auquel il a été soumis.

Par une série, aujourd'hui assez longue, d'arrêts, dont les premiers jalons datent d'une quinzaine d'années⁷, la Cour a en effet développé une réponse en plusieurs temps qui peut être brièvement synthétisée⁸. Elle a tout d'abord estimé que le renchérissement du coût de la prestation de services, résultant de l'application impérative de la loi locale, constituait bien une entrave à la libre prestation de services. Elle a ensuite ajouté qu'une telle entrave était justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, en l'occurrence la protection des travailleurs. Une telle justification suppose toutefois que la protection des travailleurs soit réellement assurée par l'application de la loi de l'État de détachement. Le contrôle de proportionnalité, tout particulièrement, conduira la Cour à vérifier la réalité de cette protection supplémentaire, obligeant à une comparaison des lois en présence, dont la Cour a estimé qu'elle devait se faire globalement⁹.

L'essentiel de cette jurisprudence a ensuite été repris et clarifié par une importante directive de 1996¹⁰, qui a récemment fait l'objet d'une nouvelle loi de transposition en France¹¹. Cette directive a l'avantage d'apporter une certaine sécurité juridique, en donnant une liste précise des matières qui peuvent faire l'objet d'une application impérative de la part de l'État d'accueil.

7. V. part. CJCE, 27 avril 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C-113/89, *RTD eur.* 1990. 632, note Rodière, *JDI* 1991. 471, obs. Boutard-Labarde.

8. Pour un développement plus substantiel, v. J.-P. Lhernould, art. *préc.*, A. Lyon-Caen, « Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services — quelques observations », *Dr. soc.* 2005. 503 et S. Robin-Olivier, « La mobilité internationale du salarié », *Dr. soc.* 2005. 495.

9. CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C-165/98, *Rev. crit. DIP* 2001. 495, note É. Pataut, *RJS* 6/01, p. 487, chron. J.-P. Lhernould.

10. Directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JOCE L.* 18 du 21 janvier 1997, p. 1 ; M.-A. Moreau, « Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne », *JDI* 1996. 889.

11. Loi du 2 août 2005 en faveur des PME, *JO n° 179*, 3 août 2005, p. 12639. Sur cette loi, v. J.-P. Lhernould, art. *préc.* et C. Neau-Leduc, « Le détachement transnational de travailleurs, passager clandestin de la loi PME du 2 août 2005 », *JCP S.* 2005. 1292.

Le débat sur la question est toutefois loin d'être clos. Quelques problèmes d'une redoutable difficulté subsistent, dont le moindre n'est pas celui de la comparaison des lois, imposée par la Cour de justice, qui a récemment rappelé qu'elle s'imposait même dans le cadre de la directive¹². Cette solution conduit en effet à une très difficile articulation entre la loi de l'État d'origine et la loi de l'État de détachement, qui met à mal la prévisibilité à laquelle visait la directive et qui laisse craindre une comparaison finaliste, où le droit du travail n'est considéré que comme une variable de coût¹³. La directive, par ailleurs, ne règle pas la difficile question de l'application à des travailleurs détachés des conventions collectives non étendues. Le problème s'est posé à l'occasion d'une affaire largement médiatisée, celle du détachement de travailleurs lettons en Suède, actuellement pendante devant la Cour de justice¹⁴.

Pourtant, malgré ces difficultés persistantes, il faut insister sur le fait que, du point de vue du droit communautaire, c'est bien la protection des travailleurs qui l'a emporté sur la libre prestation de services. On pourra regretter, bien entendu, la hiérarchie sous-tendue par le raisonnement de la Cour, qui fait de l'application de règles de droit du travail une entrave, certes justifiée, à une liberté de circulation¹⁵. On n'en remarquera pas moins que la Cour semble accueillir assez largement les mécanismes de protection des travailleurs, même lorsque ceux-ci ne figurent pas dans le cœur même de la liste établie par la directive¹⁶, assurant, *in fine*, une protection efficace. En matière de détachement, il semble que l'équilibre auquel soit parvenu le droit communautaire permette d'éviter le risque de dérégulation compétitive un temps envisagé.

Sur cet équilibre, la directive « services » ne revient pas. Celle-ci, en effet, exclut globalement de son champ d'application le droit du travail (art. 1§6), le droit international privé (art. 3§2 et 17§20) et réserve explicitement l'application de la directive de 1996 (art. 17§5), dont il est d'ailleurs prévu qu'elle prévaut en cas de conflit avec la directive « services » (art. 3§1). Un tel arsenal permet de prédire sans risque que le principe même de l'application de la loi locale aux travailleurs détachés n'est aucunement menacé par la nouvelle directive.

Les mécanismes de coopération administrative, en revanche, ont peut-être vocation à évoluer sous l'influence de ce nouveau texte.

B. LA MISE EN PLACE D'UNE COOPÉRATION ADMINISTRATIVE

L'organisation pratique de la prestation transfrontière de services suppose une coopération, plus ou moins active, entre l'administration du pays d'origine et celle du

12. CJCE, 12 octobre 2004, *Wolff et Muller*, aff. C-60/03, *Rev. crit. DIP.* 2005. 336, note E. Pataut, *RJS* 3/05, p. 189, obs. J.-P. Lhernould.

13. Sur ce point, v. A. Lyon-Caen, art. *préc.*, p. 505.

14. Demande de décision préjudicielle présentée par ordonnance de l'*Arbetsdomstolen* (Suède) rendue le 15 septembre 2005, affaire C-341/05.

15. V. sur ce point les remarques d'A. Lyon-Caen, art. *préc.*, p. 505.

16. Ainsi par exemple de la conformité au droit communautaire du mécanisme de double caution imposée par la loi allemande : CJCE, *Wolff et Muller*, aff. C-60/03, *préc.*

pays d'accueil. Cette coopération est de longue date favorisée par les autorités communautaires et vise globalement à faciliter la réalisation des prestations transfrontières de service.

La volonté de la Commission est ici très claire, et elle est d'alléger au maximum les charges administratives qui pèsent sur les entreprises¹⁷. Cette coopération administrative, en elle-même, n'est certainement pas à négliger, bien au contraire. De nombreux exemples montrent qu'elle peut fonctionner de façon satisfaisante et elle sera certainement utile dans de nombreux domaines, dont le moindre n'est sans doute pas, on vient de le voir, la comparaison des droits du travail du pays d'origine et du pays d'accueil. Aussi est-elle progressivement étendue, de la directive de 1996 à la future directive « services ».

Dans la directive « détachement » (art. 4), la coopération administrative passe par l'institution dans chaque État membre de bureaux de liaison chargés de faciliter la réalisation de prestations de services d'un État membre à l'autre. L'échange d'informations entre administrations du travail est encouragé, notamment dans le but de traquer les mises à dispositions frauduleuses ou illégales (art. 4§2).

De son côté, la directive « services », dans sa rédaction actuelle, accentue encore cette volonté de simplification administrative en prévoyant la création de guichets uniques (art. 6 et 7) ou la transmission d'information par voie électronique (art. 8). La coopération administrative, de son côté, fait l'objet de dispositions propres, sous la forme d'un chapitre complet (chap. V, art. 35 et s.) qui décrit très minutieusement les tâches respectives des administrations de l'État d'origine et de l'État d'accueil.

Absolument incontestable dans son principe, la coopération administrative devient toutefois plus problématique quand elle touche aux capacités de contrôle de l'État de détachement. La question est ici de savoir si l'intervention de l'administration du pays d'accueil peut-être considérée comme une restriction excessive à la liberté de prestation de services. La réponse est incontestablement positive et il est ainsi acquis que tout régime d'autorisation préalable à la réalisation transfrontière de services est interdit, comme constitutif d'une entrave injustifiée à la libre prestation de service¹⁸. Dans le projet de directive « services », l'interdiction de l'autorisation préalable à la prestation transnationale de services est rappelée (art. 16§2, b) et ce n'est qu'à des conditions extraordinairement restrictives que celle-ci peut subsister.

L'exigence d'une simple déclaration préalable, en revanche, est acceptable, la Cour l'a rappelé récemment¹⁹. Une telle déclaration peut pourtant poser des difficultés. D'un régime trop strict, elle peut constituer un véritable obstacle à la prestation de services, et se voir qualifier d'« entrave ». Le débat actuel sur le régime des

17. V. sur ce point la récente communication de la Commission : « Orientations concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services », du 4 mai 2006, COM (2006) 159 final.

18. CJCE, *Vander Elst*, 9 août 1994, aff. C-43/93, Rec. I. 3803.

19. CJCE 21 octobre 2004, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-445/03, Rec. I. 10191, RJS 3/05, p. 189, chron. J.-P. Lhernould.

déclarations préalables de certaines professions médicales est là pour en attester²⁰. D'un régime trop laxiste, au contraire, elle fait craindre une absence totale de contrôle de la part de l'État d'accueil. Le régime de la déclaration préalable permet en effet aux États de procéder aux contrôles de régularité des conditions de séjour et d'emploi des travailleurs détachés sur leur territoire et sa disparition laisse craindre une extension possible des fraudes et des pratiques illicites, dont l'actualité se charge régulièrement de rappeler qu'elles ne sont pas qu'une possibilité théorique²¹.

C'est pourtant la possibilité même de toute déclaration préalable qu'a voulu écarter la Commission dans la première version de la directive « services ». En substance, en effet, la Commission proposait de supprimer toute possibilité de déclaration préalable relative au détachement des travailleurs sur le territoire d'un autre État membre pour la remplacer par une procédure de coopération administrative. Seule l'administration de l'État d'origine aurait été susceptible de recueillir les déclarations de l'entreprise souhaitant effectuer une prestation de services, à charge ensuite pour cette administration de transmettre à son homologue de l'État d'accueil les informations nécessaires.

Une telle solution, pourtant, paraissait incontestablement fort peu opportune. Si elle est en effet de nature à faciliter la réalisation de prestation transfrontière de services, elle conduit en revanche à un risque de quasi-disparition de toute possibilité de contrôle de la part de l'État d'accueil. Faute, en effet, d'être informé par l'entreprise elle-même en vertu d'une obligation qui pèserait sur elle, l'État d'accueil ne pourrait compter que sur les renseignements fournis dans le cadre d'une coopération administrative volontaire et non obligatoire. Le risque de perte d'efficacité semble ici extrêmement important. Par ailleurs, il paraît peu satisfaisant de confier la collecte d'informations visant à vérifier que les exigences du droit du travail de l'État d'accueil sont bien remplies à l'administration de l'État d'origine qui, par hypothèse, est chargée de veiller au respect d'un autre droit du travail. Le contrôle serait en effet dans cette situation effectué par un agent qui n'est pas bien outillé pour le réaliser. En l'état de la diversité des législations sociales en Europe, il était à craindre que, dans de telles conditions, le contrôle ne devienne illusoire.

Il y a là une question qui, pour mineure qu'elle puisse apparaître, est en réalité au cœur du débat politique, car elle concerne bien une difficulté fondamentale : la possibilité pour une administration du travail de veiller efficacement à la protection des salariés travaillant sur son sol. Aussi ne faut-il guère s'étonner que les opposants à la directive « services » aient fortement mis l'accent sur ce point²².

20. V. Civ. 2^e, 18 janvier 2006, *Dr. soc.* 2006. 473, note J.-P. Lhernould qui estime que le régime des déclarations préalables mis en place par le Code de la santé publique pour les sages-femmes est compatible avec les exigences du droit communautaire. La Commission, pour sa part, semble estimer le contraire (communiqué de presse de la Commission, IP/05/1635) et une action en manquement semble désormais envisageable.

21. Pour un exemple saisissant, v. M. Ameil, « Regards sur les chantiers navals », *Dr. soc.* 2005. 506.

22. V. par exemple la position de l'association ATTAC, très en pointe en France dans le combat contre la directive services : http://www.france.attac.org/rubrique.php3?id_rubrique=661.

Le compromis finalement trouvé a conduit la Commission à se ranger à l'avis du Parlement européen et à accepter la suppression des dispositions controversées, en l'espèce les articles 24 et 25 du projet de directive. Sous l'angle de l'efficacité de la protection des travailleurs, une telle suppression est très certainement à saluer. En toute hypothèse, il s'agit là d'un choix politique décisif. La tendance très fortement intégrationniste défendue au départ par la Commission n'aurait eu de sens, sous l'angle du droit du travail, qu'en présence d'une harmonisation des législations sociales beaucoup plus importante que celle qui existe actuellement en Europe. La diversité de ces lois, leur caractère fondamental, justifient qu'en ces matières les États d'accueil, particulièrement les États d'accueil à fort niveau de protection sociale, puissent continuer à exercer efficacement leur contrôle.

In fine, et sous réserve d'un renforcement de la coopération administrative, il semble bien que la directive « services », lorsqu'elle sera adoptée, ne modifiera guère l'équilibre déjà réalisé par l'ensemble composé de la directive « détachement » et de la jurisprudence de la Cour. Cet équilibre, même s'il est parfois difficile à mettre en pratique, a abouti à un compromis entre protection des travailleurs et libre prestation de services qui semble aujourd'hui acceptable.

La situation est peut-être un peu différente lorsqu'on se tourne vers l'autre aspect de la question, celui relatif au contrôle des migrants.

II. LE CONTRÔLE DES MIGRANTS

La libéralisation des services suppose que les travailleurs puissent circuler d'un État à un autre ; le rappel de cette évidente banalité suffit pourtant à entrevoir la possibilité d'âpres combats politiques. La figure du plombier polonais est en effet ici pour montrer que le combat en faveur de la protection des travailleurs peut dissimuler d'autres luttes plus obscures.

Ces luttes, pourtant, sont déjà largement perdues. Non pas, bien entendu, que la Communauté européenne ait permis une modification radicale de politiques d'immigrations qui restent largement nationales ; non pas que les quelques compétences communautaires en la matière permettent de penser qu'un assouplissement soit en vue. Simplement, la politique en cause, celle de la libre circulation des services, du fait de son caractère fondamental, incitera les autorités communautaires à une vigilance extrême face à tout ce qui peut constituer une entrave à cette liberté. La position de la Cour de justice, tout particulièrement, est ici très ferme, et les mesures restrictives à l'entrée et au séjour dans le cadre d'une prestation de services sont presque entièrement abolies lorsqu'elles concernent les ressortissants communautaires (A) et très strictement encadrées lorsqu'elles concernent les ressortissants des pays tiers (B).

A. LES RESSORTISSANTS COMMUNAUTAIRES

Les ressortissants communautaires bénéficient directement de la liberté de circulation des personnes garanties par le traité. Fondé au départ sur les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs, le droit à la libre circulation s'appuie désormais aussi sur l'article 18 du traité qui définit les droits attachés à la citoyenneté communautaire et dont la Cour a eu l'occasion d'affirmer qu'il était directement invocable par les ressortissants des États membres²³. Dans le cadre des prestations de services, il y a donc deux libertés de circulation, celle des services et celle des personnes, qui viennent ici s'épauler l'une l'autre pour démanteler complètement toute velléité étatique de maintenir un certain contrôle de l'accès à l'emploi sur le territoire national des ressortissants communautaires.

Aussi la Cour de justice s'est-elle fermement employée à chasser toute mesure restreignant l'accès à l'État d'accueil des ressortissants communautaires. Elle a ainsi clairement affirmé que la liberté de prestation de services s'opposait « à ce qu'un État interdise à un prestataire établi dans un autre État membre de se déplacer librement sur son territoire avec tout son personnel et subordonne le mouvement du personnel concerné à des restrictions, telles que l'obligation d'embaucher du personnel sur place ou d'obtenir un permis de travail »²⁴.

Cette ferme solution ne saurait surprendre qui connaît la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des ressortissants communautaires²⁵. L'ensemble des barrières à l'entrée a déjà été largement démantelé et si certaines restrictions subsistent, par exemple pour les professions réglementées, celles-ci tendent aujourd'hui à voir leur domaine s'amenuiser.

Plus encore, lorsque la libre circulation des personnes s'appuie sur la libre circulation des services, il semble bien que les quelques restrictions restantes soient susceptibles d'être remises en cause. Il en est ainsi particulièrement en ce qui concerne les mesures transitoires concernant les nouveaux États membres.

L'adhésion de nouveaux États membres inquiète en effet fréquemment les anciens États de l'Union, qui craignent qu'une arrivée massive des nouveaux citoyens communautaires sur leur marché du travail ne désorganise celui-ci. Sont donc généralement âprement négociées des périodes transitoires, au cours desquelles les ressortissants des nouveaux États membres se voient, pendant une période donnée, restreindre l'accès au marché de l'emploi des anciens États membres. De tels mécanismes transitoires avaient par exemple été mis en place lors de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal à l'Union européenne. La même position a été adoptée à l'égard des dix nouveaux États membres venant de l'Europe centrale et orientale. Même si cette solution est en général fort mal vécue du côté des nouveaux États, ces restrictions

23. V. par exemple CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, *Rec. I.* 7573.

24. CJCE, *Rush Portuguesa*, *préc.*, point 12.

25. Pour une présentation générale, v. par exemple M. Fallon, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, 2002, p. 467 et s., et P. Rodier, *Droit social de l'Union européenne*, 2^e éd., LGDJ, 2001, p. 167 et s.

sont unilatéralement déterminées par les anciens États, qui notifient à la Commission le régime qu'elles entendent appliquer. En France, ces restrictions ont été maintenues, même si, depuis le 1^{er} mai 2006, elles ont été assouplies, puisque certains métiers, quoique toujours soumis à une autorisation de travail, sont désormais partiellement ouverts à la main d'œuvre en provenance de ces États²⁶.

Il est pourtant probable que ces restrictions ne sont pas opposables aux ressortissants des nouveaux États membres lorsque ceux-ci envisagent de venir travailler sur le territoire d'un ancien État membre dans le cadre d'une prestation de services temporaire. Dans cette hypothèse, en effet, la justification fondamentale aux mesures de transition, la protection du marché de l'emploi, ne saurait être invoquée. Comme la Cour de justice a eu l'occasion de l'affirmer à plusieurs reprises, dans la mesure où la prestation de services est par nature temporaire, les travailleurs concernés n'ont pas vocation à accéder au marché de l'emploi des États concernés²⁷. La libre prestation de services vient donc ici prévaloir sur les considérations de protection des frontières.

Partant, il semble bien que, dans le cadre de la libre circulation des services, aucun obstacle empêchant le déplacement de travailleurs sur le territoire d'accueil ne puisse être opposé aux personnes concernées. La libre circulation des ressortissants communautaires est ici totale et, plombier ou pas, Polonais ou pas, le national d'un État membre pourra bien accéder au territoire français pour venir y travailler temporairement.

La situation est bien évidemment différente pour les ressortissants d'États tiers.

B. LES RESSORTISSANTS DES ÉTATS TIERS

Le mouvement de travailleurs ressortissants d'États tiers dans le cadre d'une prestation de services au sein de la Communauté est d'une nature différente. En tant que nationaux d'États tiers, les travailleurs concernés, en effet, ne bénéficient pas directement du droit à la libre circulation, ni du droit d'accès au marché de l'emploi des États membres. De plus, le caractère encore balbutiant de la communautarisation du droit des étrangers a pour conséquence que les conditions mises à l'acceptation d'un travailleur étranger sur son territoire restent encore largement définies par chacun des États.

Par ailleurs, les politiques migratoires des États membres sont dans l'ensemble relativement restrictives, tout particulièrement en ce qui concerne l'immigration de

26. La Commission a dressé un tableau comparatif des mesures transitoires adoptées par les 15 anciens États membres à l'encontre des travailleurs en provenance des 10 nouveaux : « Mesures transitoires pour la libre circulation des travailleurs visées au traité d'adhésion de 2003 », MEMO/06/176 du 28 avril 2006.

27. CJCE, 9 août 1994, *Vander Elst*, aff. 43/93, point 21 ou CJCE, 21 octobre 2004, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-445/03, point 43. On ajoutera que l'affaire *Rush Portuguesa* concernait précisément des travailleurs portugais soumis à une autorisation de travail en raison des mesures transitoires applicables aux travailleurs ressortissant d'un État qui était à l'époque un nouveau membre de l'Union.

travail. La volonté clairement affichée est ici de protéger les marchés nationaux de l'emploi, en empêchant que des étrangers ne viennent occuper des postes qui pourraient être attribués à des travailleurs déjà installés sur le territoire national. Concrètement, une telle politique se traduit par diverses exigences, dont celle d'une autorisation de travail, qui viennent conditionner le séjour des étrangers sur le territoire national.

Potentiellement, une telle situation peut grandement perturber la libre circulation des services. Une entreprise d'un État membre peut en effet employer sur son territoire des ressortissants d'États tiers. Empêcher ces travailleurs de se déplacer vers le territoire d'un autre État membre au nom d'une politique restrictive d'accès des étrangers non communautaires menée dans l'État d'accueil peut donc empêcher la réalisation de la prestation transnationale de services à laquelle souhaiterait se livrer l'entreprise en cause. L'entrave semble ici caractérisée. Est-elle pour autant justifiée ?

La question, là encore, est politiquement sensible. Politiquement, en effet, les questions d'immigration sont au cœur d'un intense débat dans tous les États, qui ont à plusieurs reprises montré qu'ils étaient très réticents à abandonner leur pouvoir d'appréciation en la matière. Plus techniquement, les politiques migratoires de chaque État font incontestablement partie des « nécessités impérieuses d'intérêt général » susceptibles d'être opposées aux libertés de circulation.

Consciente de ces difficultés, la Commission s'est essayée à une timide communautarisation de la matière. Elle l'a fait notamment à travers une audacieuse proposition, la proposition de directive *relative aux conditions de détachement des travailleurs salariés ressortissants d'un État tiers dans le cadre d'une prestation de services transfrontaliers*²⁸. Celle-ci visait notamment à créer un titre de séjour particulier destiné aux travailleurs régulièrement installés sur le territoire d'un État membre souhaitant effectuer une prestation de travail sur le territoire d'un autre État membre. Mais cette proposition est, jusqu'à aujourd'hui, restée lettre morte, faute d'avoir pu recueillir l'assentiment du Conseil. Là encore, on voit que les États entendent garder la haute main sur l'accueil sur leur territoire, fût-ce au détriment d'une liberté fondamentale du traité. De cette volonté, découle encore l'article 17§11 de la future directive « services », qui établit clairement que la libéralisation des services ne saurait avoir d'influence sur les politiques de délivrance des visas ou des titres de séjour au bénéfice de ressortissants des pays tiers.

L'échec des tentatives de la Commission n'a toutefois pas empêché une réalisation, au moins partielle, des objectifs qu'elle visait. Mais c'est la Cour de justice qui s'y est attelée. Confrontée à des difficultés de cette nature, elle n'a en effet pas hésité à considérer que les États portaient, par des mesures restrictives d'accès à leur territoire national, une atteinte disproportionnée à la libre prestation de services. Le principe de proportionnalité est ici fondamental, qui permet à la Cour, sans remettre formellement en cause le droit des États d'adopter les mesures

28. COM (2000) 271 final du 8 mai 2000.

qu'ils souhaitent, de sanctionner la violation du droit communautaire qui en résulte.

La solution est aujourd'hui bien acquise en matière d'autorisation de travail, qui fait l'objet d'une jurisprudence abondante²⁹. Là encore, la justification fondamentale en est que le travailleur concerné n'a pas, pour la Cour, vocation à accéder au marché de l'emploi local. La seule limite que reconnaît la Cour est que l'État d'accueil garde la possibilité de contrôler que l'entreprise en cause n'utilise pas la libre prestation de services pour déplacer des travailleurs dans un but autre que celui de la prestation prévue³⁰.

Une telle limite paraît toutefois bien théorique, en l'absence d'exemple concret. Tout particulièrement, cette justification a parfois été invoquée par les États membres pour exiger des liens particuliers entre le travailleur détaché et l'entreprise qui procède au détachement. Il en était ainsi, par exemple, dans l'affaire *Commission c. Allemagne*³¹, dans laquelle a notamment été jugée contraire au droit communautaire la législation allemande exigeant que le travailleur détaché ait déjà été employé depuis plus d'un an par son employeur. Pour le gouvernement allemand, une telle exigence était justifiée par la volonté de vérifier que l'entreprise détachait bien son propre personnel, dans le but de réaliser une prestation de services effective. L'idée était ici de lutter contre une éventuelle fraude à la libre circulation des services, par laquelle des détachements de complaisance serviraient à masquer une volonté de la part du travailleur d'accéder définitivement au marché du travail allemand³². Cette solution a pourtant été considérée par la Cour comme une atteinte disproportionnée à la liberté de prestation de services et celle-ci estime qu'une simple déclaration préalable attestant de la régularité du séjour du travailleur concerné dans l'État d'origine suffirait à effectuer un tel contrôle³³.

Dans le même ordre d'idées, la Cour a été amenée à qualifier d'« entrave injustifiée » d'autres exigences de l'État d'accueil. Ainsi par exemple de la nécessité pour l'entreprise procédant au détachement de constituer une caution en vue de garantir un éventuel rapatriement des travailleurs en cause³⁴.

Ce bref panorama permet de montrer que la Cour de justice s'oppose strictement aux restrictions d'accès à l'emploi instaurées par les États d'accueil. De telles solutions peuvent-elles être étendues à l'ensemble des conditions d'entrée et de séjour des ressortissants non communautaires ? Un refus de délivrance de visa, par exemple, pourrait-il être contesté devant la Cour de justice lorsque le visa était demandé dans le but de réaliser une prestation de services ? La Cour ne l'a jamais

29. CJCE, *Rush Portuguesa*, préc., point 12 ; CJCE, *Vander Elst*, préc., point 21 ; CJCE, *Commission c. Luxembourg*, préc., point 41 ; CJCE, 19 janvier 2006, *Commission c. Allemagne*, aff. C-244/04, RJS. 5/06, chron. J.-P. Lhernould, point 45, CJCE, 21 septembre 2006, *Commission c. Autriche*, aff. C-168/04.

30. V. par. ex. CJCE *Commission c. Luxembourg*, préc., point 39.

31. CJCE, 19 janvier 2006, préc.

32. CJCE, *Commission c. Allemagne*, préc., point 39.

33. CJCE, *Commission c. Allemagne*, préc., point 41.

34. CJCE, *Commission c. Luxembourg*, point 47.

explicitement reconnu et il paraît difficile d'être sur ce point trop affirmatif³⁵. On touche là au cœur des politiques nationales et il faut sans doute se résigner à un interventionnisme plus mesuré de la Cour. Il ne semble pourtant pas interdit d'estimer que celle-ci veillera attentivement à faire le départ entre ce qui relève strictement de la politique d'immigration et des considérations d'ordre public, qui restent du domaine réservé des États, et les considérations propres à l'emploi, qui relèveront d'un contrôle plus strict. Il n'est pas impossible de penser, par exemple, qu'un refus de visa justifié par une volonté de l'État d'accueil de ne pas permettre au salarié de travailler sur son territoire ne serait pas accepté par la Cour. Il y aurait là une manière détournée de faire ressurgir une autorisation de travail préalable prohibée.

*

* *

On le voit, le droit de l'immigration ne sort pas indemne de sa confrontation à la libre prestation de services. Celle-ci, par essence, suppose en effet que les États laissent aux travailleurs la possibilité de franchir leurs frontières. De cette nature, la Cour a déduit de strictes exigences, auxquelles ni le caractère régalien de la politique d'immigration, ni l'aspect politiquement très sensible des questions en cause n'ont pu s'opposer.

35. V. toutefois le récent arrêt *Commission c. Autriche*, précité, où la Cour condamne l'Autriche notamment du fait que toute régularisation de la situation des travailleurs ressortissants d'États tiers est interdite lorsque ceux-ci sont entrés en Autriche sans visa.

Quatrième sous-partie

Le glaive et la balance

Le glaive et la balance : l'image qui associe force et justice symbolise le droit. Par extension, elle peut aussi symboliser l'action du juriste, entre recherche de la justice et mise en marche de l'autorité. Pour l'auteur d'un article de doctrine, le glaive et la balance est surtout une option, le choix d'un point de départ. Lorsqu'il s'agit de traiter d'un pan du droit jugé injuste, le premier choix, celui du glaive, conduit à dévoiler l'injustice commise, pour mieux la condamner. L'écrit sera alors un écrit de dénonciation. Face à un certain degré d'injustice, comme ce fut le cas par exemple du statut des Juifs sous Vichy, ce type d'écrit est le seul à être éthiquement acceptable. Mais, à un degré moindre d'injustice, le juriste engagé opte souvent pour la seconde voie, celle de la balance : le droit injuste sera alors disséqué pour que ses aspects positifs soient mis en valeur et pour que ses aspects négatifs puissent faire l'objet de proposition visant à les faire évoluer, à les amender. Le juriste s'engagera alors dans la voie plus douce du compromis, de la synthèse.

Les textes qui suivent traitent de deux problèmes. Le premier est l'opposition entre logique économique et logique humaniste. Le second interroge le droit de l'environnement. Pour chacun de ces problèmes, deux textes ont été placés en vis-à-vis à dessein. Le premier dévoile, dénonce un état du droit. Le second, sans contredire le premier, est d'un ton et d'un contenu très différent, puisqu'il est à la recherche d'améliorations, d'avenirs possibles. Ce n'est pas tant la différence des points de vue qui frappe alors que le caractère complémentaire des propos. Aux dévoilements et aux questions de l'un, l'autre tente de trouver des réponses. Le glaive et la balance, compris comme deux modes d'écriture possibles, se complètent alors, comme dans l'allégorie du droit.

Logique économique et logique humaniste

Libertés économiques et droits de l'homme ou la liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux

Véronique Champeil-Desplats

*Université de Paris X-Nanterre, directrice du Centre de recherches
et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF)*

Les libertés économiques et, entre toutes, celle d'entreprendre, gagnent en importance dans les ordres juridiques contemporains. Pour beaucoup, elles sont devenues fondamentales. Pourtant, une telle qualification se heurte à des difficultés. Elle relève souvent d'un effort de construction, impliquant parfois une torsion de la notion de « droit fondamental ». Il est d'ailleurs frappant que le glissement de la notion de « droit de l'homme » vers celle de « droit fondamental », que l'on observe tout particulièrement en France, serve singulièrement une telle construction. Difficiles à appréhender en qualité de droit de l'homme — essentiellement parce qu'elles soutiennent les intérêts des entreprises —, les libertés économiques s'accommodent mieux de la qualification de libertés fondamentales. En effet, tandis que l'homme n'est pas un référent nécessaire pour que la notion de « droits fondamentaux » ait un sens, par définition, pour la notion de « droit de l'homme », il l'est.

Accepter la fundamentalité des libertés économiques n'est pas dépourvu d'enjeux. Cette qualité leur confère une prétention à faire obstacle non plus seulement à l'action de l'État — conformément à une conception libérale très classique —, mais également à d'autres droits et libertés qui s'inscrivent dans la catégorie traditionnelle des droits de l'homme : dignité, non-discrimination, instruction, santé... « Alors que les libertés économiques et l'économie de marché » ont eu besoin du cadre « des droits des droits de l'homme pour assurer leur fonctionnement et leur développement », « une ligne de tension apparaît dorénavant » qui remet « en cause l'intimité des rapports entre droits de l'homme et économie de marché »¹. Les liber-

1. J.-B. Racine, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Édition Frison-Roche, 2003, p. 420.

tés économiques et les droits de l'homme ne s'allient plus dans une perspective commune de limitation de l'action de l'État. Ils s'affrontent au moment précis où ils sont appréhendés au moyen d'une même catégorie, celle des droits et libertés fondamentaux (I).

Cette confrontation des libertés économiques avec les autres droits et libertés fondamentaux prend des formes nouvelles dans des contrées de plus en plus nombreuses (relations de travail², santé³, éducation) dont certaines échappaient en grande partie, il y a quelques années encore, à une appréhension marchande. Elle peut prendre la forme d'oppositions horizontales directes entre les personnes qui se prévalent des libertés économiques et ceux qui s'appuient sur les autres droits de l'homme. Elle peut aussi se manifester par une opposition « verticale inversée ». Dans ce cas, ce ne sont plus les individus qui opposent leurs libertés, fussent-elles économiques, aux pouvoirs publics mais ces derniers qui opposent des actes normatifs justifiés par des libertés économiques à d'autres droits fondamentaux. Les acteurs économiques peuvent ensuite se prévaloir de ces actes dans des rapports horizontaux.

La promotion des libertés économiques s'accompagne donc d'un décentrage de la problématique libérale traditionnelle du marché vecteur de liberté contre l'État vers celle « du marché comme force privative de liberté » des individus⁴. Le problème n'est donc plus seulement celui de l'articulation entre des droits de l'homme conçus dans une perspective civique⁵ ou humaniste commune. Il n'est pas non plus celui de l'articulation des droits avec les intérêts surplombants de l'État justifiés en termes d'intérêt général ou d'ordre public qui demeurent, somme toute, l'expression d'exigences civiques ou d'un bien commun. Il devient celui d'un antagonisme entre des conceptions humanistes et civiques, d'une part, et marchandes, d'autre part, de droits et libertés ayant une égale prétention à la fundamentalité.

Plusieurs types de relations entre les libertés économiques et les droits de l'homme peuvent être envisagés, de la prévalence accordée aux premières à celle accordée aux seconds, avec dans l'intervalle des formes de conciliation pragmatiques, variées et variables. Le choix d'un type de relations dépend de préférences idéologiques, morales ou politiques. Il aboutit à constituer, à un extrême, un ordre strictement libéral (au sens économique du terme) et marchand et, à l'autre extrême, un ordre humaniste et, dans une certaine mesure, économiquement planifié. Selon les activités considérées et les droits et libertés en cause, plusieurs modes de résolutions des conflits entre les libertés économiques et les droits de l'homme coexistent

2. I. Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Dr. ouvrier* juillet 2002. 343.

3. T. Grundlér, *La santé publique face aux droits fondamentaux*, thèse Paris X-Nanterre, mai 2006.

4. C. Leroy, « Les rapports contemporains entre l'État et le Marché : Essai d'interprétation », *Revue de droit administratif* 1997, n° 293, p. 530.

5. L. Boltanski, L. Thévenot, *De la justification. Les économies de la grandeurs*, Paris, Gallimard, 1991.

dans les ordres juridiques contemporains. Toutefois, la montée en puissance des premières face aux seconds est sensible (II).

I. LES LIBERTÉS ÉCONOMIQUES : DES LIBERTÉS FONDAMENTALES ?

La fundamentalité des libertés économiques — mais c'est aussi le cas des autres droits et libertés —, est peu justifiée. Aussi, pour l'évaluer, il est utile de confronter les libertés économiques aux significations possibles de la notion de « droits ou libertés fondamentaux ». On en a, ailleurs, isolé quatre⁶. La notion peut être conçue en un sens axiologique (A), formel (B), structurel (C) ou comme un dénominateur commun (D). Pour chacun de ces sens, la fundamentalité des libertés économiques relève d'efforts de construction et de justification souvent récents. Elle n'est ni toujours acquise, ni franchement indiscutable.

A. LES LIBERTÉS ÉCONOMIQUES, DES VALEURS INHÉRENTES À LA PERSONNE HUMAINE ?

La fundamentalité au sens axiologique renvoie à l'expression de valeurs indispensables à l'humanité. Les droits fondamentaux sont inhérents à l'homme en tant qu'il est homme, et sont nécessaires à l'épanouissement individuel, à la dignité et à l'identité de l'homme dans la société. Soutenir le caractère fondamental des libertés économiques revient alors à considérer qu'il est inhérent à l'homme d'entreprendre et de se constituer dans des rapports marchands. L'état d'*homo economicus* devient une qualité humaine substantielle qui prétend à une protection équivalente à celle dont bénéficient les autres qualités de l'humanité. Une telle conception suppose d'adhérer, au moins partiellement, à une ontologie libérale au sens économique du terme.

Cette approche de la notion de « droit fondamental » ne se différencie pas significativement de la traditionnelle catégorie de droit de l'homme. Mais, si les deux notions présentent une synonymie, le choix de l'une ou de l'autre n'est pas sans conséquence pour les libertés économiques. Ce sont en effet ces dernières qui ont sans doute le plus bénéficié du passage de l'usage de la notion de « droits de l'homme » (ou de « libertés publiques ») à celui considéré plus moderne de la notion « droits fondamentaux ». Alors que les manuels de libertés publiques ou de droits de l'homme n'évoquaient qu'occasionnellement les libertés économiques, celles-ci ont une place à part entière dans ceux traitant des droits fondamentaux⁷. N'y est sans doute pas étranger le fait que la notion de « droits de l'homme » soit centrée autour de l'indi-

6. V. Champeil-Desplats, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.* 1995. Chron. 323 ; « Les droits fondamentaux en droit français : genèse d'une qualification », in P. Lokiec, A. Lyon-Caen (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 11.

7. V. par exemple, L. Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Précis », 2000.

vidu en tant qu'entité universelle, et qu'elle ne concerne les personnes morales (notamment les entreprises, principales incarnations de l'*homo economicus*) que par extension, tandis que la notion de « droits fondamentaux » peut d'emblée se rapporter à un grand nombre de sujets (tous les individus) comme se décliner par catégories⁸ : les contribuables, les minorités... et, surtout, les personnes morales⁹. Le glissement terminologique s'accompagne ainsi d'un glissement conceptuel qui contribue à institutionnaliser une extension (l'entreprise est aussi un homme) et une catégorisation (à chacun ses droits fondamentaux) des titulaires de droits fondamentaux. Chaque droit (ou liberté) fondamental catégoriel dispose alors d'une égale prétention à contribuer à la construction de l'homme en tant qu'il est homme. Au terme d'un parfait sophisme, les libertés économiques, fondamentales pour l'entreprise et l'*homo economicus*, prétendent être tout autant fondamentales pour l'homme que d'autres droits et libertés. Il faut, toutefois, pour en être convaincu, admettre le caractère ontologique du mode d'organisation de l'activité économique qui les promeut.

B. LES LIBERTÉS ÉCONOMIQUES, AU SOMMET DES ORDRES JURIDIQUES ?

Au sens formel, les droits sont fondamentaux quand ils se situent au plus haut degré de la hiérarchie d'un ordre juridique, ou font l'objet de mécanismes de garanties spécifiques : protection constitutionnelle ou internationale, recours spéciaux, impossibilité d'affaiblir leur niveau de protection... De ce point de vue, la fundamentalité des libertés économiques et notamment de la liberté d'entreprendre, est souvent récente et parfois imparfaite.

Si, pour certains, la liberté d'entreprendre a toujours implicitement découlé des articles 2, 4, 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et peut s'appuyer sur la solennité du décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 et de la loi Le Chapelier des 14-17 mars 1791¹⁰, il faut néanmoins attendre la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982¹¹ pour que sa constitutionnalisation soit expresse. Jusqu'alors, le droit de propriété restait au niveau constitutionnel français — comme dans d'autres ordres juridiques — le principal relais de l'ordre marchand. La liberté d'entreprendre peut dorénavant être qualifiée de fondamentale si l'on admet, comme la majeure partie de la doctrine d'aujourd'hui, que les droits et libertés constitutionnels sont fondamentaux en raison de leur place dans la hiérarchie des normes.

Le Conseil constitutionnel semble avoir franchi un pas supplémentaire dans la

8. V., A. Troianiello, « Les droits fondamentaux fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Débats*, n° 124, mars-avril 2003, p. 58.

9. Sur l'extension du principe de libre choix de l'exercice de sa profession au bénéfice des entreprises, v. par exemple en Allemagne, C. Autexier, *Introduction au droit allemand*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1997, p. 130 et s.

10. V., P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, p. 105 et s. ; J.-L. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété », *D.* 1984. Chron. 1.

11. Décision n° 81-182 DC, du 16 janvier 1982, *Rec.* 18.

décision du 10 juin 1998¹². Il y affirme que parmi les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés, figure(nt) la liberté proclamée à l'article 4 de la Déclaration dont découle en particulier la liberté d'entreprendre. Si l'on admet que les propriétés d'une catégorie générique se transmettent aux éléments qui la composent (comme semble y inviter le Conseil en conjuguant le verbe « figurer » à la troisième personne du pluriel), la liberté d'entreprendre pour les employeurs et les salariés devient une liberté constitutionnelle fondamentale. Une telle qualification était importante au moment où elle a été énoncée car il lui était associé le bénéfice spécifique de « l'effet cliquet »¹³. Le Conseil constitutionnel semble toutefois s'être détourné de ce mécanisme, ce qui retire tout intérêt à la qualification.

Les juridictions ordinaires participent aussi à la construction de la fundamentalité formelle de droits et libertés. L'article L. 521-2 du Code de justice administrative permet au juge administratif, saisi en référé, d'enjoindre à l'autorité administrative de prendre toute mesure nécessaire à la cessation de la violation d'une liberté fondamentale. La liberté d'entreprendre est considérée comme telle depuis une ordonnance du 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*¹⁴. Toutefois sa protection présente des faiblesses au regard de celle d'autres libertés fondamentales, notamment lorsqu'elle est confrontée à des mesures de police ou au régime de la domanialité publique¹⁵.

Le statut de la liberté d'entreprendre présente d'autres ambiguïtés dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi si la première chambre civile a pu qualifier le droit d'exercer une activité professionnelle de liberté fondamentale¹⁶, la chambre sociale s'est référée au « principe fondamental » de la liberté d'entreprendre, et non à la « liberté fondamentale » en tant que telle¹⁷, pour justifier le refus d'intégrer dans le temps de travail effectif des salariés le temps consacré au déplacement des vestiaires vers les pointeuses. Une telle qualification marque néanmoins la volonté d'accorder à la liberté d'entreprendre une attention particulière. Elle mise sur les ressorts rhétoriques d'une référence à la fundamentalité, supposée renvoyer à un ordre de grandeur ultime. Elle vise ainsi à imposer un argument d'autorité et de clôture qui épuise le conflit. Elle pose toutefois plusieurs interrogations : pourquoi « principe » et non « liberté » ? Est-ce parce qu'est ainsi mobilisée une conception structurelle et objective (*infra*) de la fundamentalité de la liberté d'entreprendre rapportée à l'ordre juridique, et non une conception axiologique et subjective rapportée à son titulaire, à savoir l'entreprise ? Quelles conséquences juridiques spécifiques autres qu'un effet rhétorique cette qualification implique-t-elle ?

12. Rec. 258.

13. V., V. Champeil-Desplats, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *art. cit.*

14. *Dr. adm.* 2002, p. 35, note M. Lombard.

15. V., N. Jacquinet, « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA* 2003. 650.

16. Civ. 1^{re}, 16 avril 1991, *Guez*.

17. Soc., 13 juillet 2004, *La Société Carrefour France*, *Droit soc.* 2004. 1026

L'ordre juridique français n'est pas le seul à avoir consacré le caractère fondamental, au sens formel, des libertés économiques au terme d'une lecture extensive des sources. Ainsi, « la liberté d'exercer une activité dans un but lucratif, notamment une activité industrielle et commerciale »¹⁸ a été reconnue par la Cour constitutionnelle allemande à partir de l'interprétation de l'article 12 de la Constitution qui consacre la liberté de choisir sa profession. Ou encore, alors que la Convention européenne des droits de l'homme est muette sur les libertés économiques, la Cour les protège en les rattachant à des libertés expressément consacrées par la Convention. Ainsi, la liberté d'expression sert celle d'entreprendre « toutes les fois où ce sont des informations commerciales qui sont concernées ou bien lorsque la diffusion d'information ou de programme se fait sous la forme d'une activité commerciale »¹⁹.

Finalement, ce sont essentiellement les ordres supranationaux visant à libéraliser les échanges économiques qui consacrent le plus significativement la fondamentalité des libertés économiques. On se bornera à rappeler que l'ordre communautaire consacre les libertés fondamentales du marché (libertés de circulation des marchandises et des personnes, d'établissement, de prestation de service, de concurrence, d'exercice d'une activité professionnelle), et que la liberté d'entreprise a intégré l'article 16 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

C. DES LIBERTÉS STRUCTURELLEMENT FONDAMENTALES ?

Indépendamment de leur place dans la hiérarchie des normes — bien qu'un lien soit fréquent —, les droits fondamentaux sont ceux qui assurent une identité, un fondement conceptuel ou logique à un ensemble organisé et structuré d'autres droits qui en dérivent ou en sont déduits. Il est indéniable que certaines libertés économiques — cela est sous-jacent dans l'arrêt précité *Société Carrefour* — présentent ce caractère, tout particulièrement lorsqu'elles fondent un droit ordonné de la concurrence.

Toutefois, la fondamentalité des libertés économiques pose au moins deux difficultés. En premier lieu, il n'est pas rare que ces libertés ne fondent pas d'autres libertés mais, au contraire, qu'elles soient présentées comme en découlant. On rappellera que le Conseil constitutionnel rattache la liberté d'entreprendre à l'article 4 de la Déclaration de 1789 tandis que la Cour européenne des droits de l'homme ne la reconnaît que par ricochet. En second lieu, on peut hésiter sur l'identification de la liberté fondatrice parmi les libertés économiques. Leurs rapports sont complexes et donnent lieu à diverses appréciations, notamment s'agissant de la liberté d'entreprendre et de la liberté de l'industrie et du commerce. Parfois ces deux libertés sont

18. V., C. Autexier, *op. cit.*, p. 130 et s.

19. J.-B. Racine, *art. cit.*, p. 430. V. CEDH, 20 novembre 1989, *Markt inter Verlag et Autronic AG*.

conçues comme des synonymes²⁰. Tantôt la première est considérée comme matérielle, tantôt la seconde. Depuis la décision du 16 janvier 1982 du Conseil constitutionnel, la doctrine française affirme la préséance de la liberté d'entreprendre²¹ qui devient donc le contenant des libertés de l'industrie et du commerce, de la concurrence, d'établissement, d'exercice d'une profession, voire de la liberté contractuelle.

D. LES LIBERTÉS ÉCONOMIQUES, DES LIBERTÉS UNIVERSELLES ?

Le caractère fondamental des droits et libertés dérive ici d'une convergence de reconnaissance et de protection dans un nombre significatif d'ordres juridiques nationaux ou internationaux. Cette approche n'est pas dénuée de prétentions à l'universalité, ni de visées normatives. Il s'agit tout autant d'extraire un ensemble de valeurs communes que de contribuer à la construction de cet ensemble. On rejoint, s'agissant des libertés économiques, la problématique de la globalisation et de la mondialisation de l'économie de marché. La victoire annoncée du néo-libéralisme consacrerait la fundamentalité des libertés économiques. La prudence s'impose néanmoins tant au regard de la complexité de l'appréciation de la fundamentalité des libertés économiques dans les différents ordres juridiques, qu'à celui des rapports qu'elles entretiennent avec d'autres objectifs, intérêts, droits ou libertés fondamentaux déliés de toute logique marchande.

II. LES LIBERTÉS ÉCONOMIQUES FACE AUX DROITS DE L'HOMME

L'enjeu de la reconnaissance du caractère fondamental, en quelque sens que ce soit, des libertés économiques réside dans les effets et les conséquences auxquels ce qualificatif permet de prétendre, en particulier en cas de conflit avec d'autres droits et libertés fondamentaux. Les exemples contentieux de ces conflits restent pour le moment limités. Ils se développeraient davantage si l'effet horizontal des droits de l'homme était admis, c'est-à-dire si des personnes privées pouvaient les invoquer face à d'autres personnes privées les violant au nom de l'exercice de libertés économiques. Il est donc peu étonnant que les exemples les plus significatifs soient fournis par le droit du travail. Toutefois la problématique d'un conflit entre les droits et libertés des employeurs et ceux de la personne du salarié n'a été ainsi formulée qu'à

20. J.-B. Racine, *art. cit.*

21. P. Delvolvé reconnaît que l'évolution du droit positif l'a conduit à changer d'avis sur la question, *op. cit.*, p. 106 et s. En ce sens, L. Favoreu, note sous la décision n° 182 DC du 16 janvier 1982, *RDP* 1982, p. 377; N. Jacquinet, *art. cit.*, p. 859; L. Favoreu *et al.*, *op. cit.*, p. 235. V. aussi Conseil d'État, *Commune de Montreuil-Bellay*, *préc.*

partir de l'arrêt du Conseil d'État du 1^{er} février 1980, *Corona*²² puis de la rédaction de l'article L. 120-2 du Code du travail²³. Les conflits entre les libertés économiques et les droits de la personne gagnent maintenant d'autres domaines et mettent à l'épreuve aussi bien le droit à la santé, la dignité humaine, le droit à l'instruction ou la non-discrimination...

Ces conflits peuvent avoir trois types d'issue : la prévalence des libertés économiques (A), celle des droits de l'homme non marchands (C) ou une conciliation (B). Peu d'ordres juridiques recourent exclusivement à l'un de ces modes de résolution. Les ordres juridiques nationaux offrent en général une pluralité de combinaisons en fonction des acteurs qui opèrent les choix, des activités économiques considérées et de l'importance accordée aux droits de l'homme mis à l'épreuve. Ils présentent toutefois des dominantes qui évoluent depuis une vingtaine d'années au bénéfice des libertés économiques. La tendance est celle d'un passage d'un rapport de conflictualité au terme duquel les libertés économiques s'inclinaient, vers une logique de conciliation où tous les droits et libertés sont situés dans un rapport d'équivalence. Puis, elle s'oriente vers une logique d'absorption des droits de l'homme par les libertés économiques, ce qui se traduit par l'introduction de rapports marchands dans des activités qui en ont longtemps été préservées : activités sportives, culturelles, éducatives ou ouverture d'un marché du placement des demandeurs d'emploi...

A. L'ISSUE HUMANISTE

La solution humaniste accorde la primauté aux droits de l'homme non marchands sur les libertés économiques soit intégralement, soit partiellement en acceptant des dérogations dûment justifiées au bénéfice des secondes. Cette place subalterne des libertés économiques n'a guère été systématisée que dans des États communistes, mais le dirigisme économique n'y a jamais vraiment été justifié au nom de la protection des droits de l'homme. Ailleurs, la subordination des libertés économiques provient essentiellement de justifications à référent collectif exprimant l'intérêt de l'État, de la nation ou de la société : ordre public, intérêt général, solidarité nationale, utilité sociale, santé publique...

La justification de la subordination des libertés économiques s'inscrit rarement dans le registre des droits de l'homme, notamment au contentieux, mais elle commence à s'affirmer. On en trouve trace lorsque le Conseil constitutionnel s'appuie sur l'objectif de pluralisme pour accepter la limitation de la possession et du contrôle

22. *Dr. soc.*, 1980. 310. V., I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, thèse Paris X-Nanterre, 1998; A. Lyon-Caen, I. Vacarie, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Mélanges J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 421.

23. « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restriction qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché ».

des quotidiens de la presse²⁴, ou dans la référence à la dignité humaine faites par les autorités allemandes pour justifier l'interdiction de la commercialisation de « jeux à tuer » (*infra*).

B. LA CONCILIATION SOCIALE-LIBÉRALE

Droits de l'homme et libertés économiques disposent ici d'un statut juridique identique, sans rapport structurel de principe à exception. En cas de conflit, chacun d'eux a une égale prétention à l'emporter : la résolution donne souvent lieu à une application partielle, non nécessairement équilibrée, des droits et libertés en jeu. L'issue du conflit peut varier en fonction des cas, activités et droits en cause. Le pluralisme initial des valeurs d'un ordre juridique se trouve ainsi transféré dans la résolution des situations conflictuelles alors que dans les deux autres modes de résolution des conflits, cet éventuel pluralisme aboutit à la primauté de l'une des valeurs.

Ce mode de résolution des conflits s'affirme depuis quelques années et se manifeste sous de nouvelles formes. On assiste en particulier au passage d'une logique de justification à une logique de proportion²⁵. Dans le premier cas, la conciliation s'entend comme une exigence « d'adéquation entre la mesure adoptée et le but qu'elle vise »²⁶ : la justification d'une action par une norme supérieure suffit même si elle entre en conflit avec une autre de ces normes. Dans le second cas, la conciliation devient une fin en soi. La simple justification ne suffit plus. La logique de proportion vise à sanctionner toute restriction à l'exercice d'une liberté ou d'un droit qui aurait des conséquences excessives pour ses titulaires.

L'observation du contentieux constitutionnel ou administratif²⁷ révèle que les libertés économiques bénéficient de cette évolution des modes de résolution des conflits. Par exemple, là où la liberté d'entreprendre, engagée dans une logique de justification s'inclinait face à des objectifs concurrents, il est aujourd'hui exigé qu'elle soit conciliée avec ces autres objectifs, sans qu'il ne lui soit porté une atteinte excessive. Ainsi, au début des années 1980, le Conseil constitutionnel veillait à ce que la liberté d'entreprendre ne fasse pas l'objet de « restriction arbitraire ou abusive »²⁸ tout en rappelant qu'elle n'est « ni générale, ni absolue » et « qu'elle s'exerce dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi »²⁹. Puis, au début des années 1990³⁰, il laisse le soin au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général ou liées aux autres exigences constitutionnelles, à la condition de ne pas en

24. Décision n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Rec.* 78.

25. I. Vacarie et A. Lyon-Caen, *op. cit.*, pp. 440-441.

26. *Op. cit.*, p. 440.

27. CE 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, *AJDA* 2003. 1150.

28. Décision n° 81-132 DC, *préc.*

29. Décision n° 85-202 DC, 16 janvier 1986, *Rec.* 14.

30. Décision n° 90-284 DC, 16 janvier 1991, *Rec.* 20.

dénaturer la portée³¹. Depuis la décision du 12 janvier 2002, il accentue la logique de proportion en affirmant que le droit pour chacun d'obtenir un emploi peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations, à la condition « qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». Il sanctionne en l'espèce le législateur pour avoir « porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi »³².

Ce passage d'une logique de la justification à une logique de la proportion s'effectue à peu près au moment où la liberté d'entreprendre n'est plus seulement opposée à des justifications à référent collectif (intérêt général, ordre public ou santé publique), mais est confrontée à des prétentions formulées en termes de droits de la personne : le droit d'obtenir un emploi, le droit au repos ou au temps de loisir. Au bout du compte, alors que dans une logique de justification l'intérêt collectif l'emportait sur la liberté d'entreprendre, les droits de la personne, soumis à une exigence de proportionnalité, semblent plus vulnérables. C'est d'ailleurs à partir de l'engagement du Conseil constitutionnel dans une logique de proportion que celui-ci a prononcé ses premières censures sur le fondement de la liberté d'entreprendre³³.

On s'interrogera enfin sur la malléabilité des formules de conciliation utilisées par le Conseil constitutionnel. Celle-ci semble lui ouvrir un pouvoir de modulation des exigences de conciliation en fonction des dispositions législatives en cause. Ainsi, pour censurer une définition restrictive des motifs de licenciement économique fondée sur la protection du droit à l'emploi, le Conseil s'appuie sur l'existence d'une atteinte excessive et disproportionnée à la liberté d'entreprendre³⁴. Quelque temps après, il admet la limitation (fondée sur la liberté d'entreprendre) du droit au reclassement des salariés (fondé sur le droit à l'emploi) en se bornant à relever que le législateur n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation³⁵. Le Conseil semble donc plus exigeant à l'égard d'une disposition législative justifiée par un droit de l'homme non marchand qui restreint la portée de la liberté d'entreprendre, qu'à l'égard d'une disposition législative justifiée par la liberté d'entreprendre qui porte atteinte à un droit de l'homme non marchand.

C. LA SOLUTION LIBÉRALE

La solution libérale accorde la primauté aux libertés économiques sur les autres droits fondamentaux. Elle présente deux variantes. La première est ultra-libérale. Les libertés économiques sont à la fois un moyen et une finalité première. Elles sont

31. Décision n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *Rec.* 258.

32. Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Rec.* 49.

33. Décisions n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Rec.* 176 et n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Rec.* 49.

34. Décision n° 2001-455 DC, *préc.*

35. Décision n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, *JO* 19 janvier 2005, p. 896.

autosuffisantes et conditionnent tout. Dans sa forme extrême, cet ultra-libéralisme suspecte le droit de la concurrence, car la concurrence pure et parfaite n'a pas besoin d'encadrement juridique. La seconde variante de type « libéral-social » est plus tempérée. Les libertés économiques sont un moyen mais non une fin, ou non l'unique fin possible. Elles sont le préalable à l'effectivité des autres droits et libertés, notamment des droits sociaux. Le droit de la concurrence peut servir des objectifs économiques et sociaux, et aménage les possibilités de dérogation aux libertés économiques.

La solution libérale, dans l'une ou l'autre de ces variantes, connaît, depuis la fin des années 1980, un vif succès. Elle a justifié la libéralisation de nombreuses activités qui échappaient en tout ou partie au marché. Le présupposé est que la libre concurrence améliore le choix des usagers devenus consommateurs et, ainsi, l'efficacité et la qualité des prestations. Les entreprises placées en situation concurrentielle sont réputées aussi aptes, voire davantage, à satisfaire certains besoins que les organismes bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux³⁶.

Cette solution libérale opère un véritable changement de perspective par rapport aux autres solutions. Elle se concentre en effet sur un type d'organisation et non sur les fins poursuivies par celui-ci. Autrement dit, l'établissement d'une organisation marchande non entravé par d'autres types d'organisation qui, au mieux lui font exception, prime sur la distribution finale des biens. L'important est que ces biens soient produits dans un ordre marchand. On comprend que, d'un point de vue humaniste, la limite essentielle de la solution libérale réside dans son évacuation de la question de la non-discrimination vis-à-vis de l'accès aux biens et de leur distribution³⁷.

Au contentieux, la Cour de justice des Communautés européennes offre de nombreux exemples de la variante libérale-sociale. Tout en affirmant la primauté des libertés économiques, la Cour a peu à peu accepté la poursuite d'objectifs non marchands (protection de la santé publique³⁸, ordre public) que l'application stricte du droit de la concurrence mettrait à mal. Surtout, la Cour admet que les droits fondamentaux de la personne puissent faire obstacle, à titre dérogatoire, aux libertés fondamentales du marché. Envisagé depuis l'arrêt *Nold*³⁹, le cas a reçu une illustration

36. Sur cette conception, CJCE, 11 décembre 2003, *DocMorris*, AJDA 2004. 322. L'entreprise Doc Morris justifie la vente de médicament par Internet, contestée par les organisations professionnelles de pharmacien, par le fait que son site apporte des garanties équivalentes à celles des pharmacies traditionnelles et est assure tout autant la protection de la santé des personnes.

37. La libéralisation de l'assurance-maladie au Chili a montré que, dans un ordre marchand, rien n'assure les individus contre la faillite des prestataires, ni n'atténue la recherche de profits qui conduit à sélectionner les assurés en fonction du niveau de risque qu'ils présentent (selon les barèmes des prestataires). Ceci institue alors un système d'assurance à plusieurs vitesses au détriment des plus pauvres et des plus malades : v. C. Mills, J. Caudron (dir.), *Main basse sur l'assurance Maladie*, Paris, coll. « Les notes et les documents de la fondation Copernic », Éditions Syllepsis, 2003, pp. 49-50.

38. Par exemple, CJCE, 2 avril 1998, *Norbrook Laboratories, Lt/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, aff. C-127/95, Rec. p. I-1531.

39. CJCE, 14 mai 1974, *Nold, kolhen-und Baustoffgrosshandlung c. Commsision*, aff. 4/73, Rec. p. 491.

toute particulière dans l'arrêt du 14 octobre 2004, OMEGA⁴⁰. La Cour admet que « le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle la libre prestation de service ». Est en l'espèce justifiée l'interdiction par l'Allemagne de « jeu à tuer » (avec des armes lasers) au nom de la dignité de la personne humaine et des troubles à l'ordre public.

Cette esquisse de rééquilibrage entre des objectifs non marchands exprimés sous la forme des droits fondamentaux et les libertés économiques, continue néanmoins de s'inscrire dans une rhétorique de principe à exception. Ceci a des conséquences sur la répartition de la charge de la preuve et sur les méthodes d'interprétation de la Cour, les dérogations étant d'interprétation stricte et soumises à une épreuve de proportionnalité⁴¹. Les modalités de cette épreuve diffèrent de la proportionnalité exigée dans le cadre de la solution « sociale-libérale ». Dans ce dernier, il s'agit de s'assurer qu'aucune atteinte disproportionnée n'est portée à un des droits ou libertés en jeu. Dans le cadre de la solution « libérale-sociale », le test de proportionnalité porte sur les mesures dérogoires aux libertés économiques. Il vise à en contenir la portée et les effets.

*
* *

La question de la capacité des droits fondamentaux à justifier des exceptions aux règles de la concurrence, et à rétablir un rééquilibrage civique, humaniste ou social dans un ordre marchand reste entière. Les concepteurs des politiques publiques ont un rôle essentiel dans la définition d'un équilibre, tout comme les juges dont on a vu qu'ils disposent, en cas de contentieux, d'un pouvoir important d'articulation des objectifs marchands et non marchands. Comme le souligne M. Delmas-Marty, « assurer l'effectivité de l'ensemble des droits fondamentaux sera l'enjeu essentiel

40. AJDA 2005. 152 ; v. également l'arrêt CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. 112/00, D. 2003. Somm. 106. Les autorités autrichiennes s'appuient sur la liberté d'expression et de réunion pour refuser d'intervenir contre l'atteinte portée à libre circulation par un groupe de manifestant.

41. Sur le contrôle de proportionnalité des restrictions aux libertés fondamentales du marché, voir aussi l'affaire CJCE du 13 novembre 2003, *Neri*, *European school of economic*, AJDA 2004. 723. Pour la Cour, « Si l'objectif d'assurer un haut niveau des formations universitaire apparaît légitime pour justifier des restrictions aux libertés fondamentales, les dites restrictions doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ». En l'espèce, en ne reconnaissant pas les diplômes universitaires délivrés par des écoles privées étrangères situées sur son territoire, l'Italie qui invoquait « le bien public » et « les valeurs culturelles et historiques d'un État » que représente la formation universitaire a commis une restriction non proportionnée aux libertés fondamentales du marché. Comme le souligne Y. Jégouzo, un pas important est franchi dans « l'intégration de l'éducation dans le giron du monde marchand », AJDA 2004. 724.

des prochaines années pour réussir à conjuguer économie et droit de l'homme et éviter ainsi que les deux processus, la globalisation économique et l'universalisation des droits de l'homme, ne deviennent conflictuelle »⁴² ou, si l'on estime que cette conflictualité est indépassable, qu'elle n'aboutisse à l'absorption et la domination de la seconde par la première.

42. « La mondialisation du droit : chances et risque », *D.* 1999. Chron. 47.

Pour un droit de l'économie sociale*

David Hiez

Professeur à l'Université du Luxembourg

Le droit de l'économie sociale, ça n'existe pas. Ce n'est pas l'affirmation quelque peu péremptoire et dédaigneuse d'un professeur bon teint, pas même la pensée d'un spécialiste du droit boursier ignorant la réalité de l'économie sociale, ce n'est qu'un constat froid, chagrin peut-être, mais irréfutable. Pas de manuels, pas même de chroniques, une formation par-ci par-là qui accole les deux termes. Pourquoi ? Et pourquoi s'y intéresser si ça n'existe pas ?

La place de l'économie sociale dans la sphère juridique est d'abord la manifestation de celle qui lui est faite au plan institutionnel. En dépit des chiffres qu'elle met en avant¹, l'économie sociale ne se voit pas incluse dans les lieux de représentation des acteurs économiques et n'a pas davantage intégré notre imaginaire du monde économique. Les juristes n'étant pas différents des autres membres de la société, rien d'étonnant à ce qu'ils n'accordent pas plus de place à ce secteur.

Mais il y a une autre raison, plus profonde. L'économie sociale elle-même n'a pas une existence évidente. Quoique la notion ait été florissante à la fin du XIX^e siècle et qu'elle ait connu un nouvel essor à partir des années 1970², l'affirmation de son unité est plus normative que descriptive. On y rattache habituellement les associations³ et

* J'adresse mes remerciements à Rémy Laurent du Groupement national de la coopération pour sa relecture et ses remarques.

1. L'économie sociale emploie plus de 1,8 million de salariés ; elle représentait 11,7 % du PIB en 2003. Th. Jeantet, *Économie sociale, La solidarité au défi de l'efficacité*, préface M. Rocard, La Documentation française 2006, p. 86 s. L'évaluation du chiffre du PIB est toutefois sujette à discussion, des spécialistes le situant plutôt du côté de 5 %.

2. Ce regain d'intérêt s'est concrétisé après 1981 avec la création de la délégation inter-ministérielle à l'économie sociale, toujours confirmée depuis, avec plus ou moins de facilité, et l'adoption de la loi n° 83-657 du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale.

3. La question se pose de savoir si toutes les associations en font partie ou seulement celles qui exercent une activité économique, autrement dit les associations gestionnaires. Le décret n° 81-1125 du 15 décembre 1981 portant création d'une délégation à l'économie sociale visait en effet les seules associations « dont les activités de production les assimilent » aux coopératives et aux mutuelles. Le

les fondations ainsi que les coopératives et les mutuelles. Des discussions pourraient avoir lieu sur les frontières précises (par exemple à propos de l'économie solidaire) mais cela reste accessoire, l'essentiel est au cœur. En effet, l'économie sociale renvoyait d'abord à ce que l'on nommerait aujourd'hui une autre façon d'entreprendre. Dans la pensée commune, elle renverrait plutôt au bénévolat associatif alors qu'historiquement l'association en était exclue. Il y a en tout cas une rupture entre le monde associatif et le monde coopératif. Le fossé se comble peu à peu parce que les uns et les autres ont compris que seule l'unité leur permettrait d'accroître leur visibilité mais les interrogations demeurent, notamment entretenues par l'intrusion des concepts anglo-saxons, particulièrement les *non-profit organisations*, traduites comme les institutions sans but lucratif, dont on verra qu'elle pose de grosses difficultés d'identité au secteur.

Parler de droit de l'économie sociale n'est donc pas neutre, cela suppose tout à la fois l'affirmation, fût-elle prospective, de son unité et la recherche d'une participation du droit à l'émergence de son identité. Nous savons en effet que les catégories juridiques elles-mêmes sont porteuses d'une charge anthropologique forte⁴ dans la mesure où le droit est l'instance première de régulation de nos sociétés⁵. Nous, juristes, avons donc une responsabilité particulière dans les concepts que nous forgeons. Or il me semble que la construction d'un droit de l'économie sociale est urgente, non seulement pour accompagner la reconnaissance croissante de cette autre conception de l'économie humaine, mais également pour éclairer la route de ce développement et éviter que les chemins ne se brouillent.

Pour cela, nous ne partons pas de rien, il existe déjà une réalité juridique importante qui ne demande qu'à être travaillée. Par-delà cette réalité, nous découvrons de fortes potentialités qui, comme toute chose en devenir, sont porteuses de grands dangers. Ce sont ces deux aspects qui nous permettront de baliser les enjeux de ce droit de l'économie sociale.

I. UNE RÉALITÉ STIMULANTE

Le droit de l'économie sociale n'est pas une chimère, il existe, au moins dans les limbes, et ce que l'on en trouve est suffisamment stimulant pour retenir l'attention.

décret n° 2006-151 du 13 février 2006 portant création de la délégation interministérielle à l'innovation sociale, à l'expérimentation sociale et à l'économie sociale ne reprend pas cette restriction. Les clivages demeurent toutefois dans les esprits, même si les associations n'ayant aucune activité économique se réduisent comme peau de chagrin.

4. Notamment A. Supiot, *Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit*, Éditions du Seuil, 2005.

5. Même si une approche statutaire est insuffisante pour définir le secteur : Th. Jeantet, *op. cit.*, p. 36.

A. LA RÉALITÉ

Pour décrire cette réalité, je me comporterai en juriste technicien et présenterai classiquement les diverses sources de ce droit.

– *Des textes substantiels.* Il n'existe pas de textes sur l'économie sociale en général mais sur les diverses familles qui la composent. À tout seigneur tout honneur, le texte le plus connu est la loi du 1er juillet 1901 sur les associations. Il est bref mais a été complété par d'innombrables autres textes prévoyant des statuts spécifiques à des types particuliers d'association. Moins connue du grand public mais également centrale est la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, plus jeune et moins vivace puisqu'elle a connu une évolution significative par la loi n° 92-643 du 13 juillet 1992 relative à la modernisation des entreprises coopératives. Comme le précédent, ce texte s'accompagne de divers statuts particuliers, moins nombreux et plus homogènes. Vient ensuite la mutualité, organisée successivement par les lois des 1^{er} avril 1898, 19 mars 1947 (dite « loi Morice ») et, finalement, l'adoption du nouveau Code de la mutualité par l'ordonnance n° 2001-350 du 19 avril 2001.

Ces dispositions posent les règles générales de fonctionnement de ces divers groupements et les principes fondamentaux qui les animent. Ils sont naturellement complétés par des textes réglementaires.

– *Une jurisprudence quantitativement inégale.* Comme dans toutes les matières, la jurisprudence intervient au gré des litiges qui lui sont soumis. La relativement moindre importance du secteur implique logiquement une infériorité quantitative du contentieux. En outre, lorsque les organismes de l'économie sociale sont en litige, ce peut être pour des problèmes touchant à d'autres questions juridiques que celles spécifiques à leur statut juridique propre. Ce n'est pas dire que la jurisprudence soit sans intérêt mais qu'elle est d'importance inégale. Relativement abondante en droit des associations, elle est plus limitée en droit coopératif et très restreinte en droit mutualiste.

Ses apports ne sont pourtant pas négligeables. L'inflation législative n'est peut-être pas ici aussi importante que dans d'autres domaines et la mise en œuvre des principes requiert des précisions que les juges sont appelés à fournir. Ceci est d'autant plus vrai que les textes n'évoluent pas toujours aussi vite que la pratique et que les adaptations sont donc réalisées par la jurisprudence. La véritable lacune nous ramène à la théorie des sources telle qu'elle a pu être établie au début du xx^e siècle : si la jurisprudence n'a pas l'importance qu'elle mérite, c'est qu'elle n'est pas construite par la doctrine⁶.

– *Une pratique développée.* Depuis que l'état a abandonné, ou atténué, la méfiance qu'il cultivait à l'égard de tous les phénomènes collectifs qui lui échappaient, son intérêt pour les groupements de l'économie sociale s'est estompé. Son intervention, que les structures capitalistes ressentent comme pesante, ne concerne pas beaucoup

6. Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004, p. 130 s.

les structures de l'économie sociale dans la mesure où elles ne sont pas considérées comme un enjeu crucial. Lorsqu'il s'y intéresse, c'est moins pour les encadrer, ici ou là, que pour favoriser l'expansion d'une activité à la mode ou qu'on espère créatrice d'emploi. Le plus souvent, l'intervention étatique est d'autant plus pernicieuse qu'elle est indirecte : la loi ne vise que le droit commun mais, ne tenant pas compte de la réalité de l'économie sociale, elle n'est en réalité adaptée qu'aux seules entreprises capitalistes. C'est alors que les pouvoirs publics sont le plus néfastes.

La conséquence est une relative liberté des structures de l'économie sociale. L'extraordinaire souplesse des statuts d'une association est bien connue, le fréquent renvoi de la loi de 1947 aux statuts des coopératives l'est également. La pratique conserve donc une importance qu'elle n'a plus dans d'autres domaines. Adhérents mutualistes, coopérateurs et sociétaires sont les principaux artisans des règles qui les régissent. Confrontés à des situations imprévues, ils doivent imaginer les solutions adéquates, pour répondre aux besoins pratiques dans le respect des principes qui animent leur action tels qu'ils ont été définis par la loi. Dans ces conditions, la part du droit positif pourrait bien être plus faible, renvoyant à des normes floues. Par souci de reconnaissance, le secteur de l'économie sociale revendique souvent une plus grande prise en considération par le droit, la perspective mériterait d'être davantage réfléchie.

– *Une doctrine restreinte.* Que la doctrine soit réduite n'est pas surprenant. Comme nous l'avons dit, il n'y a aucun manuel sur une matière qui n'existe pas encore ; il n'y a non plus aucune étude spécifique et, à ma connaissance, aucune thèse en cours⁷. Les choses sont un peu différentes en ce qui concerne les diverses familles. Il existe en effet des ouvrages sur le droit des associations et les autres familles. Seules les associations ont toutefois donné lieu à la publication de manuels.

Plus globalement, il est remarquable que l'essentiel des écrits juridiques sur l'économie sociale se trouve dans des ouvrages pratiques, Juris-Classeur, Lamy..., sous la plume de praticiens. Quelques universitaires s'intéressent toutefois à la question mais de façon partielle, souvent lointaine. L'absence d'étude d'ensemble reflète le caractère incomplet de cette partie du droit et renforce l'image de maquis qui ressort de la diversité des textes et des arrêts.

Pourtant, la construction de ce droit n'est pas inutile, elle est même particulièrement stimulante.

B. LE STIMULUS

L'étude du droit de l'économie sociale est stimulante de deux points de vue. D'une part, son incomplétude ravit le technicien qui trouve là matière à exercer le raisonnement juridique qu'il est censé avoir intégré. D'autre part, l'insatisfait par la pensée

7. Seul un mémoire fait apparaître, au terme d'une recherche dans le SUDOC, l'étude juridique du secteur envisagée dans son ensemble : E. Grosjean, *L'entreprise de l'économie sociale face au droit communautaire*, mémoire DEA droit communautaire, Bordeaux IV, 2000.

dominante y découvre de quoi renouveler les débats qui animent les relations entre droit et activité économique.

1. Les « phéromones techniques »

L'absence quasi totale de doctrine sur la question est un défi particulièrement attractif, faisant apparaître un vide qu'il convient de combler. Pour cela, le chercheur doit affronter le chaos de la matière.

La matière du droit de l'économie sociale n'est pas nulle, il y a de nombreuses sources, nous l'avons vu, ce qui manque c'est l'organisation de cette masse informe. La multitude des solutions doit être ordonnée, harmonisée, coordonnée, afin que la matière acquière du sens. En d'autres termes, il faut tout à la fois de la forme et du fond.

Pour constituer une forme recevable, il est nécessaire d'emprunter les canons de la dogmatique. Il s'agit donc de construire une cohérence dans la présentation en dégagant les articulations pertinentes. C'est un travail délicat pour lequel le juriste risque de se trouver rapidement démuné dans la mesure où il part de rien. La seule solution consiste donc, comme nous l'avaient indiqué nos grands prédécesseurs largement oubliés depuis⁸, à sortir du champ juridique, et ce dans deux directions. D'abord, il faut retourner à la matière brute pour repérer des articulations dans les activités, les organisations... Ensuite, il faut prendre acte que le droit n'est pas la seule science sociale et que d'autres chercheurs, en sociologie, économie, gestion... ont pu opérer le même travail et que le juriste serait bien inspiré de s'en servir⁹. La construction dogmatique d'un droit de l'économie sociale passe donc au préalable par une approche multidisciplinaire. C'est d'ailleurs peut-être aussi ce qui explique l'absence de juristes universitaires vraiment spécialisés dans la matière, ceux-ci restant cantonnés sur les questions techniques, forcément de détail.

Sur le fond, la mise en place d'un droit de l'économie sociale suppose la détermination de structures communes, animées de principes communs. Nous en dirons quelques mots plus loin. C'est l'enjeu de la construction, il n'est pas question de le réaliser dans cette courte réflexion.

2. Le « parfum du renouveau »

À l'heure où les phénomènes de mondialisation remettent en cause nos constructions juridiques classiques en même temps qu'ils donnent lieu à une contestation grandissante, les besoins de renouveau sont indéniables. Or le secteur de l'économie sociale est suffisamment différent de l'organisation traditionnelle des affaires pour porter, peu ou prou, cette rénovation. Si on redouble cette hypothèse du constat de la proximité entre économie sociale et autogestion, cet espoir se mue en utopie.

8. Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *op. cit.*

9. Il est frappant que les non-juristes de la matière sont capables de réfléchir sur la dimension juridique, faute de juristes pour le faire : Th. Jeantet, *op. cit.*, p. 479 s., spéc. ps. 76 s.

– *Il n’y a que l’utopie qui anime l’horizon.* Le paysage juridique des groupements est riche, même luxuriant. Pourtant, il est dominé par la haute stature de la société qui tend à cacher les taillis qui l’entourent. Il lui appartient de laisser s’épanouir les jeunes pousses, à commencer par les associations, dont les activités se développent notamment, de plus en plus, dans le domaine économique. D’abord discutée, cette intervention a finalement été acceptée par le droit¹⁰.

Pour réduire la confusion qui résulte de cette multiplicité de structures juridiques, il est proposé d’établir un droit commun des groupements, sur le modèle de la société¹¹, évidemment¹². L’argument est simple et efficace : non seulement la société connaît une organisation plus approfondie mais en outre elle assure un respect des valeurs fondatrices de l’humanisme plus efficace que les groupements de l’économie sociale eux-mêmes. Je n’insiste pas sur le premier volet de l’argumentation, il suffit de renvoyer aux débats sur l’absence de solution énergétique en dehors du nucléaire pour justifier l’absence de recherche dans ces domaines nouveaux. Le second volet est plus problématique car il disqualifierait positivement les groupements de l’économie sociale. Ce serait le cas notamment de l’association, la loi de 1901 n’assurerait en effet pas le respect minimal des principes démocratiques en raison de l’excessive souplesse de sa réglementation tandis que la société se montrerait plus scrupuleuse¹³. Sans nier les risques liés à la liberté laissée aux sociétaires, la remarque fait fi de l’importance des valeurs portées par ceux-ci et de la difficulté pour le droit d’en rendre toujours compte. Il me semble plus encore que c’est travestir la réalité et susciter un affadissement des valeurs différentes.

L’argument invoqué pour établir un droit commun des groupements est que tous les groupements, intervenant dans le même champ, font face aux mêmes questions et, *grosso modo*, sont bien tenus d’y apporter les mêmes réponses. Pourtant, à comparer sérieusement les sociétés des groupements de l’économie sociale, il apparaît tout au contraire que les solutions apportées s’opposent et, plus fondamentalement, que la manière de poser les questions diffère profondément. Flagrante dans le traitement de la recherche de la richesse économique, cette différence est plus imperceptible et donc plus facilement négligeable en ce qui concerne l’appréhension de l’activité économique elle-même. Ainsi, par-delà l’interdiction de partager les bénéfices, ce qui distingue les groupements de l’économie sociale — ou pour reprendre un vocable moins lisse les entreprises non capitalistes¹⁴ —, c’est sa conception du collectif. Selon que l’objet qui rassemble est la recherche du profit, ou bien un avantage plus complet, les relations et leur régulation sont totalement modifiées. Les personnes qui

10. CA Besançon, 8 janv. 1969, *Gaz. Pal.* 1969. jur. 364 ; *D.* 1969. Somm. 101. Com., 13 mai 1970, *D.* 1970. Jur. 644.

11. D. Randoux, « Pour un droit commun des groupements », *JCP* 1996. I. 3982.

12. Rappelons toutefois, après P. Le Cannu, qu’il n’existe pas même de société de droit commun : P. Le Cannu, « Existe-t-il une société de droit commun ? », in *Prospectives du droit économique : dialogue avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 247.

13. D. Randoux, art. préc. n° 9.

14. M. Jeantin, « L’entreprise non capitaliste en économie de marché », *Revue Procès, Cahiers d’analyse politique et juridique* 1981, n° 7, p. 37.

gravitent autour du groupement sont plus variées, l'intérêt qui l'anime est revendiqué comme dépassant un simple intérêt privé, le contrôle de tous doit donc être mieux garanti et un traitement spécifique doit être assuré, que ce soit pour imposer des contrôles supplémentaires ou pour accorder des avantages particuliers.

Que l'un et l'autre modèles doivent obéir à des principes communs, voilà qui va de soi dans la mesure où ils appartiennent à un même droit mais ce sont alors des principes qui leur échappent et ne valent pas que pour eux. L'intrusion des valeurs portées par la Convention européenne des droits de l'homme ou par le droit communautaire, spécialement de la concurrence, en est une illustration frappante. La transposition de solutions techniques d'organisation d'un type de groupement dans un autre est plus facilement acceptable¹⁵ mais il convient d'être vigilant car la neutralité technique recouvre souvent des questions moins consensuelles; une transposition limitée par un raisonnement par analogie¹⁶ constitue dans ces conditions une limite minimale, tant que le travail de précision de l'organisation des associations n'aura pas été accompli¹⁷.

Dès lors qu'on serait en présence de deux modèles repérables pour la structuration juridique des groupements ayant une activité économique, la question se posera, inéluctablement, de leur place respective.

– *Rien n'est plus poétique que l'autogestion.* Rattacher l'économie sociale à l'autogestion n'a rien d'artificiel, le renouveau de l'économie sociale a correspondu à une période de réflexion intellectuelle autour de l'autogestion, comme en attestent les débats suscités sur la forme coopérative durant les années 1970, par exemple autour de l'affaire *Lip*¹⁸. Ce rapprochement n'est pas exempt d'ambiguïtés et l'enthousiasme des nouveaux militants ne rejoint pas toujours celui des coopérateurs eux-mêmes¹⁹. Les théoriciens du coopératisme remettront même les choses à leur place en prenant leur distance²⁰. La comparaison conserve toutefois son intérêt en ce qu'elle ramène à la question du statut de l'économie sociale, ses structures appréciant ce parrainage lorsqu'elles le manipulent elles-mêmes²¹. Il ne faut pas oublier en effet que celle-ci n'est pas née avec la délégation interministérielle à l'économie sociale qui en a marqué la reconnaissance politique et institutionnelle, elle trouve son assise théorique dans les socialismes utopiques du XIX^e siècle²². Comme l'autogestion, l'économie sociale a donc d'abord été le rêve d'un monde différent. La confrontation au réel

15. Pour la reconnaissance de la vocation d'application subsidiaire du Code civil et du Code de commerce régissant les sociétés aux associations, v. Civ. 1^{re}, 3 mai 2006, pourvoi n° 03-18229.

16. K. Rodriguez, « Association : la méthode du renvoi au droit des sociétés », *D.* 2006. 2037.

17. K. Rodriguez, « La pertinence en 2006 du droit des associations : pour un *statu quo*, un toilettage ou une refonte ? », *Bull. Joly*, 2006, § 91, p. 447.

18. J.-P. Le Goff, *Mai 68, L'héritage impossible*, Éditions La Découverte, 1998, p. 239 s.

19. E. Zaidman, *Les coopératives ouvrières de production en France de 1945 à nos jours*, thèse Paris VII, 1989, p. 303 s.

20. G. Lasserre, « L'autogestion ses doctrines en France ses problèmes économiques », *RECMA* 1975, n° 179, p. 1 s.

21. Y. Saint-Jours, M. Dreyfus et D. Durand, *Traité de sécurité sociale ; la mutualité (histoire, droit, sociologie)*, LGDJ, 1990, p. 158 et 175 s.

22. A. Gueslin, *L'invention de l'économie sociale, idées pratiques et imaginaires coopératifs et mutualistes dans la France du XIX^e siècle*, 2^e éd. révisée et augmentée, Economica, 1998.

s'accompagne nécessairement de remises en cause et les réalisations concrètes ont été quelque peu différentes de ce qui avait été imaginé : besoins pratiques et aspirations humanistes se sont mariés pour donner naissance aux diverses familles de l'économie sociale. L'idée s'est toutefois conservée un moment encore de modifier en profondeur l'organisation économique de la société. C'est principalement le mouvement coopératif, plus approfondi à cette période que la structure associative et d'un domaine plus universel que la mutualité, qui l'a systématisé par la théorie de la « République coopérative » de Charles Gide²³. D'après cette conception, le mouvement coopératif serait de nature à se substituer à l'économie capitaliste en substituant progressivement au règne du producteur celui du consommateur. Les coopératives de consommation, en pleine expansion à l'époque (aujourd'hui totalement marginalisées en France), avaient vocation à se substituer à tous les autres modes de distribution, économiquement moins efficaces et humainement moins satisfaisants. Ces coopératives devaient naturellement se rapprocher des coopératives agricoles et ouvrières afin de se procurer les biens de consommation pour les consommateurs et même racheter des usines et des terres afin que le consommateur devienne le véritable auteur des décisions qui, finalement, le concerne lui-même. Ce faisant, sur le modèle de la coopérative mythique (mais bien réelle) de Rochdale²⁴, la coopération de consommation devait étendre son activité jusqu'à ce que toute la production²⁵ soit elle-même de nature coopérative, réalisant ainsi la République coopérative.

Ce programme n'a pas été réalisé et il a même fini par être abandonné par les théoriciens²⁶, marquant la fin de l'hégémonie de la coopération de consommation. Tout un nouveau courant s'est développé depuis les années 1960 qui se veut plus réaliste en étudiant le phénomène coopératif, avec ses particularités et ses difficultés²⁷, en opposition à ceux, plus militants peut-être²⁸, qui sont taxés d'idéologues. Cette évolution de la pensée coopérative est très représentative de la conception actuelle de l'économie sociale, qui souhaite être reconnue comme modèle aussi sérieux que le modèle capitaliste mais sans aucune prétention à l'universalité ni

23. Ch. Gide, *Coopération et économie sociale 1886-1904, Oeuvres complètes*, volume 4, L'Harmattan, 2001, p. 143 s.

24. Il s'agit de la coopérative fondée en Angleterre en 1843 par des ouvriers tisserands qui sera reprise comme modèle par l'école de Charles Gide et, plus généralement, par tout le mouvement coopératif, en raison d'une part de la qualité de ses statuts et d'autre part de sa réussite concrète : P. Toucas (sous la direction de M. Dreyfus), *Les coopérateurs. Deux siècles de pratiques coopératives*, les Éditions de l'Atelier, coll. « Jean Maitron », 2005, ps. 26-27.

25. Les coopératives de crédit étaient alors généralement rattachées aux secteurs de production correspondants.

26. C'est principalement avec les travaux du docteur Fauquet que cette nouvelle ligne s'est affirmée : G. Fauquet, *Le secteur coopératif, essai sur la place de l'homme dans les institutions coopératives et de celles-ci dans l'Économie*, L'union suisse des coopératives de consommations (USC), 4^e éd. 1942, 1^{re} éd. 1935.

27. Le chef de fil de cette nouvelle école est Claude Vienney : *Économie du secteur coopératif français*, Cujas, 1966 ; *Socio-économie des organisations coopératives*, éd. Coopérative d'information et d'édition mutualiste, 1980-1982.

28. Not. H. Desroches ; citons par exemple : *La société festive*, Éditions du Seuil, 1975 ; *Le projet coopératif*, Éditions ouvrières, 1976.

dimension utopique. Les débats suscités par la revendication d'une économie solidaire ne sont pas parvenus à modifier cette situation. Pourtant, il me semble que nous avons besoin de davantage et qu'il serait dommage de ne pas saisir les occasions à notre disposition pour réenchanter notre monde. À l'heure où une pensée alternative cherche à se construire au sein des courants altermondialistes, pas moins internationalistes que les tenants de la globalisation libérale, l'utilisation de l'économie sociale pourrait bien être un drapeau rassembleur.

Alors, autogestion ? Peu importe. Je tenais simplement à insister sur la nécessité de ne pas renoncer aux utopies et, à tout prendre, celle-là me semble plus verdoyante que d'autres. En tout cas, si je pense que l'économie sociale est suffisamment prometteuse pour que les juristes s'y intéressent et participent à son élaboration, c'est à la condition de faire le point de ce qu'elle recèle, le positif comme le négatif.

II. UNE VIRTUALITÉ AMBIGUË

Les développements précédents nous ont déjà donné à voir que le droit de l'économie sociale revêt des potentialités attractives, il convient à présent de détailler ces virtualités, avant d'en indiquer les possibles dévoiements.

A. LA VIRTUALITÉ

Il faut préciser les principes juridiques qui animent les diverses familles de l'économie sociale et porter une attention particulière à l'unité de leur fondement, à savoir la non lucrativité.

1. Les principes communs

J'ai déjà mentionné la diversité, voire les divergences, qui caractérisent les groupements de l'économie sociale. Dégager des principes communs relève donc de la gageure ou, à tout le moins, de la prospective. La réflexion est au cœur des discussions qui ont lieu depuis une vingtaine d'années mais, en raison de l'absence des juristes, le droit n'y a pas pris part. Outre le caractère non-lucratif, il me semble qu'il faut envisager le caractère démocratique et la double qualité.

S'agissant du principe démocratique, il constitue certainement une valeur qui se retrouve dans toutes les structures de l'économie sociale. À la différence des groupements de type capitaliste, en effet, les uns et les autres fonctionnent sur le système « un homme une voix ». Ce mécanisme s'applique toutefois de façon différente selon les groupements. Les mutuelles en font une stricte application²⁹. Les coopéra-

29. Y. Saint-Jours, M. Dreyfus, D. Durand, *op. cit.*, p. 175.

tives l'appliquent rigoureusement en principe mais il leur est désormais possible d'en limiter la portée pour les associés non-coopérateurs, qui peuvent se voir reconnaître des droits politiques proportionnels à leur poids financier³⁰. Quant aux associations, elles sont conçues comme un instrument dynamique de la vie démocratique des institutions socio-politiques ; en revanche, aucun texte général ne vient leur imposer un fonctionnement particulier, la loi du 1^{er} juillet 1901 étant muette sur les modalités de son fonctionnement. C'est donc le droit commun qui assure le minimum démocratique de son fonctionnement, une grande liberté étant pour le reste laissée aux sociétaires dans leur organisation. Pour autant, son attachement aux valeurs de la représentation égalitaire ne doit pas être négligé et, en tout état de cause, aucune relation ne peut être établie entre finance et pouvoir compte tenu de son désintéressement.

Le principe de double qualité est d'abord un principe coopératif³¹. Il signifie que chaque associé est également coopérateur. Autrement dit, le lien social classique est toujours doublé d'un lien entre chaque associé et la coopérative, en vertu duquel les coopérateurs s'engagent à effectuer des opérations avec la coopérative, par exemple dans les coopératives agricoles livrer toute ou partie des récoltes. Ce principe résulte de ce que la coopérative n'est pas une structure destinée à entreprendre de nouvelles activités mais à améliorer par un travail collectif les activités que chacun mène déjà individuellement ; la coopérative est au service de ses membres et n'a donc pas vocation à faire bénéficier les tiers de ses services. Les mutuelles connaissent une organisation voisine, chaque adhérent étant à la fois sociétaire et co-contractant de la mutuelle aux termes d'un contrat mutualiste³². Les associations se distinguent encore sur ce point. En effet, l'association n'est pas exclusivement destinée à faire bénéficier ses membres de ses services, elle peut parfaitement avoir pour objet de promouvoir une cause qui les dépasse ou assurer une nouvelle activité dont de nombreuses personnes pourront bénéficier. Toutefois, il existe toujours une relation particulière entre l'association et ses membres. Ainsi, lorsque l'association offre des prestations à ses membres, il est difficile de considérer que les derniers sont des tiers par rapport à la première et le lien qui les unit rentre alors difficilement dans le strict cadre contractuel classique. Le désintéret économique de l'association colore nécessairement le contrat conclu, même implicitement : comment analyser la prestation gratuite ou pour un coût symbolique en un contrat d'entreprise ? Ce point n'a jamais, à ma connaissance, fait l'objet d'une étude systématique mais mériterait d'être approfondi car il mettrait en lumière une nouvelle dimension commune aux diverses structures de l'économie sociale, en dépit d'oppositions apparentes³³. Par

30. Art. 3 bis loi 10 sept. 1947 ; E. Alfandari, « Loi relative à la modernisation des entreprises coopératives. Modifications de la loi du 10 septembre 1947 », *RTD com.* 1993. 119.

31. L. Coutant, *L'évolution du droit coopératif de ses origines à 1950*, Éditions Matot-Braine, 1950, p. 228 s.

32. Y. Saint-Jours, M. Dreyfus, D. Durand, *op. cit.*, p. 165 s.

33. Nul doute que les apparences soient tenaces, la tentation demeurant forte de situer les associations, par opposition aux coopératives et mutuelles, du côté des fondations ou, autrement dit, du côté du caritatif, fût-ce sous une forme renouvelée.

ailleurs, ce principe commun de double qualité atteste de la centralité de la place de l'humain dans les groupements de l'économie sociale, celui-ci se trouvant toujours en situation d'intégration sociétale et donc en capacité d'agir³⁴.

Cette unité qui reste à construire repose sur un fondement lui mieux connu, la non-lucrativité.

2. Le fondement unitaire : la non-lucrativité

C'est du côté des associations que cette notion a été pensée avec le plus de clarté et a donné lieu à des discussions récentes pour fonder la particularité de son régime juridique, notamment fiscal³⁵. Il a en effet fallu opérer une distinction entre les deux grandes formes juridiques que revêtent les groupements : les associations et les sociétés. Si la société se définit comme « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter³⁶ », « l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices³⁷ ». La distinction s'établit sur la question des bénéfices, la société les recherchant tandis que l'association doit expressément agir dans un autre but. Cette distinction est apparue clairement lors de l'adoption de la loi de 1901 mais, avec l'évolution, les cartes ont eu tendance à se brouiller. D'un côté, les associations, par leur développement, ont recouru à des activités économiques, rendant la frontière plus floue ; de l'autre, le cadre de la société a accueilli des structures qui n'y correspondaient pas naturellement, les coopératives notamment³⁸. Ceci a conduit dès les années 1960 à suggérer la reconnaissance d'une tierce voie entre les deux groupements³⁹.

Le choix législatif n'a toutefois pas été celui-là puisque la loi du 4 janvier 1978 a modifié l'article 1832 en assouplissant la définition de la société : outre le partage des bénéfices, elle peut avoir pour but de « profiter de l'économie » qui pourra résulter de l'affectation de biens ou d'industrie à l'entreprise commune. Cette innovation a pu être qualifiée de « contestable »⁴⁰, tant elle met à mal l'équilibre prétorien sans justification conceptuelle ni pratique. Le critère fondamental de distinction entre l'association et la société avait en effet été trouvé dans le partage des bénéfices⁴¹, l'association pouvant parfaitement avoir une activité économique sans que cela ne

34. Th. Jeantet, *op. cit.*, p. 47.

35. Par ex. Ph. Malaurie, « Vitalité et crise du contrat d'association », in *Liber amicorum Georges Daublon*, Répertoire du notariat Defrénois 2001, p. 169, spéc. n° 15 s.

36. Art. 1832 C. civ. rédaction 1804.

37. Art. 1^{er} loi 5 juillet 1901.

38. Les coopératives étaient des associations, assimilées artificiellement à des sociétés pour des raisons d'efficacité : Y. Guyon, « De la distinction des sociétés et des associations de puis la loi du 4 janvier 1978 », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PU Aix-Marseille, 1979, p. 483, n° 17.

39. F. Terré, « La distinction de la société et de l'association en droit français », in *Mélanges Roger Secrétan*, Montreux, Université de Lausanne, Imprimerie Corbaz, 1964, p. 325.

40. M. Jeantin, « La réforme du droit des sociétés », *D.* 1978. Chron. 173, spéc. n° 23 s.

41. Ch. réun. 11 mars 1914, *D.* 1914. I. 257, note L. S.

soit son but mais au contraire pour réaliser son but désintéressé⁴², la condition (pas unique) étant alors que les sociétaires ne puissent se partager les bénéfices réalisés grâce à cette activité. Avec la nouvelle rédaction de l'article 1832, il est désormais possible aux sociétés de ne plus avoir pour but de réaliser des bénéfices, il n'est donc plus requis que les associés partagent ces bénéfices, il peut suffire qu'ils en profitent d'économies. Ce faisant, c'est une tentative de reconquête par la société des nouvelles formes de l'exercice d'activités économiques. La distinction avec les groupements d'intérêt économique s'en est elle aussi trouvée perturbée. En pratique, rien n'a changé, preuve s'il en fallait que le droit n'imprime pas toujours les directions attendues, mais une gêne conceptuelle s'est installée qui continue d'être dérangeante⁴³.

Les groupements historiques de l'économie sociale se situent en effet exactement à la frange de cette recherche d'économies, qu'il s'agisse des coopératives ou des mutuelles. Rappelons que le célèbre arrêt *Manigod* concernait une coopérative de crédit qui, notamment en raison de ce que ses bénéfices n'étaient pas répartis entre les coopérateurs, avait été qualifiée d'association et non de société. Or, à reprendre le critère du partage des bénéfices, il est clair que les coopératives n'ont pas évolué. Elles ne connaissent pas de bénéfices mais n'ont que des excédents nets de gestion dont le sort est très particulier : ils peuvent être restitués aux coopérateurs en fonction des opérations réalisées avec la coopérative (et non du capital détenu) et ne constituent alors que des trop perçus, ils peuvent pour le reste être investis pour la coopérative ou mis en réserves, celles-ci étant impartageables, tant durant la vie de la coopérative qu'au moment de sa dissolution⁴⁴. Une partie des excédents de gestion peut être attribuée aux associés à raison de leur participation financière à la coopérative mais dans deux limites essentielles : d'une part, la rémunération du capital ne peut dépasser un taux fixé réglementairement (le taux moyen de rendement des obligations des sociétés, TMO) ; d'autre part, le calcul de cette rémunération n'est pas proportionné aux résultats de la coopérative, sauf à ce que l'absence d'excédents empêche le versement. Au plan conceptuel, ces particularités sont significatives, elles sont la conséquence de ce que cette rémunération n'est pas conçue comme l'octroi d'un bénéfice mais l'attribution d'intérêts comme juste rémunération du capital, sur le modèle du prêt⁴⁵. Confrontées à l'évolution globale de la structure économique de nos sociétés et notamment du marché des capitaux, les coopératives ont souhaité une évolution de leur statut, réalisé par la loi n° 92-643 du

42. CA Besançon 8 janvier 1969, *préc.* ; Com. 13 mai 1970, *préc.*

43. Des discussions voisines ont lieu en Belgique où il a été proposé d'aller plus loin et de mettre fin à l'exclusion de la société du champ désintéressé : M. Coipel, « Pour une nouvelle étape dans la distinction entre association et société », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, p. 745.

44. Elles devront être attribuées à une autre coopérative ou à une œuvre d'intérêt général et, en cas de fusion ou de sortie du cadre coopératif, elles sont indisponibles pendant dix ans (art. 25, loi 10 sept 1947).

45. Ch. Gide, *op. cit.*, spéc. 216 s. et 355 s.

13 juillet 1992 : nombre de principes coopératifs ont été assoupli par cette loi mais aucun n'a été abandonné⁴⁶.

Les mutuelles sont également animées par les mêmes principes et leur non-lucrativité est une des caractéristiques qui les distingue des sociétés d'assurance⁴⁷. Ce trait distinctif induit de nombreuses conséquences dans son régime juridique, qu'il s'agisse de la détermination des cotisations de ses membres, du sort des excédents de recettes ou du boni de liquidation en cas de dissolution. C'est cette même caractéristique qui justifie que des avantages leur soient consentis par les pouvoirs publics⁴⁸.

En dépit de ces traits communs, l'économie sociale envisagée globalement peine à se voir reconnaître un caractère désintéressé. Cette difficulté s'explique de deux façons. D'abord, au plan structurel, la symbolique de l'association philanthropique de taille moyenne se marie mal avec celle du Crédit agricole ou de la MAIF. L'obstacle est sérieux mais il ne me semble pas insurmontable à deux conditions. La première est qu'il faut avoir l'honnêteté de prendre acte de la profonde évolution du tissu associatif qui a réduit l'écart que véhicule cette imagerie traditionnelle. Ensuite, et c'est tout aussi important, la pleine inclusion des grosses entreprises coopératives ou mutualistes ne doit se faire qu'autant qu'elles sont concrètement animées par les principes du secteur⁴⁹. Au plan plus conjoncturel, c'est l'incidence des conceptions anglo-saxonnes qui freinent la construction homogène de l'économie sociale par la restriction qu'elles opèrent du non-lucratif au charitable, à travers les *non profit organizations*. C'est une conception restrictive de la non-lucrativité, fondée notamment sur la considération que seuls certains des groupements excluent totalement toute distribution des recettes, principalement les associations, à l'exclusion des coopératives et des mutuelles. Cette distinction pourrait se réclamer de distinctions propres au droit telles que celles du désintéressé et du non-lucratif, voire du désintéressé et du titre gratuit. Il me semble toutefois que leur maniement est ici inapproprié, au moins à titre principal. C'est en effet faire fi de la particularité du sort des recettes tirées de l'activité économique qui, à travers des mécanismes différents et à des degrés variés, relève d'une même philosophie humaniste. En atteste une approche commune du statut des biens des groupements, objet d'une propriété collective⁵⁰, ou peut-être plutôt communautaire, insusceptible de distribution individuelle. Cette dissociation de principe est inopportune dans la mesure où elle favorise une marginalisation de l'une ou l'autre des parties ainsi séparées alors qu'il existe une unité profonde du secteur. La focalisation sur la construction d'indicateurs propres au

46. D. Hiez, « Les instruments de fonds propres des coopératives — Vingt ans d'innovation législative », *Revue des études coopératives, mutualistes et associatives*, n° 295, fév. 2005, p. 20.

47. Y. Saint-Jours, M. Dreyfus, D. Durand, *op. cit.*, p. 155 s.

48. Y. Saint-Jours, M. Dreyfus, D. Durand, *op. cit.*, p. 204 s.

49. Il ne faut pas se cacher que certaines entreprises sont moins clairement rattachées à l'économie sociale que d'autres et le secteur n'insiste peut-être pas suffisamment sur ce point, de peur de voir des fleurons s'évader de ses chiffres.

50. Th. Jeantet, *op. cit.*, p. 47.

monde associatif pour une prise en compte par la comptabilité nationale n'y est ainsi pas étrangère⁵¹. Une fois cette unité construite, il est évident que des découpages internes seront nécessaires pour lesquels les oppositions précitées pourront retrouver une pertinence, comme peut-être celles d'organismes d'utilité sociale ou d'intérêt général. Par-delà ces distinctions, une unité pourrait être recherchée dans l'entreprise solidaire⁵² telle qu'elle a été introduite dans notre droit par la loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale à l'article L. 443-3-1 du Code du travail. Ce texte regroupe en effet explicitement dans un même mécanisme les diverses structures de l'économie sociale.

Ces difficultés peuvent passer pour un problème de jeunesse et, au moins, sont théoriques avant d'être pratiques. Il n'en va pas de même de l'évolution des groupements eux-mêmes qui, paradoxe supplémentaire, fait apparaître une ambiguïté qui fait parfois reculer les plus convaincus.

B. L'AMBIGUÏTÉ

L'ambiguïté des groupements de l'économie sociale tient à leur évolution et donc aux pratiques des acteurs de l'économie sociale eux-mêmes. Cette évolution prend des formes différentes dans les diverses familles mais procède du même esprit : une adaptation aux contraintes de l'insertion dans un monde concurrentiel qui risque de leur faire perdre leurs spécificités.

Le sort des mutuelles en France est surtout lié à la confrontation au droit communautaire et à la difficulté de faire reconnaître leur particularisme⁵³. Apparemment donc, les pratiques seraient moins en cause que leur réglementation. Pourtant, à y regarder de plus près, les choses ne sont pas si simples. On peut en prendre pour exemple la question de l'indemnisation des administrateurs et la rémunération des dirigeants salariés. Il était traditionnel que les administrateurs soient des bénévoles et ce caractère s'inscrivait dans la pensée mutualiste ; petit à petit, cette réalité a évolué : il n'est pas question, à proprement parler, de « rémunérer » les administrateurs, mais ceux-ci sont souvent indemnisés, dans des proportions très variables⁵⁴. S'agissant des dirigeants salariés, ils perçoivent évidemment un salaire mais la question se pose de son montant : les entreprises mutualistes connaissent-elles une envolée voisine de celles des sociétés d'assurance alors que la place du dirigeant salarié est différente dans les mutuelles puisque leur compétence est au service des adminis-

51. E. Archambault et Ph. Kaminsky, « Vers un compte satellite des institutions sans but lucratif (ISBL) en France », *Revue des études coopératives, mutualistes et associatives*, n° 293, 2004, p. 10, et n° 294, 2004, p. 11.

52. Je remercie M. Tixador-Lebrun, ancienne secrétaire générale du GNC à qui je dois cette idée, qui méritera d'être approfondie.

53. Michel Rocard, *Mutualité et droit communautaire : rapport au Premier ministre*, La Documentation française, 1999.

54. *Coopératives et mutuelles : un gouvernement d'entreprise original*, Rapport du groupe de travail présidé par E. Pflimlin dans le cadre de l'Institut français des administrateurs, janvier 2006, spéc. p. 15 s.

trateurs adhérents qui adoptent la politique générale? Cette question est aussi complexe que délicate. Les dirigeants des mutuelles ne connaissent pas un même niveau de rémunération (différence pouvant aller de un à dix) et que les exigences du marché du travail pourraient conduire à une évolution, dans un souci de recrutement de personnes d'une haute compétence technique⁵⁵. Ces débats attestent des risques pour le secteur mutualiste, risques que l'on retrouve dans les autres familles de l'économie sociale.

Au sein des coopératives, les risques relèvent principalement de la tentation de s'évader du statut coopératif pour affronter les entreprises capitalistes à armes égales. C'est ainsi le mouvement de filialisation qui est en cause, certains secteurs recourant de façon massive à ce procédé, particulièrement les coopératives agricoles et les coopératives de commerçants⁵⁶. À partir du moment où une coopérative devient un groupe au sein duquel le pouvoir effectif échappe progressivement aux coopérateurs, c'est la coopérative qui vacille. Alors qu'il existe un statut, fût-il imparfait, des groupes de sociétés, il n'y a aucun équivalent en droit coopératif et les rapprochements ne parviennent à s'effectuer que dans le moule du droit des affaires⁵⁷. Il y a ici un risque important pour le devenir des coopératives. Il serait absurde de regretter le temps où la petite taille des coopératives assurait un contrôle réel des coopérateurs mais il serait suicidaire de ne pas s'interroger sur la réglementation des groupes coopératifs sous peine de voir les coopératives se fondre parmi les sociétés et, par une conséquence aussi inéluctable que juste, perdre leurs statuts juridiques spécifiques, y compris ses avantages.

Le champ associatif connaît lui aussi ses doutes. Outre les dérives en termes d'instrumentalisation principalement par les pouvoirs publics, l'expansion du domaine de l'action économique des associations soulève également des questions. Nous ne faisons pas référence aux contestations dont se font l'écho les entreprises capitalistes qui invoquent une prétendue concurrence déloyale mais l'utilisation par les associations de pratiques courantes sur le marché. C'est ainsi que les associations caritatives affinent leur recherche de dons par des campagnes de publicité dont la pertinence et le calcul n'ont rien à envier au marketing des grandes surfaces. C'est plus fondamentalement la souplesse du cadre associatif qui autorise un usage si multiple qu'il peut être utilisé pour rendre un service économique à ses membres, de façon voisine à un GIE. Cette tentation est toutefois moins dangereuse pour le secteur associatif lui-même car le droit contrôle la réalité de l'objet de l'association et procède parfois à des requalifications. Par ailleurs, la grande masse des associations continue de bien distinguer action militante et économique, subordonnant la seconde à la première. Le risque est beaucoup plus grand pour les mutuelles et les coopératives, celles-ci s'engouffrant largement dans les assouplissements et récla-

55. *Assemblée générale du Groupement national de la coopération*, Table ronde du 29 juin 2005, Paris, La lettre du GNC n° 335, p. 4, 7.

56. *Les groupes coopératifs*, séminaire juridique du GNC du 12 septembre 2002, La lettre du GNC n° 307.

57. L. Gros, *Les groupes coopératifs*, mémoire master « Recherche Droit », Lille 2, 2005.

mant des aménagements législatifs afin de légitimer les nouvelles pratiques. La mise en balance de cette évolution avec celle des entreprises capitalistes et de leur appropriation de la responsabilité sociale des entreprises contribue à réduire encore l'opposition qui les caractérisait⁵⁸.

*
* *

Face à ces dangers, ne vaut-il pas mieux abandonner et chercher ailleurs la lumière pour éclairer notre futur ? Il me semble que ce serait une erreur. D'abord parce que l'économie sociale est porteuse d'une histoire plus que centenaire et qu'il serait dommage de la passer par pertes et profits. Mais surtout parce que l'intérêt qu'on lui porte est de nature à éviter les écueils qui la guettent. En effet, à côté de ses écarts, le secteur coopératif a su ces dernières années faire preuve d'innovations constructives, que ce soit avec les coopératives d'activité et d'emploi⁵⁹ ou avec les coopératives d'intérêt collectif⁶⁰. Par ailleurs, la constitution d'un secteur de l'économie sociale contraint chaque famille à se frotter aux autres et, ainsi, à un auto-contrôle salubre. Le droit, par son cadre contraignant, a ceci d'utile qu'il marque la direction du chemin à suivre. Avec lucidité certes, mais aussi avec idéal, je dépose donc cette petite pierre dans la construction d'un droit de l'économie sociale : le droit de l'économie sociale ne demande qu'à exister.

58. E. Alfandari, « L'entreprise non capitaliste existe-t-elle encore en France ? », in *Prospectives du droit économique : dialogue avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 17.

59. *Entrepreneurs et salariés — Les coopératives d'activités*, Éditions Économie et Humanisme, 2000. B. Poncin, *Salarié sans patron ?*, Éditions du Croquant, coll. « Idées coopératives », 2004.

60. Loi n° 2001-624 du 17 juill. 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel ; M. Michaluskas, « La société coopérative d'intérêt collectif, un groupement en quête d'identité », *Rev. sociétés* 2002. 247 ; D. Plantamp, « La société coopérative d'intérêt collectif et les principes généraux du droit coopératif », *RTD com.* 2005. 465.

Présent et futur du droit de l'environnement

Protection de l'environnement ou protection du pollueur? L'emprise des industriels sur la politique antipollution

Chloé Vlassopoulou

*Maître de conférences à l'Université de Picardie,
Jules Verne — CURAPP/CNRS*

La pression qu'exercent les pollueurs sur les autorités publiques pour alléger la réglementation antipollution est une situation banale rencontrée en tout lieu et en tout temps. Plus le pollueur représente un groupe économiquement puissant et plus sa pression est efficace entraînant soit, *a priori*, l'adoption de règles peu contraignantes soit, *a posteriori*, un déficit d'application lors de la mise en œuvre. Pour résister à ces pressions, les administrations chargées de la protection de l'environnement doivent disposer à la fois d'une autonomie suffisante à l'égard des pollueurs et d'un appui auprès des groupes sociaux agissant en faveur de l'environnement. En France, aucune de ces deux conditions n'est réalisée. La lutte contre les pollutions apparaît ainsi peu audacieuse dans sa conception et peu efficace dans son application.

Cette situation n'est pas le fait du hasard. Elle est liée à la capacité des plus grands pollueurs, à savoir des industriels, à contrôler le processus de la politique antipollution. En effet, l'analyse de l'identité et du rapport de forces entre acteurs impliqués dans cette politique laisse apparaître la mise en place d'un système particulièrement fermé basé sur des alliances efficaces que nouent les industriels au sein de l'appareil d'État. Ce système peut être qualifié de « monopole de politique publique » au sens donné à ce terme par F.R. Baumgartner et B.D. Jones¹. Il ne s'est pas construit spontanément mais dans le long terme en provoquant l'exclusion pro-

1. F.R. Baumgartner, B.D. Jones, *Agendas and instability in American politics*, The University of Chicago Press, 1993, p. 6-9. Ils utilisent ce terme lorsqu'une configuration d'acteurs structurée autour d'une politique publique se présente particulièrement fermée et monopolisée par un groupe spécifique qui impose sa perception du problème traité par cette politique.

gressive des voix dissonantes qui, au nom de la protection de la santé et/ou de l'environnement, risquaient de faire de cette politique un champ d'action publique controversé. Paradoxalement, alors que sa construction commence au début du XIX^e siècle, il atteint sa structuration la plus achevée dans les années 1970 pendant l'ère environnementale qui devait normalement marquer une rupture par rapport au passé et l'amélioration des conditions de protection de l'environnement.

Plutôt que d'insister sur le contenu des textes constitutifs de la politique anti-pollution et l'analyse de leur efficacité, nous nous proposons ici de suivre la construction de ce monopole de politique publique qui loin des enceintes parlementaires constitue le principal milieu d'éclosion de la politique antipollution en France. Vu que le contenu de toute politique publique est le reflet du rapport de force entre les acteurs qui y sont impliqués, l'étude de l'identité et de l'interaction entre ces acteurs apporte simultanément des éclaircissements sur les limites de l'action entreprise.

Pour la clarté de la présentation et avec le risque de simplifier un processus long d'un siècle et demi et particulièrement complexe, nous distinguons trois périodes successives qui marquent une étape décisive dans la constitution de ce monopole de politique publique. Une première période commence au début de l'industrialisation et s'étale jusqu'aux années 1850. Elle se caractérise par l'émergence des hygiénistes en tant que premiers experts en matière de lutte contre les nuisances mais aussi en tant que premiers manufacturiers et défenseurs du progrès industriel (I). Une deuxième période, allant jusqu'aux années 1970, marque l'apparition d'un nouveau pôle d'expertise représenté par les ingénieurs des Mines. Ayant pour principale mission de promouvoir le développement industriel, ceux-ci gagnent la confiance des industriels et forment ensemble une coalition forte — qu'on qualifie ici de « monde industriel » — en vue de protéger leurs objectifs communs. Cette coalition entre acteurs publics et privés réussira à écarter progressivement les hygiénistes de la politique antipollution en imposant les bases d'un monopole de politique publique (II). Enfin, la troisième période qui s'ouvre avec l'avènement de l'ère environnementale consolide ce monopole et officialise la position des ingénieurs des Mines comme seuls responsables de la lutte contre les pollutions (III).

La mise en perspective historique permet de révéler une continuité et une logique dans ce long processus de construction d'un monopole de politique publique qu'une approche synchronique ne montre pas. Il serait néanmoins erroné de tomber dans le piège du déterminisme et de voir dans cet exposé une stratégie d'action bien élaborée de la part des acteurs concernés. Ces derniers sont obligés de s'adapter aux conjonctures toujours changeantes et de moduler leur comportement de façon à en tirer le meilleur profit. Au fil de ces ajustements successifs se construit un système décisionnel suffisamment fermé pour permettre de gérer le problème des pollutions loin du regard du public.

I. L'AMBIGUÏTÉ DE L'HYGIÉNISTE : DU SOUCI DES POLLUTIONS À LA PROMOTION INDUSTRIELLE

En France la première politique nationale de lutte contre les pollutions naît au début de l'industrialisation avec la publication du décret-loi napoléonien de 1810 sur les établissements insalubres et incommodes. C'est à ce moment que les médecins hygiénistes sont reconnus comme les premiers experts publics en matière de pollution. Or, s'ils ont accumulé une connaissance approfondie dans le domaine des nuisances, il n'en demeure pas moins que leur profil les situe au centre même du processus d'industrialisation : au moment de l'apparition de la première réglementation nationale, les hygiénistes entretiennent des rapports intimes avec les industriels et sont invités à utiliser leur savoir plus pour appuyer le développement économique que pour préserver la santé des citoyens. Sans vraiment s'en rendre compte, ils inaugurent une pratique qu'ils vont combattre ardemment par la suite, à savoir qu'ils vont permettre l'intervention directe des industriels dans l'élaboration de la politique et la gestion des pollutions.

A. L'HYGIÉNISTE, PREMIER DÉFENSEUR DE L'ENVIRONNEMENT

Les grandes épidémies meurtrières du XVIII^e siècle et l'accumulation des hommes sur l'espace urbain au XIX^e siècle provoquent une sollicitation grandissante du savoir médical. Les hygiénistes prennent alors une place de plus en plus importante au sein des instances politiques et administratives en étendant leur champ de compétence et en obtenant une position politiquement, économiquement et socialement, privilégiée. Depuis le XVIII^e siècle et jusqu'aux découvertes pastoriennes leur approche de la santé publique est dominée par une conception « aériste » de la propagation des miasmes : le sain et le malsain sont perçus à travers les odeurs répandues par les airs, ce qui conduit les hygiénistes à fonder leur expertise sur l'analyse approfondie de la composition de l'atmosphère².

Plus l'espace urbain se transforme en lieu d'accumulation de populations et d'activités de production, plus le rôle de l'hygiéniste devient important. La multiplication des comités d'hygiène conduit à une superposition des figures de l'expert et du fonctionnaire au sein de l'appareil d'État³. La liaison qui est faite entre protection de la santé et qualité du milieu environnant (surtout atmosphérique) fait de l'hygiéniste le premier protecteur de l'environnement⁴. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant qu'une fois posée, la question de la présence de l'industrie en ville soit définie en tant que problème de nuisance atmosphérique et confiée à l'expertise médicale.

2. A. Corbin, *Le miasme et la jonquille*, Paris, Champs Flammarion, 1982, p. 16.

3. P. Rosanvallon, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil-Points, 1990, p. 132.

4. Même si le terme « environnement » n'est utilisé qu'à partir des années 1960, nous l'utilisons ici pour évoquer toute préoccupation relative à la qualité des milieux qu'elle soit exprimée au nom de la protection de la santé ou de celle des équilibres naturelles.

La préparation du décret napoléonien de 1810 est justement confiée au milieu médical : la section de chimie de l'Institut qui est chargée de son élaboration est composée essentiellement d'hygiénistes puisque le spécialiste en chimie au début du XIX^e siècle a fait des études soit de médecine soit de pharmacie. La position du corps médical vis-à-vis du problème des nuisances est pourtant plus ambiguë qu'il n'y paraît à première vue. Leurs connaissances en matière de chimie les rapprochent des industriels et souvent les amène à appliquer leur savoir faire en créant leur propre fabrique ; surtout des industries chimiques fortement polluantes⁵. De plus, des liens institutionnels lient les deux milieux puisqu'à cette époque l'industrie et l'hygiène sont deux domaines d'intervention gérés au sein du même ministère de l'Intérieur.

B. L'HYGIÉNISTE AU SERVICE DE L'INDUSTRIALISATION

Au début du XIX^e siècle, les hygiénistes se trouvent tiraillés entre deux interprétations de la notion d'« intérêt général » incompatibles entre elles : l'hygiène publique d'une part et le développement économique du pays, d'autre part. L'industrie, comme nouvelle source de pollution à combattre, a une spécificité par rapport à celles qui préoccupaient jusque-là les hygiénistes (les cimetières, les hôpitaux, les léproseries, les prisons, les abattoirs...) : cette fois-ci, il s'agit des grands établissements industriels dominés par les usines chimiques « intimement liés à la prospérité de l'économie nationale » pour reprendre l'expression utilisée dans le rapport de la classe des sciences physiques et mathématiques de l'Institut.

À une époque où s'édifient les bases d'une économie capitaliste, la science, la technique et la mise en valeur industrielle se sont trouvées intégrées dans un seul et même système⁶. Si, pendant le XVIII^e siècle les hygiénistes sont consultés en tant que spécialistes de la santé publique, au début du XIX^e siècle, leur intervention en matière de nuisances industrielles les placent au centre de la préoccupation majeure des sociétés modernes, à savoir la croissance économique et le développement industriel. Cette fois-ci, ils sont sollicités non seulement en tant que médecins mais aussi et surtout, en tant que seuls spécialistes affirmés de chimie et donc comme seuls capables de faire progresser les techniques industrielles. Entre choix rationnel et croyance au progrès technique, les hygiénistes abandonnent à la fin du XVIII^e siècle leur ton alarmiste portant sur les risques sanitaires pour servir le processus d'industrialisation⁷. À plusieurs reprises lors des débats préparatoires du décret de 1810 ils seront amenés à nuancer l'impact des nuisances industrielles sur la santé en allant à l'encontre des connaissances établies depuis le XVIII^e siècle en matière d'hygiène. Ainsi, alors que les hygiénistes reconnaissent dès 1786, que « les miasmes variés... que fournissent les arts et métiers

5. À titre d'exemple Anselme Payen est à la fois un des grands pollueurs de l'environnement parisien, chimiste et membre de l'Institut Chaptal qui, en tant que membre de l'Institut, a rédigé avec le chimiste Guyton le rapport du 26 frimaire an XII, est docteur en médecine.

6. J. Habermas, *La technique et la science comme idéologie*, Paris, Gallimard, 1973, p. 43.

7. A. Corbin, *Le miasme et la jonquille*, *op. cit.*, p. 153.

qu'on exerce dans les villes, font que l'air y est continuellement épais et même dangereux »⁸, les auteurs du rapport de la classe des sciences physiques et mathématiques de l'Institut soutiennent en 1804 que « les émanations... cessent d'être dangereuses du moment où elles sont mêlées à l'air extérieur... ».

Depuis cette période, la lutte contre les pollutions connaît ses limites qui ne sont autres qu'économiques. Qu'elles soient dénoncées au nom de la santé publique depuis le XIX^e siècle ou de l'environnement à partir des années 1970, les nuisances industrielles ne sont traitées que dans la mesure où leur coût peut être assumé par le pollueur. Comme l'écrivaient Montfalcon et Polinière en 1846 : « si le procédé destiné à vaincre les nuisances charge l'exploitation industrielle d'une dépense inconciliable avec les chances de bénéfices, ce n'est plus qu'un objet de curiosité... »⁹. À juste titre, J.-P. Baud soutient qu'une politique de l'environnement existe déjà sous l'Ancien Régime en attendant de trouver un adversaire à sa taille : l'industrialisation du XIX^e siècle¹⁰. Les hygiénistes sont les premiers à respecter ces équilibres qui persisteront et se renforceront avec la création progressive d'un monopole politique publique.

II. LA MOBILISATION DU MONDE INDUSTRIEL FACE AUX POLLUTIONS

L'alliance entre hygiénistes et industriels marque une période transitoire pendant laquelle le gouvernement ne dispose pas de spécialistes auxquels il pourrait confier les contradictions apparues avec l'industrialisation. Quant aux industriels, encore mal organisés, ils cherchent un allié au sein de l'appareil d'État. Avec la structuration du mode de production capitaliste et la spécialisation scientifique, le partage des rôles et des responsabilités deviendra plus précis et de nouveaux experts des questions industrielles apparaîtront au sein de l'administration. Si ces évolutions permettent aux hygiénistes de retrouver progressivement leur ton alarmiste, elles consolident aussi l'emprise du monde industriel, c'est-à-dire la coalition entre industriels et ingénieurs des Mines, sur les politiques antipollution.

A. LE REcul DES HYGIÉNISTES AU PROFIT DES INGÉNIEURS DES MINES

Créés en 1783, mais organisés concrètement à partir d'un décret de 1810, les ingénieurs du corps des Mines forment les premiers experts administratifs en matière de

8. R. Ertlin, « L'air dans l'urbanisme des lumières », *Dix-huitième Siècle*, n° 9, 1977, n° spécial, p. 123.

9. A. Corbin, « L'opinion et la politique face aux nuisances industrielles dans la ville préhausmannienne », *Histoire, Économie et Société*, 1^{er} sem., 1983, p. 116.

10. J.-P. Baud, « Le voisin protecteur de l'environnement », *RJE*, n° 1, 1978, p. 23.

développement industriel¹¹. Ayant reçu une formation assez générale et étant orientés surtout vers des tâches d'ordre administratif, ils paraissent initialement éloignés des problèmes que rencontrent les industriels sur le terrain. Au fil des années, ils s'imposeront comme les acteurs publics *ad hoc* en matière de développement industriel. Plus ils s'affirment dans ce domaine, plus le milieu médical, seul protecteur de l'environnement au sein de l'espace public, s'éloigne de la gestion des pollutions.

Sachant que pour réussir il faut gagner la confiance des industriels, le corps des Mines utilise sa position de médiateur entre les industriels et les pouvoirs publics pour y parvenir et cela en employant différentes stratégies de rapprochement. Un premier exemple est la participation des ingénieurs des Mines dans l'allègement de la réglementation pesant sur les industriels. Ainsi, alors que l'attention des hygiénistes s'oriente, dans les années 1840, vers les nuisances des mines et des usines métallurgiques, la réglementation imposée à ces branches sera allégée : inscrites en 1815, ces activités sont dans la première classe des établissements fortement polluants, elles passent en 1898 dans la deuxième classe bien moins contraignante. De même, pendant que les hygiénistes reconnaissent explicitement en 1848 la nuisibilité des machines à vapeur, les ingénieurs des Mines sont à la base du décret du 25 janvier 1865 qui allège considérablement la réglementation les concernant : non seulement le contrôle, dont ils ont la charge, ne s'exerce plus *a priori*, mais aussi, la présence d'une machine à vapeur dans un établissement n'entraîne plus automatiquement le classement de celui-ci. C'est d'ailleurs dans ce secteur qu'ils trouveront une première forme de pantouflage en se faisant confier la direction des associations de propriétaires d'appareils à vapeur reconnues d'utilité publique et chargées de l'auto-surveillance des usines¹². L'ouverture depuis 1816 à l'École des mines du recrutement externe de neuf élèves en privilégiant les fils des directeurs ou propriétaires d'usines métallurgiques et minières n'a fait que resserrer les liens entre producteur et ingénieur¹³.

Désolidarisés des industriels, les hygiénistes sont les seuls qui dénoncent à partir du milieu du XIX^e siècle les nuisances industrielles. Ils se verront pourtant dépossédés progressivement de leurs compétences en la matière. Jusqu'à la fin du siècle, la multiplication des instances hygiénistes et techniques crée des enchevêtrements de compétences et une concurrence implicite apparaît entre les deux milieux d'experts. Le Conseil de salubrité de Paris, institué en 1802, joue le rôle de conseiller officiel du préfet dans le domaine industriel et cela, jusqu'en 1863 date à laquelle est mis en

11. D'autres écoles d'ingénieurs seront créées durant le XIX^e siècle (Conservatoire et École des arts et métiers, l'École centrale des arts et manufacture, École supérieure de physique et chimie, École supérieure d'électricité). Seuls les ingénieurs des Mines sont étudiés ici car ils sont les seuls à avoir participé à la création du monopole de politique en matière antipollution.

12. T. Shinn situe les premiers exemples de « pantouflage » dans le secteur privé entre 1890 et 1914. T. Shinn, « Des corps d'État au secteur industriel : genèse de la profession d'ingénieur, 1750-1920 », *Revue française de sociologie*, XIX, 1978.

13. A. Thépot, « Les ingénieurs du corps des Mines », *Culture Technique*, n° 12, mars 1984, p. 57-59.

place le premier corps d'inspection des établissements classés¹⁴. La diffusion dans les principales villes de la province des conseils d'hygiène publique et de salubrité joue également un rôle important dans l'application de la réglementation antipollution. La ville de Paris s'est équipée à partir de 1848 de ses propres commissions d'hygiène pour étudier les demandes d'autorisation, translation et révocation des établissements insalubres et incommodes. La création en 1822 du Conseil supérieur de santé (futur Conseil supérieur d'hygiène publique de France), s'occupe également des questions de salubrité des logements, manufactures, usines et ateliers.

Aux côtés des instances hygiénistes, le corps des Mines est chargé, dès 1810 du contrôle des machines à vapeur qui équipent de plus en plus les manufactures. Étant donné que l'établissement des machines à vapeur est soumis à autorisation préalable, les ingénieurs considèrent que l'examen de ces demandes leur incombe ; en contrôlant les conditions de publication des arrêtés préfectoraux d'autorisation, leur pouvoir s'accroît et le rôle des organismes d'hygiène diminue. Il en va, d'ailleurs, de même pour les installations métallurgiques ne pouvant pas être réalisées sans autorisation préalable des ingénieurs des Mines. Parallèlement, avant même la création du ministère du Commerce et de l'Industrie, des chambres de commerce et des chambres consultatives des manufactures, est institué en 1791 le Bureau de consultation d'Arts et Métiers (l'actuel Conseil supérieur des installations classées) : devenu l'organe technique principal de ce ministère, le conseiller de l'administration en matière d'établissements classés et investi progressivement par le corps des Mines.

Le partage des compétences entre cet organisme et le Conseil supérieur d'hygiène publique reste pendant longtemps diffus. Il ne sera précisé que partiellement à partir de la loi de 1917 (remplaçant le décret-loi de 1810) qui donne au Conseil supérieur des installations classées, des attributions beaucoup plus vastes que celles confiées au Conseil d'hygiène publique. Ce processus d'exclusion progressive des hygiénistes de la lutte antipollution est achevé avec la loi de 1976 (remplaçant celle de 1917) qui écarte cette fois-ci complètement le Conseil supérieur d'hygiène publique de France de la législation sur les installations classées. Même le ministre de l'Environnement appuie les thèses de l'exclusion au profit du Conseil supérieur des installations classées en considérant que : « la consultation de ce conseil nous avait paru inutile, car les intérêts de la santé publique sont déjà représentés au sein du conseil supérieur des établissements classés »¹⁵.

Cet énoncé ministériel paraît à première vue paradoxal. On aurait pu s'attendre à ce que le ministre de l'Environnement voit dans le monde hygiéniste un, voir le seul, allié possible au sein de l'appareil d'État, pour soutenir à ses côtés la lutte antipollution. Ce n'est qu'en étudiant les conditions d'émergence du secteur environne-

14. Il s'agit du seul corps d'inspection qui n'a jamais été confié aux ingénieurs des Mines et qui fonctionne aujourd'hui, dans les périmètres du département de Paris.

15. JOAN, débat du 15/4/1976, p. 1832. Pour une présentation plus détaillée de cette longue période de concurrence institutionnelle voir : C. A. Vlassopoulou, *La lutte contre la pollution atmosphérique urbaine en France et en Grèce. Définition des problèmes publics et changement de politique*, thèse de doctorat, Université Paris II (Panthéon-Assas), 1999, p. 72-85.

mental en France dans les années 1970, qu'une réponse peut être apportée à cet *a priori* paradoxe. L'ère environnementale n'a fait que confirmer la fin de l'ère hygiéniste et la domination du monde industriel sur la lutte contre les pollutions. Face à la montée en puissance de la thématique environnementale sur la scène internationale, les industriels réalisent l'importance de l'enjeu et se mobilisent, avant même l'institutionnalisation du nouveau secteur d'intervention publique, afin d'obtenir le label « expert en environnement » et de pouvoir peser sur le processus décisionnel aux côtés des ingénieurs des Mines. C'est l'activation simultanée de ces deux acteurs, ayant la même perception du problème des pollutions, qui paraira le long processus de construction d'un monopole de politique publique.

B. LA RÉACTION EMPRESSÉE DES INDUSTRIELS FACE À L'ENJEU ENVIRONNEMENTAL

Jusqu'aux années 1960, les industriels se sont limités à réagir aux initiatives concernant l'action antipollution par l'intermédiaire des ingénieurs des Mines qui représentent leurs intérêts au sein de l'appareil d'État. En voyant arriver avec force la problématique environnementale, ils passent d'une position de défense à une position offensive : en reconnaissant la gravité du problème, ils créent des centres d'expertise propres aux différentes branches industrielles dans le but de s'imposer comme des interlocuteurs légitimes et nécessaires pour l'élaboration d'une politique de protection de l'environnement¹⁶.

La première structure d'expertise mise en place en 1958 à l'initiative des industriels est l'Association pour la protection contre la pollution atmosphérique (APPA)¹⁷, créée et financée par EDF-GDF et l'association des propriétaires d'appareils à vapeur. Sachant que le principal acteur dans la lutte antipollution était jusque-là le milieu médical, les créateurs de l'APPA ont recherché l'appui du ministère de la Santé et celle de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale en structurant l'association autour d'une équipe de médecins. Sa mise en place, outre qu'elle a aidé EDF à créer et gérer son propre réseau de contrôle de la pollution autour de ses centrales thermiques, a permis indirectement à ses financeurs de prouver leur sensibilisation environnementale.

Sur l'initiative de l'Institut français des combustibles et de l'énergie, et avec l'appui de plusieurs branches industrielles est créé, en 1960, le Comité d'action technique contre la pollution atmosphérique (CATPA). Il sera présidé par Louis Armand, président des Houillères du bassin de la Lorraine. Les visées décisionnelles de cet organisme seront clairement énoncées par son président : « Le rôle du CATPA

16. La plus grande mobilisation se fait en matière de pollution atmosphérique car il s'agit du plus ancien et du plus controversé problème de pollution débattu depuis le début de l'industrialisation. Ceci est lié en partie, à la sensibilité « aëriste » des hygiénistes mais aussi au coût important de la technologie antipollution dans ce domaine, ce qui a toujours inquiété les industriels.

17. Ultérieurement cette association ayant obtenu le label d'utilité publique a participé à la création des premières associations de surveillance de la qualité de l'air urbain.

consiste à assurer une liaison constante avec les organismes d'État [...] le Comité va nous dire dans chaque cas précis ce qu'il serait possible de faire, il donnera ainsi un contenu concret et précis aux décisions que le gouvernement prendra à son tour... »¹⁸.

Au début des années 1960, étant encore loin d'être ouvertement incriminés pour des faits de pollution, les industriels de l'automobile se mobilisent plus tardivement. Sous la pression de la nouvelle préoccupation environnementale, en 1970, ils mettent en place au sein de l'Union technique de l'automobile du motocycle et du cycle (UTAC) un service « environnement ». Régulièrement consulté par le ministère des transports, ce service devient conseiller des constructeurs en matière de nuisances et participe à la délégation française à Bruxelles pour la préparation de la réglementation antipollution. La même année, le CNPF (Conseil national du patronat français) crée également sa propre structure d'expertise, le Groupe d'étude sur les nuisances industrielles, preuve de sa mobilisation dans la protection de l'environnement.

Éparses au départ, ces initiatives industrielles se rapprocheront pour donner une légitimité et une visibilité plus grande à leurs auteurs. En 1966 est créé le Comité de coordination des centres d'expertise industrielle, pour permettre aux différentes branches de collaborer entre elles mais aussi avec l'État qui ne tardera pas à s'intéresser à l'environnement.

III. À QUI PROFITE L'ENVIRONNEMENT ?

Au début des années 1960, l'avènement de l'ère environnementale et la redistribution des compétences qu'elle produit au sein de l'appareil d'État, trouve les ingénieurs des Mines — reconnus comme les principaux experts en matière de pollutions — et les industriels, activement mobilisés face au nouvel enjeu. Dans son effort pour l'inscrire sur l'agenda politique, le gouvernement de l'époque procède en deux temps : il impulse d'abord l'élaboration d'un premier programme d'action ; il institue ensuite une nouvelle administration publique *ad hoc*.

L'institutionnalisation de l'environnement va davantage renforcer la position du monde industriel dans la lutte contre les pollutions : les industriels sont pour la première fois invités, par l'intermédiaire de leurs centres d'expertise, à participer au processus d'élaboration de la nouvelle politique publique. Quant aux ingénieurs des Mines, dont l'intervention en matière de pollutions était jusque-là réelle mais non formalisée, ils consolident leur position en se nommant officiellement responsables de la lutte contre les pollutions. Le ministère de la Santé, non seulement ne sera pas invité à participer à l'organisation du nouveau secteur d'intervention publique, mais

18. *Bulletin du CATPA* 1960/1962, p. 8-9.

se verra aussi déposséder des quelques compétences qui lui restaient. Le long processus de construction d'un monopole de politique publique s'achève avec l'avènement de l'ère environnementale.

A. UNE NOUVELLE POLITIQUE D'INSPIRATION INDUSTRIALISTE

Parmi les premiers à avoir anticipé la montée en puissance des questions de pollution, les industriels semblent avoir intégré le nouveau terme « environnement » avant son apparition dans le langage politico-administratif en 1969. Ainsi, il n'est pas surprenant que la première lettre adressée à Jacques Chaban-Delmas, proposant l'intégration de la préoccupation environnementale dans les programmes gouvernementaux, vienne de son ami de longue date, Louis Armand, membre de l'Académie, ingénieur des Mines et président du CATPA. Il n'est également pas étonnant que ce soit lui qui soit invité par le président Pompidou à préparer la première politique publique en la matière : les 100 mesures pour la protection de l'environnement. Enfin, il n'est pas étonnant non plus de constater que le groupe des acteurs réunis autour de L. Armand soit essentiellement issu du monde industriel.

Entre 1964 et 1969 des nouveaux centres de recherche publique s'ajoutent aux initiatives privées. Le développement de l'expertise devient la condition *sine qua non* pour participer à la politique antipollution, ce qui n'est pas sans liaison avec la technicisation du problème des pollutions imposée par les ingénieurs des Mines et les experts industriels. La plus grande mobilisation sera effectuée dans le domaine de la recherche industrielle. La jeune Délégation générale à la recherche scientifique et technique (DGRST) crée en 1963 un groupe de travail intitulé « Groupe de recherches atmosphériques », mis en place par l'ex-directeur des centres de recherche de la Société nationale des pétroles d'aquitaine à Lacq¹⁹. Son objectif sera d'élaborer des mesures antipollution dans le domaine industriel en intégrant le risque de pollution dans le cadre des contraintes de rentabilité. La DGRST constituera, par excellence, le centre de recherches industrielles au sein de l'appareil d'État et les différents centres d'expertise industrielle, cités plus haut, ne tarderont pas à l'inviter à une collaboration permanente. Cela aboutit, en 1968, à la mise en place au sein de la DGRST d'une Action concertée présidée par le professeur H. Moureu, qui préside simultanément le « Comité de coordination des centres d'expertise industrielle ».

Tous ces acteurs dont les multiples casquettes font confondre les espaces publics et privés, forment un corps homogène de conseillers impliqués dans la préparation des 100 mesures pour l'environnement. Comme l'explique le ministre du Plan et de l'Aménagement du territoire au comité interministériel chargé d'étudier ces mesures : « une partie importante des études et recherches vise à associer l'industrie

19. L'exploitation du gisement de gaz naturel de Lacq depuis la fin des années 1950 avait fait de cette région le « mouton noir » de la pollution atmosphérique en France.

française à la politique de l'environnement »²⁰. Au contraire, conformément au processus déclenché un siècle auparavant, le ministère de Santé ne figure pas dans la liste des administrations devant, « dans tous les cas », participer à la définition de la politique de l'environnement²¹. Quant au Parlement, il sera tenu en dehors de l'élaboration de la première politique de l'environnement, ainsi que de la décision d'instituer un nouveau ministère de l'Environnement.

Comme toute politique publique, le contenu du programme des 100 mesures pour l'environnement reflète le rapport de forces entre les acteurs en présence. Vu l'homogénéité de l'identité de ces acteurs, il n'est pas surprenant d'entendre l'orateur de l'opposition, pendant une courte controverse sur ce programme entamé au Parlement lors de la discussion du VI^e plan, regretter qu'« on sacrifie une fois encore l'environnement à l'équilibre économique... »²². Les limites imposées à la lutte contre les pollutions industrielles par Montfalcon et Polinière en 1846 ne perdent pas de leur actualité.

B. LA COLONISATION DU MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT PAR LES INGÉNIEURS DES MINES

La dernière étape de cette longue marche vers l'imposition d'un monopole de politique publique s'achève avec l'organisation du nouveau ministère chargé de la protection de l'environnement et, par conséquent, de la lutte contre les pollutions. Cette administration naît dans un contexte où les administrations traditionnelles se sont déjà positionnées face au nouvel enjeu en créant des structures gestionnaires *ad hoc*. Le ministère de l'Industrie est le premier à intégrer le terme « environnement » dans son organigramme en créant, en 1969, une nouvelle Direction de la technologie, de l'environnement industriel et des mines qui remplace l'ancienne Direction des mines. Au sein de cette direction est institué le Service de l'environnement industriel (SEI) : qui constituera, par la suite, l'origine de l'une des deux grandes directions du ministère de l'Environnement, la Direction de prévention des pollutions et des risques (DPPR).

Cette réorganisation permettra dans un premier temps à ce ministère de se légitimer en tant que partenaire dans la lutte antipollution mais aussi d'établir un rapprochement explicite entre la préoccupation de protection de l'environnement et les compétences du corps des Mines. Néanmoins, c'est dans un deuxième temps, lors de l'institution du ministère de l'Environnement, que cette réorganisation s'avère très importante. Le premier décret relatif aux attributions du nouveau ministre, dis-

20. Communication de M. A. Bettencourt au comité interministériel chargé d'examiner le premier programme d'action pour l'environnement in 2000 *Revue de l'aménagement du territoire*, 1970, n° hors série, p. 40.

21. Lettre du Premier ministre au ministre délégué chargé du plan et de l'aménagement du territoire, le 24 octobre 1969, 2000 *Revue...*, *op. cit.*, p. 9.

22. E. Schloesing, JOAN, débat du 17/6/1970, p.2779.

pose que celui-ci exerce les attributions précédemment dévolues au ministre du Développement industriel et scientifique, en ce qui concerne les établissements dangereux, insalubres et incommodes. Plus qu'un affaiblissement du rôle joué par le ministère de l'Industrie dans la lutte contre les nuisances, cette disposition entraîne la « colonisation » du nouveau ministère par les ingénieurs des Mines qui se voient attribuer officiellement la responsabilité des problèmes des pollutions.

En 1971, le SEI est transféré au nouveau ministère de l'Environnement et voit ses compétences s'élargir, d'abord par la prise en charge des questions relatives aux établissements classés, ensuite par son implication dans les autres sources de pollution. En février 1973, suite au décret portant réorganisation des services du ministre de l'Environnement, le SEI s'autonomise et devient la pièce centrale de la nouvelle Direction de la prévention des pollutions et nuisances qui récupère les dernières compétences restées au ministère de la Santé en matière de coordination de la lutte antipollution. Depuis, aussi bien le SEI que sa direction d'appartenance sont dirigés par un ingénieur des Mines. Ce n'est pas, d'ailleurs, un hasard si, après cette colonisation réussie du ministère de l'Environnement par le corps des mines, la Direction de la technologie de l'environnement industriel et des mines perd son intitulé pour redevenir, en 1976, Direction des mines : ayant assuré sa présence au sein du nouveau ministère de l'Environnement, le ministère de l'Industrie n'a plus besoin d'afficher un profil environnemental.

Nouvelle structure sans personnel propre, le ministère de l'Environnement n'est pas en mesure de proposer d'autres alternatives. L'imposition progressive de l'ingénieur comme la figure de l'expert par excellence dans le domaine des pollutions et la confiance dont ils jouissent auprès des pollueurs font que l'appel au corps des mines, pour équiper le nouveau ministère paraît, sinon naturel, du moins non controversé.

*

* *

La construction diachronique de cette configuration d'acteurs a des implications multiples sur les conditions d'élaboration et d'application des politiques de lutte contre les pollutions en France. L'exclusion des spécialistes de la santé rend les relations et la collaboration entre les structures hygiénistes et environnementale très difficiles, ce qui est préjudiciable aussi bien à la protection de la santé qu'à celle de l'environnement²³. L'emprise des ingénieurs sur ce domaine impose une technicisation de l'enjeu qui décourage et éloigne les citoyens en général et les associations écologiques en particulier de la lutte contre les pollutions²⁴. Enfin, la gestion des pollutions dans des sphères de plus en plus confinées empêche l'émergence d'un débat public nécessaire pour garantir un minimum de démocratie dans le secteur de l'environnement.

23. L'absence de toute coordination entre ces administrations lors de l'incident caniculaire de 2003 est en ce sens révélatrice.

24. Ainsi, de grandes structures associatives, comme la FNE ou la FRAPNA, interviennent très peu sur cette question.

Bibliographie

C. Larrue, C. A. Vlassopoulou, « Changing definitions and networks in clean air policy in France », in W. Grant, P. Knoepfel, A. Perl, *The Politics of Improving Air Quality*, Edward Elgar Aldershot, UK-Brookfield, US, 1999.

P. Lascoumes, C. A. Vlassopoulou, « Protéger l'air ou réguler les sources de pollution atmosphérique », *Regards sur l'actualité* mars 1998, n° 239, La Documentation française.

Potentialités et faiblesses du droit international de l'environnement : plaidoyer pour un droit mondial

Olivier Mazaudoux

*Allocataire-moniteur à l'Université de Limoges,
doctorant au CRIDEAU/CNRS-INRA**

Le droit apparaît à bien des égards à la fois instrument de la politique internationale mais aussi comme l'un de ses enjeux. Cette dichotomie ne doit pas troubler le lecteur, au moins pas autant qu'elle ne trouble le juriste attiré sur les pentes — parfois glissantes ! — des sciences politiques et des relations internationales. Pour autant, c'est bien un regard juridique que nous allons porter sur notre sujet. Car se questionner sur le droit impose bien de se questionner sur une dimension politique, au moins pour qui veut tenter de comprendre la norme dans son processus de création et dans le rapport de force qui l'a vu naître. Il est vrai que dans la société internationale, une telle problématique prend une coloration quelque peu perturbante, tant il est difficile de simplement calquer les situations nationales sur celle de la société des États.

En effet, selon un positivisme volontariste classique, la volonté des États reste le fondement de l'autorité de la règle de droit. Cette logique intersubjective¹ marque le droit international, si bien que ce dernier se heurte à la « panne actuelle des *jus cogens*, obligations *erga omnes*, crimes internationaux de l'État et autres normes intransgressibles du droit international »². Les progrès dans la construction d'un

* Cet article est en partie inspiré d'un travail présenté dans le cadre d'un DEA à l'Université de Limoges, à paraître fin 2006 aux Presses universitaires du Limousin, dans la collection des « Cahiers du CRIDEAU », intitulé : *Droit international public et droit international de l'environnement*, préface de M. Chemillier-Gendreau.

1. H. Lacordaire, 52^e Conférence de Notre-Dame, 1848 : « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la loi qui affranchit et la liberté qui libère » ; v. aussi M. Chemillier-Gendreau, *Essai sur la fonction du droit international*, La Découverte, série « Histoire contemporaine », Paris, 2005, 383 p., spéc. p. 209 et s.

2. Autant de notions à rapprocher de celle d'« ordre public » en droit national, v. S. Maljean-Dubois, *Environnement, développement durable et droit international*, AFDI, XLVIII, 2002, p. 592-623.

ordre public international, voire dans la reconnaissance de l'environnement comme « valeur commune à l'humanité tout entière dont la préservation est l'affaire de la communauté internationale dans son ensemble »³, sont ainsi à pondérer tant il est vrai que le célèbre passage de l'*Affaire du Lotus* selon lequel « les règles de droit liant les États procèdent de la volonté de ceux-ci » demeure valide.

Il est vrai que notre époque, peut-être de manière plus appuyée qu'auparavant, met en avant l'existence de certaines interdépendances et de valeurs communes⁴. Ces facteurs, pour Pierre-Marie Dupuy « incitent les États à postuler l'existence d'une communauté internationale appuyée sur le respect du droit »⁵. Cela ne remet bien sûr pas en cause « l'individualisme obstiné » des protagonistes, mais le contrôle social naissant effectué par une opinion publique internationale de plus en plus vigilante tend à transformer les rapports de ces acteurs du droit avec des règles émanant pourtant de leur propre volonté. Elle aura de toute façon pesé lourd dans la cristallisation de valeurs universellement acceptées. La paix, fondement de l'ordre mondial de l'après-guerre, les droits de l'homme, et la préservation de l'environnement sont autant de valeurs incarnées dans la recherche d'un intérêt supérieur aux égoïsmes étatiques. Juridiquement, elles sont fondées sur des textes de valeurs différentes⁶, qui disposent pourtant tous d'une caractéristique commune, celle de ne pas relever du principe de réciprocité. Elles dégagent ainsi un intérêt général mondial, un intérêt commun de l'humanité⁷.

Devant ce panorama, il convient de s'interroger sur les réponses légitimes et efficaces à formuler. Encore au début du mouvement, les instruments juridiques pour mettre en place les avancées théoriques déjà formulées manquent cruellement. À ce sujet, l'affirmation d'un droit international de l'environnement appelle certaines réflexions. Il nous semble que la matière possède les moyens de penser d'autres rapports internationaux, et ainsi de « jeter les bases d'une nouvelle organisation internationale, fondée non plus sur l'équilibre de la peur, mais sur la sauvegarde d'un bien collectif »⁸.

Si l'affirmation de ces valeurs constitue bien sûr un progrès du droit, ce sont bien les volontés étatiques qui définissent le contenu du droit international. Le domaine environnemental illustre cet état de fait : de conférences en conventions, de pro-

3. P. Daillet, A. Pellet, *Droit international public*, 6^e éd., LGDJ, 1999, n° 736, p. 1225.

4. La charte de l'Organisation des Nations unies en offre un bon exemple, mais aussi la Déclaration universelle des droits de l'homme, ou les déclarations de Stockholm sur l'environnement humain ou de Rio de Janeiro sur le développement durable.

5. V., P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 7^e éd., Dalloz, coll. « Précis », p. 11.

6. Traité pour la charte, textes non formellement obligatoires pour les déclarations.

7. V. entre autres textes de cet auteur, A.-Ch. Kiss, « De la protection intégrée de l'environnement à l'intégration du droit international de l'environnement, Chronique internationale 2001-2004 », *RJE* 3/2005, p. 261-288, spéc. p. 263.

8. Ph. Saint Marc, *Socialisation de la nature*, 7^e éd. mise à jour au 1^{er} juin 1975, Stock/Monde ouvert, 1971, 385 pages, p. 339 et s., et celui-ci de poursuivre : « Au-delà des nationalismes qui traînent leur bric-à-brac de ferraille guerrière et de haines sanglantes, sauver l'Homme en sauvant la nature est une entreprise qui peut rassembler dans une communauté d'action les hommes de toutes races et de toutes idéologies ».

grammes en déclarations, l'utilisation consensuelle des principes et des concepts du droit de l'environnement dessine les contours d'une politique internationale de l'environnement, à la fois issue de l'action politique internationale, mais cherchant à la guider par ailleurs (I). Ce *corpus juris* se heurte toutefois aux limites générales du droit international classique : en effet, derrière les effets d'annonce et les remous médiatiques, que reste-t-il finalement des engagements — souvent timides — de la communauté internationale lorsque manque la volonté politique de créer les outils juridiques nécessaires pour transformer la réalité internationale ? C'est peut-être cela la question de l'effectivité du droit international de l'environnement et, avec elle, celle de l'avenir du droit international classique (II).

I. UNE POLITIQUE INTERNATIONALE DE L'ENVIRONNEMENT

La politique internationale de l'environnement est le fruit à la fois de la consécration de la protection de l'environnement par des principes juridiques mais aussi, et pour une part non négligeable, de l'influence efficace de principes non juridiques ou politico-juridiques. C'est pourquoi à l'examen des règles juridiques succédera celui des « guides pour l'action publique ».

A. L'AFFIRMATION DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Il nous semble intéressant de présenter dans un premier temps le contexte dans lequel la thématique environnementale a commencé à trouver écho, avant de présenter la consécration de cette nouvelle valeur sociale par des principes juridiquement établis.

1. La prise de conscience environnementale

La prise de conscience écologique a marqué les années 1970, et à ce titre, on peut considérer comme symbolique l'année 1972 qui vit la parution du rapport Meadows commandé par le Club de Rome et qui situe le problème dans sa dimension planétaire. La diffusion assez rapide de conscience des pollutions et dégradations a déclenché la mise en œuvre de dispositifs techniques et juridiques atténuant les processus destructeurs⁹, mais n'empêchant pas des catastrophes plus récentes de se produire. C'est notamment grâce à ce contexte de conscience mondiale que le droit international de l'environnement a pu connaître un « développement extrêmement important et exceptionnellement rapide »¹⁰.

9. « Une bonne prophétie suscite les réactions et luttes qui évitent la catastrophe qu'elle prédit », prétend à ce propos Edgar Morin, v. « La pensée écologisée », in *Introduction à une politique de l'homme*, nouvelle édition, 1999, Éditions du Seuil, p. 128.

10. A.-Ch. Kiss, J.-P. Beurrier, *Droit international de l'environnement*, 2^e éd., Pedone, coll. « Études internationales », 2000, n° 3, p. 45.

Il nous appartient de considérer le droit comme un révélateur social, peut-être même comme l'« expression la plus achevée du lien social »¹¹, et donc de se poser la question du rôle de l'opinion publique mondiale dans la création du droit de l'environnement et dans sa mise en œuvre¹². En effet, c'est bien parce qu'elle se trouvait révoltée ou au moins inquiétée par les problèmes que l'on sait que cette dernière a fait appel aux autorités publiques pour qu'elles interviennent et trouvent des solutions, traduites par des règles de droit.

Faute d'un pouvoir central, de telles interventions n'étaient pas envisageables au niveau international. Cependant, les États se sont néanmoins retrouvés poussés à coopérer en la matière, et les organisations internationales existantes incitées à faciliter et à promouvoir cette coopération. Ainsi, on peut regretter que la motivation des États repose souvent sur le désir de cultiver une certaine image de marque devant cette opinion publique mondiale naissante, mais de mieux en mieux organisée, plutôt que de mettre en œuvre des règles de protection efficaces.

Par ailleurs, celle-ci joue également un rôle de surveillance dans l'application des règles établies. Le rôle des associations environnementales dans l'application du droit de l'environnement ne fait pas de doute¹³ que ce soit au plan national et même au plan international : il s'agit au minimum d'un travail de sensibilisation et d'information du public, servant souvent à mettre en cause les pouvoirs publics face à une carence d'information, de prévention ou même d'action suite à une catastrophe. Comme le rappelle le professeur Kiss¹⁴, la démarche n'est pas différente de celle du XIX^e siècle lorsque les ligues et les associations exerçaient des pressions sur les gouvernements pour supprimer la traite des esclaves, faire respecter la liberté de religion ou s'élever contre des massacres dans certains pays. Mais l'auteur ajoute que ces manifestations de l'opinion publique ne deviendront systématiques et universelles dans ce domaine bientôt appelé « protection internationale des droits de l'homme » qu'après la Seconde Guerre mondiale, et que le mouvement d'opinion en faveur de l'environnement est apparu avec une rapidité et une intensité sans précédent¹⁵.

Le fait que l'opinion publique se soit manifestée dans le domaine de l'environnement immédiatement sur le plan international n'est sans doute pas indépendant

11. V., M. Chemillier-Gendreau, *Humanité et souverainetés, essai sur la fonction du droit international*, Paris, La Découverte, série « Histoire Contemporaine », 1995, p. 368.

12. V., notamment, A.-Ch. Kiss, « Le droit international de l'environnement, un aspect du droit international de l'avenir ? », in R.-J. Dupuy (dir.), *L'avenir du droit international de l'environnement*, colloque de La Haye, 12-14 novembre 1982, Académie de droit international, Université des Nations unies, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 471-484, spéc. p. 472 et 473.

13. V. notamment les travaux de Pierre Lascoume sur la question, où l'auteur se penche sur les différents types d'associations environnementales et examine leur capacité d'expertise et leur contribution à la mise en œuvre du droit de l'environnement, in *L'éco-pouvoir : environnement et politique*, La Découverte, coll. « Textes à l'appui », Série « Écologie et société », Paris, 1994, 318 pages.

14. « Le droit international de l'environnement, un aspect du droit international de l'avenir ? », *op. cit.*, p. 473.

15. Ce mouvement trouve par ailleurs une représentation dans des organisations non gouvernementales qui exercent une réelle influence sur les gouvernements et leur servent parfois d'interlocuteur.

de la nature de l'environnement lui-même. Si l'affirmation que l'environnement ne connaît pas de frontières fut une révélation pour beaucoup à l'époque de la Charte européenne de l'eau, le principe est aujourd'hui accepté pour toute pollution concernant n'importe quel élément de l'environnement.

2. Une valeur sociale encadrée par des principes établis

C'est en analysant la déclaration de Rio que nous brosserons un rapide panorama des principes dégagés en droit international de l'environnement, et de leur place au sein des instruments classiques du droit international public. La déclaration de Rio de Janeiro reprend pour bonne part des principes issus de la déclaration de Stockholm, reconnus dans certains cas par la pratique internationale, notamment conventionnelle. Dans d'autres cas, il s'agit de principes nouvellement formulés, mais dont plusieurs sont fondés sur une pratique déjà existante.

a. Les principes déjà formulés par la déclaration de Stockholm

Il est frappant de constater la continuité avec laquelle les éléments analysés plus haut demeurent présents dans les textes déclaratoires. En effet, le principe 2 de la déclaration de Rio, qui reprend le principe 21 de celle de Stockholm, confirme le pouvoir souverain des États d'exploiter leurs propres ressources et rappelle leur devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États, ou même dans des zones ne relevant d'aucunes juridictions nationales¹⁶.

Le domaine de la responsabilité et de l'indemnisation des victimes, encouragé par le principe 22 de la déclaration de Stockholm qui invitait à la coopération des États pour développer le droit dans ce domaine, a trouvé écho avec le principe 13 de la déclaration de Rio. Si la responsabilité a été abordée par divers instruments récents, ce n'est que concernant la responsabilité non étatique, visant surtout la réparation des dommages environnementaux. On citera bien sûr la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (Lugano, 21 juin 1993), de portée générale, à laquelle il faut rajouter certains instruments abordant le problème sous d'autres aspects particuliers¹⁷. Pour la première fois, des règles internationales destinées à gouverner directement la responsabilité pénale des individus ont été formulées, dans le cadre du Conseil de

16. V. art. 3. Convention sur la diversité biologique pour une application conventionnelle, et CIJ, avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, § 29, et enfin, CIJ 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, qui se réfère à l'avis précédent, § 53.

17. Convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses, Londres, 3 mai 1996; Protocole sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultants de mouvements transfrontaliers et de l'élimination de déchets dangereux, Bâle, 10 décembre 1999; Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, Montréal, 29 janvier 2000, art. 28.

l'Europe, par la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal, signée à Strasbourg le 4 novembre 1998¹⁸.

b. Les principes nouvellement formulés dans la déclaration de Rio

Un des apports majeurs de la conférence de Rio a été la formulation du principe 10 relatif à l'information, la participation et l'accès à la justice en matière environnementale. Cette expression procédurale du droit à l'environnement a connu une application dans tous les grands instruments¹⁹ développés depuis sa formulation jusqu'à la Convention d'Aarhus adoptée le 25 juin 1998²⁰, qui dispose d'une portée universelle même si elle a été élaborée dans le cadre de la Commission économique des Nations unies pour l'Europe.

Le principe 11 préconisant l'adoption de mesures législatives efficaces en matière d'environnement semble avoir trouvé écho dans les pratiques étatiques même s'il reste parfois difficile de se prononcer sur leur caractère efficace.

Le principe 14 concernant les transferts et déplacements de substances dangereuses est reflété par la convention de Rotterdam du 10 septembre 1998 sur la procédure du consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux, qui font l'objet d'un commerce international. Une convention sur les polluants organiques persistants (Stockholm, 2 mars 2001) cherche également à limiter les mouvements transfrontières de substances dangereuses.

Le principe de précaution, principe 15 de la déclaration, a connu de nombreuses utilisations. La nécessité d'utiliser cette forme renforcée de prévention avait déjà fait son apparition dans des traités adoptés dès 1991²¹, et a été réaffirmée par les deux conventions ouvertes à la signature à la conférence de Rio de Janeiro²², ainsi que par toute une série d'instruments multilatéraux²³.

18. Non encore ratifiée par la France.

19. Parmi lesquels, on retiendra par exemple : la Convention-cadre sur les changements climatiques, Rio de Janeiro, juin 1992, art. 4, al. 1^{er}; Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, Lugano, 21 juin 1993, art. 13-16; Convention sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, particulièrement en Afrique, Paris, 14 octobre 1994, préambule, art. 3 al. a, 10 al. 2(e), 13 al. 1 (b), 14 al. 2 et 19, 25; Convention sur les polluants organiques persistants, Stockholm, 22 mai 2001, art. 9 al. 5 et 10 al. 1^{er}.

20. Convention sur l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. Sa signature est possible pour les États membres de l'ONU.

21. Par exemple, convention de Bamako du 30 janvier 1991 sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières, art. 4, al. 3 (f) et la Convention d'Helsinki sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, du 17 mars 1992, art. 2.

22. Convention-cadre sur les changements climatiques, art. 4, al. 1 (f); Convention sur la diversité biologique, préambule.

23. Par exemple : Protocole à la convention sur la pollution atmosphérique à longue distance relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre, Oslo, 14 juin 1994, préambule; Convention pour la coopération et l'utilisation durable du Danube, Sofia, 29 juin 1994, art. 2, al. 4; Protocole de

Le principe 16 formule « en termes plutôt circonspects »²⁴ le principe « pollueur-payeur », dont les traités de Maastricht et Amsterdam vont proposer une application²⁵.

Le principe 17 met en avant la préparation d'études d'impact par les législateurs nationaux. L'article 14 de la Convention sur la diversité biologique a repris cette idée, déjà ancienne²⁶, tout comme la Convention nord-américaine sur la coopération dans le domaine de l'environnement²⁷ dans son article 2, alinéa 1 (e). Une procédure d'étude d'impact est également envisagée par la convention de New-York du 21 mai 1997²⁸ dans le cadre de la procédure de notification aux États pouvant être concernés par des mesures qui risquent d'avoir des effets négatifs sur les cours d'eau (art. 12). La Cour internationale de justice avait d'ailleurs elle-même reconnu « qu'il faut continuellement évaluer les risques écologiques » dans son arrêt du 25 septembre 1997²⁹.

Les termes impératifs du principe 18 imposent aux États l'obligation de notifier aux autres États toute catastrophe naturelle ou toute autre situation d'urgence qui risque d'avoir des effets néfastes soudains sur l'environnement, et les invite à faire tout le possible pour aider les États sinistrés³⁰. Si l'aide aux États victimes de tels accidents continue souvent à relever d'accords régionaux, le principe de la notification a quant à lui été confirmé par des traités d'importance majeure³¹, si bien qu'il s'agit peut-être là d'une des règles les plus généralement reconnues de la déclaration de Rio.

Pour finir, le principe 19 de la déclaration prévoit que les États doivent prévenir suffisamment à l'avance les États susceptibles d'être affectés sur les activités qui

Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la convention sur la diversité biologique, Montréal, 29 janvier 2000, préambule, art. 15, 16 et annexe III.

24. V., A.-Ch. Kiss, « Tendances actuelles et développements possibles du droit international conventionnel de l'environnement », in M. Prieur (dir.), *Vers un nouveau droit de l'environnement?*, réunion mondiale des juristes et associations de droit de l'environnement, Limoges, CIDCE, 2003, p. 19 (en ligne sur le site www.cidce.org).

25. Comme ils le font aussi pour le principe de précaution : art. 130 R al. 2 du traité de Maastricht du 7 février 1992 et art. 174 al. 2 du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

26. V. la convention régionale de Koweït concernant la coopération pour la protection de l'environnement marin contre la pollution du 24 avril 1978, art. 11, al. (a).

27. Adoptée en septembre 1993 à trois lieux et trois dates différentes.

28. À noter qu'il s'agit d'une convention élaborée par la Commission pour la codification du droit international (CDI), ce qui montre bien l'intégration des préoccupations environnementales par cette institution.

29. CIJ 25 septembre 1997, *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros*, § 112 ; v. également la récente convention de Stockholm du 22 mai 2001, art. 8, al. 7 (a) et annexe E.

30. Pour une pratique conventionnelle antérieure : v. l'article 199 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, les deux conventions de Vienne du 26 septembre 1986 sur la notification rapide d'un accident nucléaire et l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique, et la convention sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures, Londres, 30 novembre 1990.

31. On citera pour exemple la Convention sur la diversité biologique, juin 1992, art. 14, al. 1 (d); la Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube, Sofia, 29 juin 1994, art. 16; la convention de New-York, 21 mai 1997, art. 28.

peuvent avoir des effets transfrontières sérieusement nocifs sur l'environnement et mener des consultations avec ses États suivant le principe de bonne foi³².

B. DES GUIDES POUR L'ACTION PUBLIQUE

Le principe des responsabilités communes mais différenciées devrait potentiellement au moins encadrer l'ensemble des activités internationales. Si la scène internationale ne lui a pas donné l'écho qu'il mérite, un autre concept tend à s'imposer : le développement durable, dont le succès ne doit pas masquer une définition parfois bien frileuse de ses enjeux.

1. Des responsabilités communes mais différenciées

Le principe des responsabilités communes mais différenciées apparaît au principe 7 de la déclaration de Rio : « Les États doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. Étant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les États ont des responsabilités communes mais différenciées. Les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et ressources financières dont ils disposent ».

a. Les applications du principe

Même si ce principe n'apparaît pratiquement pas tel quel dans les traités, un grand nombre s'en inspire³³. Il en est ainsi à chaque fois que les pays industrialisés ont accepté l'obligation de soutenir des actions de pays en développement, comme le prévoit l'article 20 de la Convention sur la diversité biologique relatif aux ressources financières à fournir par les parties. Un traité récent de caractère universel — la convention de Stockholm du 22 mai 2001 sur les polluants organiques persistants — prévoit que son application par les pays en développement peut dépendre de l'aide que leur apportent les États industrialisés (art. 12 et 13). Le principe apparaît également dans la Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique³⁴.

32. Ce principe a été affirmé plus particulièrement concernant la coopération en matière de protection de cours d'eau contre la pollution : suite à la convention de Sofia du 29 juin 1994, art. 10 et 11, celle de New-York décrit dans le détail la procédure à suivre lorsque des mesures projetées dans un État du cours d'eau peuvent avoir des effets sur un autre État du cours d'eau (art. 11 à 18).

33. Même avant 1992 : convention de Bâle de 1989 sur le contrôle de mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et leur élimination, art. 10, al. 2 ; protocole de Montréal de 1987 sur la protection de la couche d'ozone amendé en 1992.

34. Convention de Paris, 14 octobre 1994, art. 20.

Enfin, on peut souligner que la Convention sur les changements climatiques met en place un système reconnaissant trois catégories de pays : pays industrialisés, pays en transition et pays en voies de développement, auxquels répondent des droits et obligations différentes : les pays développés devront être à l'avant-garde de la lutte contre les changements climatiques et leurs effets néfastes (art. 3, al. 1^{er}). Ils devront fournir des ressources financières nouvelles et additionnelles pour couvrir la totalité des coûts convenus encourus par les pays en voie de développement (art. 4, al. 3). Ils devront aussi aider les pays en développement qui sont particulièrement vulnérables aux effets néfastes des changements climatiques à faire face aux coûts d'adaptation aux dits transferts (art. 4, al. 4). Ils devront faciliter le transfert de technologies et de savoir-faire écologiquement rationnels aux pays en développement (art. 4, al. 5). Ils devront également transmettre des informations sur les mesures d'application qu'ils ont prises pendant une période déterminée (art. 12). Les pays européens anciennement communistes, dits « pays en transition », disposent de plus de souplesse pour améliorer leur capacité pour faire face aux changements climatiques (art. 4, al. 6). Les pays en développement, devant recevoir des aides financières et bénéficier du transfert de technologies, disposeront, en outre, de plus de temps pour communiquer les mesures qu'ils ont prises pour appliquer la convention (art. 12, al. 5).

Malgré cette reconnaissance, ce principe pourtant consacré n'en a pas moins fait l'objet de nombreuses discussions lors du Sommet mondial du développement durable (SMDD). Il est néanmoins rappelé dans le texte du plan de Johannesburg à de multiples reprises, soulignant la responsabilité plus grande des pays développés dans la dégradation écologique de la planète du fait de leur développement industriel antérieur³⁵.

b. Les implications du principe

Ce n'est pas par hasard si le groupe de 77 s'est employé à Johannesburg à critiquer l'insuffisante mise en œuvre des engagements de Rio, le non-respect des promesses en la matière et la faiblesse des financements³⁶. Ceci dit, rien de nouveau par rapport aux chapitres 33 et 34 d'Agenda 21³⁷ ne ressort du plan adopté laissant entrevoir un changement de tendance. Le texte prévoit néanmoins la fourniture aux pays en développement, et parfois aux pays en transition, d'une assistance financière, technique et autres³⁸.

Sandrine Maljean-Dubois précise, en outre, que « l'adhésion aux principes du droit international du développement, tels que l'inégalité compensatrice, est très

35. V. notamment les §§ 2, 14, et 20 qui, sur l'énergie, précisent : « [...] sans oublier que leur apport à la dégradation de l'environnement mondial n'est pas le même, les États ont des responsabilités communes mais différenciées ».

36. V., J. Cadet, « Le sommet de Johannesburg sur le développement durable : quels résultats ? », *Revue du marché commun et de l'union européenne* octobre-novembre 2002, p. 574.

37. Respectivement « ressources et mécanismes financiers » et « transfert de techniques écologiquement rationnelle, coopération et création de capacité ».

38. V. par exemple les §§ 21, 22, 39 et 81.

formelle »³⁹. L'objectif de 0,7 % du produit national brut consacré à l'aide publique au développement a été réitéré, alors que la majorité des États s'en éloigne au contraire. Le contenu du chapitre 34 d'Agenda 21 et les dispositions concernant le transfert de technologies écologiquement rationnelles — qui figurent dans le Programme relatif à la mise en œuvre d'Agenda 21, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies en 1997 — sont réaffirmés après être restés morte depuis Rio. Les propositions novatrices relatives au financement du développement et des biens collectifs, notamment par le biais d'outils fiscaux, déjà écartées à Monterrey, n'ont pas été reprises à Johannesburg⁴⁰.

La principale innovation du sommet reste la promotion des initiatives dites « de partenariat » (« type 2 ») avec nombre d'incertitudes concernant leur encadrement, leur suivi et le contrôle de leur mise en œuvre.

2. Développement durable et gouvernance

Si les liens qui unissent environnement et développement sont pour certains inconciliables, et en tout cas complexes, l'apparition et la consécration du concept de « développement durable » reflète bien certes la prise en compte d'une préoccupation nouvelle, mais aussi le glissement de l'outil juridique vers une forme inédite de régulation.

a. L'environnement et le développement

Ce n'est pas avec un enthousiasme unanime que la communauté internationale salua la conférence de Stockholm, en 1972. En effet, certains États se sentaient peu concernés, d'autres craignaient que les fonds nécessaires à la protection de l'environnement ne soient prélevés sur les disponibilités déjà maigres, destinées au développement. Pourtant, cette vision des choses va peu à peu évoluer, les pays en développement se rendant compte, d'une part, des dangers potentiels dus à des phénomènes tels que la désertification ou un développement urbain spectaculaire, et devenant, d'autre part, de plus en plus conscient que la qualité de l'eau dépendait étroitement de celle de l'écosystème⁴¹.

Ce n'est qu'avec la connaissance des problèmes planétaires que les pays industrialisés du monde occidental vont trouver un fondement à l'allocation d'une aide aux pays en développement. En effet, la couche d'ozone, la diversité biologique, l'effet de serre demandent des réponses planétaires et appellent donc une coopération accrue⁴² entre États et la mise à disposition de moyens suffisants.

39. S. Maljean-Dubois, *Environnement, développement durable et droit international. De Rio à Johannesburg : et au-delà?*, AFDI, XLVIII, 2002, p. 593-623, p. 610.

40. V. le rapport Zedillo, doc. A/55/1000, 26 juin 2001.

41. Sans oublier le cas des « exportations de pollutions » ou *dumping* écologique, v. A.-Ch. Kiss, « Émergence de principes généraux du droit international et d'une politique internationale de l'environnement », in I. Rens (dir.), *Le droit international face à l'éthique et la politique de l'environnement*, SEBES, 1996, p. 19-35, spéc. p. 30.

42. Cette demande de coopération venant des pays industrialisés a rendu peut-être une partie de leur capacité de négociation aux pays pauvres, qu'ils avaient perdu avec la fin de la division Est-Ouest, d'après A.-Ch. Kiss, *art. préc.* p. 31.

Le rapport Brundtland⁴³, pièce maîtresse des préparatifs de la Conférence des Nations unies pour le développement et l'environnement (CNUED), a pu exprimer l'inévitable fusion entre environnement et développement en formulant le concept de « développement durable », qui, selon la définition courante, revient à ne pas compromettre les chances de l'avenir, tout en cherchant à satisfaire les besoins du présent⁴⁴. La déclaration de Rio est ainsi dominée par ce concept (principes 1, 3 à 5, 7, 8, 12, 27). Quelques traits du nouvel ordre économique mondial réapparaissent, notamment avec l'affirmation que les États ont des responsabilités communes mais différenciées (principes 7 et 11). L'élimination de la pauvreté est consacrée comme « condition indispensable au développement durable » (principe 5). L'Agenda 21 développe les aspects sociaux et économiques de l'action à entreprendre dans des proportions considérables⁴⁵, et va même jusqu'à chiffrer les besoins et à détailler les mécanismes financiers (chapitre 33). On peut néanmoins s'étonner qu'un des tout premiers chapitres soit consacré à la promotion du développement durable par le commerce, élément peut-être révélateur des progrès faits par l'idée selon laquelle l'économie de marché pourra résoudre les problèmes que pose la protection de l'environnement.

b. De la planification aux outils de marché

Les premiers grands textes mondiaux ont fait la part belle à la technique de la planification. Ainsi, la déclaration de Stockholm dans son principe 2 est caractéristique puisqu'elle préconise la préservation des ressources mondiales du globe « dans l'intérêt des générations présentes et à venir par une planification ou une gestion attentive selon que de besoin »⁴⁶. Dix ans plus tard, la Charte mondiale de la nature, adoptée et solennellement proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies le 28 novembre 1982, prévoyait de son côté que la planification et l'exécution des activités de développement devaient dûment tenir compte du fait que la conservation de la nature fait partie de ses activités (principe 7 et aussi 8, 9, 17 et 18).

À partir de 1990⁴⁷, les textes internationaux n'envisagent que rarement une planification dans l'intérêt de l'environnement ou même l'utilisation de plans dans cette perspective. Le chapitre 35 de l'Agenda 21, intitulé « la science au service d'un développement durable », consacre quelques paragraphes au renforcement de la base scientifique d'une gestion durable (35.5 à 35.9) et à l'évaluation scientifique à long terme (35.15 à 35.17), méthodes qui succèdent, au moins partiellement à la planification, et dont le contenu des termes semble revêtir un aspect moins contraignant. Pourtant, l'Agenda 21 préconise la conception intégrée de la planification et de la

43. Du nom du Premier ministre norvégien Gros Harlem Brundland, présidant les travaux de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement créée en 1985.

44. Autrement dit, une utilisation respectueuse des ressources naturelles.

45. 7 chapitres (2 à 8), soit une cinquantaine de pages sur un peu plus de 250.

46. D'autres principes vont dans le même sens : principes 4, 13, 14, 17.

47. Ce phénomène n'est pas sans lien avec la chute du bloc de l'Est, le droit réagissant à l'évolution du contexte politique de la société internationale, v. A.-Ch. Kiss, *art. cit.*, p. 32.

gestion des terres (10.3 à 10.9) qui continue à jouer un rôle non négligeable en matière d'aménagement du territoire.

Parallèlement à cette évolution, un scepticisme envers la réglementation en tant qu'outils efficaces au service de l'environnement s'est répandu, si bien que toute intervention de la puissance publique par des moyens contraignants est souvent condamnée. Le besoin de règles n'en demeure pas moins. Ainsi, le Medef, par la voix de Denis Kessler⁴⁸ propose de recourir à des moyens plus novateurs que la réglementation pour privilégier des instruments de marché et d'autorégulation tels que les engagements négociés, le recensement des meilleures pratiques, l'étalonnage et l'élaboration de guides ou codes de bonne conduite⁴⁹. Le secrétaire général de l'ONU a d'ailleurs pris l'initiative du Pacte mondial⁵⁰, lancé en juillet 2000, pour promouvoir le « sens civique sur le marché mondial » par l'engagement du secteur privé (entreprises mais aussi syndicats ou organisations non gouvernementales) sur neuf principes fondamentaux, liés aux droits de l'homme, aux normes de travail et à la protection de l'environnement.

Ainsi, le recours à des instruments économiques s'est généralisé et il est caractéristique que le principe « pollueur-payeur » soit partout proclamé, alors que son contenu — l'internalisation des coûts de protection de l'environnement — est en fait une règle de comptabilité économique⁵¹. Quoi qu'il en soit, ces instruments nécessitent tout de même un cadre juridique, qu'il s'agisse de taxes, subventions, voire de labels ou de permis négociables. En fait, comme a pu l'écrire Alexandre Ch. Kiss⁵², il semble que l'« on assiste à un glissement du rôle des pouvoirs publics, qui, aux yeux de quelques-unes, doivent avant tout jouer le rôle de garants de la liberté du commerce, comme au XIX^e siècle. Ainsi les règles de l'économie du marché devraient-elles assurer aussi bien le développement des pays pauvres que la protection de l'environnement ». On peut se demander si l'intérêt à long terme de la pro-

48. D. Kessler est vice-président délégué du Medef (syndicat des patrons français), président de la Fédération française des sociétés d'assurance, et membre du Conseil économique et social; v. de cet auteur, « Légiférer ou négocier », in *Les nouveaux utopistes du développement durable*, Éditions Autrement, coll. « Mutations », 2002, p. 159-162 pour un panorama sur la question.

49. Les producteurs une fois engagés ne peuvent plus se dégager selon leur bon vouloir, des obligations à lesquelles ils ont librement consenti, puisque l'ordre juridique contient les moyens de leur juridicisation tels que la faute et la bonne foi, v. J.-B. Racine, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *RJE* 1996/4, p. 409.

50. *Renforcer l'ONU. Un programme pour aller plus loin dans le changement*, Rapport du Secrétaire général A/57/387, 9 septembre 2002; plusieurs centaines d'entreprises y ont adhéré, dont une trentaine pour la France, liste disponible sur : www.unglobalcompact.org. Les modalités concrètes de contrôle et de suivi restent encore à définir.

51. V. la rédaction du principe 16 de la déclaration de Rio, révélatrice de cette ambiguïté : « Les autorités nationales doivent s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international de l'environnement. »; H. Smets, « Le principe pollueur-payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement », *RGDIP* 1993, p. 349-364.

52. A.-Ch. Kiss, « Émergence de principes généraux du droit international et d'une politique internationale de l'environnement », *art. cit.*, p. 32.

tection, voire l'intérêt général, ne va pas souffrir d'une incompatibilité avec la recherche d'intérêts plus immédiats.

c. La gouvernance environnementale⁵³

C'est dans ce contexte qu'intervient dans la rhétorique officielle le terme de « gouvernance », au début des années 1990⁵⁴. Cette émergence du concept résulte de circonstances socio-politiques précises. Tout d'abord, l'effondrement du bloc de l'Est apporte avec lui un ralliement quasi universel aux idées libérales⁵⁵, laissant l'espoir — parfois trahi, certes — d'une paix durable⁵⁶, dont la manifestation au niveau européen — mais pas seulement — repose sur le développement d'institutions communes (Conseil de l'Europe, Communautés européennes, Union européenne...). Par ailleurs, révolution industrielle et révolution démocratique, qui apparaissent dès la fin du XIX^e siècle, fondent les caractéristiques de ce système de gestion, entre universalisation de l'esprit démocratique⁵⁷ et globalisation de la machine à produire avec ses phénomènes de marchandisation.

Alors que mûrissent ces préceptes, et que l'État n'est plus fondé qu'à n'être qu'une des pièces d'un système global, apparaît parallèlement au concept de « gouvernance » celui de « développement durable », notion connexe, puisqu'il vise également l'organisation et la gestion des structures collectives, mais foncièrement différente, puisque l'un se fonde sur la répartition de la rareté et le maintien de cohésion sociale, alors que l'autre — la gouvernance — tient pour acquis abondance et unité du système global. Ce qui uni ces deux systèmes est sûrement le fait qu'il repose tous deux sur un principe de négociation, de concertation systématique, laissant envisager l'intérêt général comme une construction, un compromis constamment renégocié. Les implications en droit peuvent être nombreuses, allant jusqu'à des modifications de la production normative avec le développement de la *soft law*, des codes de conduite..., phénomène autrefois inconnu et aujourd'hui fort développé et dont l'examen atteste de la plus grande application, avec des mécanismes inédits (autorités indépendantes, agences de notation, etc.).

53. V., A.-Ch. Kiss, « De la protection intégrée de l'environnement à l'intégration du droit international de l'environnement », *RJE* 3/2005, p. 265.

54. Ainsi est créé à Londres, en 1992, le Centre pour l'étude de la gouvernance global, suivi en 1995 par la mise en place au sein de l'ONU de la Commission sur la gouvernance globale, composée de 28 personnalités représentatives de la planète, qui publiera un rapport au titre évocateur : *Notre voisinage global*.

55. Il est intéressant de remarquer que ces idées (droits de l'homme, notamment), se voulant universelles, se retournent même parfois contre leur producteur. Comme le souligne Philippe Moreau-Defarges : « c'est au nom des principes apportés par les colonisateurs que s'accomplit la décolonisation » (*La gouvernance*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2003, 124 pages, spéc. p. 13 et s).

56. « Il est admis que toute paix implique quatre conditions complémentaires : acceptation par les peuples concernés de leur assise territoriale ; dynamique de croissance et de commerce, faisant prendre conscience à ces peuples qu'ils gagnent plus en travaillant ensemble qu'en faisant la guerre ; mécanismes de règlement des litiges ; systèmes de police, garantissant que, si l'un des protagonistes viole les règles établies, il sera ramené dans le droit chemin », P. Moreau-Defarge, *ibid.* p. 16.

57. ...Et le nécessaire respect des différences, pas toujours facilement « appréhendable » (comme le souligne Tocqueville, la démocratie nécessite un conformisme).

Cette évolution ne révèle pourtant pas ni que des règles communes à l'échelle de la société considérée (la société globale, en l'occurrence) ne soient nécessaires, ni que les besoins de justice ne soient moins pressants pour les oubliés de la croissance. Ainsi, depuis 1945, l'explosion des interdépendances, la globalisation des problèmes ont entraîné une multiplication des régimes : maintien de la paix (ONU, 1945), non-prolifération nucléaire (Traité de non-prolifération, 1968), préservation de la couche d'ozone (Protocole réglementant les chlorofluoro-carbures, 1987), changements climatiques (Convention-cadre, 1992). Quelle que soit l'échelle géographique à laquelle ils s'appliquent, ces régimes n'en sont pas moins des systèmes de gouvernance. En effet, ils tentent de conjuguer la reconnaissance d'intérêts communs et la mobilisation d'acteurs différents pour mettre en place des contraintes souples reposant souvent sur des mécanismes d'incitation.

Si les progrès existent, le droit international de l'environnement, comme le droit international classique d'ailleurs, dépend du bon vouloir des États. Ceux-ci semblent parfois bien distants de certaines préoccupations, tout occupés qu'ils sont à sauvegarder leur souveraineté nationale au mépris des besoins d'internationalisation.

II. UNE POLITIQUE ORPHELIN DE MOYENS

Alors que le climat international ne semble pas toujours très compatible avec l'affirmation d'une politique mondiale de l'environnement, les outils juridiques sont plus que jamais à créer, et les réformes toujours plus nécessaires. Le chemin ouvert peu rendre pessimiste quant à l'avenir, il n'empêche cependant pas les propositions de remise en cause de voir le jour.

A. DES ENGAGEMENTS SOUVENT TIMIDES : LE TRISTE EXEMPLE DU SOMMET DE JOHANNESBURG⁵⁸

Pour Sandrine Maljean-Dubois : « Le Sommet mondial pour le développement durable (SMDD) porte à son point d'orgue la mollesse des contenus. Là où la déclaration de Rio avait promu voire contribué à la cristallisation de plusieurs principes phares (prévention, précaution, participation), la déclaration de Johannesburg se caractérise, dix ans plus tard, et en dépit d'envolées lyriques, par un contenu très pauvre et aucunement novateur⁵⁹ ».

À ce contenu faible, il faudra ajouter certaines incohérences normatives.

58. Le Sommet mondial du développement durable s'est tenu à Johannesburg, en Afrique du Sud, du 26 août au 4 septembre 2002. Il a réuni plus de 21 300 personnes, dont 9 000 délégués parmi lesquels une centaine de chefs d'État et de gouvernement, 8 000 membres d'ONG et 4 000 journalistes. 191 gouvernements étaient représentés.

59. V., S. Maljean-Dubois, *Environnement, développement durable et droit international*, op. cit., p. 600.

1. Faiblesse du contenu et remise en cause des « acquis » de Rio

Le SMDD a fait voir le jour à un « plan d'application » peut-être moins important qu'il peut paraître à première vue. En effet, on lui a reproché de reprendre le « verbiage œcuménique »⁶⁰ des conférences internationales. Comme le laissait entendre Pierre Marie Dupuy⁶¹, on peut se demander si l'emploi d'une « rhétorique pompeuse », plutôt que de refléter « la réalité d'une prise de conscience collective » ne cache pas en réalité « le désaccord parfait de volontés politiques encore changeantes » ? Le contenu normatif du plan d'application se retrouve ainsi dilué au milieu de formulations consensuelles⁶², et on peut lui reprocher d'avoir habilement évité certains sujets sensibles, tels que les organismes génétiquement modifiés (OGM) dont il n'est fait qu'une très rapide référence s'agissant de la prévention des risques biotechnologiques.

De plus, d'un point de vue grammatical, si la rédaction au futur du plan d'application peut paraître plus contraignante qu'un conditionnel, on lui aurait préféré le présent, temps moins sujet à caution en ce qui concerne des obligations juridiques. Mais qu'importe finalement puisque sa force contraignante se trouve limitée par le faible nombre d'obligations quantifiées⁶³, elle-même souvent pondérées de surcroît⁶⁴. Un des rares objectifs précis⁶⁵ du Sommet est la diminution de moitié d'ici 2015 du nombre d'humains qui ne bénéficient pas d'un accès direct à l'eau potable et à l'évacuation des eaux usées, mais il s'agit là d'une reprise d'un engagement qui figurait déjà dans la Déclaration du Millénaire⁶⁶, au moins dans sa première partie.

Dans le domaine de l'énergie, le plan n'appelle qu'à une augmentation « substantielle » donc non chiffrée des énergies renouvelables dans la production énergétique mondiale⁶⁷.

Enfin, la perspective de la réalisation de certains principes maintes fois affirmés semble s'éloigner devant l'inaction des États. Il en est ainsi de l'exhortation « des pays développés qui ne l'ont pas encore fait à s'employer concrètement à atteindre l'objectif d'une aide publique au développement représentant 0,7 % de leur PNB en

60. Selon l'expression de M.-C. Smouts, *Forêts tropicales, jungle internationales, les revers d'une écopolitique mondiale*, Presses de Sc. Po., 2001, p. 45.

61. P.-M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP* 1997, p. 878.

62. V. à propos de formulation consensuelle, dans le domaine agricole, le § 40 du plan d'application.

63. Par exemple : « il faudra prendre des mesures immédiates et efficaces pour éliminer les pires formes de travail des enfants », § 12 ; « avec à l'esprit la nécessité d'agir sans tarder », § 20.

64. Par exemple, le § 31 visant à « maintenir ou rétablir les stocks à n niveau permettant d'obtenir un rendement maximal constant, le but étant d'atteindre d'urgence cet objectif pour les stocks épuisés, et si possible en 2015 au plus tard ».

65. Selon la volonté européenne, et avec l'opposition américaine.

66. Rapport du secrétaire général, Plan de campagne pour la mise en œuvre de la déclaration du millénaire, A/56/326, 6 septembre 2001, p. 20.

67. L'Union européenne proposait une augmentation de 15 % d'ici 2010.

faveur des pays en développement »⁶⁸, objectif posé dès 1970 réaffirmé alors que l'aide publique au développement diminuait de manière conséquente durant la dernière décennie⁶⁹.

Certains principes pourtant déjà consacrés ont été remis en cause au cours du Sommet mondial du développement durable. C'est évidemment le cas du principe de précaution qui fit alors l'objet de vives discussions. Il apparaît en tant que principe général⁷⁰ et dans le passage sur l'industrie chimique qui opère un renvoi au principe tel qu'il apparaît dans la déclaration de Rio. On peut bien sûr regretter qu'il n'apparaisse pas dans le chapitre sur le commerce international. En renvoyant au principe dans sa forme développée à Rio, le plan d'application évite ainsi les progrès accomplis dans la reconnaissance même du principe de précaution, qui a acquis une portée opérationnelle dans les champs du commerce des produits biotechnologiques, par le biais du protocole de Carthagène sur la biosécurité, tandis que la convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants opère le lien indispensable entre l'environnement et la santé dès son préambule, dépassant par là la reconnaissance effectuée à Rio.

Enfin, si Agenda 21 consacrait une section à la démographie et au planning familial, cette préoccupation semble un peu écartée des derniers développements. Certes, le ralentissement de la croissante démographique mondiale rend peut-être la question moins pressante mais on peut s'interroger sur le rôle joué, dans les négociations, « de l'opposition des pays musulmans et catholiques rejoints par les États-Unis à la mention du planning familial qui ouvrirait la porte à l'avortement »⁷¹. Finalement, les droits de l'homme sont consacrés dans le chapitre relatif à la santé selon une formule ménageant les susceptibilités, mais laissant perplexe quant au sens du texte : « [...] conformément aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales et en respectant les législations nationales et les valeurs culturelles et religieuses, en ayant à l'esprit les rapports issus des conférences et sommet pertinents des Nations unies et des sessions extraordinaires de l'Assemblée générale » (§ 54).

On a pu reprocher ce manque d'engagements des instruments non contraignants. Encore faut-il préciser que bien des conventions pourraient être soumises aux mêmes critiques. Ainsi, si les conventions-cadres, notamment, ont le mérite de

68. Plan d'action, § 85.

69. Les États-Unis ne reconnaissent pas cet objectif. L'Aide publique au développement japonaise doit baisser également. Les États membres de l'UE se sont par contre mis d'accord pour augmenter la moyenne européenne à 0,39 % du PIB communautaire d'ici 2006, initiative soutenue par 17 États et une alliance de petits États insulaires, particulièrement soucieux des conséquences des changements climatiques ; v. L. Mazurelle, « La Conférence de Monterrey sur le financement du développement : enjeux et contributions européennes », *Revue du marché commun et de l'union européenne* 2002, n° 460, p. 460-465.

70. « Promouvoir et améliorer la prise de décisions fondée sur la science et réaffirmer la démarche fondée sur le principe de précaution tel qu'énoncé en tant que principe 15 de la Déclaration de Rio », § 109.

71. Selon les termes de S. Maljean-Dubois, « Environnement, développement durable et droit international », *art. cit.*, p. 602.

faciliter la prise de décision et de rendre possible l'engagement, elles le diffèrent dans le temps, par l'adoption de protocoles aux dispositions précises et fortement contraignantes⁷². Par ailleurs, cet état de fait n'est en rien facilité par les différents concepts auxquels le droit international de l'environnement a fait voir le jour, concepts qui, malgré une applicabilité parfois difficile, portent en eux certaines remises en cause du droit international public.

2. Espoirs et doutes autour de la notion de « développement durable »

Le rapport Brundtland⁷³, qui sert de fondement aux préparatifs de la CNUED, a mis en évidence l'inévitable corrélation entre environnement et développement à partir du concept de « développement durable ». Cette notion⁷⁴ suppose une forme de développement qui ne compromette pas les possibilités de l'avenir, tout en cherchant à satisfaire les besoins du présent. Les êtres humains retrouvent ainsi une place centrale dans le concept, frappante évolution depuis 1972. La conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement marque ainsi une étape dans la perception des enjeux environnementaux⁷⁵, en faisant de cette notion la finalité essentielle des nouveaux textes adoptés. La recherche de ce but, un développement sain et productif en harmonie avec la nature, implique « une transformation radicale des rapports internationaux »⁷⁶ conduisant à un partenariat mondial, impliquant les États mais également les autres acteurs de la société, ONG et peuples, notamment, en vue de l'éradication de la pauvreté, accompagnée de surcroît d'une sorte de

72. Ainsi, si les conventions de Rio ont bénéficié d'une adhésion massive et rapide, qui a permis une entrée en vigueur exceptionnellement rapide (19 mois pour la Convention sur la diversité biologique, 22 mois pour la Convention-cadre sur les changements climatiques, 30 mois pour la Convention sur la désertification), le phénomène est tout autre concernant leur protocole (le protocole de Carthage est entré en vigueur le 11 septembre 2003. Le protocole de Kyoto attendit jusqu'au 16 février 2005 que soit atteinte la barre des 55 ratifications représentant 55 % des émissions).

73. *Our common future*, Oxford University Press, 1987 (traduit en français : *Notre avenir à tous*, Éditions du Fleuve, Québec, 1988); certains auteurs font remonter la notion aux années 1970, avec l'écodéveloppement qui peut se définir ainsi : « s'attacher à trouver des façons à la fois socialement utiles et écologiquement prudentes de la mise en valeur des ressources naturelles », v. I. Sachs, *Stratégies de l'écodéveloppement*, Les Éditions Ouvrières, Paris, 1980, p. 19, cité par J.-P. Maréchal, « Le développement durable dans la pensée néo-classique », in I. Rens (dir.), *Le droit international face à l'éthique et la politique de l'environnement*, op. cit., p. 223-245, spéc. p. 224.

74. D'ailleurs consacrée aussi dans la quatrième convention ACP/CE de Lomé de 1989, v. M. Lawogni, *La protection de l'environnement : défense de valeurs dans la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial et les responsabilités communes mais différenciées des États*, in M. Pâques et M. Faure, *La protection de l'environnement au cœur du système international et du droit interne*, actes du colloque des 19 et 20 octobre 2001, Université de Liège, Bruxelles, Bruylant, 2003, 482 pages, p. 169-193, spéc. p. 180 et s.

75. « [...] Si la notion de droit du développement durable, évoquée à plusieurs reprises par l'Agenda devait se concrétiser, l'on devrait assister à un renouvellement profond du droit international de l'environnement », A.-Ch. Kiss et S. Doumbé-Billé, *La conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement*, AFDI, 1992, p. 823-843, spéc. p. 841 et s.

76. A.-Ch. Kiss et S. Doumbé-Billé, *ibid.*, p. 841.

« révolution économique » dans les modes de consommation et de production, afin d'assurer une protection efficace⁷⁷.

Derrière cette idée de gestion équitable et rationnelle pour le bien-être de tous, un nouvel intérêt de l'humanité reposant sur la solidarité objective des États et des peuples tend peut-être à s'exprimer rappelant, suivant les termes du préambule d'Agenda 21, que « l'humanité se trouve à un moment crucial de son histoire », et appelant donc des développements juridiques en réponse aux rapports nouveaux ainsi créés. Depuis la conférence de Rio, les évolutions du contexte international ont mis à l'épreuve le concept, favorisant son évolution.

La déclaration de Johannesburg rappelle que « le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement » sont « les trois piliers interdépendants et nécessaires du développement durable »⁷⁸. Cependant, si l'on peut dire qu'à Rio, dix ans plus tôt, l'accent fut plutôt mis sur le pilier environnemental, il semble que le sommet de Johannesburg atteste d'une réorientation.

Concernant le pilier social, malgré une approche multidimensionnelle de la pauvreté, on peut regretter une timide formulation des droits sociaux, se contentant de « soutenir les travaux en cours [de l'Organisation internationale du travail] concernant la dimension sociale de la mondialisation » (§ 47).

Le pilier économique semble avoir été plus au cœur des discussions. Le chapitre intitulé « Le développement durable à l'heure de la mondialisation » rappelle la nécessité première d'« un climat économique dynamique propice » favorisant la protection de l'environnement⁷⁹.

De la même façon, le chapitre C du consensus de Monterrey, « Le commerce international, moteur de la croissance et du développement », reflète bien l'idée selon laquelle la priorité n'est pas l'aide au développement, mais plutôt de donner la capacité d'être acteur de l'économie mondiale, selon un modèle libéral. Alors même que le développement durable ne semble guère compatible avec le « fanatisme de marché », la doctrine internationale s'écarte ainsi peu à peu des documents adoptés à Rio qui insistaient davantage sur le rôle de l'État et l'importance de la régulation publique⁸⁰. Ainsi, si croissance et richesse ne favorisent pas toujours et partout le respect de l'environnement⁸¹, toute mention du découplage entre croissance de l'économie et dégradation de l'environnement a toutefois été rejetée à Johannesburg⁸².

77. Ce contenu devant trouver des moyens de mise en œuvre institutionnels, financiers... ; v. S. Doumbé-Billé, « Évolution des institutions et des moyens de mises en œuvre du droit de l'environnement et du développement », *RJE* 1/1993, 1, p. 31.

78. § 1 et § 5.

79. « Les États devraient coopérer pour promouvoir un système économique international favorable et ouvert qui aboutirait à la croissance économique et au développement durable dans tous les pays et permettrait de mieux faire face aux problèmes de la dégradation de l'environnement », § 101.

80. I. Sachs, « L'imbuvable remède, *Courrier de la planète* », 2002, n° 68, p. 7.

81. D'après l'OCDE, *Les perceptions de l'environnement de l'OCDE*, mai 2001 : « Si la libéralisation totale des échanges et des investissements améliorera le rendement d'utilisation des ressources [...], les effets d'échelle de la croissance sur l'environnement entraînés par une mondialisation plus marquée risquent d'être globalement négatifs. »

82. V. « Chroniques des faits internationaux », *RGDIP* 2002-4, tome 106, p. 953.

Le chapitre sur les relations entre commerce et environnement témoigne du rééquilibrage opéré. Alors que les pays en développement craignaient l'établissement de nouvelles contraintes et le renforcement d'un « protectionnisme vert » de la part des pays industrialisés, ces mêmes pays ne témoignaient pas beaucoup de bonnes volontés à maintenir les quelques acquis de la déclaration de Doha⁸³ sur les relations entre le commerce et l'environnement⁸⁴. Finalement, ces dispositions sont reprises par le plan d'action. Si la protection de l'environnement n'y est pas subordonnée aux règles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁸⁵, il est rappelé la cohérence nécessaire entre les deux politiques. La question des rapports entre Accords environnementaux multilatéraux et droit de l'OMC a manqué une occasion d'évoluer depuis sa formulation à Doha⁸⁶, et laisse la part belle à l'OMC elle-même de la clarifier si besoin est⁸⁷. Il est à parier d'ailleurs que ce besoin se fera sentir tant il est vrai qu'une politique de préservation peut impliquer des freins au commerce international⁸⁸.

Enfin, il semble que la communauté internationale peine encore à élaborer une intégration des politiques environnementales dans les autres politiques, sur le modèle de la Communauté européenne⁸⁹. Cette nécessité était pourtant déjà affirmée au principe 4 de la déclaration de Rio, et au chapitre 8 d'Agenda 21 et trouve un écho plutôt faible dans le plan d'action.

Finalement, « l'invocation incantatoire du développement durable ne permet ni de résoudre les incohérences matérielles du droit international, ni de limiter les comportements schizophrènes des États [...]. Défaut de consensus et/ou de courage politique, c'est finalement au juge international — vraisemblablement à l'Organe de règlement des différends de l'OMC — qu'il reviendra de faire la balance, au cas par cas, à l'occasion des différends interétatiques qui lui seront soumis »⁹⁰.

83. V. Déclaration ministérielle adoptée le 14 novembre 2001, conférence ministérielle, Doha, WT/MIN (01)/DEC/1, 20 novembre 2001.

84. Au premier rang desquels les États-Unis.

85. V. notamment les § 15, 16 et 101.

86. V. également les relations entre la Convention sur la diversité biologique et l'Accord sur les ADPIC (aspects des droits de propriété intellectuelle qui touche au commerce).

87. On se souvient du refus de l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce de lire le droit de cette dernière « en l'isolant cliniquement » du droit international public (v. Rapport de l'organe d'appel, *États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule*, WT/DS2/AB/R du 29 avril 1996, p. 19). En l'absence de hiérarchisation, deux corps de règles coexistent donc ; V. sur les différentes modalités de clarification envisageables : L. Boisson de Chazournes, M. Mbengue, « La déclaration de Doha de la conférence ministérielle de l'OMC et sa portée dans les relations commerce-environnement », *RGDIP* 2002-4, tome 106, p. 880 et s.

88. Dans le cadre de la convention de Ramsar, par exemple (v. S. Maljean-Dubois, « Environnement, développement durable, et droit international », *art. cit.*, p. 619), ou encore vis-à-vis de l'entrée en vigueur des protocoles de Carthagène sur le commerce international des OGM, et de Kyoto sur les gaz à effet de serre.

89. Art. 6 traité de Rome révisé.

90. S. Maljean-Dubois, « Environnement, développement durable et droit international », *art. cit.*, p. 620.

B. LA NÉCESSITÉ D'UN RENOUVEAU INSTITUTIONNEL

Il s'agit de présenter ici une proposition de réforme institutionnelle, visant à dépasser certains des écueils sur lesquels se heurte la protection de l'environnement. Si la création d'une nouvelle institution peut être légitimement accueillie avec scepticisme concernant sa capacité à régler les problèmes, elle met bien en évidence les limites du système qui impose sa création. C'est sur ce premier point que nous commencerons notre raisonnement.

1. Dépasser les limites du droit international classique

Les préoccupations environnementales et ce droit jeune, mais riche, qui les accompagnent semblent rendre possible l'espoir d'une société internationale réunie derrière certaines valeurs communes. Le droit international public demeure malgré tout marqué par les rapports de force. L'égalité entre États n'est qu'apparente, si bien que le contrat international, le traité, cet instrument privilégié du droit international public, ne fait souvent que consacrer les inégalités entre partenaires au poids différents.

C'est peut-être pour cela que l'on peut dire que l'humanité a encore du mal à appréhender les mesures planétaires nécessaires : si elle s'est d'ores et déjà rendu compte que sa survie dépend en partie d'elle-même tant « face aux armes de destruction massives qu'elle a inventées que face à une nature qu'elle exploite systématiquement »⁹¹, cela ne semble pas encore suffisant pour dépasser le cadre habituel des relations entre États, où chacun cherche tout naturellement à préserver une position stratégique dominante. Ainsi, la société internationale demeure une juxtaposition d'entités souveraines non hiérarchisées, encore dominée par le primat du consentement. Cette égalité entre États reste fort discutée dans les faits⁹².

Les progrès accomplis sont déjà immenses ; et la capacité de proposition dont a souvent fait preuve le droit international de l'environnement laisse espérer d'autres progrès possibles. « Le droit international de l'environnement fertilise le droit international classique⁹³ ». Mais il fait peut-être bien plus, en offrant de nouvelles perspectives aux théories internationalistes, pour peu que l'on arrive à s'en saisir. Toute une série de problèmes ne peut espérer trouver leur réponse qu'à l'échelle globale. Si, jusqu'à présent, un tout petit nombre de fonctionnaires internationaux et d'experts maîtrisaient ces problèmes sans autre contrôle que celui des États, l'apparition d'ONG internationales faisant pression sur les gouvernements et les organisations internationales a commencé à bouleverser les habitudes⁹⁴.

91. V., Ph. Moreau-Defarges, *La gouvernance*, op. cit., p. 85.

92. Pour des raisons de superficie, de population, et plus certainement encore de capacités économiques.

93. M. Kamto, « Les nouveaux principes du droit international de l'environnement », *RJE* 1993/1, p. 11.

94. « La conférence de Paris de 1991 des ONG a spécialement insisté sur la nécessité d'inventer et de construire la démocratie internationale car, désormais, l'opinion publique mondiale est capable

Un début de réponse réside peut-être dans la définition des éléments indispensables à la survie humaine, devant à ce titre bénéficier d'une protection particulière. Cette liste de ce que l'on commence à nommer les « biens publics planétaires » comprend certains éléments matériels indispensables (l'eau, l'air, les sols, etc.) mais également les monuments et autres œuvres témoignant du génie humain. Cette notion dépasse celle de « patrimoine commun de l'humanité » au moins dans son application, puisqu'elle concerne tous les biens pouvant être consommés simultanément par l'ensemble de la population mondiale⁹⁵. Si la problématique de ces biens est encore balbutiante, l'idée même de leur existence révèle bien la formation d'un espace public planétaire, préliminaire envisageable à un intérêt général mondial, dont le droit de l'environnement se trouve être, en particulier, le protecteur, du fait de son objet même.

Le droit international de l'environnement s'annonce aujourd'hui, en effet, comme un droit de la paix et du développement, basé sur la coopération dans la lutte contre un destin commun, et de nouvelles relations Nord-Sud aptes à répondre aux légitimes aspirations des pays en voie de développement. La révolution juridique voulue par le nouvel ordre économique mondial a trouvé peut-être écho avec le nouvel ordre environnemental mondial, amorcé à Rio par le Sommet de la Terre, même si les derniers développements de la matière montrent bien que la consécration de la valeur sociale internationale qu'est l'environnement demeure relative à bien des égards.

2. Instituer une Organisation mondiale de l'environnement

Plusieurs enjeux apparaissent de la situation décrite ci-dessus. Des bribes de réponses à nos interrogations peuvent être avancées ici, et l'on peut espérer que le système théorique développé en matière environnementale puisse s'étendre et soit amené à régir, par intégration au moins, l'ensemble des activités humaines.

Un élément de réponse réside en une proposition avancée par la France depuis quelques années concernant une Organisation mondiale de l'environnement (OME)⁹⁶, qui, si elle ne constitue pas automatiquement une panacée, pourrait révéler un certain intérêt théorique bien sûr, mais également pratique. C'est sur l'opportunité d'une telle institution que porte la discussion aujourd'hui, certains craignant qu'elle ne s'érige en obstacle à un objectif d'intégration qui commence à progresser⁹⁷, ou encore qu'elle porte atteinte au caractère décentralisé des conventions environ-

de peser sur la prise de décision, voire d'imposer ce que certains qualifient un devoir d'ingérence écologique » (M. Prieur, « Démocratie et droit de l'environnement et du développement », *RJE* 1993/1 p. 23).

95. D'un point de vue économique, ils combinent deux qualités : la non-rivalité ou l'indivisibilité des bénéfices et l'impossibilité d'exclure quiconque de sa consommation.

96. Depuis 1989 et la conférence de La Haye.

97. Concernant le principe d'intégration, v. S. Caudal, *Les conditions de la gestion intégrée de l'environnement*, in M. Prieur (dir.), *Vers un nouveau droit de l'environnement ?*, préc., spéc. p. 149-163. L'auteur conclut en mettant en évidence le risque d'une « dilution de l'écologie ».

nementales. Il ne s'agit pourtant pas là de superposer une nouvelle institution à la masse des institutions existantes, ni de développer une bureaucratie internationale dont l'efficacité serait relative, mais plutôt de chercher à imposer un statut à une valeur aujourd'hui reconnue. C'est sous son égide que l'on pourrait concevoir l'espoir d'une convention globale consacrant les principes de la matière.

Bien sûr, certains ont pu imaginer que d'autres organismes, tels que le Programme des Nations unies pour l'environnement, puissent remplir ce rôle, et c'est bien lui qu'il s'agirait alors de transformer en OME, soit seul, soit en fusion avec la CNUED⁹⁸. Mais cette solution peut sembler quelque peu simpliste, en mettant de côté un certain symbolisme. Il s'agit, outre les fonctions de coordination, de rationalisation et de simplification, de consacrer la valeur sociale internationale qu'est devenu l'environnement face aux règles du commerce et à l'OMC⁹⁹, à condition évidemment qu'elle ait les moyens d'exercer sa tâche, et qu'elle repose sur un système suffisamment démocratique et représentatif pour être crédible vis-à-vis de l'ensemble des acteurs. C'est effectivement face aux règles de l'OMC que l'opportunité d'une convention internationale environnementale globale se pose, en contrepois à ces règles commerciales, qui aujourd'hui meublent à elles seules le paysage de la société internationale, révélant ainsi le fondement de sa constitution, c'est-à-dire le libre-échange et le commerce international.

En effet, les incidences des règles régissant le commerce international — dont le champ de compétence évolue et s'élargit sans cesse — interfèrent tout naturellement avec d'autres domaines : on a parlé de l'environnement, mais c'est également le cas de la santé, du travail, et même des droits de l'homme. Évidemment, dans la mesure où l'OMC est la seule organisation mondiale à disposer d'un système de sanction opérationnel, la tendance est d'utiliser ce système pour régler toutes sortes de litiges. La question est alors de savoir si, en raison des connexions avec tous ces domaines, l'Organe de règlement des différends a compétence pour porter atteinte à l'intégrité des autres piliers de la vie économique et sociale du monde.

C'est dans cette optique que l'on peut rêver d'accorder une certaine supranationalité¹⁰⁰ à cette Organisation mondiale de l'environnement, chargée, grâce à ce que l'on peut définir comme un service public mondial¹⁰¹ de la gestion des biens collec-

98. S. Antoine, « Vous avez dit “développement durable” ? », in A. M. Ducroux, *Les nouveaux utopistes du développement durable*, op. cit., p. 267-273.

99. Il est à craindre, d'ailleurs, que cette même OMC ne reconnaisse pas plus la primauté de cette convention globale environnementale sur les accords négociés dans son cadre qu'elle ne reconnaît aujourd'hui la primauté des droits de l'homme ; v. A.-M. Habbard et M. Guiraud, « À la recherche des droits perdus », in *Les nouveaux utopistes du développement durable*, op. cit., p. 239-243, spéc. p. 242.

100. Le but étant de limiter les effets de « guerre de chapelle » entre OMC et OME, écueil que soulignent Raphaël Romi, Gaëlle Bossis et Sandrine Rousseau, in *Droit international et européen de l'environnement*, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 358 pages, p. 300. Les auteurs en appellent à la constitution d'une Organisation mondiale du développement durable, elle-même dotée d'un organe de règlement des différends et à laquelle seraient subordonnés les textes fondateurs de l'OMC.

101. V., sur ce que l'auteur appelle le service public international, C. Chaumont, « Perceptive d'une théorie du service public à l'usage du droit international contemporain », in *La technique et les principes du droit public*, *Études en l'honneur de G. Scelle*, tome 1, LGDJ, Paris, 1950, p. 115. V. aussi

tifs, du bien public mondial (ou global¹⁰²). La nécessité d'une démarche décentralisée se nourrissant de démocratie participative reste bien sûr primordiale, mais a l'avantage d'offrir un nouvel écho aux théories des internationalistes du XIX^e siècle, en refondant la notion d'« ordre public planétaire » et en développant de nouveaux droits de la personne dont le respect doit être sanctionnable¹⁰³.

Ainsi, décentraliser mais aussi démocratiser la gouvernance mondiale pourrait être de ses attributions, alors que la société mondiale présente chaque jour un territoire plus déséquilibré, ouvrant la voie théorique d'une politique d'aménagement du territoire à l'échelle des enjeux en présence¹⁰⁴.

*
* *

Voilà quelques-uns des éléments pouvant porter à réflexion¹⁰⁵. Derrière cet aspect, c'est bien le contrat social global, cher au professeur Ricardo Petrella, que nous tentons d'appréhender, pour qu'au paradigme de la société de l'information¹⁰⁶ réponde le paradigme du développement durable, et avec lui « de nouvelles institutions, de nouveaux organismes qui créeraient un système coopératif de gouvernement public, capable de réasseoir un contrôle politique des infrastructures et des activités financières et économiques garant des intérêts de la population du monde entier »¹⁰⁷.

Août 2006

M. Chemillier-Gendreau, *Humanité et souveraineté, essai sur la fonction du droit international*, op. cit., p. 354 s.

102. La notion manque encore quelque peu de précisions juridiques, v. I. Kaul, « Bien public global, un concept révolutionnaire », *Le Monde Diplomatique* juin 2000, p. 22.

103. Les droits de la personne sont *a priori* des normes relevant du *jus cogens*, donc supérieures aux obligations du droit international commercial ; v. à ce sujet : M. Sassoli, « La responsabilité internationale de l'État face à la mondialisation, la déréglementation et la privatisation », in O. Régol, *Rapport de synthèse au colloque du Centre d'Études Internationales et Mondialisation : Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*, Montréal, 7-9 juin 2001, Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal, janvier 2002, 72 p., p. 66.

104. Il s'agit là du « prix de la prévention », pour M. Chemillier-Gendreau, in *Humanité et souveraineté, essai sur la fonction du droit international*, op. cit., p. 292.

105. Sans mettre de côté les liens avec la santé ; le professeur Michel Prieur propose d'ailleurs la constitution d'une OME rattachée à l'OMS : « Jurista defende criação de organização mundial », *Jornal de Piracicaba* 19 octobre 2005, Pagina jurídica ; v. M. Dixneuf, *La santé, enjeu de gouvernance mondiale*, étude 99, CERI. Pour l'anecdote, et pour illustrer le lien environnement santé, précisons que Mme Gro Harlem Brundtland exerce aujourd'hui des fonctions à la présidence de l'OMS.

106. Concept introduit par Daniel Bell, en 1973 ; cité par R. Petrella, « Conclusion », in F. Ost et S. Gutwirth (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, colloque organisé par le CEDRE et le CIRT, publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, p. 461. La société de l'information correspond à la société post-industrielle.

107. V., R. Petrella, « La société post-industrielle : quels droits nous préparons nous ? », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, op. cit., p. 463-477.

Photocomposition CMB Graphic
44800 Saint-Herblain

