



RISQUES, ÉTUDES ET OBSERVATIONS

2022-2

Dossier :

Le risque et le temps.....p. 4

Varia :

Anna Matteoli, Les violences sexistes et sexuelles au travail : la santé au détriment de l'égalité ?..... p. 66

Laura Bellec, Léonard Dannoux, Pénélope Schuwer (coord. Lisa Carayon, Christelle Chidiac, et Angélique Palle), Les mesures de restrictions de libertés en France aux échelles municipales et préfectorales du premier au deuxième confinement, analyse comparative des municipalités de Nice et Rennes et de leurs préfectures respectives.....p. 82

Martin Mattiussi-Poux, L'intervention de l'État dans la procédure d'expropriation-délocalisation pour risque naturel majeur..... p.96

Un autre regard sur... :

Antoine Sganga, Le notaire enquêteur : comment minimiser le risque juridique ?.....p. 104

Éditorial

Cher lectorat,

Ce second numéro 2022 de *Risques, études et observations* étudie le risque sous toutes ses coutures. Le risque matériel tel qu'il est pris en compte par le droit, mais aussi l'étude du risque juridique, qui occupe l'ensemble des professions du droit.

Il débute par la publication des actes des « Rendez-vous du risques » édition 2022 sur « Le risque et le temps ». Les rapports entre le risque et le temps qui passe en droit de la famille, en droit pénal, en droit du numérique, en droit de la responsabilité civile, en droit de l'environnement sont tour à tour appréhendés par Jérémy Houssier, Isabelle Corpart, Jacques Leroy, Jessica Eynard, Audrey Damiens et Thomas Schellenberger.

Vous y retrouverez également trois publications inédites dans la rubrique Varia. Anna Matteoli aborde la question, on ne peut plus actuelle, de l'appréhension des risques de violences sexistes et sexuelles non comme un phénomène systémique, mais bien comme un risque individuel pour la santé. Laura Bellec, Léonard Dannoux, Pénélope Schuwer sous la coordination de Lisa Carayon, Christelle Chidiac, et Angélique Palle, étudient les risques d'atteintes aux libertés en temps de crise dans une perspective territoriale. Enfin, Martin Mattiussi-Poux montre comment l'État pallie les risques naturels majeurs par la création de procédures et fonds dédiés.

La traditionnelle invitation d'un professionnel de terrain à mener une réflexion sur la notion de risque dans son métier conclut ce numéro. Monsieur Antoine Sganga nous montre que les risques de la profession ne sont pas toujours ceux auxquels on pourrait songer...

Après trois ans de direction de publication et la publication de huit numéros, il est temps pour moi de passer le flambeau à mon collègue Dariusz Piatek, maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, mon binôme historique dans l'organisation des Rendez-vous du risque. Pour ce qui me concerne, j'aurai plaisir à retrouver Riséo en tant qu'autrice ou en tant que lectrice.

Je vous souhaite une très bonne lecture de ce numéro,

Julie Mattiussi
Directrice de publication
Maîtresse de conférences, Université de Haute-Alsace
CERDACC UR 3992

Sommaire détaillé

PARTIE I : DOSSIER – LE RISQUE ET LE TEMPS	4
I. L'ANTICIPATION DES RISQUES DE L'ÉCOULEMENT DU TEMPS	6
<i>L'institution de seuils d'âge en droit de la famille, Jérémy HOUSSIER</i>	<i>7</i>
<i>Les risques liés au temps dans le cadre des violences conjugales et intrafamiliales, Isabelle CORPART ...</i>	<i>18</i>
<i>La prescription de l'action publique, droit à l'oubli ou obstacle à l'œuvre de justice ? Jacques LEROY</i>	<i>27</i>
II. LA REACTION AUX RISQUES DE L'ÉCOULEMENT DU TEMPS	34
<i>Le risque de viralité en ligne, Jessica EYNARD</i>	<i>35</i>
<i>Les risques de l'écoulement du temps dans le procès civil : délai raisonnable et déni de justice, Audrey DAMIENS</i>	<i>48</i>
<i>Risques environnementaux à long terme : entre le Charybde climatique et le Scylla nucléaire, Thomas SCHELLENBERGER</i>	<i>58</i>
PARTIE II : VARIA	65
<i>Les violences sexistes et sexuelles au travail : la santé au détriment de l'égalité ?, Anna MATTEOLI</i>	<i>66</i>
<i>COVID-19 : crise et libertés. Les mesures de restrictions de libertés en France aux échelles municipales et préfectorales du premier au deuxième confinement, analyse comparative des municipalités de Nice et Rennes et de leurs préfectures respectives, Laura BELLEC, Léonard DANNOUX, Pénélope SCHUWER, Coord. Lisa CARAYON, Christelle CHIDIAC, Angélique PALLE,</i>	<i>82</i>
<i>L'intervention de l'Etat dans la procédure d'expropriation-délocalisation pour risque naturel majeur, Martin MATTIUSI-POUX</i>	<i>96</i>
PARTIE III : UN AUTRE REGARD SUR...	103
<i>Le notaire-enquêteur, comment minimiser le risque juridique ? Antoine SGANGA</i>	<i>104</i>

Mentions légales

Ligne éditoriale :

Risques, Études et Observation (Riséo) est une revue doctrinale universitaire dédiée à la question des risques en droit. Elle publie à un rythme biannuel des articles variés articulés autour de la question du ou des risques. Rattachée au Centre européen de recherche sur les Risques, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes (CERDACC) de l'Université de Haute-Alsace, elle est publiée en *open access*, téléchargeable en PDF sur le site www.riseo.cerdacc.uha.fr et diffusée sur la plateforme, Calaméo

La rédaction :

Responsable scientifique : Julie MATTIUSSI
Coordinatrice éditoriale : Nathalie ARBOUSSET
Editeur numérique : Université de Haute-Alsace

Politique de publication :

Titre : Riséo
Sous-titre : Risques, études et observations
ISSN : 2110-5537
Périodicité : bi-annuelle, sous réserve de numéro exceptionnel
Type de support : électronique
Année de création : 2010

Politique des droits d'auteurs et de diffusion :

Publication d'accès ouvert et de réutilisation « lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou créer un lien vers un texte intégral ».
Licence Creative commons

Politique d'évaluation :

Les soumissions sont libres, à l'adresse suivante : cerdacc.riseo@gmail.com
Les auteurs et autrices conservent leurs droits d'auteurs ; les articles ne font en conséquence l'objet d'aucune rémunération.
La sélection et éventuelles demandes de modifications sont opérées par la responsable scientifique. En cas de participation à la rubrique dossier, la sélection et éventuelles demandes de modification sont effectuées par les coordinateurs ou coordinatrices du dossier.
Les articles ne sont pas soumis à contraintes de signes. Il revient toutefois aux auteurs et autrices de respecter la charte graphique : Charte graphique
Un article soumis à la revue ne doit pas être soumis dans le même temps à une autre revue, ni avoir été publié précédemment, y compris dans une autre langue.
Conformément aux règles de la déontologie scientifique, la revue condamne fermement toute pratique de plagiat et de falsification des données.

PARTIE I :
DOSSIER – LE RISQUE ET LE TEMPS

Le risque et le temps

Actes de la 5^e édition des « Rendez-vous du risque » du CERDACC

Dariusz Piatek et Julie Mattiussi (dir.)

31 mars 2022

Le risque et le temps : deux notions qui, quoi que différentes, sont attachées l'une à l'autre. Le risque, entendu largement comme la possibilité d'un événement dommageable, est une notion protéiforme qui, sur le terrain, recouvre une pluralité de risques. Il peut s'agir des risques d'accidents, de réalisation d'un danger, mais encore du risque juridique qui pèse sur les justiciables en fonction de leurs situations. Le temps, quant à lui, renvoie au déroulement infini et inéluctable d'une succession d'événements. Ces deux notions extra-juridiques forment ensemble un duo qui mérite l'intérêt des juristes.

Si le droit a vocation à régir la vie en société, alors il doit prévenir les risques et tirer les conséquences de leur réalisation. Un regard sur la variable « temps », indissociable de la notion de risque, permet d'interroger de façon particulière le rapport des juristes aux problématiques générales de gestion des risques. Ainsi, le risque étant une potentialité, il n'existe que dans le temps qui s'écoule. Une situation est risquée tant qu'elle ne s'est pas (encore) réalisée.

En ce sens, les risques du temps qui passe sont connus et identifiables ; ils peuvent être anticipés par le droit (I). Mais là n'est pas le seul lien entre le risque et le temps : l'écoulement du temps peut générer ou accroître des risques qui auraient pu être évités ou minorés si l'on s'était attaché à les prévenir ou à les enrayer au plus tôt. Le droit peut alors réagir aux risques réalisés par l'écoulement du temps (II).

I. L'anticipation des risques de l'écoulement du temps

L'institution de seuils d'âge en droit de la famille

Jérémy HOUSSIER

Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne, CEJESCO

Résumé. L'institution de seuils d'âge en droit de la famille poursuit une finalité essentielle : celle de fixer les bornes de l'admis et de l'interdit, dans cette discipline plaçant l'être et l'avoir au cœur de ses préoccupations. L'usage de ces seuils n'est donc pas neutre axiologiquement. Lorsque le législateur ou le juge y recourt, des finalités d'ordre individuel ou social, de protection ou de prescription, le justifient systématiquement. En cela, l'institution de seuils d'âge en droit de la famille soulève à la fois des interrogations d'ordres axiologique et méthodologique, que cet article se propose d'explorer.

Mots-clefs. Seuils ; Âge ; Capacité ; Consentement ; Discernement ; Droit de la famille

Abstract. *The institution of age thresholds in family law pursues an essential purpose: that of setting the limits of what is allowed and what is forbidden, in this discipline placing being and having at the heart of its concerns. The use of these thresholds is therefore not axiologically neutral. When the legislator or the judge resorts to it, individual or social purposes, protection or prescription, systematically justify it. In this, the institution of age thresholds in family law raises both axiological and methodological questions, which this article proposes to explore.*

Keywords : *Age ; thresholds, capacity, consent, discernment, family law*

Si « les années nous viennent sans bruit », comme l'écrivait joliment le poète Ovide, elles ne nous viennent point sans lois, ajouteraient résolument le médecin, le sociologue ou le juriste.

Car de la naissance à la mort, l'être humain ne cesse d'être gouverné par les lois de l'âge : âge physiologique (commençant à la conception), âge chronologique (débutant dès la naissance), âge protéomique (correspondant à l'état de santé des individus), âge psychologique (lié à leur niveau de développement mental), âge social (lié aux habitus d'une génération) et bien sûr, âge légal¹, autant d'âges dénués d'affinités, sinon celle de dénombrer les mois et les années et, dans le domaine du droit en général et du droit de la famille en particulier, les droits et les devoirs de chacun.

De la naissance à la mort, l'être humain ne cesse donc de franchir des seuils, médicaux, sociaux ou légaux², souvent destinés à le catégoriser et, s'agissant du droit de la famille, souvent destinés à le protéger de lui-même ou des autres.

¹ Tantôt âge chronologique, tantôt âge « apparent » (C. civ., art. 58, al. 2 et 3), tantôt âge « osseux » ou même « pubertaire » (C. civ., art. 388, al. 3 et 4).

² Ce mouvement de subdivision des âges se retrouve en effet dehors du droit, en médecine par exemple, où les 1^{er}, 2^e et 3^e âges côtoient désormais le 4^e et, bientôt peut-être, le 5^e, ou encore « au sein de la sociologie contemporaine, prompte à définir de multiples temporalités de l'existence ». Comme l'écrit en effet Mme Van de Velde, sociologue, « de nouveaux "âges" sont découverts, voire redécouverts au fil des décennies. Ils naissent surtout aux marges de l'âge adulte : peu déconstruit, celui-ci reste majoritairement considéré comme l'âge de référence, à l'aune duquel on mesure les "retards" de franchissement ». Or ces évolutions mettent « en lumière de nouvelles étapes structurantes des existences, même si elles ne sont pas toujours dépourvues d'illusions utopiques. Une pluralité d'âges intermédiaires émerge ainsi au sein même de l'enfance, de l'adolescence, de la jeunesse ou de la vieillesse, que ce soit la "prime enfance", la "préadolescence", la

Sur ce point, chacun connaît plus ou moins ces différentes étapes : il y a les fameux 18 ans pour s'unir³ et jouir de l'ensemble de ses droits⁴, mais encore les 13 ans pour consentir à son changement de nom, de prénom ou à son adoption⁵, les 16 ans pour jouir de ses biens⁶, s'initier à les administrer⁷ ou en disposer partiellement⁸, les 26 ans pour adopter⁹, les 43 ans de la femme pour prélever ses ovocytes et les 60 ans de l'homme pour recueillir ses spermatozoïdes¹⁰, sans compter les différences d'années parfois imposées par la loi, comme celle des 10 ou 15 ans minimum¹¹ ou 50 ans maximum¹² entre adoptants et adoptés.

De la naissance à la mort, l'être humain ne cesse donc de franchir des seuils, constitutifs d'autant de statuts familiaux, et constitués d'autant de droits et de devoirs différents¹³, pensés en fonction des forces et des faiblesses de l'âge, physiques ou psychologiques¹⁴.

L'institution de seuils d'âge en droit de la famille fixe donc les bornes de l'admis et de l'interdit en ce domaine, les risques que l'on accepte de voir courir par les individus et les domaines où la confiance du droit leur est accordée ou non¹⁵. Le risque et le temps se situent ainsi aux fondements de l'institution des seuils d'âge en droit de la famille, aux fondements de ses finalités, de protection ou de prescription.

Mais alors, pourquoi le droit recourt-il parfois, et seulement parfois, à l'institution de ces seuils ? Et comment justifier l'essor du recours à ceux-ci, et ses finalités sous-jacentes ?

Pour proposer des pistes de réponses à ces interrogations, le mieux est certainement de démontrer que l'institution de seuils d'âge en droit de la famille relève d'un choix de méthode (I), guidé par des finalités précises (II), laissées entre les mains du législateur.

I) Une question de méthodes

L'institution de seuils d'âge en droit de la famille ne constitue pas la seule méthode à même d'encadrer les risques que le législateur accepte ou non de voir courir par les individus en considération de leur âge.

A la vérité, plusieurs alternatives s'offrent à lui. Ainsi le législateur peut-il recourir, comme le souligne parfaitement une auteure, à trois procédés différents : ou bien créer ces seuils d'âge,

catégorie des "jeunes adultes", jusqu'aux "fins de carrières" et aux "seniors" ». Ce faisant, ces évolutions rompent « avec l'hypothèse d'une vie à trois temps, mais restent toujours conformes à une conception linéaire et séquentielle de l'existence », à une conception par paliers, par seuil ; C. Van de Velde, *Sociologie des âges de la vie*, Armand Colin, 2015, p. 17.

³ C. civ., art. 144 pour le mariage, et 515-1 pour le pacs.

⁴ C. civ., art. 414.

⁵ C. civ., art. 60, 61-2 61-3, 61-3-1, 61-4, 311-23, 311-24-2, 345, 360, 363, 380-1.

⁶ C. civ., art. 386-2.

⁷ C. civ., art. 387-4, 387-5, 388-1, 401.

⁸ C. civ., art. 904.

⁹ C. civ., art. 343 et 343-1.

¹⁰ CSP, art. R2141-36.

¹¹ C. civ., art. 344.

¹² CASF, art. L225-2, al. 3.

¹³ En ce sens : P. Servant, « Minorité et seuils d'âge légaux », *Presses de Sciences Po*, « Agora débats/jeunesses », 2016/3, n° 74, p. 113.

¹⁴ En ce sens, et comme l'écrivait Gérard Cornu dans un article fondateur, « l'âge n'est qu'un signe [mais] ses significations sont multiples. [Il] est primordialement le repère qui permet de situer l'homme dans sa course. [Il] fait le point de notre vie, de notre devenir, [il] est aussi bien l'indice du développement mental que du développement physique de l'individu [un critère] de discernement, témoin fidèle de l'esprit, mais aussi un signe de force ou de faiblesse corporelle » ; G. Cornu, « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, Dalloz et Sirey, 1961, p.9.

¹⁵ En ce sens : F. Dekeuwer-Défossez, « L'instrumentalisation du discernement de l'enfant », *Recherches familiales*, n° 9, 2012, p. 163.

comme pour adopter ou procréer par exemple, ou bien appréhender l'âge à travers les risques qui le caractérisent, comme la crédulité du jeune âge ou la détresse du grand âge, ou bien panacher ces deux procédés, en « ajoutant à une limite d'âge un critère de décision plus factuelle »¹⁶.

Or chacun de ces procédés, on le pressent, présente ses forces et ses faiblesses.

Aussi le mieux est-il certainement de présenter la pertinence des différentes méthodes offertes au législateur **(A)**, avant d'identifier les préférences exprimées par lui et les domaines dans lesquels la technique des seuils est privilégiée **(B)**.

A) La pertinence des méthodes

Comme nous venons de l'énoncer, le législateur est libre de recourir à différents procédés ou méthodes afin de saisir et régir la problématique du risque et du temps en droit de la famille.

En ce sens, et aux côtés de l'institution de seuils d'âge, le législateur peut préférer identifier des situations de difficultés données, comme l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles¹⁷, ou panacher les deux procédés.

Trois procédés – ou trois méthodes – peuvent être utilisées : l'une objective, fondée sur l'institution de seuils, l'une subjective, fondée sur l'identification de situations de difficultés données, et l'une « mixte », fondée sur une combinaison de seuils et de situations.

Aussi convient-il de présenter les forces et les faiblesses respectives de ces différents procédés, en commençant par la méthode subjective **(1)**, avant de présenter la méthode objective **(2)**, la méthode « mixte » demeurant finalement une association des deux.

1) Forces et faiblesses de la méthode subjective

La méthode subjective exige, afin de fixer les bornes de l'admis et de l'interdit en droit de la famille, de recourir à des critères essentiellement factuels, à l'exclusion de toute référence à l'âge. Tout est alors affaire d'appréciation des juges, tantôt d'ordre physique ou psychologique, ici pour caractériser la maturité suffisante d'un enfant¹⁸, là pour s'assurer de son discernement¹⁹, là pour juger de l'intention matrimoniale des époux²⁰ ou partenaires²¹, ou jadis pour placer le curseur de l'âge limite de procréation²².

¹⁶ I. Sayn, « Le critère de l'âge dans les dispositifs juridiques », *La Documentation française*, « Retraite et société » 2001/3, n° 34, p. 131.

¹⁷ C. civ., art. 425, al. 1^{er}.

¹⁸ C. civ., art. 353, al. 2 ou 371-1, al. 4.

¹⁹ C. civ., art. 353, al. 2, 375, al. 3 et 4, 375-3, al. 2, 388-1, al. 1^{er}. Add. P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, 3^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2021, n° 1668.

²⁰ V. réc. Civ. 1^{re}, 13 juill. 2022, n° 21-13.190, *AJ fam.* 2022. 492, obs. J. Houssier.

²¹ Civ. 1^{re}, 8 mars 2017, *RJPF* 2017-6, p. 39, note J. Houssier.

²² J. Houssier, M. Saulier, « L'âge de procréer », *RJPF* 2018-11, p. 8

En ce sens, la méthode subjective présente l'insigne mérite de se situer au « *plus près des situations individuelles* », tout en demeurant « *plus complexes à manipuler* », en raison de la nécessaire « *intervention d'un tiers apte à qualifier les situations de fait* » : le juge²³.

Car si le recours à cette méthode recèle « *une fonction bienfaisante d'individualisation* »²⁴, elle contient aussi en germe ses revers, dont celui d'exiger une intervention du juge d'une part, doublée de ses aléas décisionnels d'autre part, pour s'assurer ici et là de la présence des critères factuels posés par la loi.

Comme l'écrivait en ce sens Gérard Cornu en 1961, « *la gamme des significations prétoriennes de l'âge apparaît [ici] dans toute sa richesse : il existe un âge mental de la maturité, du discernement, un âge physique de la force ou de la faiblesse, [...] un âge de la procréation, et même, pourrait-on dire, un âge social de la dépendance ou de l'indépendance, qu'il s'agisse de l'autonomie financière ou des faits et gestes de la vie quotidienne* »²⁵, à apprécier au cas par cas.

Autant d'âges dont le juge doit se faire l'oracle au fil des affaires lui étant soumises, sans jamais être en mesure de s'assurer d'une rigueur sans faille de ses augures, « *aucune méthode irréfutable et incontestable* » n'existant pour déterminer si une personne est ou non dotée, par exemple, de maturité, de discernement ou de l'ensemble de ses facultés mentales²⁶.

Aussi, tout en offrant la force de l'individualisation, la méthode subjective projette les justiciables dans le flou de l'indétermination.

2) Forces et faiblesses de la méthode objective

À la différence de la méthode précédente, l'institution de seuils d'âge en droit de la famille permet aux parties comme au juge, grâce à sa neutralité, « *de faire l'économie de tout processus décisionnel, la confrontation de la demande avec la date de naissance indiquée sur l'état civil suffisant à apprécier la situation* » de fait discutée²⁷, tantôt pour déterminer la capacité de jouir ou d'administrer ses biens (à ses 16 ans), tantôt pour déterminer la capacité de jouir de l'ensemble de ses droits (à ses 18 ans).

En cela, l'institution de seuils d'âge présente les avantages de ses inconvénients, dans la mesure où à une prévisibilité accrue dans l'attribution des droits et des devoirs de chacun, répond une part d'arbitraire, articulée sur des références générationnelles dont la détermination théorique comme l'application pratique posent assurément problème.

Car comment justifier, fondamentalement, les seuils des 13, 16 ou 18 ans précités, sinon par le souci d'apporter une certaine prévisibilité dans l'application du droit, au détriment de critères factuels parfois en sens contraire ? Certes, ici et là, peuvent exister des dérogations légales, comme la faculté de se marier avant 18 ans pour « *motifs graves* »²⁸, ou celle d'être

²³ G. Cornu, « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, Dalloz et Sirey, 1961, p. 9.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ F. Dekeuwer-Défossez, *loc. cit.*

²⁷ I. Sayn, *loc. cit.*

²⁸ C. civ., art. 145.

émancipé dès ses 16 ans pour « justes motifs »²⁹. Mais on le voit, les critères retenus en ces cas laissent tout autant la place au doute et à l'interrogation, afférents à la justification de ces seuils comme à l'interprétation de leurs limites.

En somme, outils commodes mais outils sommaires, les seuils d'âge présentent leurs lots de forces et de faiblesses, amenant à considérer qu'entre la méthode subjective et la méthode objective, aucune d'elles n'est en mesure de résoudre l'ensemble des difficultés liées à la problématique du risque et du temps en droit de la famille.

C'est d'ailleurs certainement la raison pour laquelle, refusant de céder aux sirènes de l'une ou l'autre de ces méthodes, le législateur préfère parfois donner sa préférence à l'emploi de l'une, pour préférer parfois l'emploi de l'autre.

B) La préférence d'une méthode

L'analyse des préférences du législateur en matière de recours ou de non-recours aux seuils d'âge en droit de la famille révèle l'existence d'un double mouvement, tantôt favorable à ces seuils, tantôt défavorable à ceux-ci.

Ainsi, privilégiant une approche pragmatique, le législateur contemporain oscille, au gré des droits et devoirs concernés, entre une préférence pour la méthode objective ou une préférence pour la méthode subjective.

En ce sens, une ligne directrice semble peu à peu émerger, dans la mesure où une préférence pour la méthode objective semble se manifester dans l'enfance et dans l'attribution de droits substantiels (1), là où une préférence pour la méthode subjective semble se manifester dans l'âge adulte et dans l'attribution de droits processuels (2). Voyons plutôt.

1) Préférence pour la méthode objective

La préférence pour la méthode objective s'observe principalement dans l'enfance et dans l'attribution de droits substantiels aux sujets de droit.

En la matière, en effet, « *le recours aux seuils d'âge poursuit un double objectif : à la fois protéger de manière optimale l'enfant qui n'a pas atteint ce seuil, tout en permettant au mineur qui l'a atteint d'accéder progressivement à son statut de majeur* »³⁰.

Comme le Conseiller Gridel l'observait en 1998, depuis plusieurs années, et plus précisément depuis les années 1970, apparaissent en effet « *de nouveaux seuils de l'aptitude à vouloir* », d'ailleurs de plus en plus précoces³¹.

Ainsi la 18^e année ne constitue-t-elle plus l'alpha et l'oméga de l'aptitude à vouloir et même à pouvoir, plusieurs paliers successifs ayant été progressivement créés afin d'offrir tout aussi progressivement de nouveaux droits et de nouveaux devoirs aux enfants mineurs.

²⁹ C. civ., art. 413-2, al. 2.

³⁰ P. Servant, *loc. cit.*

³¹ J.-P. Gridel, « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, p. 90.

En ce sens, « *si le mineur est avant tout identifié par son statut d'"incapable" n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans, le droit n'ignore (plus) pour autant les différents stades de l'enfance, comme en témoignent la multiplicité et la diversité des seuils d'âge légaux dans les différentes branches du droit français* »³², et notamment dans celle du droit de famille.

Autrement dit, en abandonnant peu à peu le pivot des 18 ans en ce domaine, le législateur a ce faisant édifié différents « stades de l'enfance », fixés ici à 13 ans ou là à 16 ans, et insufflant une certaine progressivité dans l'attribution des droits et des devoirs de chacun, révélatrice d'une considération comme d'une confiance croissantes à l'endroit de l'enfance et de l'enfant.

Cependant, encore faut-il préciser la nature de ces droits nouvellement attribués, car s'agit-il de droits substantiels ou de droits processuels ?

À l'analyse, l'essentiel des droits désormais conférés dans l'enfance relève du domaine du substantiel, le droit positif fixant, comme le soulignent deux auteurs « *un âge plancher précis qui conditionne l'exercice des droits par un enfant. Il en va ainsi dans le cadre de l'adoption, du changement de nom et de prénom, ou de l'acquisition de la nationalité par déclaration, dans le cadre desquels le consentement de l'enfant est exigé à partir de 13 ans. [Et] il en va de même en matière d'émancipation à laquelle le mineur ne saurait accéder qu'à partir de 16 ans* »³³.

Loin de se réduire à l'attribution de simples droits processuels, la confiance croissante du législateur envers les enfants mineurs se traduit donc via l'attribution de véritables droits substantiels³⁴, à la portée particulièrement forte, car afférents à la filiation ou à l'état civil.

En somme, en fonction de l'importance du droit en cause et de sa substance, le législateur opérerait plus facilement pour la prévalence des seuils d'âge, à raison de leurs facteurs de prévisibilité et de sécurité juridiques, nonobstant l'irréductible part d'arbitraire dans la fixation de ces seuils. L'importance du droit en cause et sa substance constituerait en cela le *criterium* justifiant la faveur à la méthode objective, et inversement, la faveur à la méthode subjective.

2) Préférence pour la méthode subjective

La préférence pour la méthode subjective s'observe surtout dans l'âge adulte ou dans l'attribution de droits processuels, révélant l'approche polarisée du législateur en ce domaine.

Comme l'écrit en effet une auteure, dans le Code civil, « *les dispositions qui concernent les personnes les plus âgées ont toutes recours à des critères subjectifs, supposant une qualification préalable des situations* »³⁵.

³² *Ibid.*

³³ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1676.

³⁴ Par exception, cependant, le législateur privilégie parfois la méthode subjective dans l'enfance même pour des droits d'ordre substantiel. Ainsi, et « *traditionnellement, des actes très personnels ou très urgents concernant gravement le mineur ont toujours pu être entrepris par lui, seul, à tout âge, malgré son incapacité, sous la seule condition d'une aptitude de fait à la conscience de ses actes, d'une aptitude au discernement [:] rechercher son état ou sa filiation, [...] reconnaître son enfant naturel, ou agir en recherche pour lui, [interrompre des] prescriptions ou [inscrire des] hypothèques* » ; J.-P. Gridel, *loc. cit.* De même, et au-delà du droit de la famille au sens strict, cette préférence se rencontre aussi en droit de la santé, pour l'accès à la contraception ou à l'IVG notamment.

³⁵ I. Sayn, *loc. cit.*

En présence de personnes majeures, le Code civil n'instaure donc aucun seuil d'âge en droit de la famille, préférant laisser libre court à l'intervention du juge en cas de difficultés liées à l'âge³⁶, intervention jugée préférable, nous y reviendrons, pour ne pas porter atteinte au principe de capacité des personnes majeures³⁷. Il en va ainsi à propos des articles 217 et 219 du Code civil, visant l'époux « hors d'état de manifester sa volonté », ou plus largement de l'article 425 du même Code visant l'altération des facultés mentales ou corporelles pour l'ouverture d'une mesure de protection d'une personne majeure, souvent liés à l'avancé en âge de leurs protagonistes.

Cette préférence pour la méthode subjective peut aussi s'observer en présence de mineurs, mais à propos de droits procéduraux.

Comme le soulignent deux auteurs, « *pour ce qui est des droits procéduraux ou participatifs, la loi française se réfère au discernement. Il en va ainsi du droit d'être entendu, mais également des autres droits procéduraux notamment dans le cadre de l'assistance éducative : droit de désigner un avocat, d'interjeter appel ou de consulter le dossier* », même si « *certaines droits procéduraux sont cependant subordonnés à un seuil d'âge* », comme « *en matière d'assistance éducative, le mineur ne se [voyant] notifier la décision qu'à partir de l'âge de seize ans, et dans le cadre de la tutelle[où] il ne peut provoquer la réunion du Conseil de famille qu'à partir de cet âge* »³⁸.

En somme, et dans la minorité, l'on observe donc une préférence pour la méthode objective dans l'attribution de droits substantiels, et une préférence pour la méthode subjective dans l'attribution de droits processuels, témoignant d'une approche pragmatique et non dogmatique du législateur en ce domaine.

En définitive, parce que l'institution de seuils d'âge en droit de la famille n'est qu'une question de méthode, qu'un outil, le législateur l'utilise en fonction de considérations politiques, selon son souhait de laisser ou non une marge d'appréciation au juge. Selon qu'il s'agisse du statut d'un mineur ou d'un majeur, de droits substantiels ou processuels, d'actes anodins ou éminemment personnels, le poids des considérations en balance fait alors pencher les plateaux d'un côté ou de l'autre. Comme aurait pu l'écrire Carbonnier, au fond, à chacun son droit, à chacun sa méthode !

Cela étant dit, reste alors notre seconde interrogation : comment expliquer la tendance contemporaine et l'esprit de faveur exprimé envers le recours aux seuils d'âge ? Et cette tendance serait-elle une réalité ou un mirage, une réalité du passé, du présent et/ou de l'avenir ?

II) Une question de finalités

L'institution de seuils d'âge en droit de la famille oscille entre des finalités opposées, parfois à même de se combiner : la protection des individus, d'une part, et la prescription de leurs

³⁶ *Ibid.*

³⁷ C. civ., art. 1145, al. 1^{er}.

³⁸ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1677.

comportements, d'autre part. Autrement dit, l'institution de seuil d'âge en droit de la famille demeure dans l'orbite de l'ordre public, dans ses versants protecteur et directeur (A).

Cependant, ces finalités sont-elles toujours d'actualité ? Et pourront-elles résister aux vents de l'égalité et de la proportionnalité, soufflant de plus en plus fort en notre matière ? Rien n'est moins sûr... (B)

A) Entre protection et prescription

Dans un pénétrant article publié en 2011³⁹, et dont nous reprendrons pour partie le contenu dans ces lignes, Monsieur Dominique Youf, sociologue, s'est intéressé aux finalités profondes de l'institution des seuils d'âge en droit.

Selon cet auteur, « *les seuils juridiques d'âge ne [pourraient] se comprendre qu'à l'aune de trois types idéaux de droits [transcendant] les différents [domaines du droit] (droit civil, droit pénal, droit social, droit du travail...)* »⁴⁰. En ce sens, tout en demeurant présents dans ces différents domaines, ces seuils ne poursuivraient pas ici et là la même finalité, ni la même intensité, tout en exprimant « *une tendance sociale à l'égard de l'enfance qui, parfois domine, parfois a moins d'influence, mais est toujours présente* »⁴¹. Autrement dit, ces trois types idéaux de droits se seraient mêlés par le passé et continueraient à se mêler dans le présent, pour dessiner les limites des seuils d'âge en droit de la famille en général, et en droit des mineurs en particulier.

À suivre Monsieur Dominique Youf, ces trois types idéaux de droit serait le droit « d'ordre social », le droit « de la protection de l'enfant », et le « droit des droits de l'Homme ».

Le droit « d'ordre social », d'abord, aurait eu pour priorité, dès le droit romain, de garantir la cohésion de la société et d'éviter l'anomie. Les seuils d'âge auraient ainsi été posés pour assurer la paix sociale et la reproduction sociale, par la fixation de seuils dans l'enfance, comme celui de la puberté, signant l'accès au mariage⁴².

Le droit « de la protection de l'enfant », ensuite, datant de la première moitié du XIXe siècle, aurait eu un but différent, à savoir celui de protéger l'enfant et de l'élever, celui de lui permettre de devenir un être libre et autonome, sans égard à l'idéal d'une gouvernance des membres de la société. Grâce au droit de la protection de l'enfance, « *la puissance paternelle puis l'autorité parentale [auraient ainsi été] progressivement rognées au profit de l'État* », désormais chargé « *de protéger et d'éduquer de plus en plus longtemps l'enfant et l'adolescent* »⁴³, en lieu et place de ses parents. Les politiques de protection de l'enfance se seraient alors fondées sur des seuils d'âge, mais cette fois-ci dans le dessein de « *les relever progressivement, si possible jusqu'à la majorité civile, voire au-delà* »⁴⁴, afin de protéger et

³⁹ D. Youf, « Seuils juridiques d'âge : du droit romain aux droits de l'enfant », *Sociétés et jeunesses en difficulté* [En ligne], n°11, Printemps 2011.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² En ce sens, Locke reconnaissait « *que "les enfants ne naissent pas dans cet état de pleine égalité" qui consiste "à être également le maître de sa liberté naturelle sans dépendre de la volonté d'aucun autre ni de son autorité". L'enfant naît vulnérable et inachevé. Il n'est pas encore capable, à sa naissance, d'user de sa liberté. [...] La loi a pour fonction de guider chaque individu afin qu'il sache jusqu'où il peut user de la liberté* »; *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

d'élever les enfants, de les protéger de l'emprise de leurs pères ou patrons, et de les élever par l'éducation et la scolarisation. Peu à peu, le législateur aurait ainsi créé la déchéance de puissance paternelle, interdit le travail des enfants, ordonné leur instruction obligatoire, dans une finalité précise : protéger et élever les enfants, par l'institution puis l'élévation progressive des seuils d'âge.

Le « droit des droits de l'Homme », enfin, né aux XVIII^e siècle et redécouvert dans la seconde moitié du XX^e, aurait prospéré en dernier, et ambitionné à l'inverse d'abaisser les seuils d'âge, dans le dessein cette fois-ci de renforcer paradoxalement la protection des enfants, enfin considérés comme détenteurs de droits fondamentaux. « *L'abaissement de l'âge de la majorité [aurait ainsi permis] à l'individu de ne plus dépendre de l'autorisation de ses parents pour poser un certain nombre d'actes* », tout comme l'institution de nouveaux seuils, tels ceux des 13 ou 16 ans, lui aurait ouvert de nouveaux droits⁴⁵.

Autrement dit, là où le droit « d'ordre social » aurait posé le principe même de l'usage des seuils, dans une finalité de gouvernance sociale, et donc de direction, le droit « de la protection de l'enfance » aurait ensuite conduit à créer et à élever des seuils d'âge, par petits pas, dans une finalité de protection, avant la « redécouverte » des droits de l'Homme au XX^e siècle, à l'origine d'un abaissement généralisé de ces seuils dans un dessein d'émancipation des enfants⁴⁶, traduit par l'abaissement de l'âge de la majorité⁴⁷, ou la généralisation de l'exigence du consentement de l'enfant au-delà de ses 13 ou 16 ans⁴⁸.

Or de ce mouvement de balancier, résulteraient des finalités évidentes : si la protection de la *personne* et du *patrimoine* des enfants mineurs se serait réalisée par le recours généralisé aux seuils d'âge, aux 13 ans, aux 16 ans et au 18 ans de l'enfant, dans une finalité protectrice et progressive d'attribution de droits et de devoirs, la protection de la *liberté* des majeurs se serait traduite, à l'inverse, par un recours limité à ces seuils, voire à une réelle réticence envers eux, évacuant formellement l'âge des individus lors de l'attribution ou de la privation de leurs droits, en droit de la famille tout du moins.

Autrement dit, le législateur aurait peu à peu institué des seuils d'âge en fonction de ces deux finalités différentes : la protection de la personne et du patrimoine des mineurs, et la protection de la liberté des majeurs, traduisant *in fine* sa réticence face aux risques pris par l'enfant, et sa confiance (ou indifférence ?) face à ceux pris par l'adulte.

Fruit d'une transcendance et d'un compromis de droits d'inspirations opposées, l'institution des seuils d'âge en droit de la famille aurait ainsi traduit l'évolution du droit en général et du droit de la famille en particulier, face au risque et au temps, face à la protection et à la prescription.

Cependant, et ces premières conclusions tirées, la question de l'avenir de cet état du droit doit être questionnée. Car les vents de l'égalité et ceux de la proportionnalité pourraient-ils

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité et C. civ., art. 488.

⁴⁸ V. *supra*.

changer la donne et assombrir le ciel du recours aux seuils d'âge en droit de la famille ? A la vérité, il y a tout lieu de le penser.

B) Entre passé, présent et avenir

Source de progressivité dans l'attribution des droits et des devoirs de chacun, l'institution de seuils d'âge en droit de la famille est aussi source de divisions et de discriminations entre générations, comme le relevait déjà Gérard Cornu dès 1961.

A lire cet auteur, en effet, celui-ci écrivait que « *les limites d'âge qui déterminent des zones de capacité et d'incapacité ont de vastes effets* », dans la mesure où celles-ci « *divisent la nation en classes d'âge et en discriminations globales* »⁴⁹. Car si « *les considérations d'âge retenues par le juge, souvent comme appoint, humanisent heureusement la condition des personnes* »⁵⁰, celles posées par la loi peuvent parfois être source de discriminations, pensait-il. Aussi le législateur devrait-il se garder, selon lui, d'abuser « *des barrières de l'âge légal* », comme de figer « *la pyramide des âges avec ses conflits de générations* »⁵¹. L'usage des seuils d'âge nécessitait en somme le respecte d'un maître-mot : la parcimonie.

Or à observer l'évolution de l'institution des seuils d'âge en droit de la famille⁵², ce maître-mot pourrait bien avoir été négligé, au point de poser deux interrogations dans un avenir proche, sinon même dans le présent : celle de l'avenir des seuils d'âge à l'épreuve de l'allongement de la chronologie familiale, d'une part, et celle de l'avenir des seuils d'âge à l'épreuve de la proportionnalité, d'autre part.

Sur le premier point, tout d'abord, un paradoxe particulièrement étrange pourrait en effet être relevé, dans la mesure où si l'accession juridique à la capacité – partielle ou totale – n'a eu de cesse d'avancer, les grandes étapes de la vie n'ont eu de cesse, elles, de reculer dans le temps : première mise en couple, première union, premier enfant, première dépendance, âge du décès⁵³, la chronologie familiale n'a eu de cesse de s'allonger, créant ainsi une distorsion temporelle entre l'acquisition des droits et des devoirs de chacun, d'un côté, et les grandes étapes de l'indépendance et de la dépendance familiale, de l'autre. Autrement dit, alors que le législateur aurait *in fine* accepté de laisser à chacun la possibilité de prendre des risques de plus en plus tôt, par l'abaissement des seuils d'âge en droit de la famille comme en droit en général, la société et ses évolutions auraient à l'inverse différé l'avènement de l'autonomie réelle des individus, et la possibilité même de prendre ces risques. Étrange paradoxe !

Sur le second point, le paradoxe pourrait laisser place au doute. Car le droit positif pourrait-il se satisfaire de ces seuils abstraits voire parfois arbitraires ? Et ne seront-ils pas, tôt ou tard, balayés par le principe de proportionnalité ? Tout concorde à le penser, car comme nous l'avons énoncé, si l'institution de seuils d'âge présente certes l'avantage de la prévisibilité, elle présente aussi l'inconvénient de l'abstraction, à mille lieux des exigences d'analyse concrète des situations de droit désormais sous-entendues par la mise en œuvre du contrôle de

⁴⁹ G. Cornu, *loc. cit.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² V. *supra*.

⁵³ V. sur ces évolutions : D. Breton, M. Barbieri, N. Belliot, H. d'Albis et M. Mazuy, « L'évolution démographique récente de la France : une singularité en Europe ? », *Population* 2009/4, vol. 74, p. 409.

proportionnalité en droit de la famille⁵⁴. Car les seuils d'âge institués par la loi ne pourraient-ils pas possiblement céder sous la plume des juges dans le cadre de leurs contrôles de proportionnalité, pour admettre ici le consentement d'un enfant de moins de 13 ans, ou là la possibilité de jouir ou d'exercer certains droits patrimoniaux avant ses 16 ou 18 ans ? Si la prescription a rendu les armes face à la proportionnalité⁵⁵, les seuils d'âge devraient certainement suivre la même pente, au point d'interroger leur avenir. Ce seraient alors certaines des finalités poursuivies par la loi qui céderaient, certains des compromis du législateur qui s'inclineraient, laissant alors le champ libre à une autre méthode⁵⁶, essentiellement judiciaire, essentiellement factuelle et, en somme, essentiellement subjective⁵⁷.

⁵⁴ H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », in A. Gogos-Gintrand et S. Moracchini-Zeidenberg (dir.), *2010-2020. Une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021, p. 35.

⁵⁵ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.006, *D.* 2014. 153, note H. Fulchiron et 179, note Fr. Chénéde ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauseur et 307, obs. J.-P. Marguénaud.

⁵⁶ H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017. 656.

⁵⁷ Fr. Chénéde, « Brèves remarques sur la "fondamentalisation" du droit de la famille », *RDA* oct. 2015, p. 41.

Les risques liés au temps dans le cadre des violences conjugales et intrafamiliales

Isabelle CORPART

Maître de conférences HDR émérite en droit privé,
Université de Haute-Alsace, CERDACC

Résumé : Le passage du temps arrange-t-il ou complique-t-il les violences conjugales et intrafamiliales ? S'il faut du temps pour réaliser qu'on appartient effectivement à la catégorie des victimes, il en faut encore plus pour se décider à signaler les violences et surtout pour obtenir des soutiens.

Mots-clefs : Violences conjugales – violences intrafamiliales – victimes majeures ou mineures – longueur des procédures – délai pour agir – continuité des agissements violents – risque de mise à mort au bout d'un certain temps – durée de l'accompagnement des victimes.

Abstract : *Does the passage of time help or hinder domestic violence? If it takes time to realize that one is indeed a victim, it takes even more time to decide to report the violence and especially to obtain support.*

Keywords : *Domestic violence - intra-family violence - victims who are adults or minors - length of procedures - time to act - continuity of violent acts - risk of death after a certain time - length of support for victims.*

De nombreuses victimes de violences au sein des familles ont mis beaucoup de temps à être aidées et accompagnées car elles n'ont pas fait de signalements, mais aussi parce que les démarches qu'elles ont entreprises n'ont pas abouti. Malheureusement, au bout de tous ces mois, voire années de drames, leur situation a empiré, leur état psychologique ou physique s'est dégradé et cela nuit à leur santé, sachant que dans beaucoup de cas, cela aboutit hélas à des pertes de vie suite aux agissements violents. Le temps passe et certains trépassent.

Les agissements violents au sein des familles ont mis un certain temps à être considérés, comme de véritables violences devant être sanctionnées, qu'elles soient conjugales ou intrafamiliales, toutefois le droit a évolué et différents textes sont aujourd'hui mis en place en soutien des victimes **(I)**. Ces nouvelles lois ne sont toutefois pas connues de tous et beaucoup de victimes continuent de vivre dans l'ombre. Elles ne signalent pas les faits répréhensibles pour diverses raisons, volontairement pour demeurer en famille ou par peur des représailles **(II)**. Il est dès lors urgent de bien informer les victimes pour tenter de raccourcir le temps qui file avant qu'elles se décident à faire connaître tous ces drames vécus en famille. Que ce soit elles ou des tiers qui aient fait connaître les faits litigieux, il faut encore du temps avant que des solutions efficaces soient trouvées, y compris liées à la reconnaissance de la qualité d'auteur des violences, assortie de la condamnation du membre de la famille **(III)**.

I) L'évolution au fil du temps du droit applicable aux violences au sein des familles

Le terme de violences intrafamiliales permet de réprimer les comportements qui peuvent être commis au sein du couple ou dans le cadre familial, le Code pénal prévoyant une aggravation des peines encourues sur la base du mécanisme des circonstances aggravantes afin de

réprimer les atteintes aux personnes commises au sein du couple ou de la famille (C. pén., art. 132-80).

Prenant conscience des drames familiaux et des risques encourus par tous les membres de la famille, des réformes successives ont encadré les démarches à faire en la matière, mais il a fallu un certain temps avant que des solutions pertinentes soient mises en place. Grâce à cette évolution de la société et des lois, le silence de plomb qui pesait sur les victimes, en particulier en cas de violences sexuelles intrafamiliales, s'est levé progressivement.

Au sein des familles, il est question de violences conjugales lorsque la victime et l'auteur entretiennent des relations sentimentales, qu'ils soient époux, concubins ou partenaires, voire ex-époux, ex-concubins ou ex-partenaires après la séparation du couple¹. Statistiquement les épouses et compagnes sont toutefois les victimes les plus nombreuses et l'accent est mis ainsi sur les droits des femmes². Les violences sont aussi abordées sous l'angle de la protection des enfants, qu'ils soient victimes directes ou par ricochet, tandis que pendant longtemps on les considérait comme de simples témoins.

A) La protection des femmes ou autres victimes

Alors que la famille devrait être un havre de paix, elle est, malheureusement, pour certains, le siège de brutalités, de vexations, de pressions psychologiques, faits et gestes encore plus pernicious quand ils sont commis dans une sphère privée, loin des regards et dans le secret. Si pendant longtemps, la position des femmes était particulière parce que l'ancien article 213 du Code civil relevait que les épouses doivent obéissance à leur mari³, le législateur a mis en place de nombreuses réformes pour apporter des réponses civiles et pénales aux drames vécus dans le secret des alcôves.

Ainsi la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs met l'accent sur le respect que se doivent les époux, reconnaît le principe de l'aggravation de la peine en cas de violences perpétrées au sein d'un couple, marié ou non, voire par l'ancien époux ou compagnon et consacre la répression des viols et agressions sexuelles entre époux⁴. Ensuite, la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants a développé de nouvelles pistes telles que la création de l'ordonnance de protection pour protéger les victimes et renforcer les sanctions visant les auteurs de violences physiques et psychiques⁵, de même que les lois

¹I. Corpart, « Unions et désunions, le couple aux prises avec la violence », in C. Metz et A. Thévenot (dir.), *Faire face aux violences conjugales*, Presses universitaires de Strasbourg, Coll. *Famille, psyché et sociétés*, septembre 2021, p. 255.

²I. Corpart, « La notion de vulnérabilité appliquée aux femmes, victimes de violences conjugales : approche juridique », in C. Metz et A. Thévenot (dir.), *Femmes et violences conjugales : versant sociétal, versant singulier*, Hermann, 2021, p. 95 ; R. El Khayat, *Les violences traditionnelles contre les femmes*, L'Harmattan, 2022 ; M. Schiappa, *Les droits des femmes face aux violences*, Dalloz, 2021.

³Il était alors question de « l'infériorité particulière de l'épouse » : A. Leca, *Introduction historique au droit de la famille*, LexisNexis, 2021, p. 12.

⁴JO du 5 avril 2006 : M. Azavant, « Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple », *dr. fam.* octobre 2006, étude 40 ; M. Brusorio, « Loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *RJPF* 2006-6/10 ; I. Corpart, « Haro sur les violences conjugales », *RLDC* 2007/35, n° 2403 ; M. Lobe-Lobas, « La prévention et la répression des violences commises au sein du couple ou contre les mineurs », *LPA* n° 139 du 13 juillet 2006, p. 5 ; M. Rebourg, « Prévention et répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *JCP G*, 2006, act. 173 ; A.-M. Leroyer, « Regard civiliste sur la loi relative aux violences au sein du couple », *RTD Civ.* 2006, 402.

⁵JO du 10 juillet 2010 (et rectificatif, JO du 28 juillet 2010) : C. Ambroise-Castérot et N. Fricero, « La loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes : nouvelles armes juridiques », *RJPF* 2010-9/11 ; A. Bourrat-Guéguen, « Vers l'instauration d'un dispositif efficace de lutte contre les violences au sein du couple ? », *JCP* 2010, aperçu rapide 805 ; I. Corpart, « Intensification de la lutte contre les violences

n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes⁶ et n° 2018-03 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes⁷. Après le Grenelle contre les violences conjugales, le phénomène des violences conjugales a encore été parfaitement reconnu par les lois n° 2019-1490 du 28 déc. 2019 visant à agir contre les violences faites en famille⁸ et n° 2020-936 du 30 juill. 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales⁹, le législateur introduisant de nouveaux outils de lutte¹⁰.

B) La protection des enfants

Les enfants sont évidemment aussi victimes, parfois hélas victimes directes, certains perdant même la vie, et d'autres fois victimes par ricochet. Leur place est de mieux en mieux reconnue¹¹. Ils peuvent être victimes directement quand leurs parents les agressent mais, ce qui est admis à présent, c'est qu'ils ne sont pas de simples témoins des violences portées contre leur mère et parfois leur père. Ils subissent vraiment les retombées des violences conjugales et la reconnaissance de leurs droits figure dans les textes récents¹², une prise en compte spécifique étant à prendre quand ils assistent à la mort de l'un de leurs parents¹³. Pour bien les protéger, les lois n° 2019-1490 du 28 déc. 2019¹⁴ et n° 2020-936 du 30 juill. 2020 permettent de retirer l'autorité parentale au parent auteur d'agressions ou de confier l'exercice de l'autorité parentale au parent victime et, dans ce cas, de supprimer les droits de visite et d'hébergement au parent auteur, si bien qu'il n'est pas en droit de se rapprocher du nouveau domicile de sa victime. Les relations parentales sont affectées par ce contexte et l'exercice de l'autorité parentale est au cœur des préoccupations du législateur depuis quelques années¹⁵. Grâce à ces avancées législatives, le droit de visite et d'hébergement du parent, auteur de violences, pourra être suspendu par le juge dès sa mise en examen, ce qui permet de faire gagner du temps et donc de renforcer les mesures protectrices, même s'il n'a pas directement agressé ses enfants. La loi relève précisément que le juge d'instruction ou le juge des libertés ou de la détention peuvent prononcer cette suspension au début des

conjugales », *dr. fam.* 2010, étude 27 ; V. Larribau-Terneyre, « La protection civile contre les violences étendue aux couples non mariés et séparés », *dr. fam.* 2010, 142 ; M. Mestrot et J. Marrocchella, « Violences conjugales : vers un droit spécifique ? », *blog Dalloz*, 13 juillet 2010.

⁶ JO du 5 août 2014 : A. Bourrat-Guégén, « Le renforcement de la protection des personnes victimes de violences au sein du couple dans le cadre de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *LPA* 12 février 2015, n° 31, p. 7 ; Recherches Et Etudes Sur le Genre Et Les inégalités En Europe, « Commentaire de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *D.* 2014, p. 1895.

⁷ JO du 5 août 2018 : P. Bonfils, « Entre continuité et rupture : la loi du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexistes », *JCP G* 2018, p. 1682.

⁸ JO du 29 déc. 2019 : P. Bonfils, « Le renforcement de la lutte contre les violences au sein de la famille », *dr. fam.* 2020, n° 3, p. 9 ; I. Corpart, « Pour une famille, véritable havre de paix, de nouveaux renforcements de la lutte contre les violences conjugales », *Lexbase*, 2020, n° 809 ; A. Darsonville, V. Delnaud, P. Prache, E. Morain et Fr. Lauféron, « Qu'attendre de la loi du 28 décembre visant à agir contre les violences au sein de la famille ? », Dossier, *AJ pénal* 2020. 59.

⁹ A. Gouttenoire, « La loi du 30 juillet 2020 : un nouveau pas dans la protection civile de toutes les victimes de violences conjugales », *Lexbase Hebdo – Edition Privée Générale*, n° 836 ; R. Mésa, « Les principaux apports de la loi du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, un nouveau coup d'épée dans l'eau ? », *RJPF* 2021-3/19.

¹⁰ V. aussi décret n° 2020-1537 du 8 décembre 2020 : I. Corpart, « Péril en la demeure : nouveau renforcement des mesures permettant de sécuriser les victimes de violences conjugales », *JAC*, n° 200, oct. 2020, p. 13.

¹¹ E. Durand, *Violences conjugales et parentalité. Protéger la mère, c'est protéger l'enfant*, L'Harmattan, 2013.

¹² R. Cario, « L'enfant exposé aux violences familiales : contextualisation », in R. Cario (dir.), *L'enfant exposé aux violences familiales. Vers un statut spécifique ?*, L'Harmattan, 2012, p. 11 ; I. Corpart, « Ne pas oublier les enfants dans la lutte contre les violences conjugales ! », in H. Fulchiron, B. Meunier et F. Toulieux (dir.), *Enfant, famille, justice. Une femme à l'écoute de son siècle. Mélanges offerts à Emma Gounot*, Mare & Martin, 2022, p. 109 et « La nécessaire protection des enfants exposés aux violences conjugales », in C. Metz et A. Thevenot (dir.), *Femmes et violences conjugales : versant sociétal, versant singulier*, Hermann, 2021, p. 147 ; C. Gatto, « L'enfant face aux violences conjugales », *AJ fam.* 2013, p. 271 et « L'intérêt de l'enfant exposé aux violences conjugales », *RTD Civ.*, 2014. 567 ; K. Sadlier, *L'enfant face à la violence dans le couple*, Dunod, 2^e éd. 2015.

¹³ Circulaire du 19 avril 2022 relative à la prise en charge des mineurs présents lors d'un homicide commis au sein du couple, N° NOR : JUSD2212012C, BO, 25 avril 2022.

¹⁴ I. Corpart, « Après le Grenelle des violences conjugales, suppression de la coparentalité ? », Grenelle des violences conjugales du 3 septembre au 25 novembre 2019, *RJPF* 2019-12/22.

¹⁵ A. Gouttenoire, « La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale », *AJ fam.* 2010. 518.

poursuites en cas de crime d'un parent commis sur la personne de l'autre parent et aussi en cas de condamnation pénale lorsque le juge ne s'est pas expressément prononcé (CPP, art. 138). Le législateur prévoit encore de sanctionner l'auteur en limitant ses droits dans les relations parents/enfants car, dès lors que le juge aux affaires familiales délivre l'ordonnance de protection, il doit signaler au procureur de la République les violences susceptibles de mettre les enfants en danger (C. civ., art. 515-11, al. 2). Être parent, à savoir avoir un lien de filiation paternelle ou maternelle, ne rend pas l'intéressé tout puissant et le juge doit avant tout tenir compte de l'intérêt de l'enfant.

Le législateur faisant des efforts pour soutenir les victimes, le moment est venu d'agir contre les violences. Par ailleurs si les victimes n'ont pas osé se manifester par peur des représailles, il est souhaitable aussi que des tiers prennent le temps de les soutenir et d'alerter les autorités.

II) Le temps précédant les signalements de violences conjugales et intrafamiliales

A) Les incidences du temps passé à la maison

Le temps des vacances, le temps de la maladie y compris de la covid compliquent parfois la vie familiale. En effet, quand la famille a quitté son domicile pour partir en congé, mais surtout quand elle s'isole chez elle, cela empêche de voir des proches ou des voisins qui pourraient faire des signalements. Il est effectivement difficile de savoir ce qui se passe réellement dans le huis clos des foyers.

Avec la covid, les familles ont beaucoup souffert car la crise sanitaire a changé les modes de vie de nombreuses personnes lesquelles ont pu perdre leurs repères, le confinement affectant les relations familiales¹⁶. Elles ont été fragilisées, si bien qu'il a fallu repenser les mesures de protection, pour les adapter au contexte qui les éloigne de leur entourage familial, professionnel ou social, les isole et les enferme encore davantage dans un espace familial qui, parfois, devient un enfer, surtout lorsque cela dure longtemps. Les violences se sont multipliées car le toit familial n'était plus sécurisé durant la crise sanitaire¹⁷, y compris les violences sexuelles¹⁸. Des femmes ont subi ces violences et se sont retrouvées enceintes sans pouvoir avorter car elles ne pouvaient se rendre chez un médecin dans le délai imparti, ce qui a conduit à un assouplissement des règles relatives aux IVG.

L'isolement augmente les drames car l'agresseur peut porter sans risque ses attaques, si bien que les tensions intrafamiliales s'accroissent. Le resserrement de la cellule familiale peut mettre les membres des couples et leurs enfants en plus grand danger.

Durant la pandémie, et particulièrement pendant le confinement, les chiffres des violences intrafamiliales ont explosé, et de nouveaux cas de violences au sein des couples et des familles sont apparus, coups et brutalités étant en quelque sorte des exutoires pour des personnes trop oppressées par la situation. Durant le temps de la crise sanitaire, être enfermé chez soi et être aux prises de son conjoint ou compagnon est qualifié de double peine¹⁹.

¹⁶M. Lamarche, « Le droit de la famille à l'épreuve du confinement », *dr. fam.* 2020, focus 40.

¹⁷I. Corpart, « Les retombées de la Covid sur la protection des victimes de violences conjugales », *dr. fam.*, n° 5, mai 2021, étude 11 ; « Le covid-19 : un risque accru pour les membres de la famille ? », *Riséo* 2020, n° spécial, p. 6 ; J. Couard, « Crise sanitaire. Bilan des violences conjugales durant le confinement », *dr. fam.* 2020, alerte 71.

¹⁸I. Corpart, « Retour sur le risque accru de violences sexuelles pendant le confinement imposé par la pandémie de covid-19 », *JAC*, n° 197, mai 2020, p. 3.

¹⁹D. Bauer, « Confinement : pour les femmes victimes de violences conjugales, la double peine », *LPA* 2020, n° 105, p. 3.

Devoir rester à la maison complique les choses mais d'une manière générale, il est difficile de faire reconnaître les risques subis sous son toit qu'il s'agisse de violences, de maltraitances ou d'inceste²⁰.

B) Que de temps avant de réaliser ou d'accepter que l'on est victime !

Vivre en couple peut être agréable au début mais avec le temps qui passe, des malveillances peuvent s'insérer dans la famille et déboucher sur des violences. Cela peut être lié au fait qu'avec le temps l'un des époux ou concubins a rencontré une tierce personne, mais aussi qu'il a des problèmes psychologiques et qu'il se sent lui-même agressé. Le temps de l'amour n'est pas éternel, même si dans sa célèbre chanson, Françoise Hardy dit que le temps de l'amour « *ça dure toujours* » et que « *quand le temps va et vient, on ne pense à rien malgré ses blessures* ». Précisément être victime, subir des agressions, peut conduire à la fin de la vie en couple, même si ce n'est pas systématique.

Des femmes ont ainsi fait savoir qu'elles aimaient leur compagnon et ne voulaient pas le quitter malgré son attitude à leur égard, voire leurs blessures. Il leur faut souvent du temps pour se décider à faire connaître ces drames qu'elles vivent, notamment quand elles ont des enfants et ne veulent pas les priver de leur père (cela peut être aussi des hommes victimes mais statistiquement c'est moins courant). Beaucoup ont encore en tête la tradition du mari chef de famille à qui il fallait obéir en toutes circonstances et elles pensent avoir une certaine responsabilité face à l'attitude de leur époux ou compagnon.

Par ailleurs, le temps complique aussi les choses car on relève qu'au sein de certaines familles les violences conjugales étaient au départ verbales, économiques ou liées à la confiscation de certains objets (tels des cartes nationales d'identité, des livrets de famille ou des cartes vitales, voire des diplômes), ainsi que psychologiques, mais au fil du temps, elles sont devenues physiques et sexuelles.

Face à ces atteintes, il faudra parfois patienter avant que la victime réalise que l'autre membre de son couple entend la contrôler, l'humilier et la malmenier, car souvent l'agresseur fait porter la responsabilité de ses agissements violents sur la victime. Il lui demande aussi de lui laisser du temps pour changer son attitude et ne plus recommencer, reprenant le cours des choses comme si rien ne s'était passé. Précisément, la victime réagit quelque fois en minimisant l'agression, doutant de ses propres perceptions, tentant de comprendre l'attitude de son époux ou épouse, concubin ou concubine et voulant l'aider à changer car elle ne sent pas prête à quitter son domicile. C'est seulement si, après des mois, voire des années, elle se rend compte qu'elle n'est pas du tout responsable de tout cela et que son agresseur n'évolue pas vers une meilleure façon de vivre en couple, qu'elle se décide à agir. Le fait qu'elle soit longtemps sous emprise ne facilite pas les choses.

C) Que de temps avant de signaler les violences conjugales et intrafamiliales !

Il est important de bien informer la victime pour éviter la méconnaissance de ses droits et de lui expliquer que l'agresseur n'a aucun droit sur son corps²¹, y compris dans le mariage car le législateur sanctionne le viol entre époux (C. pén., art. 222-24). Il est essentiel qu'elle

²⁰E. Durand, « Les violences à la maison font l'objet d'un déni massif », *Le Figaro* du 9 juillet 2022.

²¹I. Corpart, « Mon corps m'appartient ! Le corps des femmes au cœur des violences conjugales et la protection organisée par le droit. Approche civile », in C. Metz et A. Thévenot (dir.), *Faire face aux violences conjugales*, Presses universitaires de Strasbourg, Coll. *Famille, psyché et sociétés*, septembre 2021, p. 129.

comprenne que l'auteur des violences est généralement un manipulateur, qui prend le temps de son côté de tout faire pour qu'elle ne contacte pas de tiers. En l'occurrence, il la culpabilise subtilement, lui faisant croire qu'elle a sa part de responsabilité et que ce serait honteux pour elle et sa famille que l'on en vienne à parler de violences conjugales alors qu'il s'agit seulement d'une manière de vivre en couple.

Toute personne qui subit des violences à la maison ou qui est menacée peut alerter la police ou la gendarmerie, en composant le 17 en cas d'urgence, ainsi que le 112 (ou en envoyant un SMS au 114). Elle peut également alerter les services de secours si des soins médicaux urgents sont nécessaires. Ce signalement effectué par la victime n'est pas aussi fréquent et aussi rapide qu'il devrait être car beaucoup de personnes impliquées hésitent avant de faire ces démarches. Elles attendent avant de se manifester et de quitter leur maison car elles ne savent pas où elles vont pouvoir se loger et ont peur des représailles. Il est donc essentiel de bien les informer de leurs droits et de leur faire savoir que des aides sont prévues (et aussi que l'on peut mettre en place l'éviction du domicile pour l'auteur des violences). Chacun devrait prendre le temps de se faire aider, accompagner et soutenir.

Si la victime ne s'est pas manifestée, des signalements sont aussi envisageables par des tiers. Il importe que les violences soient repérées sans perdre trop de temps et que les autorités soient averties, ces démarches étant toutefois très encadrées. Ainsi, le décret n° 2020-256 du 13 mars 2020 relatif au dispositif de signalement des actes de violence, de discrimination, de harcèlement et d'agissements sexistes dans la fonction publique (JO du 15 mars 2020) apporte des précisions, indiquant qu'il peut être mutualisé, par voie de convention entre plusieurs administrations, collectivités territoriales ou établissements publics ou confié à un centre de gestion. Les médecins sont aussi encouragés à signaler des violences et des maltraitements sur mineur, un récent arrêt du Conseil d'État²² relevant que le signalement de maltraitance d'une jeune patiente ne doit pas engager la responsabilité disciplinaire du médecin qui a repéré ses difficultés. Pour les juges, quand le médecin a agi de bonne foi, le signalement de maltraitance ne porte pas atteinte au secret médical, contrairement à ce qu'a tenté de faire démontrer la mère d'une jeune patiente. D'une manière générale, les personnes soumises à un secret professionnel bénéficient d'une protection légale car, conformément à l'article 226-14 du Code pénal, modifié par la loi n° 2021-1539 du 30 novembre 2021, elles échappent à toute poursuite pour violation du secret professionnel quand elles informent les autorités judiciaires ou administratives des privations ou sévices, mais aussi atteintes ou mutilations sexuelles²³.

Quand, au bout d'un certain temps, la victime ne s'est toujours pas manifestée, il est important que des tiers puissent faire remonter ces drames vécus aux autorités. Ils sont soutenus par la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte²⁴, venue compléter utilement un dispositif mis en place par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite loi « Sapin 2 », dans le but d'aider les personnes qui osent signaler les violations des textes juridiques. On peut se féliciter qu'avec cette réforme, validée par le

²²CE, 1^{ère}- 4^e ch. réunies, 5 juillet 2022, n° 448015, *Lexbase* septembre 2022, note I. Corpart à paraître.

²³B. Py, « La place du professionnel de santé face aux violences intrafamiliales. Le devenir du secret professionnel médical en présence de violences intrafamiliales », *JDSAM*, novembre 2021, n° 57.

²⁴JO du 22 mars 2022, J. Colonna et V. Renaux-Personnic, « Loi "Waserman" : un nouveau statut pour le lanceur d'alerte », *Lexbase, Hebdo édition sociale*, mai 2022, n°9041 ; I. Corpart, « Renforcement de la protection des lanceurs d'alerte et diminution des risques », *JAC* n° 216, avril 2022 ; C. Le Touzé, « Les lanceurs d'alerte : une protection à la recherche de l'équilibre », *JCP S* mai 2022, étude 1144.

Conseil constitutionnel le 17 mars²⁵, le législateur affine la définition du lanceur d'alerte, explicite la notion d'alerte en précisant le champ des informations considérées comme une alerte et qu'il complète la liste des secrets applicables, renforçant par tous les moyens la protection accordée aux personnes qui signalent des faits portant gravement atteinte à l'intérêt général. Cela pourra faire gagner du temps pour que les protections soient mises en place.

III) Le temps exigé pour trouver le moyen de lutter contre les violences

Face à ces drames, la victime met parfois très longtemps avant de se décider à engager différentes démarches de soutien, en contactant médecin, commissariat ou gendarmerie, travailleurs sociaux et encore avocat. Plus les années ont passé et plus, effectivement il est difficile de rompre avec la vie d'avant, la victime ayant davantage de mal à quitter l'auteur car cela veut dire abandonner le domicile conjugal ou le lieu de vie du couple non marié, voire les enfants et les membres de la belle-famille, et parfois de devoir changer de travail, si bien qu'elle risque de se retrouver sans ressources.

De plus, lorsque les violences ont persisté sur une longue période, la victime connaît bien son agresseur, sachant qu'il va tout faire pour la dévaloriser et lui faire honte en minimisant les violences et en faisant croire qu'elle en est coupable, mais surtout elle a peur des représailles pour elle-même et ses enfants.

Laisser filer les mois voire les années est favorable à l'auteur des faits car ainsi la victime apparaît souvent comme confuse, voire ambivalente, son attitude étant en lien étroit avec l'emprise et les traumatismes psychologiques qu'elle subit. Face à de tels drames, beaucoup de temps peut hélas s'écouler avant que des solutions soient trouvées, même si le législateur a beaucoup œuvré ces dernières années parce qu'il faut lancer des procédures, réunir des preuves, convaincre le juge que l'on est bien victime et ensuite sanctionner l'auteur.

Tout est une affaire de temps, que ce soit pour soigner les victimes ou sanctionner les agresseurs. Le chemin est long pour se libérer de l'emprise. Il faut être patient et procéder étape par étape avant de pouvoir bénéficier d'un soutien efficace.

A) Le temps de la réparation des violences conjugales et intrafamiliales

Le rôle des médecins est important en ce domaine²⁶. D'une part, rencontrer un praticien quand on a été brutalisé ou perturbé psychologiquement permet de transmettre des preuves liées aux constatations médicales, plus qu'utiles dans le cadre des démarches judiciaires, mais peut également déboucher sur des signalements, ce dernier pouvant alerter les autorités. Depuis la réforme de 2020, le législateur a souhaité lever le secret médical toutes les fois où le patient est en danger ou dans une situation d'emprise, ce qui est forcément le cas quand les victimes sont confinées avec leur compagnon violent et peinent à contacter les secours (C pén., art. 226-14, 3°)²⁷. D'autre part, les violences conjugales sont prises en compte sur le plan

²⁵DC n° 2022-839 du 17 mars 2022, JO du 22 mars.

²⁶ D. Roman, « Les aspects médico-sociaux de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *RDSS* 2014, n° 5, p. 863.

²⁷M.-P. Glaviano-Ceccaldi, « Violences conjugales et levée du secret médical sans accord », *AJ fam.* 2020, p. 467 ; A. Zelcevic-Duhamel, « La place du professionnel de santé face aux violences intrafamiliales. Les nouveaux défis des professionnels de santé », *JDSAM* 2021, n° 53.

médical dans la mesure où des traitements sont à mettre en place. Il faut alors accorder du temps aux praticiens pour qu'ils soulagent les douleurs et réparent les troubles.

B) Le temps de la condamnation des auteurs de violences conjugales et intrafamiliales

Au fil du temps, les choses ont changé et aujourd'hui, les victimes portent davantage plainte en s'adressant aux autorités policières, intentant également des actions en responsabilité contre leurs agresseurs et réclamant des retombées sur la vie familiale lorsque le couple a des enfants en bas-âge.

Conformément à l'article 15-3 du Code de procédure pénale (modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019), les officiers et agents de police judiciaire sont dans l'obligation de recevoir la plainte de la victime. Néanmoins, si cette dernière refuse de déposer une plainte, son audition peut conduire à l'ouverture d'une procédure judiciaire si elle dénonce des faits constitutifs d'une infraction. Il est vrai que porter plainte est un parcours du combattant à la fois émotionnel et juridique, dans la mesure où il n'est pas évident de faire reconnaître les malveillances subies.

Les procédures sont longues et compliquées. De plus, toutes les victimes ne sont pas reconnues, faute de preuve, les décisions faisant souvent état d'une « *infraction insuffisamment caractérisée* ». Il faudrait améliorer le dispositif, d'une part, pour encourager ces dernières à se manifester et d'autre part, pour faire en sorte que la justice française protège en la matière, ce qui permettrait de lutter efficacement contre les féminicides en les prévenant. Il convient notamment de lutter contre l'immunité dont jouissent certains auteurs de violences intrafamiliales et d'éviter les classements sans suite. Pour que le temps ne complique pas encore le vécu familial, il faudrait qu'un délai raisonnable soit mis en place entre le dépôt de plainte et le renvoi devant le tribunal correctionnel ou le classement sans suite, ce qui n'est pas toujours le cas. Malheureusement, parfois, aucune suite n'est donnée au dépôt de plainte durant de longs mois. C'est d'autant plus problématique que la victime est fragilisée par ce dépôt de plainte, son agresseur redoublant souvent de violences à ce moment-là, allant parfois jusqu'au crime et tout cela place la victime en grand danger et explique que beaucoup d'entre elles préfèrent rester dans l'ombre, espérant une amélioration des relations familiales au fil du temps. Des pistes nouvelles découlent du décret n° 2021-1820 du 24 décembre 2021 relatif aux mesures de surveillance applicables lors de leur libération aux auteurs d'infractions commises au sein du couple²⁸. Le temps de latence entre la condamnation et sa mise en œuvre effective ne garantit pas la sécurité des victimes et il faut mettre en place de nouvelles mesures de vigilance en insistant sur l'information des victimes, en utilisant la technique de surveillance électronique et en faisant le nécessaire pour choisir la peine la mieux adaptée.

Bien qu'elles puissent se prévaloir de preuves accablantes, beaucoup de victimes voient leur plainte classée sans suite longtemps après leurs démarches²⁹. Il est vrai que les preuves ne sont pas toujours faciles à conserver, ce qui montre que le fait qu'un certain temps puisse s'écouler avant que la victime décide de se manifester est d'autant plus gênant. En cas de

²⁸JO du 28 décembre 2021 : M. Douchy-Oudot, « Vigilance en matière de violences commises au sein du couple », *Procédures* février 2022, comm. 38.

²⁹*Actu Lyon* 1^{er} août 2022 : rejet de la demande d'une victime par la cour d'appel de Lyon en mars 2022, 5 ans après ses démarches car le dossier contenant les preuves a été perdu (dossier transféré dans une autre ville en raison d'un déménagement).

violences, elle bénéficie actuellement d'un délai de 6 ans pour porter plainte. En effet, la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale (JO du 28 févr.), a allongé les délais de prescription, passés de 10 à 20 ans pour les crimes, et de 3 à 6 ans pour les délits. Depuis cette réforme, les victimes de violences au sein de la famille, de harcèlement ou d'agression sexuelle peuvent effectivement déposer plainte jusqu'à 6 ans après les faits (et jusqu'à 20 ans en cas de viol).

C) Le temps de l'accompagnement des victimes

Dès le recueil de la plainte, il convient de vérifier si la situation de la victime justifie que soient mises en place des mesures de protection de ses droits fondamentaux. L'enquête doit s'attacher à réunir des éléments concernant l'environnement et le fonctionnement du couple afin que le parquet réalise s'il est nécessaire de prendre des mesures d'éloignement et de protection de la victime, en fonction de la gravité des faits, le temps qui passe ayant en général alourdi les charges pesant sur l'agresseur.

Il est important de bien prendre le temps de soutenir les victimes, y compris en leur faisant bénéficier d'un dispositif d'accueil d'urgence si l'on n'a pas opté pour l'éviction du conjoint violent du domicile dans le cadre de l'ordonnance de protection (C. civ., art. 515-9 et s.). Le législateur a œuvré en ce sens multipliant au fil des années les dispositifs de soutien, mesures qui peuvent durer longtemps car il n'y a pas de limite de temps dans l'accompagnement des victimes.

Pour protéger efficacement toutes les victimes de violences infligées au sein des familles, il est essentiel de mettre en place rapidement des dispositifs de soutien car le cycle de violence conjugale ou intrafamiliale a tendance à s'accélérer avec le temps et à empirer allant jusqu'à des mises à mort. En raison de ses agissements répréhensibles et honteux, l'agresseur isole la victime et, comme elle est en danger, elle a assurément besoin d'aide, quel que soit son âge et quelle que soit la durée de la vie en couple ou en famille.

La prescription de l'action publique, droit à l'oubli ou obstacle à l'œuvre de justice ?

Jacques LEROY

Professeur émérite à l'Université d'Orléans

Résumé : La prescription consiste à acter que l'écoulement d'un certain temps conduit à fermer toute possibilité d'action en justice, avec le risque de soustraire à la justice des comportements infractionnels. C'est pourquoi la prescription semble en recul : délais écourtés, palliatifs tels que la récente prescription glissante dans le domaine des infractions sexuelles sont autant d'exemples de ce que la prescription semble en décalage avec les attentes sociales contemporaine. Au risque toutefois, du délitement des preuves, du recul du droit à l'oubli et, en creux, de fragiliser la paix sociale.

Mots-clés : prescription ; infraction ; pénal ; oubli ; justice

Abstract : *The statute of limitations consists in acknowledging that the passage of a certain amount of time leads to the closure of all possibilities of legal action, with the risk of removing offending behaviour from the justice system. This is why the statute of limitations seems to be in retreat: shortened time limits, palliatives such as the recent sliding statute of limitations in the field of sexual offences are all examples of how the statute of limitations seems to be out of step with contemporary social expectations. However, there is a risk that evidence will be diluted, that the right to be forgotten will be eroded and that social peace will be undermined.*

Keywords: *prescription; offence; criminal; forgetfulness; justice*

La prescription consiste à introduire une dimension temporelle dans le régime juridique des droits et actions dont chacun d'entre nous dispose. C'est une institution que l'on retrouve dans tous les systèmes juridiques et donc en droit pénal. Appliquée à l'action publique, la prescription signifie que, passé un certain délai à compter du jour de l'infraction, aucune action judiciaire répressive n'est possible¹. Par le jeu du temps qui passe, l'auteur des faits accède alors à une sorte d'impunité. A ce propos, lorsque le Code d'instruction criminelle avait retenu le délai de dix ans pour les crimes, l'espérance de vie humaine ne dépassait guère en moyenne quarante ou cinquante ans. Aujourd'hui elle est de quatre-vingts ans. Par conséquent, s'il y avait une impunité pour les infractions les plus graves, elle restait limitée. Autrement dit, dix ans, à l'époque, étaient considérés comme une durée longue. Mais de nos jours, avec l'allongement de la vie humaine, la question peut se poser d'un allongement corrélatif du délai de prescription de l'action publique. Cela dit, la prescription a toujours existé, que ce soit à l'époque romaine ou dans l'Ancien droit. On notera d'ailleurs que ces deux droits ignoraient l'interruption de la prescription. La période révolutionnaire sera moins conciliante : le Code du 3 Brumaire An IV retiendra comme point de départ du délai le jour où l'infraction est apparue et admettra des causes d'interruption du délai. Le Code d'instruction criminelle, quant à lui, distinguera la prescription de l'action et celle de la peine avec des délais différents pour chaque catégorie d'infractions tout en maintenant des causes d'interruption sauf pour les contraventions. Toutefois, par rapport au Code de Brumaire, le Code d'instruction criminelle fera courir le délai de prescription du jour de la commission de

¹ V. sur l'ensemble de la question A. Mihman, *Juger à temps, le juste temps de la réponse pénale*, L'Harmattan, 2008.

l'infraction. La prescription est donc érigée, à partir de ce moment, en règle générale et absolue : le temps écoulé devait avoir un effet irrémédiable sur l'avenir de la répression. Il faut attendre la fin du XIX^{ème} siècle pour que la Cour de cassation s'applique, pour certaines infractions difficilement décelables comme l'abus de confiance, à fixer le point de départ de la prescription au moment de la mise en demeure du mandataire de restituer le bien qui lui avait été remis à titre précaire. Aujourd'hui cette mise en demeure n'est plus exigée. En revanche, il y a toujours un report du point de départ du délai au jour où l'infraction peut être constatée. Cette jurisprudence a été étendue en matière d'abus de biens sociaux, la prescription ne commençant à courir qu'au jour où le procureur de la République était informé. La loi n° 2017-242 du 27 février 2017 consacre ce report précisément pour les infractions restées occultes ou dissimulées et la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 renouvelle le débat en créant pour les viols et agressions sexuelles sur mineurs, un mécanisme dit de prescription glissante, une sorte de prescription prolongée artificiellement qui ne bute sur aucun obstacle. Le législateur souffle en quelque sorte sur les braises d'une ancienne infraction commise afin que celle-ci ne s'éteigne pas ! Où l'on voit que l'imagination du législateur est fertile.

Mais pourquoi la prescription s'est-elle ainsi imposée au cours des siècles ? Parmi les justifications avancées il y aurait le fait qu'elle est l'expression de la grande loi de l'oubli, « *cet élément si puissant de la vie des individus et des peuples* »². Cette loi de l'oubli, inscrite nulle part, s'imposerait donc comme s'impose la loi de l'attraction terrestre. Or, la société actuelle a tendance à rejeter les dogmes. C'est pourquoi il y a déjà plus de quarante ans, Roger Merle et André Vitu, dans leur traité de droit criminel, se montraient critiques à l'égard de l'institution de la prescription comme si elle dérogeait à la nécessaire justiciabilité de toute action humaine bravant l'interdit social. Cette opinion rejoint celle du rapporteur sur la proposition de loi devenue la loi du 27 février 2017 : « *notre société est indéniablement de plus en plus hermétique à la notion d'oubli* », peut-on lire dans ce rapport, certains parlementaires évoquant même un déni de justice à propos de la prescription. Quant à la jurisprudence, nous l'avons vu, elle multiplie les causes d'interruption ou de report du point de départ du délai de prescription³.

Que valent les arguments des uns et des autres face à cette institution qui, même amputée de son caractère absolu, se maintient au-delà des réformes ? Est-elle la traduction d'un droit à l'oubli (I) ou bien un obstacle à l'œuvre de justice (II) ?

I) La prescription de l'action publique à l'épreuve de la loi de l'oubli

Une institution comme la prescription ne peut se maintenir au fil des siècles sans de solides fondements. Ils existent, assurément (A). Cependant, ils ont tendance à se fissurer avec le temps (B).

A) Les fondements invoqués :

Un premier fondement est avancé : le *pardon légal*. Il signifie que la société doit renoncer à mettre à exécution une décision pénale qui porte sur des faits trop anciens. Pourquoi ? Parce que la décision rendue serait dépourvue d'utilité. Pour l'opinion publique, le temps effacerait les conséquences matérielles et morales des faits. Il existe, on le sait, des affaires criminelles

² Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, II, Cujas, 1979, n°48.

³ V° notamment, Cass. Ass. Plén. 7 nov. 2014, n°14-83.739.

fort anciennes qui n'ont jamais été résolues avec certitude. Le temps est, dit-on, réparateur. À partir d'une certaine date, l'actualité devient de l'Histoire. C'est au tribunal de l'Histoire de juger dans ce cas.

Le deuxième fondement est celui du *dépérissement des preuves*. C'est l'argument principal. Il est indéniable que le temps efface peu à peu les indices et fragilise les témoignages. Certes, les progrès scientifiques réalisés (comme l'exploitation et la conservation des preuves digitales et génétiques) permettent de faire progresser les investigations policières. Il faut toutefois bien prendre la mesure de l'apport des recherches d'ADN. L'ADN ne permettra pas toujours de dater l'empreinte génétique au regard de la date des faits. Par exemple, des traces ADN du prétendu auteur de l'infraction sont retrouvées sur un vêtement : un lien est établi, soit. Mais quand ont-elles été faites au regard de la commission des faits ? Il faut bien comprendre que l'œuvre de justice doit marginaliser au maximum le risque d'erreur. Or l'établissement de la culpabilité ne peut se satisfaire de la seule production d'éléments de cette nature. Les sciences criminelles ne sont pas une science exacte. Elles ne se mettent pas en équations. Dans un article publié en 2004, une ancienne avocate générale s'exprimait ainsi : « *parce que tout temps mort excessif laisse présumer le désintérêt de la victime ou du ministère public et leur renoncement dans un système marqué par le principe de l'opportunité des poursuites. La prescription apparaît nettement comme la réponse procédurale apportée à l'inaction ou l'oubli volontaire ou involontaire* »⁴.

Troisième fondement : à la *négligence et à l'inaction de l'autorité judiciaire* s'ajouteraient des considérations de *bonne gestion* dans la conduite de la politique pénale. La justice doit se mobiliser sur les troubles sociaux les plus récents et les plus graves. Comment imaginer que l'institution judiciaire, qui souffre déjà d'un manque de moyens, puisse vouloir juger des faits présents et passés depuis de longues années ? Le critère temporel devient un critère de sélection. Cet argument n'a toutefois plus la même force : la récente loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire vient de créer des juridictions spécialisées pour les crimes sériels et non élucidés. Elle veut précisément lutter contre l'oubli. Nous pourrions évoquer également, pour terminer, l'argument développé par Gabriel Tarde qui faisait état d'un changement d'identité chez l'auteur des faits. Pour Tarde, plus le temps passe, plus le délinquant est susceptible de changer. Si aucune nouvelle infraction ne vient à être constatée dans le délai de prescription, la personne que l'on jugerait, en dépit de la prescription, ne serait plus celui ayant commis les faits dix ou vingt ans auparavant. L'auteur serait ainsi amendé. La condamnation avec sursis s'inspire de ces réflexions.

Que penser de ces arguments ?

B) Appréciation critique

Le pardon légal évoqué précédemment est une utopie. Il peut, à l'inverse, encourager l'auteur des faits à persévérer. Beccaria ne croyait pas au pardon. Pour lutter efficacement contre le crime, il ne peut y avoir d'impunité : le châtement, écrit-il, doit être inévitable : « *ce n'est pas la rigueur du supplice qui prévient le plus sûrement les crimes. C'est la certitude du châtement* »⁵. La prescription est, en vérité, antinomique de toute idée d'effet dissuasif des incriminations. Il ne doit pas y avoir d'espérance d'échapper à la répression. Cette opinion a

⁴ D. N. Commaret, « Point de départ du délai de prescription de l'action publique : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme législative d'ensemble », *RSC* 2004.897.

⁵ *Des délits et des peines*, 1764, §XX.

été reprise par les positivistes de la fin du XIX^{ème} siècle en l'exacerbant d'ailleurs. Pour cette doctrine le critère de l'intervention du droit pénal est la dangerosité de l'individu. Or, si la justice ne peut plus « passer » après un certain délai, une fois l'acte commis, le risque d'un accroissement de la criminalité devient réel.

Qu'en est-il alors de l'imprescriptibilité, manifestation ultime de l'absence d'oubli ? Elle existe pour le crime contre l'humanité. On se souvient que cette imprescriptibilité trouve son origine dans l'accord de Londres créant en 1945 le tribunal international de Nuremberg afin de juger les criminels nazis. Cet accord liait les quatre grandes puissances victorieuses (USA, URSS, Royaume-Uni, France). Or, sur ces quatre puissances, en cas de tels crimes, seule la France prévoyait à l'époque une prescription. La majorité des États signataires l'a emporté et l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité fut retenue, passant dans notre droit positif avec la promulgation du Code pénal de 1992. D'une certaine manière, cette imprescriptibilité justifie paradoxalement la prescription. C'est l'exception qui confirme la règle. Que signifie-t-elle par rapport à l'auteur des faits ? L'imprescriptibilité, quoiqu'on en dise, reste enfermée dans la durée de la vie humaine. Pour un crime commis par une personne âgée de cinquante ans, un délai de trente années (qui est celui s'appliquant au crime de guerre) durant lequel il est susceptible d'être poursuivi est quasiment une imprescriptibilité surtout si l'on tient compte des causes d'interruption du délai⁶. Disons, que l'imprescriptibilité a surtout une signification symbolique et traduit l'exceptionnelle gravité des faits. Aussi le crime contre l'humanité est-il le seul crime imprescriptible si bien que tout régime de prescription de l'action publique qui s'approcherait d'une imprescriptibilité doit être écarté. C'est la raison du débat qui a eu lieu il y a maintenant vingt-cinq ans sur le délai de prescription de l'action publique relatif au délit d'abus de biens sociaux et qui a été renouvelé avec le vote de la loi du 21 avril 2021. Nous sommes en plein paradoxe : on cherche aujourd'hui pour certaines infractions, comme le viol et les agressions sexuelles sur mineurs, à consacrer une para-imprescriptibilité alors qu'à d'autres époques, on rappelait avec force l'unicité d'un régime de prescription privilégiant comme point de départ du délai le jour de la commission des faits⁷. Une autre raison a été avancée pour justifier le rejet de l'oubli de l'infraction : l'empathie nécessaire avec les victimes. Quand on affirme que le temps « efface l'infraction jusqu'à son souvenir dans la mémoire des individus »⁸, il s'agit de « mots » qui renvoient à des généralités, à des concepts tels que « la société », « les peuples » ou « l'ordre public ». N'est-ce pas parce que le droit pénal repose sur de telles violations que les victimes doivent être exclues ? Le droit pénal, dans son sens strict, dit-on, place l'individu, auteur des faits, dans un rapport de droit avec la société, rapport dont ne fait pas partie la victime. Quelle erreur d'appréciation ! L'infraction ne se réduit pas à une incrimination. Elle a une dimension humaine à la fois par rapport à l'auteur et par rapport à la victime. Chaque fois qu'un acte infractionnel est dirigé contre une personne physique, celle-ci éprouve dans sa chair et son être l'effet direct de cet acte. Cela vaut pour les victimes directes ou par ricochet, voire les victimes dites « collatérales » en cas d'attentat terroriste comme vient de l'admettre la Cour de cassation⁹. La victime n'est pas seulement une « partie lésée » ou un « plaignant ». Ce n'est pas une simple notion procédurale¹⁰. De fait, la justice pénale ne peut pas faire abstraction de la

⁶ V. *infra* IIA

⁷ V° proposition de la commission Coulon, *La dépenalisation de la vie des affaires*.

⁸ R. Merle et A. Vitu, *op.cit.*, n°47

⁹ Cass. crim. 15 févr. 2022, n°21-80.670/264/265, *Bull.crim.*, p. 8 et s. ; J. Alix, « La Cour de cassation redessine les contours de la constitution de partie civile des victimes d'attentats terroristes », *AJ.pén.* 2022.143. Le préjudice d'angoisse ou d'attente pourrait bien dans un avenir proche se voir indemnisé.

¹⁰ D'ailleurs, l'utilisation du terme « victime » est abusif à ce moment de l'instance car le jugement n'est pas encore rendu ; la responsabilité de l'auteur n'est donc pas établie.

présence de la victime, élément de la situation infractionnelle, ce qui ne veut pas dire que fixer le rôle exact de la victime dans l'instance pénale soit facile. Comment, dans ces conditions, accepter l'idée d'une prescription, synonyme d'oubli ? Le procès est vécu comme une thérapie qui doit permettre à la victime de faire son deuil du traumatisme lié à l'infraction. On est ainsi conduit à lever tout obstacle à l'œuvre de justice. L'allongement du délai de prescription, sa suppression même, s'imposerait donc dans ce schéma, oubliant toutefois que le procès peut s'achever par une relaxe ou un acquittement au bénéfice du doute en raison du dépérissement des preuves. La décision judiciaire, revêtue de l'autorité de la chose jugée, s'abat alors avec violence sur une victime qui vivra cette décision comme une négation de sa parole à l'issue d'une procédure qui aura réactivé son traumatisme. Devra-t-on un jour remettre en cause l'autorité de la chose jugée après avoir fait disparaître la prescription ? Nous n'en sommes pas là pour l'instant. Le principe même de la prescription est un acquis. Pour autant, à défaut de supprimer le jeu de la prescription, nous assistons, depuis plusieurs années, à des pratiques de contournement de ce principe pour certaines catégories d'infractions, pratiques qui ne laissent pas d'inquiéter.

II) La prescription de l'action publique à l'épreuve des exigences de la répression et de la sécurité juridique

Il existe des prescriptions allongées **(A)** et depuis peu, une prescription dite « glissante », très originale **(B)**.

A) Les prescriptions allongées

Chronologiquement, ce fut d'abord l'action de la Cour de cassation, ensuite celle du législateur.

Il y a, tout d'abord, cette jurisprudence, déjà ancienne, de la Cour de cassation, qui retarde le point de départ du délai de prescription. Ce fut le cas en matière d'abus de confiance puis, dans les années 1970, en présence d'abus de biens sociaux. L'idée était que pour des infractions qui ne se révèlent que bien longtemps après leur commission, le point de départ du délai soit retardé au jour de la constatation du délit. Ensuite, la Cour de cassation n'a pas, non plus hésité à favoriser l'interruption de la prescription en adoptant une conception extensive de l'acte de poursuite. Il faut se souvenir que, selon les anciens articles 7, 8 et 9 du Code de procédure pénale, seuls étaient interruptifs « les actes d'instruction ou de poursuite », d'où la tentation pour la chambre criminelle d'élargir le domaine de ces actes même si, par leur nature, leur qualification était délicate. Par exemple, que penser des actes d'enquête ? Ce ne sont ni des actes d'instruction (sauf pour les commissions rogatoires) ni des actes de poursuite. Peut-être des actes de recherche ; mais dans ce cas, ils ne sont pas visés par les textes ci-dessus. Cette limitation par le législateur du domaine de l'interruption de la prescription n'a pas empêché la chambre criminelle, dans l'affaire des disparus de l'Yonne, de considérer qu'un simple « soit-transmis » adressé par le procureur de la République à une autorité administrative puisse interrompre la prescription¹¹. Désormais, selon l'article 9-2 du Code de procédure pénale, sont interruptifs tous les actes du ministère public, les actes d'enquête, les actes d'instruction à condition de tendre à la recherche et à la poursuite des auteurs d'une infraction ainsi que les jugements et arrêts. Qu'en est-il alors, avec cette

¹¹ Cass.crim. 20 févr. 2002, n°01-85.042 ; *Bull.crim.*, n°42.

nouvelle formulation du Code de procédure pénale, des ordonnances de non-lieu ou du classement sans suite ? En appliquant la décision de la chambre criminelle, ces actes de procédure auraient pu être assimilés à des actes interruptifs. L'énumération du Code de procédure pénale empêche toutefois une telle analyse. Si le texte apporte plus de sécurité juridique, il bride la jurisprudence au nom de l'interprétation stricte. Enfin, la Cour de cassation a franchi une étape supplémentaire dans un arrêt du 7 novembre 2014 de son Assemblée Plénière¹² en visant la notion d'« obstacle insurmontable » à propos d'un infanticide dont nul n'avait pu avoir connaissance et qui était prescrit si l'on s'en tenait à la règle qui veut que le point de départ du délai de prescription soit le jour de la commission des faits. La Cour de cassation a considéré que le délai de prescription avait été « suspendu » jusqu'à la découverte du cadavre. Il faut dire que la solution est surprenante : comment peut-on suspendre un délai qui n'a pas commencé à courir ? À cet égard, l'article 9-3 du Code de procédure pénale reprend maladroitement la formulation de l'Assemblée Plénière. S'il s'agit d'un obstacle de droit, il n'y a rien à dire. S'il s'agit d'un obstacle de fait, la prescription, qui reste la règle, pourrait toutefois devenir illusoire, car la notion d'obstacle de fait n'est guère précise.

Mais au-delà de ces consécutions jurisprudentielles, le législateur va encore plus loin avec la loi du 27 février 2017. Les délais de prescription de droit commun¹³ de l'action publique sont purement et simplement allongés : ils passent de dix à vingt ans pour les crimes et de de trois à six ans pour les délits ; les contraventions échappent à cette modification : le délai reste d'une année.

Par ailleurs, la loi retarde le point de départ de la prescription pour les infractions occultes ou dissimulées¹⁴ au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée. Il a toutefois un délai butoir qui court à compter de la commission de l'infraction : douze ans pour les délits et trente ans pour les crimes. La loi évite donc l'imprescriptibilité de fait !

L'on pensait avec la loi du 27 février 2017 que le régime de la prescription avait été adapté à l'évolution de la criminalité. La récente loi du 21 avril 2021 est là pour prouver le contraire. Faisant preuve d'une grande imagination le législateur vient d'inventer la prescription « glissante » ou : comment rendre imprescriptible un crime prescriptible ?

B) La prescription glissante

Sont visés ce qu'on appelle les crimes sexuels sériels et anciens. D'abord, en cas de viol sur mineur, le délai de prescription est dorénavant de trente ans à compter de la majorité de la victime (soit à son quarante huitième anniversaire). Si l'auteur du viol a commis précédemment d'autres viols ou agressions sexuelles sur un autre mineur avant l'expiration du délai de prescription, il y aura prolongation du délai de prescription du premier viol jusqu'à la date de prescription de la nouvelle infraction. La règle s'applique aussi pour les délits. A défaut de mettre en place une imprescriptibilité des infractions sexuelles commises sur mineur que réclamaient plusieurs associations, la loi crée ce mécanisme original consistant à prolonger (et non interrompre) artificiellement le délai de prescription d'infractions

¹² Déc. préc.

¹³ À noter que certaines infractions sont déjà soumises à des délais de prescription plus longs : crimes de guerre, terrorisme, trafic de stupéfiants.

¹⁴ L'infraction occulte est l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire - par ex. L'atteinte à la vie privée. L'infraction dissimulée est l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée pour empêcher la découverte - par ex. l'abus de biens sociaux.

anciennes, si des poursuites sont exercées pour de nouvelles infractions commises par le même auteur. Le rapport de la mission d'information de l'Assemblée nationale diffusé en 2015 avait pourtant insisté à propos d'une éventuelle réforme de la prescription sur la lisibilité de la réforme et la nécessité d'éviter les lois bavardes.

Deux remarques complémentaires sur cette initiative législative : en premier lieu, cette réforme rompt l'égalité entre les victimes d'infractions. En revanche, toutes les victimes d'infractions sexuelles commises par le même auteur seront parties à la procédure et ne seront pas seulement des « témoins ». Certes, mais que penser de la situation dans laquelle l'auteur du viol le plus récent bénéficierait d'un classement sans suite ou d'un acquittement ? Que doit-il en être des infractions plus anciennes ? Elles ne peuvent échapper à la prescription ; d'où l'utilisation par le législateur du critère de la connexité entre les différentes infractions pour éviter ce résultat et interrompre le délai de prescription (CPP., art. 9-2). En second lieu, il existe un risque que la loi du 21 avril 2021 soit lue comme un précédent que certains voudront utiliser pour d'autres infractions.

Que dire pour terminer ? Il s'avère que la société contemporaine accepte de moins en moins l'idée qu'il puisse exister des passerelles permettant d'échapper à la justice et de jouir de l'impunité simplement parce que le temps a passé. Lutter contre l'oubli n'est pas en soi condamnable à condition que cela ne se traduise pas par un acharnement judiciaire et par des lois votées dans l'urgence à la suite de la médiatisation d'affaires judiciaires passées. Le temps de la justice et celui des médias n'est pas le même : cette différence doit demeurer. Malheureusement la réalité est différente : des faits prescrits législativement, c'est-à-dire oubliés volontairement par le droit, ressurgissent médiatiquement. Il semble, dès lors, regrettable que, dans une démocratie, le législateur accepte de se soumettre à la dictature des médias.

II. La réaction aux risques de l'écoulement du temps

Le risque de viralité en ligne

Jessica EYNARD

Maître de conférences HDR,
Université Toulouse 1 Capitole-Institut de Droit privé (EA 1920)

Résumé : Dans l'environnement en ligne, le temps constitue en lui-même un risque : celui de la viralité. Un contenu publié est facilement répliqué et diffusé. Quand ce contenu est illicite, des mesures doivent être prises pour empêcher sa publication ou, à défaut, sa propagation. Ainsi, pour être efficaces, ces mesures doivent idéalement intervenir en amont de la publication, bien que des moyens d'action doivent être maintenus quand la publication n'a pas pu être empêchée. Surtout, la lutte contre la propagation de contenus illicites impose d'agir sur le fonctionnement même des services en cause, qui repose sur les interactions et la capacité des utilisateurs à partager les informations. A cet égard, le *Digital Services Act* apparaît être un texte prometteur car il pose un cadre contraignant visant notamment à gérer les risques systémiques ou structurels.

Mots-clés : viralité ; contenus illicites ; retrait de contenus ; blocage ; risques systémiques ; contrôles internes et externes

Abstract : *In the online environment, time itself constitutes a risk: that of virality. Published content is easily replicated and disseminated. When this content is illicit, measures must be taken to prevent its publication or, failing that, its propagation. Thus, to be effective, these measures must ideally be taken before the publication, although the means of action must be maintained when the publication could not be prevented. Above all, the fight against the propagation of illicit content requires action on the very operation of the services in question, which relies on the interactions and the ability of users to share information. In this respect, the Digital Services Act appears to be a promising text because it sets out a binding framework aimed at managing systemic or structural risks¹.*

Keywords : *virality ; illegal contents ; removal of contents ; blocking ; systemic risks ; internal and external controls*

Quelques chiffres. En une décennie, *Facebook* est passé de 430 millions d'utilisateurs mensuels dans le monde à près de 3 milliards aujourd'hui. *Twitter* comptabilise près de 200 millions d'utilisateurs² quand *Instagram* regroupe 1,3 milliard de membres, *TikTok*, 1 milliard et *Snapchat*, 538 millions³. *YouTube*, détenu par *Google*, réunit environ 2,2 milliards d'utilisateurs à travers le monde, qui visionnent chaque jour 1 milliard d'heures de vidéo sur la plateforme et ajoutent plus de 500 heures de vidéo toutes les minutes, soit 720 000 heures de vidéo par jour. Toutes les secondes, 90 000 vidéos sont visionnées⁴. Ces chiffres donnent le tournis et témoignent de la masse de contenus accessibles en ligne autant que de leur potentiel de circulation. C'est sans surprise que les termes de chaos ou de cacophonie informationnel(le)⁵ ont pu être utilisés. Dans une société hyperconnectée, créatrice et consommatrice de données, le temps représente en lui-même un risque : celui de la viralité.

¹Traduit avec www.DeepL.com/Translator.

²Rapport d'information de F. Blatrix-Contat et C. Morin-Dessailly, fait au nom de la commission des affaires européennes, *Amplifier la législation européenne sur les services numériques (DSA) pour sécuriser l'environnement en ligne*, n° 274 (2021-2022) - 8 décembre 2021.

³<https://blog.hubspot.fr/marketing/chiffres-youtube>.

⁴Ces chiffres proviennent du site <https://www.blogdumoderateur.com/chiffres-youtube/>.

⁵Rapport de la Commission présidée par G. Bronner, *Les Lumières à l'ère du numérique*, janvier 2022.

Notion de viralité. Le Dictionnaire Larousse définit la viralité comme la « *diffusion rapide et imprévisible de contenus divers (photos, vidéos, etc.) sur Internet par effet viral, via les réseaux sociaux, particulier* »⁶. L'effet viral renvoie à la qualité de propagation d'un virus, ce dernier signifiant « poison » en latin⁷. Le virus est une petite particule qui infecte une cellule et l'utilise pour se répliquer et infecter de nouvelles cellules⁸. Dans le monde légal numérique, la viralité pourrait alors être considérée comme la réplication d'un contenu illicite à partir d'une plateforme ou d'un site. Ce parallèle n'est pourtant pas convaincant. Sur le réseau, la viralité peut concerner tout aussi bien un contenu illicite ou licite. Une vidéo devient virale à partir du moment où elle a été vue un certain nombre de fois, sans considération de sa nature licite ou non. Il est donc étonnant que ce soit le vocabulaire issu du mot « virus » qui ait été choisi et il faut convenir finalement que la métaphore virale renvoie à « *un objet culturel (image, vidéo, texte, etc.) [qui], tel un virus contagieux (qui suscite de l'intérêt) (...) circule très rapidement par réplication (partage) d'une cellule à une autre (individus émetteurs/récepteurs), puis d'un hôte à un autre (groupes sociaux) en les contaminant (par adhésion), et ce, si besoin en mutant (par altération) pour faciliter et accélérer sa propagation. La finalité d'une communication virale est d'atteindre le stade ultime de l'épidémie, voire de la pandémie (focalisation collective de l'attention sur l'objet)* »⁹. Sur internet, la quantité d'informations s'amplifie en même temps que la capacité de maîtriser leur diffusion s'étirole. Tel un virus, l'information circule de comptes en comptes, de liens en liens. Elle se propage et cela, dans une temporalité réduite.

Une viralité structurelle. On pourrait croire que cette propagation rapide est conjoncturelle. Elle dépendrait en ce sens du contexte donné. Elle apparaît pourtant être au cœur du fonctionnement de certains services fournis en ligne, dont le socle repose sur des outils favorisant la viralité. A des mécanismes, en particulier cognitifs, encourageant la présence en ligne, se superposent des fonctionnalités encourageant les interactions. On pense aux boutons « *share* », « *like* », « *retweet* », ... des réseaux sociaux *Facebook (Méta)* et *Twitter*, mais aussi aux algorithmes de recommandation ou au phénomène de la publicité ciblée qui participent à la multiplication des clics et à l'hyperactivité générée en ligne. Les utilisateurs sont autant de créateurs de contenus et de points de dissémination de l'information. Cette viralité peut pourtant s'avérer source de difficultés.

Une viralité problématique. La diffusion à grande échelle de certains contenus doit être combattue. Un exemple tiré de l'actualité suffit à mettre en lumière les risques de viralité en ligne. Le 15 mars 2019, Brenton Tarrant diffusait en direct sur *Facebook Live* les meurtres qu'il commettait dans deux mosquées de la ville de Christchurch en Nouvelle-Zélande. La vidéo a duré 17 minutes avant d'être bloquée par la plateforme. Par la suite, la société *Facebook* annonçait avoir « *retiré 1,5 million de vidéos de l'attaque dans le monde en 24h, dont plus de 1,2 million ont été bloquées lors du téléchargement* »¹⁰. Le temps qui s'écoule présente ainsi en lui-même un risque, celui de la circulation exponentielle et incontrôlable d'une information qui n'aurait jamais dû être visible sur la toile car illicite.

⁶<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/viralit%C3%A9/10910800>.

⁷<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/virus/82157>.

⁸<https://www.techno-science.net/glossaire-definition/Virus-page-5.html>.

⁹ U. Roux, « Viralité : la métaphore virale et ses limites », *Terminal* 129/2021, n°10, accessible sur <https://journals.openedition.org/terminal/7299#bodyftn1>.

¹⁰ Facebook Newsroom (@fbnewsroom) [March 17, 2019](#).

Outre les contenus illicites, les fausses informations doivent faire l'objet d'un traitement particulier. Dans son rapport pour l'Organisation des Nations Unies, la rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression constate en ce sens que « *la technologie numérique a mis à la disposition de divers acteurs des moyens de produire, de diffuser et d'amplifier des informations fallacieuses ou tendancieuses à des fins politiques, idéologiques ou commerciales à une échelle et une vitesse et avec une audience sans précédent. La désinformation en ligne, qui s'adosse à des griefs politiques, sociaux et économiques exprimés dans le monde réel, peut avoir de graves conséquences pour la démocratie et les droits de l'homme, comme on l'a constaté lors de récentes élections, dans la lutte contre la pandémie de coronavirus (COVID-19) et dans des attaques commises contre des groupes minoritaires. Elle crée des tensions politiques, entrave l'exercice effectif de leurs droits par les personnes et ruine leur confiance dans le gouvernement et les institutions* »¹¹. Les enjeux sont tels que de nombreux rapports ont été consacrés à cette question¹².

L'encadrement juridique proposé. Depuis quelques années, les règles juridiques se sont multipliées. Elles s'organisent principalement autour d'obligations de retrait et de blocage de certains contenus identifiés. En France, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance pour l'économie numérique (LCEN)¹³ est la première à avoir inclus des dispositions visant à retirer des contenus illicites d'un site en ligne. Plusieurs textes ont suivi, comme la loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information¹⁴, dont le champ d'application se concentre sur la période électorale. La loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet (dite Loi Avia)¹⁵ mérite également d'être citée. Avant une censure importante opérée par le Conseil constitutionnel¹⁶, elle avait pour objet de poser un cadre juridique strict en matière de lutte contre les contenus dits haineux en ligne, définis comme « *tout contenu contrevenant manifestement aux dispositions mentionnées aux cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24, à l'article 24 bis et aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, aux articles 222-33, 227-23 et 421-2-5 du code pénal ainsi que, lorsque l'infraction porte sur un contenu à caractère pornographique, à l'article 227-24 du même code* »¹⁷. Enfin la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République¹⁸ s'intéresse au retrait des contenus illicites, tout en se référant aux discours de haine. Elle anticipe l'adoption du *Digital Services Act* européen¹⁹ qui pose des obligations échelonnées en fonction des risques présentés par les divers acteurs, pour lutter contre les contenus illicites. Avant ce texte, l'Union européenne avait déjà légiféré, de façon sectorielle. Ainsi, le

¹¹I. Kahn, *Désinformation et liberté d'opinion et d'expression*, A/HRC/47/25, Assemblée générale des Nations Unies, avril 2021.

¹²Voir par exemple le Rapport de la Commission Bronner, *op.cit.* ; le Rapport du Groupe des Régulateurs Européens des Services de Médias Audiovisuels (ERGA), *Disinformation: Assessment of the implementation of the Code of Practice*, 2020 ; Rapport spécial de la Cour des comptes européenne, *La désinformation concernant l'UE : un phénomène sous surveillance mais pas sous contrôle*, 2021.

¹³Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance pour l'économie numérique, *JORF* n°0143 du 22 juin 2004 (modifiée depuis).

¹⁴Loi n°2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information, *JORF* n°0297 du 23 décembre 2018.

¹⁵Loi n°2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet, *JORF* n°0156 du 25 juin 2020.

¹⁶Conseil constitutionnel, 18 juin 2020, n° 2020-801 DC.

¹⁷Art. 1^{er} de la proposition de loi n°1785 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet. Les contenus haineux sont globalement ceux qui font l'apologie des crimes contre l'humanité, qui provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes ou qui comportent une incitation à la haine, à la violence, à la discrimination ou une injure envers une personne ou un groupe de personnes à raison de l'origine, d'une prétendue race, de la religion, de l'ethnie, de la nationalité, du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre ou du handicap, vrais ou supposés. On y inclut également les contenus en liens avec du proxénétisme ainsi que les contenus violents ou pornographiques, lorsqu'ils sont accessibles aux mineurs.

¹⁸Loi n°2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, *JORF* n°0197 du 25 août 2021.

¹⁹Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), *JOUE* L 227/1 du 27 octobre 2022. Ce règlement est également appelé le *Digital Services Act* ou DSA.

règlement européen 2021/784 du 29 avril 2021 propose un cadre pour lutter contre la diffusion de contenus à caractère terroriste²⁰, la directive 2019/790 du 17 avril 2019 porte quant à elle, sur les contenus protégés par les droits de propriété intellectuelle²¹ et la directive Service Médias Audiovisuels²² amendée en 2018²³ exige des fournisseurs de services qu'ils protègent les mineurs contre les contenus susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral et qu'ils protègent le grand public contre les contenus comportant une incitation à la violence ou à la haine visant un groupe ou un membre d'un groupe (discrimination) ou dont la diffusion constitue une infraction pénale en vertu du droit de l'Union.

Un corpus juridique à renforcer. Le corpus juridique apparaît conséquent et éclaté. L'évènement qui s'est déroulé à Christchurch, les fausses informations diffusées à l'occasion de la pandémie de COVID-19 sont révélateurs de ses faiblesses. Une information, même retirée promptement par un opérateur, est susceptible de refaire son apparition en ligne, obligeant à procéder à un nouveau retrait et laissant peser le risque d'une diffusion incontrôlée de l'information en question. Pour cette raison, un cadre global doit être pensé qui repose sur un éventail de mesures portant d'une part, sur des contenus problématiques identifiés et d'autre part, sur le système qui concourt à diffuser ces contenus. A des mesures ponctuelles s'appliquant à une information en particulier **(I)** se superposent des mesures d'ordre structurel, vouées à lutter contre les risques ayant pour origine le fonctionnement du système dans lequel sont inscrites les informations **(II)**.

I) Les mesures ponctuelles de lutte contre la viralité de contenus illicites

En vertu de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000²⁴, reprise sur ce point par le *Digital Services Act*, les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires en ligne une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites²⁵. Sans obligation de proactivité, l'action des fournisseurs de services s'est d'abord principalement concentrée sur la période postérieure à la publication. Le rapport d'information présenté par les députées Aude Bono-Vandorme et Constance Le Grip à l'Assemblée nationale observe à cet égard que « *les fournisseurs de services en ligne restent (...) dans une position de réaction face au comportement des utilisateurs, et ne garantissent pas l'impossibilité pour un internaute de télécharger un contenu illégal, illicite ou haineux* »²⁶. Cette action *a posteriori* se révèle à l'évidence moins efficace lorsqu'il s'agit de lutter contre la viralité de l'information. Une fois celle-ci publiée, sa duplication et sa diffusion semblent

²⁰Règlement (UE) 2021/784 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne, *JOUE* L 172 du 17 mai 2021.

²¹Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, *JOUE* L130 du 17 mai 2019.

²²Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, *JOUE* L 95 du 15 avril 2010.

²³Directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché, *JOUE* L 303 du 28 novembre 2018.

²⁴Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *JOCE* L 178 du 17 juillet 2000.

²⁵Art. 15 de la Directive 2000/31/CE, *op. cit.*, et art. 8 du DSA.

²⁶Rapport d'information de A. Bono-Vandorme et C. Le Grip, fait au nom de la commission des affaires européennes, *Pour une amélioration de la proposition de règlement concernant la législation sur les services numériques (Digital Services Act)*, n° 4916 rectifié – 19 janvier 2022.

presque inévitables **(A)**. La meilleure stratégie consiste donc à opérer en amont de la publication de façon à ce que l'information ne devienne jamais un objet saisi par le réseau **(B)**.

A) Les mesures prises en aval de de la publication du contenu

Ces mesures consistent à retirer ou à bloquer l'accès à un contenu identifié ou à déréférencer une adresse électronique ou un lien.

En France, l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) organise en ce sens une procédure de retrait de contenus manifestement illicites. Il est complété par l'article 6-4 applicable aux opérateurs de plateforme en ligne²⁷.

Le retrait peut avoir plusieurs sources. L'hébergeur du contenu peut tout d'abord, en principe, être à son origine puisqu'il est tenu de procéder au retrait dès qu'il a effectivement connaissance de son caractère manifestement illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère. Le destinataire du service peut apporter cette connaissance en procédant à une notification, laquelle doit respecter un formalisme strict, décrit à l'article 6 I 5 de la LCEN. L'autorité administrative peut également être à l'initiative de la demande de retrait « *lorsque les nécessités de la lutte contre la provocation à des actes terroristes ou l'apologie de tels actes relevant de l'article 421-2-5 du code pénal ou contre la diffusion des images ou des représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du même code le justifient* »²⁸. Enfin, le juge judiciaire peut être sollicité dans différents contextes. Ainsi, de façon générale, « *le président du tribunal judiciaire, statuant selon la procédure accélérée au fond, peut prescrire à toute personne susceptible d'y contribuer toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne* »²⁹. Il peut ainsi enjoindre à l'hébergeur de retirer le contenu ou au fournisseur d'accès internet (FAI) de bloquer l'accès au contenu. Sous un angle sectoriel, le juge judiciaire peut décider de l'arrêt d'un service de communication au public en ligne pour les faits liés à des actes de terrorisme ou faisant publiquement l'apologie de ces actes « *lorsqu'ils constituent un trouble manifestement illicite, à la demande du ministère public ou de toute personne physique ou morale ayant intérêt à agir* »³⁰. Il joue aussi un rôle quand le contenu concerne un acte de contrefaçon.

La question qui se pose est celle de l'effectivité de ces dispositions. Les résultats de l'évaluation de la Commission européenne sur l'application du code de conduite visant à combattre les discours de haine illégaux³¹ sont bons, malgré un ralentissement. Au total, en 2021, 4543 notifications ont été soumises aux sociétés ayant adhéré au code de conduite, parmi lesquelles on compte les grands réseaux sociaux. Celles-ci ont traité « *81 % des notifications en moins de 24 heures, soit un pourcentage inférieur à la moyenne de 2020, qui était de 90.4 %* » et « *ont supprimé 62,5 % des contenus qui leur ont été notifiés, soit un*

²⁷Tels que définis à l'article L111-7 du Code de la consommation.

²⁸Art. 6-1 de la LCEN. On notera que l'autorité administrative peut émettre une injonction de retrait (art. 6-1-1 de la LCEN) mais aussi notifier les adresses électroniques dont les contenus contreviennent aux articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal aux moteurs de recherche ou aux annuaires, lesquels doivent prendre toute mesure utile destinée à faire cesser le référencement du service de communication au public en ligne (art. 6-1 de la LCEN). Elle peut également « demander à tout exploitant d'un service reposant sur le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus proposés ou mis en ligne par des tiers de faire cesser le référencement des adresses électroniques donnant accès aux services de communication au public en ligne » visés (art. 6-3 de la LCEN).

²⁹Art. 6 I 7 de la LCEN.

³⁰C. proc. pén., art. 706-23.

³¹https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/qanda_20_1135.

pourcentage inférieur à la moyenne de 71 % enregistrée en 2019 et en 2020 »³². Ces chiffres doivent néanmoins être relativisés. Des enquêtes sectorielles mettent en exergue la marge de progression qui demeure. Par exemple, en matière de retransmission illicite de compétition sportive³³, une enquête a révélé que 40 % des personnes ayant visionné des contenus sportifs illicites en direct au cours des six derniers mois précédents l'enquête ont été directement confrontées à des mesures de blocage. Parmi celles-ci, 37 % ont abandonné l'idée de regarder le contenu qu'elles souhaitaient visionner à la suite du blocage quand 47 % se sont rendues sur d'autres sites illicites. Seules 15% ont souscrit une offre légale. Ces chiffres montrent que la loi vient seulement limiter la pratique du visionnage de contenus illicites, sans parvenir à l'éliminer.

Les taux de retrait affichés omettent en outre la part des contenus problématiques qui ne font pas l'objet d'une notification auprès du fournisseur de service et qui demeurent donc en ligne. A cet égard, l'absence d'interface homogène de signalement des contenus illicite est une difficulté qui a déjà été soulignée³⁴, de même que la difficulté à déterminer ce qui est illicite, ce terme laissant en outre de côté une partie des contenus tels que les fausses informations. L'intervention de tiers informés, dénommés des signaleurs de confiance³⁵ pourraient répondre en partie à ces critiques.

La Commission nationale consultative des droits de l'Homme observe également que « *la modération mise en place par les grandes plateformes, qui se fait à l'échelle internationale, peine à s'adapter à la diversité linguistique des contenus litigieux, à leur contexte, aux cultures et particularismes locaux, ainsi qu'au droit national applicable* »³⁶. Elle souligne enfin le risque de surblocage qui pourrait nuire aux libertés d'information et de communication et tempère l'efficacité du système en pointant du doigt les risques de contournement dès lors que « *la mesure de blocage ne permet pas de supprimer le contenu litigieux à la source* »³⁷. La même critique peut être formulée à l'égard du droit au déréférencement prévu par le Règlement général sur la protection des données³⁸. S'il est utilisé par son titulaire, ce droit a en réalité une effectivité particulièrement circonscrite dans ses champs d'application matériel et territorial. Le débiteur est nécessairement un moteur de recherche qui opérera un arbitrage entre le droit de la personne concernée sur les données et le droit du public à connaître l'information dont le déréférencement est demandé. S'il fait droit à cette demande, celle-ci ne portera que sur le lien obtenu au terme d'une recherche à partir du nom de la personne et ne concernera pas le site de l'éditeur de l'information³⁹.

³²Commission européenne, *Countering illegal hate speech online. 6th evaluation of the Code of Conduct*, 7 octobre 2021.

³³Voir l'article L. 333-10 du code du sport qui a créé un dispositif ouvert aux titulaires du droit d'exploitation audiovisuelle sur une compétition ou une manifestation sportive. Ceux-ci peuvent saisir le président du tribunal judiciaire afin de demander toutes mesures proportionnées visant à faire cesser l'atteinte, telles que des mesures de blocage ou de retrait ou de déréférencement, lorsqu'ont été constatées des atteintes graves et répétées à leur droit d'exploitation audiovisuelle. Une fois les mesures ordonnées, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) est compétente pour veiller à leur mise en œuvre.

³⁴Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH), Avis sur la lutte contre la haine en ligne, A-2021-9, 8 juillet 2021, n°38.

³⁵Art. 22 du DSA.

³⁶CNCDH, A-2021-9, *op. cit.*, n°32.

³⁷CNCDH, A-2021-9, *op. cit.*, n°26.

³⁸Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE L119 du 4 mai 2016.

³⁹J. Eynard, « Confiance par l'"empouvoirement" de la personne concernée : réalité ou espoir à concrétiser ? », in *La confiance numérique. Travaux de la Chaire sur la confiance numérique*, LexisNexis, 2022. DIRECTION, PAGE ??

Finalement, on observe qu'une fois le contenu mis en ligne, seules des mesures « palliatives », donc partiellement satisfaisantes peuvent être mises en œuvre. Pour être réellement efficace, l'action des utilisateurs, du juge, ou encore des fournisseurs de services doit se concentrer sur la phase précédant la publication du contenu.

B) Les mesures prises en amont de la publication du contenu

On vise ici les mesures prises pour empêcher la publication mais aussi la republication d'un contenu litigieux. Il s'agit de trouver des solutions pour lutter contre la circulation des informations et les pratiques de contournement. Sur ce point, il a en effet été observé que *« les mesures prises par le juge afin d'empêcher l'accès à un site dont le contenu est illicite peuvent être aisément contournées par les sites dits miroirs, qui reprennent des contenus jugés illégaux par l'autorité judiciaire, gardienne des libertés fondamentales »*⁴⁰. Ce phénomène a reçu une réponse juridique.

La Cour de justice de l'Union européenne a été la première à intervenir, en permettant à un État membre d'enjoindre à un hébergeur de supprimer les informations qu'il stocke et dont le contenu est identique ou équivalent à celui d'une information déclarée illicite précédemment ou de bloquer l'accès à celles-ci, partout dans le monde, quel que soit l'auteur de la demande de stockage de ces informations⁴¹. En d'autres mots, le fournisseur de service intéressé doit s'assurer du maintien hors ligne des contenus jugés illicites. Pour la Cour, il ne s'agit pas d'une *« obligation excessive imposée à l'hébergeur, dans la mesure où la surveillance et la recherche qu'elle requiert sont limitées aux informations contenant les éléments spécifiés dans l'injonction et où leur contenu (...) de nature équivalente n'oblige pas l'hébergeur à procéder à une appréciation autonome, ce dernier pouvant, ainsi, recourir à des techniques et à des moyens de recherche automatisés »*⁴². Ce faisant, la Cour admet l'utilisation d'algorithmes de détection et considère que cette pratique ne s'assimile pas à une surveillance généralisée, ni à une obligation de rechercher des contenus illicites.

Dans le même sens, la loi confortant le respect des principes de la République insère un article 6-3 dans la loi pour la confiance numérique selon lequel l'autorité administrative, saisie le cas échéant par toute personne intéressée, peut demander au fournisseur de service ou à toute personne visée par une décision judiciaire de retrait ou de blocage *« d'empêcher l'accès à tout service de communication au public en ligne qu'elle aura préalablement identifié comme reprenant le contenu du service mentionné par ladite décision, en totalité ou de manière substantielle »*⁴³. Le dispositif s'appuie ici non plus sur des algorithmes mais sur l'intervention d'une autorité. L'efficacité du système repose alors sur la capacité de ladite autorité à identifier les contenus illicites qui ont fait l'objet de plusieurs publications et sur la réactivité de l'opérateur pour supprimer les contenus illicites. Cette procédure implique d'intervenir une fois le contenu republié et non en amont de la republication. Elle suppose en outre l'écoulement d'un certain temps, porteur lui-même du risque de circulation. Son efficacité pour lutter contre la viralité d'un contenu doit donc être relativisée. De nouveau, on a le sentiment d'avoir mis une rustine sur un bateau qui prend l'eau.

⁴⁰*Ibid.*, n°23.

⁴¹CJUE, *Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland Limited*, 3 octobre 2019, C18/18.

⁴²*Ibid.*, point 46.

⁴³Art. 39 de la loi n°2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, JORF n°0197 du 25 août 2021.

Le dispositif mis en œuvre ne doit toutefois pas être considéré comme inutile. Il doit s'inscrire dans une démarche globale, axée sur des mesures prises avant la publication du contenu illicite, les mesures postérieures devant être conservées et appréhendées comme des mesures correctrices en cas de défaillances des actions en amont, et non comme le cœur du dispositif de lutte contre les contenus illicites. L'action appliquée au seul contenu n'apparaît en outre pas suffisante. C'est le fonctionnement même des plateformes qui doit être appréhendé. Finalement, « *les errances liées à la viralité des contenus n'ont pas disparu et ne disparaîtront pas : le fonctionnement en cascade reste au cœur de l'utilisation des réseaux sociaux, dont la finalité est de donner l'opportunité à plusieurs utilisateurs de réagir à un même contenu* »⁴⁴. En ce sens, des mesures doivent être prises pour répondre aux risques présentés par le système lui-même.

II) Les mesures structurelles de lutte contre la viralité de contenus illicites

La viralité est propre à la conception et au mode de fonctionnement des services proposés en ligne. Le modèle économique des fournisseurs concernés repose dessus, par l'adossement d'une valeur pour chaque clic effectué par l'internaute. Les actions et l'attention de ce dernier sont à cet égard devenues monétisables⁴⁵. Quand le fournisseur du service est un acteur important en ligne, la viralité n'est plus un risque ponctuel, elle représente un risque fonctionnel ou structurel en cela qu'elle est intimement liée au fonctionnement du système. Pour apporter des réponses satisfaisantes, le fournisseur de services est en première ligne **(A)** et son action fait l'objet d'un contrôle de la part des autorités **(B)**.

A) Le traitement du risque structurel de viralité par le fournisseur de services

La notion de risque structurel n'apparaît pas dans les textes traitant des blocages de contenus. Le *Digital Services Act* se réfère plutôt à celle de risque systémique. Ce texte échelonne les obligations en fonction du risque qu'un acteur présente. Il pose un embryon d'obligations applicable à tous les acteurs ; puis il ajoute des obligations par paliers à certains acteurs identifiés. Ainsi, le simple fournisseur d'accès à internet se voit imposer moins d'obligations qu'une très grande plateforme ou qu'un très grand moteur de recherche en ligne (nombre mensuel moyen de destinataires actifs du service dans l'Union égal ou supérieur à 45 millions).

Ce nouveau texte impose ainsi aux seuls très grands acteurs les obligations de recenser, analyser et évaluer « *tout risque systémique au sein de l'Union découlant de la conception ou du fonctionnement de leurs services et de leurs systèmes connexes, y compris des systèmes algorithmiques, ou de l'utilisation faite de leurs services* »⁴⁶. Il vise quatre risques systémiques, à savoir (1) la diffusion de contenus illicites par l'intermédiaire de leurs services, (2) l'effet négatif réel ou prévisible lié aux violences sexistes et à la protection de la santé publique et des mineurs et les conséquences négatives graves sur le bien-être physique et mental des personnes ainsi que (3) l'effet négatif réel ou prévisible pour l'exercice des droits fondamentaux et (4) pour le discours civique, les processus électoraux et la sécurité publique.

⁴⁴Rapport d'information de A. Bono-Vandorme et C. Le Grip, fait au nom de la commission des affaires européennes, *Pour une amélioration de la proposition de règlement concernant la législation sur les services numériques (Digital Services Act)*, n° 4916 rectifié – 19 janvier 2022, p. 10.

⁴⁵Rapport de la commission présidée par G. Bronner, *op. cit.* ; Conseil national du numérique, *Votre attention, s'il vous plaît ! Quels leviers face à l'économie de l'attention ?* Rapport, janvier 2022.

⁴⁶Art. 34 du DSA.

L'article poursuit en indiquant que l'évaluation de ces risques doit permettre d'examiner si et comment ceux-ci sont influencés par « *l'amplification et la diffusion potentiellement rapide et à grande échelle de contenus illicites et d'informations incompatibles avec leurs conditions générales* ». On observe ici que la viralité n'est pas considérée en elle-même comme un risque systémique mais comme un élément aggravant un risque systémique. Sa transversalité semble l'empêcher de rentrer dans la catégorie des risques systémiques tant il est vrai que la viralité d'un contenu peut affecter l'ensemble des risques systémiques expressément visés tels que la santé publique, les processus électoraux ou l'exercice des droits fondamentaux. Pourtant, si le risque systémique est défini comme celui « *découlant de la conception, du fonctionnement et de l'utilisation [du service] ainsi que des abus potentiels par les destinataires du service* »⁴⁷, il faut convenir que le risque de viralité appartient à cette catégorie. A cet égard, il semble que la notion même de risque systémique mériterait d'être précisée.

Classiquement, le risque systémique est utilisé dans le secteur bancaire pour décrire « *le risque d'une instabilité financière généralisée, altérant le fonctionnement d'un système financier au point que la croissance économique et le bien-être en souffrent de manière significative* »⁴⁸. Le risque systémique est donc celui qui présente « *une probabilité non négligeable de dysfonctionnement majeur, voire d'effondrement de tout le système financier, sur une vaste zone géographique, voire à échelle planétaire, via des engagements croisés, des effets-dominos, puis des faillites en chaîne, cela peut conduire à un effondrement du système financier mondial* »⁴⁹. La contagion est considérée comme une forme de risque systémique⁵⁰. Néanmoins, elle aboutit ici à la défaillance du système dans lequel elle intervient. Or, dans le cadre des contenus illicites, la viralité ne conduit pas à l'effondrement des réseaux dans lesquels elle s'inscrit. Elle est à l'origine de risques qui touchent des systèmes extérieurs à ces réseaux, tel que le système légal d'un État par exemple. Cette différence aboutit selon nous, à invalider la qualification de « risque systémique » pour le risque de viralité en lien avec les contenus illicites. Cette conclusion apparaît transposable aux éléments qualifiés de risques systémiques dans le DSA. En effet, la réalisation d'aucun de ces risques, que l'on considère la diffusion de contenus illicites par l'intermédiaire de leurs services, l'effet négatif réel ou prévisible lié aux violences sexistes et à la protection de la santé publique ou encore l'effet négatif réel ou prévisible pour l'exercice des droits fondamentaux et pour le discours civique, les processus électoraux et la sécurité publique, ne semble pouvoir aboutir à la remise en cause de l'existence même du réseau. Celui-ci perdure et peut même se révéler être l'instrument de lutte contre un contenu illicite qui se serait propagé. En définitive, la qualification de « risque systématique » doit être abandonnée au profit de celle de « risque structurel ». Cette expression semble en effet davantage convenir en ce qu'elle vise un risque « *déterminé par la structure* »⁵¹, c'est-à-dire un risque issu de la conception et du fonctionnement de la structure elle-même et qui peut toucher des éléments extérieurs à celle-ci. Ainsi, l'inflation et le chômage structurel(le)s sont propres au mode de fonctionnement d'une société mais leurs risques se manifestent concrètement auprès des individus qui les subissent.

⁴⁷ Art. 34 et considérant 79 du DSA.

⁴⁸ Banque centrale européenne (BCE), « The Concept of systemic risk », *Financial Stability Review*, décembre 2009, p. 134.

⁴⁹ https://fr.wikipedia.org/wiki/Risque_financier_syst%C3%A9mique.

⁵⁰ Banque centrale européenne (BCE), *loc. cit.*

⁵¹ <https://www.cnrtl.fr/definition/structurel>.

La viralité étant un risque structurel, seules des mesures correctrices du fonctionnement des réseaux en cause peuvent être efficaces. L'article 35 du DSA apporte des éclairages sur les mesures d'atténuation des risques qu'une très grande plateforme ou un très grand moteur de recherche est susceptible de prendre. Généralement, le fournisseur du service doit s'assurer de l'adaptation de la conception, des caractéristiques ou du fonctionnement du service. Plus particulièrement, son action peut consister à adapter ses conditions générales et la mise en application de celles-ci mais aussi ses processus de modération des contenus avec une attention portée à la rapidité et à la qualité du traitement des notifications relatives à des types spécifiques de contenus illicites. Il peut également s'agir d'effectuer des tests et d'adapter ses systèmes algorithmiques, y compris de recommandation ou d'agir dans le domaine de la publicité pour la limiter ou le faire correspondre au service fourni. Certains auteurs ont proposé une démonétisation de certains comptes identifiés pour diffuser des contenus illicites ou faux⁵². Cette possibilité a été retenue dans le DSA mais la sanction peut aller jusqu'à la rétrogradation dans les systèmes de classement ou de recommandation, la suspension de la fourniture du service, le blocage de l'utilisateur sur une communauté en ligne à son insu (« bannissement par l'ombre ») ou même la suspension comptes⁵³. Ce pouvoir laissé aux plateformes, avec une intervention du juge *a posteriori*, peut susciter des inquiétudes⁵⁴. L'article 35 du règlement poursuit en encourageant les fournisseurs visés à renforcer leurs processus internes, leurs ressources, leurs tests, leur documentation ainsi que la surveillance de leurs activités, notamment en ce qui concerne la détection des risques systémiques. Des mesures de coopération devraient être adoptées avec les signaleurs de confiance et les autres très grands fournisseurs de services en ligne. Des actions devraient être menées à l'égard des utilisateurs telles que des mesures de sensibilisation et d'adaptation des interfaces, avec une prise en compte particulière de la nécessité de respecter les droits des enfants. Enfin, le DSA évoque le recours à un marquage bien visible pour lutter contre les *deepfakes* et met en place des mécanismes de réaction en cas de crise⁵⁵.

Du point de vue de la lutte contre les contenus illicites, ces mesures sont globalement les bienvenues ; elles ont une action en profondeur qui obligent les fournisseurs à revoir la conception ou encore les fonctionnalités de leurs services. Leur application semble devoir être encouragée, avec un rôle du juge à renforcer, et leur bonne exécution doit être contrôlée.

B) La contrôle des mesures prises pour lutter contre le risque structurel de viralité

La DSA organise un contrôle interne et des contrôles externes.

En interne, les fournisseurs de très grandes plateformes et de très grands moteurs de recherche doivent créer une fonction de contrôle de la conformité, indépendante de leurs fonctions opérationnelles et composée d'un ou de plusieurs responsables de la conformité⁵⁶. Selon le texte, cette fonction doit disposer « *d'une autorité, d'une taille et de ressources suffisantes, ainsi que de l'accès à l'organe de direction du fournisseur de la très grande plateforme en ligne ou du très grand moteur de recherche en ligne nécessaire pour contrôler le respect du présent règlement par ce fournisseur* ». L'article 41 du DSA établit les règles d'un

⁵²Rapport de la commission présidée par G. Bronner, *op. cit.*

⁵³Art. 17 et considérant 55 du DSA.

⁵⁴Voir à ce sujet l'*Oversight Board* mis en place par la société Facebook, <https://www.oversightboard.com/>.

⁵⁵Art. 36 du DSA.

⁵⁶Art. 41 du DSA.

véritable statut des responsables de la conformité, dont le responsable de la fonction de contrôle de la conformité. Ce statut s'articule autour de compétences, de règles protectrices et de missions à accomplir. Concrètement, les responsables de la conformité doivent avoir les qualifications professionnelles, les connaissances, l'expérience et les aptitudes nécessaires pour exercer leurs fonctions. Le responsable de la fonction de contrôle de la conformité doit plus spécifiquement être un cadre supérieur indépendant, capable de rapporter directement auprès de l'organe de direction du fournisseur de la très grande plateforme en ligne ou du très grand moteur de recherche en ligne. Il ne peut être démis de ses fonctions sans l'accord préalable de l'organe de direction du fournisseur concerné. Sa mission principale consiste à s'assurer de la conformité aux règles posées par le DSA. Elle implique d'organiser des sessions de sensibilisation, de coopérer avec les autorités de contrôle (coordinateur pour les services numériques et Commission européenne), d'informer et de conseiller le fournisseur qui l'a désigné. Ce statut est en réalité calqué sur celui établi pour le délégué à la protection des données qui veille à la conformité des traitements de données personnelles mis en œuvre par le responsable du traitement⁵⁷.

En externe, un audit indépendant, visant à s'assurer de la conformité aux obligations énoncées dans le DSA et aux codes de conduite adoptés conformément à ce texte, doit être effectué auprès des fournisseurs de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche en ligne, à leurs propres frais et au minimum une fois par an⁵⁸. Dans ce cadre, le fournisseur audité est tenu d'assister et de coopérer avec l'organisation chargée de procéder à l'audit, en lui donnant accès à toutes les données et à tous les locaux pertinents et en répondant aux questions orales ou écrites qui lui sont posées. A l'issue de l'audit, un rapport est rédigé qui peut indiquer des recommandations à mettre en œuvre. Dans le mois à compter de la réception de ce rapport, le fournisseur doit adopter un document précisant les mesures prises. A défaut de se mettre en conformité, le fournisseur peut se voir infliger une amende dont le montant maximal ne peut représenter plus de 6 % du chiffre d'affaires mondial annuel du fournisseur de services intermédiaires concerné réalisé au cours de l'exercice précédent⁵⁹.

Ce contrôle régulier est complété par un contrôle ponctuel, effectué par le coordinateur pour les services numériques ou la Commission européenne. Le premier est une autorité désignée par chaque État membre en qualité de responsable de la surveillance des fournisseurs de services intermédiaires et de l'exécution du DSA⁶⁰. Cette mission pourrait par exemple relever de l'ARCOM⁶¹ en France. Aux termes du nouveau règlement, ce coordinateur disposera de véritables pouvoirs d'enquête⁶². Il pourra, entre autres, exiger la fourniture d'informations des fournisseurs de services contrôlés mais aussi de tout professionnel susceptible d'avoir des informations pertinentes au sujet d'une infraction présumée au DSA. Il pourra en outre accéder et inspecter tous locaux utilisés par l'ensemble de ces acteurs ou demander à une autorité judiciaire de leur État membre d'ordonner une telle inspection, ou de demander à d'autres autorités publiques de procéder à une telle inspection, afin d'examiner, de saisir, de prendre ou d'obtenir des copies d'informations relatives à une infraction. Enfin, il lui sera possible de « *demander à tout membre du personnel ou représentant de ces fournisseurs ou*

⁵⁷Art 37 et s. du RGPD, *op. cit.*

⁵⁸Art. 37 du DSA.

⁵⁹Art. 52 du DSA.

⁶⁰Art. 49 du DSA.

⁶¹Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique.

⁶²Art. 51 du DSA.

de ces personnes de fournir des explications sur toute information relative à une infraction présumée et d'enregistrer leurs réponses avec leur consentement à l'aide de tout moyen technique »⁶³.

Ces pouvoirs d'enquête sont doublés de pouvoirs d'exécution, avec la possibilité notamment d'accepter des engagements de la part des fournisseurs concernés, d'ordonner la cessation des infractions, d'adopter des mesures provisoires afin d'éviter un risque de préjudice grave ou encore d'imposer des mesures correctives, des amendes ou une astreinte. A titre subsidiaire, le coordinateur peut aussi exiger de « *l'organe de direction de ces fournisseurs, dans les meilleurs délais, qu'il examine la situation, adopte et soumette un plan d'action établissant les mesures nécessaires pour mettre fin à l'infraction, veille à ce que les mesures soient prises et fasse un rapport sur les mesures prises* ». A défaut de le faire, c'est-à-dire s'il « *n'a pas été remédié à l'infraction ou que l'infraction se poursuit et qu'elle entraîne un préjudice grave, et que cette infraction constitue une infraction pénale impliquant une menace pour la vie ou la sécurité des personnes* », le coordinateur peut demander à l'autorité judiciaire compétente de l'État membre du fournisseur récalcitrant « *d'ordonner une restriction temporaire de l'accès des destinataires au service concerné par l'infraction ou, uniquement lorsque cela n'est pas techniquement réalisable, à l'interface en ligne du fournisseur de services intermédiaires sur laquelle se produit l'infraction* »⁶⁴.

Le coordinateur va également jouer un rôle dans les procédures engagées par la Commission européenne. En vertu de l'article 56 du DSA, celle-ci dispose de pouvoirs pour surveiller et faire respecter le règlement mais surtout, elle jouit de pouvoirs exclusifs dès lors que sont en cause les obligations de gestion des risques systémiques spécifiquement imposées aux fournisseurs de très grandes plateformes et de très grands moteurs de recherche en ligne. De façon générale, la Commission européenne aura le pouvoir de solliciter des informations⁶⁵, de mener des entretiens et de recueillir des déclarations⁶⁶ et de procéder à des inspections sur place, aidées d'auditeurs et d'experts⁶⁷. A ce moment, elle pourra exiger du fournisseur de la très grande plateforme en ligne ou du très grand moteur de recherche en ligne, « *qu'il fournisse des explications sur son organisation, son fonctionnement, son système informatique, ses algorithmes, son traitement des données et ses pratiques commerciales* », et pourra adresser des questions à son personnel clé⁶⁸. Ce faisant, le DSA lutte contre l'opacité qui entoure le fonctionnement actuel des plateformes et moteurs de recherche. La Commission pourra encore prendre des mesures provisoires⁶⁹ et de contrôle du respect du texte⁷⁰, à défaut de quoi elle pourra prononcer des amendes⁷¹ et des astreintes⁷². Un plan d'action contre les risques systémiques peut aussi être exigé⁷³.

Il faut enfin observer que ce système de contrôle est complété par l'intervention de chercheurs chargés de procéder à des recherches contribuant à la détection, au recensement

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Art. 51 3. du DSA.

⁶⁵ Art. 67 du DSA.

⁶⁶ Art. 68 du DSA.

⁶⁷ Art. 69 du DSA.

⁶⁸ Art. 69 5. du DSA.

⁶⁹ Art. 70 du DSA.

⁷⁰ Art. 72 du DSA.

⁷¹ Art. 74 du DSA.

⁷² Art. 76 du DSA.

⁷³ Art. 75 du DSA.

et à la compréhension des risques systémiques dans l'Union ainsi qu'à l'évaluation du caractère adéquat, de l'efficacité et des effets des mesures d'atténuation des risques prises par les fournisseurs de services⁷⁴.

En définitive, un regard porté sur l'ensemble des mesures de contrôle établies par le DSA permet d'établir un bilan positif du dispositif créé. Du fait, d'une part, de contrôles divers, en interne et en externe, opérés par des organes indépendants, dont certains agissent au niveau de l'Union européenne, et d'autre part, de la possibilité d'enquêter sur le fonctionnement même des services en cause, sur les algorithmes mis en œuvre comme sur le système informatique qui soutient les services, le cadre posé semble permettre de lutter contre les risques structurels présentés par ces derniers, y compris la viralité. L'appréhension, par le législateur européen, du temps qui s'écoule comme un risque d'atteinte aux droits et libertés a conduit à l'adoption d'un texte qui remonte à la racine des difficultés et pose des mesures propres à éviter la mise à disposition d'une partie des contenus illicites en ligne. Pour les contenus qui seraient malgré tout publiés, ce sont alors des mesures pour empêcher ou minimiser la diffusion qui ont été prévues. L'ensemble de la chaîne est ainsi pris en compte. Même si toutes les difficultés ne sont pas réglées et on pense notamment à la détermination même de ce qu'est un contenu illicite ou mensonger, le cadre théorique se révèle prometteur. L'avenir permettra de dire s'il se révèle effectif et suffisamment protecteur des droits et libertés en pratique.

⁷⁴Art. 40 du DSA. On notera toutefois la possibilité pour les fournisseurs de services de ne pas donner accès aux données quand cela entraînerait « d'importantes vulnérabilités pour la sécurité de leur service ou la protection d'informations confidentielles, en particulier des secrets d'affaires » (art. 40 5. du DSA).

Les risques de l'écoulement du temps dans le procès civil : délai raisonnable et déni de justice

Audrey DAMIENS

Maître de conférences en droit privé,
Université de Tours, IRJI François-Rabelais

Résumé : L'écoulement du temps dans le procès civil conduit au risque de dépassement du délai raisonnable lequel a pour objectif la protection du justiciable contre le déni de justice. D'ailleurs, les sanctions de cette méconnaissance reposent aujourd'hui, en France, sur les sanctions attachées au déni de Justice, dont les risques pèsent sur l'État. Afin de l'éviter, diverses mesures sont mises en place incitant le juge, mais surtout les parties, à faire avancer la procédure selon un rythme imposé. Mais cela ne saurait suffire, les risques de condamnations relevant en réalité, au regard des critères, de causes structurelles et organisationnelles qui ne disparaîtront qu'avec des moyens octroyés à la Justice.

Mots clés : Déni de justice ; délai raisonnable ; justice civile ; temps

Abstract : *The passage of time in civil proceedings leads to the risk of exceeding the reasonable time limit, the purpose of which is to protect the litigant against the denial of justice. Moreover, in France, the sanctions of this disregard are now based on the sanctions attached to the denial of justice, the risks of which are run by the State. In order to avoid this, various measures have been set to encourage the judge, but above all the parties, to advance the procedure at a set pace. However, this is not enough, as the risks of convictions are in reality, according to the criteria, due to structural and organisational causes which can only disappear if resources are allocated to the judiciary¹.*

Keywords : *Denial of justice; reasonable time; civil justice ; time*

Associer les risques et le temps en procédure civile peut inviter à évoquer de nombreuses questions. Mais l'une vient d'emblée à l'esprit et apparaît comme une évidence : c'est l'écoulement du temps dans le procès civil et le risque qu'est la méconnaissance du fameux délai raisonnable, lequel n'est pas sans lien avec le déni de justice. Ces liens sont l'objet de cet article.

Le lien entre ces différentes notions ressort finalement, en partie, de leurs définitions.

Le *risque* renvoie à l'idée d'un danger encouru plus ou moins prévisible. Le terme est plutôt négatif en général, puisqu'il s'agit d'un événement éventuel qui peut causer un dommage. Les définitions du Larousse reprennent cette idée : « *Possibilité, probabilité d'un fait, d'un événement considéré comme un mal ou un dommage* » ; « *Danger, inconvénient plus ou moins probable auquel on est exposé* »².

Le *temps*, quant à lui, est une notion encore un peu plus difficile à appréhender. C'est la dimension selon laquelle s'opère tout changement. Il s'agit de la durée de quelque chose, de la période qui s'écoule entre un événement et un autre événement qui lui est relié. C'est l'écoulement des mois, des jours, des heures, des minutes... Le temps est « *consubstantiel* », c'est le terme consacré³, à la procédure civile. En effet, « *procédure* » vient du latin *procedere* qui signifie faire avancer, aller de l'avant. Cela implique donc nécessairement que le temps

¹Traduit avec www.deepl.com.

²<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/risque/69557>.

³L. Cadiet, « Préface », Dans S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, spéc. p. IX.

s'écoule. Mais plusieurs temps peuvent alors se côtoyer dans le procès civil. Il y a, d'une part, le temps utile, nécessaire, celui qui s'impose pour le débat, pour la réflexion que nécessite le procès et la décision judiciaire. Il y a, d'autre part, le temps inutile, perdu, celui qui est là sans justification fondamentale, celui qui s'écoule sans que les justiciables ou le juge aient une raison ou la possibilité de le mettre à profit. L'on en vient alors, assez logiquement, au délai raisonnable.

Le *délai raisonnable* s'entend de la volonté d'éviter ou de sanctionner les « *excès de lenteur* »⁴ des procédures. Il s'agit de rendre une décision dans un délai qui ne soit pas excessif. Cet objectif ne doit pas se faire au détriment de la qualité de la justice⁵, mais il participe de cette qualité⁶. C'est une notion autonome interprétée par la Cour européenne des droits de l'Homme. En procédure civile, il est apprécié sur l'ensemble de la procédure, de la saisine du juge⁷ (voire du recours préalable obligatoire⁸) au prononcé de la décision définitive et irrévocable⁹ (voire l'exécution de la décision¹⁰) en prenant en compte la complexité¹¹ et les enjeux de l'affaire¹², le comportement des parties¹³ et le comportement des autorités nationales¹⁴. Il est expressément évoqué à l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cadre plus général du droit au procès équitable dont il est une composante, mais également en droit interne, à l'article L.111-3 du Code de l'organisation judiciaire lequel dispose que « *Les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable* ».

Quant au *déni de justice*, dernière composante de cette étude, il correspond au refus illégal – le déni de justice est condamné par l'article 4 du Code civil¹⁵, et il s'agit même d'une sanction pénale¹⁶ – pour un juge d'accorder son jugement. Mais il s'agit là de la définition originelle, qui a tendance à être élargie dans la jurisprudence.

En posant ces définitions, certains liens se font volontiers : risques, temps et délai raisonnable se conjuguent de façon évidente dans le procès civil – et d'ailleurs la définition du dernier s'est imposée en définissant le deuxième, puisque de toute évidence le délai raisonnable révèle la peur du risque lié à l'écoulement du temps dans le procès. D'autres, ceux entre ces trois termes et le déni de justice peuvent paraître plus diffus de prime abord. Et pourtant ils existent, et cet article propose de les éprouver. Il s'agira alors de voir en quoi délai raisonnable et déni de justice sont liés par la notion de risques dans le procès civil.

Cette interrogation générale sur les liens entre ces différentes notions incite à s'interroger plus particulièrement sur trois points qui seront les trois temps de notre étude. La première

⁴S. Amrani-Mekki, « Le principe de célérité », *RFAP*, 2008.43 ; et D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 466, 2006, spéc. n° 39, p.43.

⁵S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, spéc. pp.44 et 49 ; *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002 ; Rapport Magendie, *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès*, 2004.

⁶Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le temps*, 2014, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁷CEDH, 6 mai 1981, *Buccholz c/Allemagne* ; CEDH, 20 février 1991, *Vernillo c/France*.

⁸CEDH, 31 mars 1992, *X. c/France* ; CEDH, 26 septembre 2000, *J. B. c/France*.

⁹CEDH, 10 juillet 1984, *Guincjo c/Portugal*.

¹⁰CEDH, 7 décembre 1999, *Bouilly c/France* ; CE, 26 mai 2010, n° 316292, *Mafille*.

¹¹CEDH, 27 octobre 1994, *Klitsche de la Grange c/Italie*.

¹²La célérité ne devant pas être la même quand certains droits fondamentaux ou quand des éléments importants et urgents de la situation du justiciable est en jeu (F. Sudre, « CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. – Droits garantis. – Droit à un procès équitable » *J-CL. Europe Traité*, Fascicule 6526, spéc. n° 198).

¹³CEDH, 20 février 1991, *Vernillo c/France*.

¹⁴CEDH, 26 mars 1992, *Ed. Périscope c/France*.

¹⁵« *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.* »

¹⁶C. pén., art. 434-7-1 : « *Le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7 500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans.* » Il s'agit toutefois d'une incrimination plutôt symbolique peu voire pas appliquée (L. CONDE, « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle », *J.-CL. Civil Code*, Article 4, Fascicule unique, spéc. n° 52).

interrogation consiste à se demander de quel(s) risque(s) l'exigence du délai raisonnable protège-t-elle ou est-elle censée protéger **(I)**. Cette première interrogation fera émerger le lien existant entre ces notions et le déni de justice, lien qui perdurera lorsqu'il s'agira de s'interroger sur les risques encourus en cas de méconnaissance du délai raisonnable **(II)**. Les réponses à ces questions conduiront alors, dans un troisième et dernier temps, à réfléchir aux moyens d'éviter les risques de l'écoulement du temps et donc de la méconnaissance du délai raisonnable **(III)**.

I) Le risque évité par l'exigence du délai raisonnable : le déni de justice

Le délai raisonnable renvoyant à l'idée d'un temps procédural trop long, la question des risques évités par l'exigence de respect de ce délai raisonnable est celle de savoir quels sont les risques de l'écoulement du temps dans le procès civil. Or, il apparaît que l'exigence du délai raisonnable vient protéger contre le déni de justice **(A)** lequel voit sa conception élargie par une telle position **(B)**.

A) La protection contre le déni de justice par l'exigence du délai raisonnable

L'exigence de respect d'un délai raisonnable garanti le procès équitable essentiel dans un État de droit. Mais plus spécifiquement, c'est le risque de déni de justice que cette exigence vient protéger en condamnant les temps inutiles du procès. En effet, « *le temps règle les litiges lorsqu'il rend inutiles, inefficaces, les décisions de justice rendues tardivement. Ce jeu du temps sur le procès civil nie l'institution même de la justice. Son inefficacité provoque une perte de confiance des justiciables. Partant, la justice risque de perdre toute légitimité.* »¹⁷. En d'autres termes, dans le procès civil, l'écoulement du temps, et particulièrement du temps inutile aux parties et au juge, peut rendre les décisions prononcées inadaptées. Les justiciables perdent ainsi le bénéfice d'une décision pertinente et efficace : c'est une forme de déni de justice. Imposer le respect d'un délai raisonnable, c'est condamner les temps inutiles et donc les décisions inefficaces, car trop éloignées de la naissance du litige¹⁸. L'exigence de délai raisonnable vient en définitive indiquer qu'une décision doit être rendue en temps utile, au sens d'utile pour l'efficacité de la solution. On en revient à l'adage anglais tiré de la *Magna Carta* de 1215 : « *Justice delayed is justice denied* ». Par suite, l'exigence du délai raisonnable, en protégeant contre le risque de déni de justice, vient protéger contre la perte de confiance des justiciables en une justice étatique efficace. Là encore, pour reprendre les mots de Soraya Amrani-Mekki, le déni de justice « *devient la sanction du temps du juge* »¹⁹. L'admission du déni de justice comme sanction du délai déraisonnable des procédures a même amené Marie-Anne Frison-Roche à affirmer l'existence d'un droit au temps²⁰.

L'idée est reprise dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme laquelle estime que le retard met en cause l'efficacité de la justice et donc peut conduire à un déni de justice²¹. Ce lien entre délai raisonnable et déni de justice se retrouve au-delà des concepts. Si la sanction sera évoquée ci-dessous, il est d'ores et déjà possible de constater qu'il a été jugé que le non-respect d'un délai raisonnable constitue un déni de justice²². Précurseur, le

¹⁷S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, spéc. n° 1, p.1.

¹⁸L. Condé, « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle », *J.-CL. Civil Code*, Article 4, Fascicule unique, spéc. n° 70.

¹⁹*Ibid.*, n 284, p.272.

²⁰M.-A. Frison-Roche, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in *Le temps dans la procédure*, Dalloz, Coll. thèmes et commentaires, 1996, pp. 13. et s, spéc. n° 14, p. 15.

²¹CEDH, 20 février 1991, *Vernillo c/France*.

²²TGI Paris, 6 juillet 1994, *JCP G*, 1994, I, 3805, n°2, observations L. Cadet.

jugement du tribunal de grande instance de Paris du 6 juillet 1994 énonce que « *cet acte est révélateur d'un fonctionnement défectueux du service public de la justice, constitue un déni de justice en ce qu'il prive le justiciable de la protection juridictionnelle qu'il revient à l'État de lui assurer* ».

Ce lien entre délai raisonnable et déni de justice est rendu possible par l'adoption d'une conception large du déni de justice.

B) La conception large du déni de justice par sa protection dans le cadre de l'exigence du délai raisonnable

La notion de déni de justice est liée au délai raisonnable et à l'écoulement du temps si l'on en a une conception élargie et extensive. Dès lors, le déni de justice n'est plus seulement vu comme le fait de ne pas juger, de ne pas rendre de décision, mais également comme le fait de ne pas juger en temps utile afin de rendre l'exercice du droit litigieux efficace. On différencie ainsi deux types de dénis de justice. Le premier, celui tiré de la définition originelle semble plutôt être un déni de justice formel en ce sens qu'une décision n'a pas été formellement rendue. À l'inverse, le second, celui que l'on retrouve suite à l'écoulement du temps et à la méconnaissance de délai raisonnable, apparaît comme un déni de justice portant finalement sur le fond du droit. Cette conception large du déni de justice dans le cadre du délai raisonnable ressort bien de la lettre du jugement du tribunal de grande instance de Paris du 5 novembre 1997 lequel énonce que le déni de justice renvoie à « *tout manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu qui comprend le droit pour tout justiciable de voir statuer sur ses prétentions dans un délai raisonnable* »²³.

En adoptant cette acception large du déni de justice par le truchement du délai raisonnable, c'est en fait la position de Louis Favoreu que la doctrine et la jurisprudence reprennent, puisque l'auteur définit le déni de justice comme s'agissant « *plus largement, de tout manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu* »²⁴. Cette définition, complétée par Marie-Anne Frison-Roche comme n'impliquant pas l'intention des juridictions²⁵, est bien celle mise en œuvre dans les liens entre le déni de justice et le respect du délai raisonnable.

On le voit donc, l'exigence du délai raisonnable vient protéger, ou tenter de protéger le justiciable du risque de déni de justice causé par l'écoulement du temps, que l'on pourrait qualifier de déni de justice sur le fond. Mais, par voie de conséquence, ce risque de l'écoulement du temps et du déni de justice pèse également à l'encontre de l'institution judiciaire et de l'État, car c'est la confiance des justiciables qui est ici en jeu. Plus encore, les sanctions encourues en cas de méconnaissance du délai raisonnable pèsent directement sur l'État.

II) Le(s) risque(s) encouru(s) en cas de méconnaissance du délai raisonnable

Le risque de sanction en cas de méconnaissance du délai raisonnable pèse à l'évidence sur l'État. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme prend en compte le comportement des parties, qui, si la lenteur est de leur fait, ne pourront pas l'invoquer. Et dans le procès civil,

²³TGI Paris, 5 novembre 1997, *D.*, 1998, p.9, note M.-A Frison-Roche.

²⁴L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, spéc. p. 534.

²⁵M.-A. Frison-Roche, note sous TGI Paris 5 novembre 1997, *D.*, 1998, p. 9 : « *La définition du déni de justice n'implique pas nécessairement un acte de volonté et on peut bien concevoir qu'une juridiction commette un déni de justice sans en avoir l'intention* ».

du fait du principe dispositif, ce critère d'appréciation du délai raisonnable est évidemment particulièrement regardé²⁶. Dès lors, seules les lenteurs imputables à l'État seront retenues comme étant à l'origine de la méconnaissance du délai raisonnable, et donc le risque de sanction pèse sur lui seul. Certains des recours possibles sont écartés à l'image d'un recours préventif pourtant imaginé par la Cour européenne des droits de l'Homme (A). Un seul type de sanction, *a posteriori*, a finalement été retenu en droit français (B).

A) Les sanctions écartées

La Cour européenne des droits de l'Homme envisage la possibilité pour les autorités de mettre en place un recours interne préventif dont l'objectif est d'accélérer la procédure en cours. Cette voie a les faveurs de la Cour européenne des droits de l'Homme, car cette dernière estime qu'une telle procédure s'avère plus efficace qu'une réparation *a posteriori*. Elle relève ainsi que « *force est de constater que le meilleur remède dans l'absolu est, comme dans de nombreux domaines, la prévention. [...] Lorsque le système judiciaire s'avère défaillant à cet égard, un recours permettant de faire accélérer la procédure afin d'empêcher la survenance d'une durée excessive constitue la solution la plus efficace. Un tel recours présente un avantage incontestable par rapport à un recours uniquement indemnitaire, car il évite également d'avoir à constater des violations successives pour la même procédure et ne se limite pas à agir uniquement a posteriori comme le fait un recours indemnitaire, tel que celui prévu par la loi italienne par exemple* »²⁷. Mais cette sanction n'a pas été retenue en droit français, qui lui préfère un seul recours en réparation alors même que cette action en réparation peut être intentée sans attendre la fin de la procédure initiale²⁸. Il est possible de regretter ce choix pour les raisons évoquées par la Cour européenne des droits de l'Homme. À envisager l'exigence de respect du délai raisonnable comme une protection contre le déni de justice, il apparaît d'évidence qu'il serait préférable de donner au justiciable les outils, et donc les procédures, lui permettant d'éviter d'en arriver à ce cas plutôt que ne lui permettre que de réparer le déni de justice qu'il aurait subi. La confiance en la justice s'en trouverait, par voie de conséquence, sans doute renforcée. Ce n'est pourtant pas la solution adoptée en droit français contrairement, par exemple, au droit allemand²⁹.

Par ailleurs, la sanction retenue, et qui sera évoquée ci-dessous ne permet pas l'annulation de la décision ou de la procédure. Si une jurisprudence du 25 mars 2022 des juridictions pénales de Nanterre prévoit l'annulation de poursuites pénales (dans une procédure vieille de 30 ans !)³⁰ comme la Cour de cassation a déjà pu le faire en matière criminelle³¹, cela n'est pas en vrai dans le procès civil. Contrairement au recours *a posteriori*, le rejet de cette sanction semble devoir être approuvé. En effet, ce serait sanctionner le déni de justice sur le fond en organisant un autre déni de justice, qui serait finalement un déni de justice formel (pas de décision) alors que dans le procès pénal, l'abandon des poursuites est une décision. La solution n'est pas idéale et ne permettrait en rien la réparation du déni de justice subi de l'écoulement du temps. Elle conduirait à simplement indiquer que l'écoulement du temps inutile a été totalement vain, et est perdu. Il n'en va pas de même des sanctions retenues impliquant la réparation.

²⁶Voir *infra*, III.

²⁷CEDH, 29 mars 2006, *Scordino c/Italie*, §183.

²⁸Voir *infra*, B).

²⁹CEDH, 8 juin 2006, *Sürmeli c/Allemagne*.

³⁰La même juridiction avait déjà jugé dans le même sens en janvier 2021 pour une instruction de plus de 20 ans.

³¹Cass. Crim., 26 juin 1991, n°90-80.422, *Bull. crim.*, n° 278. Voir, en sens inverse, lorsque le juge n'est pas fautif, Cass. Crim., 24 avril 2013, n°12-82.863, *Bull. crim.*, n° 100.

B) Les sanctions retenues

La Cour européenne des droits de l'Homme apparaît d'emblée comme l'organe sanctionnateur. D'après une étude statistique, assez ancienne il est vrai (1996), si un tiers des recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme est fondé sur le droit au procès équitable, très rares sont ceux qui invoquent un manquement au délai raisonnable³². L'explication avancée viendrait de la sanction encourue par l'État en cas de méconnaissance du délai raisonnable. La réparation accordée prend la forme d'une condamnation de l'État à verser des dommages et intérêts à la victime du délai déraisonnable ainsi que le montant des dépens et frais irrépétibles de l'article 700 du Code de procédure civile. En réalité, cette condamnation n'est pas uniquement pécuniaire, elle est aussi symbolique du fait de son caractère public. Mais cela n'a d'intérêt que pour l'avenir, et le justiciable n'en a finalement que faire : il a subi un déni de justice sur le fond qu'il ne peut compenser que par une nouvelle procédure lui permettant d'obtenir une indemnité pécuniaire. Du point de vue des condamnations, on peut noter qu'entre 1959 et 2012, ce sont 281 condamnations de la France sur ce motif qui ont été enregistrées selon les statistiques de la Cour européenne des droits de l'Homme (à noter que ce chiffre englobe toutes les procédures, civile, mais également pénale et administrative). Entre 1959 et 2021, le chiffre monte à 284 soit seulement 3 condamnations en un peu moins de 10 ans, là encore toutes procédures confondues³³.

En réalité, le recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas la voie d'action principale pour sanctionner le non-respect du délai raisonnable. En effet, combinant les articles 6 et 13 de la Convention, la Grande chambre a jugé qu'« *un recours effectif devant une instance nationale [est un recours] permettant de se plaindre d'une méconnaissance de l'obligation, imposée par l'article 6, paragraphe 1, d'entendre les causes dans un délai raisonnable* »³⁴. Il s'agit alors de permettre un recours préventif³⁵ ou une réparation adéquate³⁶. Cette voie interne, lorsqu'elle est reconnue comme effective par la Cour, doit être empruntée en premier du fait de la règle d'épuisement des voies de recours interne avant la saisine de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁷. Il a fallu attendre 2001 et l'arrêt *Giumarra c/France*³⁸ pour que la Cour considère que le droit français offrait bien une voie de recours interne utile en la matière. La Cour a statué ainsi en se fondant sur le fait que la notion de déni de justice, et plus généralement la jurisprudence relative à la réparation pour méconnaissance du délai raisonnable – on retrouve ce lien ténu entre les deux notions – était désormais bien établie.

Ce recours utile en droit interne est un recours en responsabilité contre l'État pour fonctionnement défectueux du service de la justice, soit en cas de faute lourde soit en cas de déni de justice³⁹. Il est ouvert par le Code de l'organisation judiciaire⁴⁰, et peut être intenté que l'action initiale soit arrivée à son terme ou non. Le Conseil d'État juge ainsi que la

³²A. Gouron-Mazel, « La Cour de cassation face à la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP G*, 1996, 1, 3937.

³³https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2021_FRA.pdf.

³⁴CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c/Pologne*.

³⁵Non retenue en droit français, voir *supra*, A).

³⁶CEDH, 11 septembre 2002, *Mifsud c/France*.

³⁷Conv. EDH, art. 35 § 1.

³⁸CEDH, 12 juin 2001, *Giumarra c/France*.

³⁹Action contre l'État et non contre le magistrat professionnel qui n'engage sa responsabilité que pour une faute personnelle et sur action récursoire de l'État (Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF* n° 0299, 23 décembre 1958, article 11-1 [dans sa version en vigueur au 7 juin 2022]).

⁴⁰COJ, art. L141-1 : « L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice. »

méconnaissance du droit au délai raisonnable est un « *fonctionnement défectueux du service public de la Justice* »⁴¹. Il a ainsi déjà été jugé que le non-respect d'un délai raisonnable constitue une faute lourde⁴², ou plus souvent, un déni de justice⁴³ comme évoqué précédemment. La sanction reste la réparation par des dommages et intérêts. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'État sont difficiles à remplir, même si la définition de la faute lourde a été considérablement assouplie et objectivée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt du 23 février 2001 : « *toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* »⁴⁴. La durée excessive de la procédure, résultat d'une série de faits du service public de la justice est alors de nature à constituer la faute lourde requise. Plus encore, la conception large du déni de justice retenue par la jurisprudence et présentée précédemment englobe le dépassement du délai raisonnable. C'est d'ailleurs la voie retenue le plus fréquemment pour sanctionner la méconnaissance du délai raisonnable.

A défaut de recours préventif en l'état actuel du droit français, et face au risque de déni de justice pour le justiciable d'une part, de perte de confiance et de sanctions pour l'État d'autre part, il apparaît alors nécessaire d'éviter *a priori* les risques de méconnaissance d'un délai raisonnable.

III) Les moyens d'évitement des risques et de méconnaissance du délai raisonnable

Il ne s'agit pas d'enserrer tout procès dans un délai strict qui amènerait à supprimer le temps utile ou à uniformiser toutes les situations. Certains litiges ont besoin de plus de temps. Il s'agit de jouer sur les causes en jouant sur le temps inutile, en trouvant l'équilibre entre « *les excès de lenteur et les excès de hâte* »⁴⁵. Les critères renvoyant tant aux justiciables **(A)** qu'aux autorités étatiques **(B)**, des moyens pèsent sur l'ensemble de ces protagonistes.

A) Les moyens d'évitement pesant sur le justiciable

Afin d'éviter le dépassement du délai raisonnable, il est possible d'inciter les parties à prêter leur concours à la célérité de la justice par l'instauration de délais de procédure et des sanctions procédurales. On refait basculer le risque de méconnaissance du délai raisonnable sur le justiciable qui en devient le garant, en plus d'en être le premier bénéficiaire ou la première victime. La vivacité du principe dispositif en droit procédural français conduit à ce que le comportement des parties dans le procès soit très largement pris en compte par rapport à d'autres critères. Ainsi, les parties conduisent l'instance⁴⁶ : elles doivent elles-mêmes procéder à l'accomplissement des actes de procédure, dans la forme requise. Par ailleurs, ces actes doivent être faits dans les délais. Ce sont des délais de procédure qui ne sont pas des délais de prescription. Ils ne peuvent donc pas être, en principe, suspendus ou interrompus. Leur non-respect entraînera la déchéance ou forclusion. Ces délais peuvent être fixés par la loi (ex. : délai de recours), ou par le juge (calendrier de procédure⁴⁷) au besoin en

⁴¹CE, 28 juin 2002, n° 239575, *Min. justice c/Magiera*.

⁴²TI Paris, 2 février 1993.

⁴³Voir TGI Paris, 6 juillet 1994 ; TGI Paris, 5 novembre 1997 cités précédemment.

⁴⁴Cass. Ass. Plén., 23 février 2001, n° 99-16.165, *Bull. A. P.*, n 5.

⁴⁵N. Cayrol, *Procédure civile*, Dalloz, 4^e éd., 2022, spéc. n° 732, p.369.

⁴⁶CPC, art. 2.

⁴⁷CPC, art. 781.

concertation avec les parties. Ils participent donc du droit au procès équitable en permettant un jugement dans un délai raisonnable⁴⁸.

De façon plus générale, lorsqu'un délai devient déraisonnable du fait du comportement des parties, le grief n'est pas retenu. Là encore, c'est inciter les parties à participer à la tenue d'un procès dans un délai raisonnable. Il faut alors que le comportement du justiciable soit condamnable. Ce n'est pas le cas lorsque les parties ont utilisé les voies de recours internes qui leur étaient ouvertes⁴⁹, ou ont tenté de trouver un accord amiable⁵⁰. En revanche, leur comportement leur sera reproché et sera sanctionné en leur refusant le droit d'invoquer la méconnaissance du délai raisonnable lorsqu'elles ont concouru à l'allongement du délai par exemple en tardant à déposer leurs conclusions⁵¹.

Mais inciter les parties à conduire dans un temps efficace leur procès ne saurait suffire à exclure tout moyen pesant sur les autorités nationales.

B) Les moyens d'évitement pesant sur les autorités étatiques

La condamnation pour méconnaissance du délai raisonnable apparaît lorsque cette méconnaissance vient du fait des autorités étatiques. Lorsqu'il s'agit de regarder le comportement des autorités nationales et de faire peser sur elles les moyens d'évitement de méconnaissance du délai raisonnable, la Cour européenne des droits de l'Homme envisage d'une part les juridictions en charge de l'affaire **(1)**, et d'autre part les autorités étatiques nationales **(2)**.

1) Les charges pesant sur les juridictions en charge de l'affaire

Le comportement des juridictions en charge de l'affaire est scruté comme critère d'analyse du délai raisonnable. Il s'agit d'inciter le juge à faire avancer le procès. Pour ce faire, aux termes de l'article 3 du Code de procédure civile, le juge a une mission générale de surveillance : il « *veille au bon déroulement de l'instance* ». À cet égard, le législateur lui a confié le pouvoir d'imposer des délais afin d'accomplir certains actes (délais judiciaires évoqués), et celui d'ordonner certaines mesures nécessaires notamment en matière de preuves, domaine qui semble cristalliser les lenteurs des procès et des condamnations pour violation du délai raisonnable⁵². Le juge de la mise en état est le symbole de ce rôle du juge dans la conduite de l'instance. Le développement des pouvoirs du juge est justement rendu nécessaire par le délai raisonnable imposé par le droit au procès équitable protégé par l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, car la Cour européenne des droits de l'Homme juge que le seul principe dispositif ne justifie pas toujours la méconnaissance du délai raisonnable et qu'il appartient aux autorités d'organiser leurs procédures pour respecter cette exigence⁵³, et au juge d'assurer effectivement ce contrôle⁵⁴. L'Assemblée plénière l'avait déjà retenu dès 1989 dans un arrêt du 24 novembre dans lequel elle énonce expressément le principe suivant lequel « *si les parties ont la libre disposition de*

⁴⁸Cass. 2^e civ., 12 juillet 2001, n 00-17.239, Bull. II, n° 140.

⁴⁹CEDH, 25 février 1992, *Dobbertin c/France*.

⁵⁰CEDH, 26 février 1993, *Pizzetti c/Italie*.

⁵¹CEDH, 20 février 1991, *Vernillo c/France* ; CEDH, 27 octobre 1993, *Monnet c/France*.

⁵²N. Cayrol, *op. cit.*, n° 602, p.297.

⁵³CEDH, 3 février 2009, *Poelmans c/Belgique et Leonardi c/Belgique* ; spécifiquement sur la procédure civile française : CEDH, 27 octobre 1993, *Monnet c/France*.

⁵⁴CEDH, 7 janvier 2003, *C.D. C/France*.

l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable »⁵⁵ justifiant ainsi le pouvoir discrétionnaire du juge en matière de renvoi.

Pourront être reprochées au juge, notamment, des périodes de stagnation injustifiées⁵⁶ ou une multiplication d'actes de procédure inutiles⁵⁷. Si cette pratique est répétée et fait l'objet d'une tolérance par l'État qui ne prend pas de mesures pour les contrer, la Cour européenne des droits de l'Homme considère qu'il s'agit de pratiques administratives⁵⁸. En effet, il appartient à l'État, au-delà des juridictions, de tout mettre en œuvre pour ne pas violer le droit au procès équitable dans sa composante de respect du délai raisonnable.

2) *Quid* des autorités nationales ?

L'écoulement du temps inutile est donc chassé pour le justiciable et pour le juge en charge de l'affaire. Mais qu'en est-il du temps inutile dû aux causes structurelles et organisationnelles ? *Quid* de la crise de la justice, des problèmes des stocks d'affaires, de l'encombrement des rôles qui conduisent à des audiences fixées 2 ou 3 ans plus tard ? L'immobilisme injustifié de la procédure rend un délai déraisonnable. Et c'est d'ailleurs dans le cas d'une durée déraisonnable imputable aux autorités nationales que l'on retiendra la violation de ce principe (la complexité justifie un temps long, le comportement des parties exclut le droit au délai raisonnable). Les autorités nationales⁵⁹ doivent « *organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, notamment quant au délai raisonnable* »⁶⁰. Et il s'agit d'une obligation de résultat. Il a ainsi été jugé que l'engorgement, même chronique, des juridictions ne justifie pas une exemption de l'État de satisfaire à l'exigence de délai raisonnable⁶¹.

La managérialisation des règles de procédure et d'organisation au sens de la visée uniquement gestionnaire de ces règles (juge unique, jugement sans audience...) comme le recours aux modes alternatifs de règlement des différends ne saurait suffire à l'évidence pour diverses raisons. En effet, les stocks perdurent voire s'amplifient malgré le développement de ce type de règles. De plus, les droits fondamentaux constituent une limite à ce type de règle comme la tenue d'une audience révélée lors de la récente crise sanitaire⁶². Et encore plus récemment, ce sont les limites humaines qui sont apparues avec les voix qui s'élèvent de plus en plus nombreuses parmi les personnels concernés pour dénoncer cette vision comptable de la Justice⁶³.

Les risques de méconnaissance de délai raisonnable et de déni de justice ne seront donc pleinement écartés qu'avec des moyens pour la Justice civile d'exercer son activité. À défaut,

⁵⁵Cass. Ass. Plén., 24 novembre 1989, n° 88-18.188, *Bull. A. P.*, n° 3.

⁵⁶CEDH, 9 juin 1998, *Cazanave de la Roche c/France*.

⁵⁷CEDH, 29 mars 1992, *Bock c/Allemagne*.

⁵⁸F. Sudre, « CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. – Droits garantis. – Droit à un procès équitable », *J-CL. Europe Traité*, Fascicule 6526, spéc. n° 197.

⁵⁹CEDH, 16 avr. 2002, *Seguin c/France*, §21.

⁶⁰CEDH, 6 mai 1981, *Buccholz c/RFA*, §51.

⁶¹CEDH, 23 mars 1994, *Muti c/Italie* ; CEDH, 22 juillet 2010, *Tsoukalas c/Grèce*.

⁶²DC n° 2020-866 QPC, 19 novembre 2020. Le Conseil constitutionnel a validé le mécanisme de l'absence d'audience sans accord des parties institué pendant la crise sanitaire, car si « *l'organisation d'une audience est une garantie légale des exigences constitutionnelles des droits de la défense et du droit à un procès équitable* », les dispositions spécifiquement attaquées visent à maintenir l'activité malgré les mesures sanitaires, elles ne s'appliquent que pour les affaires mise en délibéré pendant l'état d'urgence, elles permettent de statuer sans une opposition qui conduirait à ne pas respecter les délais d'urgence propres à ces questions, et ne sont applicables qu'en présence d'un avocat qui garantit une bonne contradiction à l'écrit. Aussi, à lire cette décision, si le conseil constitutionnel valide cette disposition, il ne le fait qu'eu égard à la situation sanitaire qui, apparaît même comme un élément déterminant dans le commentaire associé.

⁶³Voir la tribune de 3000 magistrats et une centaine de greffiers, « Nous ne voulons plus d'une justice qui n'écoute pas et qui chronomètre tout », *Le Monde*, 23 novembre 2021.

les stocks d'affaires vont continuer de s'amonceler et le temps perdu lié à la structure même de la Justice civile perdurera, maintenant alors le risque de l'écoulement déraisonnable du temps dans le procès civil.

Risques environnementaux à long terme : *entre le Charybde climatique et le Scylla nucléaire*

Thomas SCHELLENBERGER

Maître de conférences en droit public,
Université de Haute-Alsace, CERDACC

Résumé : cet article porte sur l'action publique face aux risques environnementaux à long terme dans les domaines du changement climatique et de la gestion des déchets radioactifs. D'une part, le nouveau contrôle contentieux de la trajectoire opéré par la justice administrative permet d'apprécier le réalisme de l'action publique dans le temps en matière de climat. D'autre part, l'impératif de prévention des risques d'atteinte aux générations futures causés par l'enfouissement géologique des déchets nucléaires met en tension les outils du droit de l'environnement et conduit à des compromis intergénérationnels.

Mots clés : long terme ; environnement ; climat ; déchet nucléaire ; juge administratif ; prévention ; précaution

Abstract : *this article focuses on public action on long-term environmental risks in the areas of climate change and radioactive waste management. On the one hand, administrative justice anticipates and controls the realism of public action in the future, in terms of climate. On the other hand, the prevention of the risks of harm to future generations caused by the geological storage of nuclear waste puts environmental law under tension.*

Keywords : *long term; environment; climate; nuclear waste; administrative justice; prevention; precaution.*

« *Qu'est-ce que le temps ? Le temps lui-même n'a pas d'existence en tant que tel, disait Lucrèce il y a plus de 2000 ans, ce sont les choses et leur écoulement qui rendent sensible le passé, le présent, l'avenir* »¹. Le passé, le présent, et l'avenir de la Terre, c'est justement ce que l'humanité marque de son empreinte à cause des impacts qu'elle génère.

On peut en prendre la mesure avec le calendrier géologique, cette image qui consiste à se représenter l'âge de la Terre à l'échelle d'une année. Si notre planète était née le 1^{er} janvier à minuit, alors Homo sapiens ne serait apparu que le 31 décembre à 23h38 et l'holocène, notre ère depuis 12 000 ans, ne se serait formée qu'à 23h59. Une poignée de secondes, voilà ce que représente l'humanité contemporaine dans le cours du temps planétaire². L'empreinte humaine sur le globe est pourtant considérable. L'homme va jusqu'à modifier les battements du temps géologique.

Ainsi les humains vont-ils puiser et rejeter en quelques générations, l'essentiel des combustibles géologiques, fossiles et uranium, qui se sont formés pendant des centaines de millions d'années. D'ici quelques décennies, le réchauffement climatique pourrait entraîner la fonte du pergélisol, ces vastes tourbières gelées depuis des milliers d'années, et qui risquent de libérer des milliards de tonnes de gaz à effet de serre (GES) dans l'atmosphère³.

La trace laissée par l'humanité sur son environnement est devenue comparable, « *par sa puissance et son universalité (...), aux grandes forces de la Terre* »⁴. En témoigne la nécessité

¹ J.-C. Ameisen, « Sur les épaules de Darwin, les battements du temps (épisode n°3) », *France Inter*, septembre 2011.

² « Geologic Time » *US National Park Service*, <https://www.nps.gov/subjects/geology/geotime.htm>. Voir aussi P. Thomas, « Histoire de l'Univers, de la Terre et de la vie rapportée à une année », *Planet Terre* Laboratoire des Sciences de la Terre, ENS Lyon, 15/02/2011, <https://planet-terre.ens-lyon.fr/ressource/chronologie-terre.xm>.

³ L. Cailloce, 26 janvier 2015, « Pergélisol, le piège climatique », *CNRS Journal*.

⁴ P.-J. Crutzen, « La géologie de l'humanité : l'Anthropocène », in *Ecologie et Politique*, Presse de Science Po, 2007/1, n°34, p. 143.

de désigner un nouvel âge géologique, l'Anthropocène, dont les repères marquants, au lieu d'être produits par les forces telluriques, seraient cette fois le résultat de l'activité humaine déterminée par la technique. Les pays industrialisés font face à des risques qui exigent de repenser la dimension temporelle de l'action publique et son contrôle par la justice.

L'actualité en fournit deux illustrations en France. Le contentieux climatique et le stockage des déchets radioactifs à vie longue. Coïncidence temporelle, ces deux problèmes sont appréhendés par la puissance publique à l'échelle du siècle. 2100, c'est l'horizon retenu par les signataires de l'Accord de Paris sur le Climat pour tenter de contenir le réchauffement climatique sous la barre des 2°C afin de laisser à l'humanité, des chances d'adaptation⁵. Un siècle, c'est aussi le temps que l'État s'est donné pour construire, exploiter et fermer son futur site de stockage géologique profond de déchets radioactifs à vie longue⁶.

Ainsi, il est bien question d'appréhender des risques dont l'essentiel des manifestations aura lieu dans le futur. Une approche juridique se confirme, où l'anticipation et la projection deviennent de plus en plus contraignantes, et où sont paradoxalement combinés l'urgence et le temps long. « *En ce qu'il est nécessairement une projection, le long terme saisi par le droit n'est qu'une représentation du futur destinée à agir sur le présent* », indique Thibault Soleilhac dans sa thèse sur *Le temps et le droit de l'environnement*⁷. L'annonce d'évènements futurs destinés à agir sur le présent ? On a parfois l'impression que le droit est aux prises avec des prophéties.

Comment ne pas penser à *L'Odyssée* d'Homère, cette histoire d'il y a 3000 ans. Selon la prophétie de Circé, Ulysse devra éviter deux écueils mortifères, deux monstres qui barrent la route de son navire vers le sud : Charybde et Scylla. Ulysse devra à tout prix éviter Charybde, invincible tourbillon marin qui engloutirait son navire. Il naviguera donc près de la falaise et se soumettra à Scylla, un monstre à six têtes, embusqué dans une caverne.

Comment naviguer entre le Charybde climatique et le Scylla nucléaire ? De quelle manière encadrer l'action publique face à ces risques futurs, dans l'océan temporel qui se présente ? Je m'intéresserai dans un premier temps au nouveau contrôle contentieux de la trajectoire, qui permet d'apprécier le réalisme de l'action publique dans le temps en matière de climat **(I)**. J'aborderai dans un second temps l'impératif de prévention des risques d'atteinte aux générations futures causés par l'enfouissement géologique des déchets nucléaires **(II)**.

I) Contrôle de la trajectoire : le futur climatique est déjà là.

Que peut le juge administratif face à la lenteur de l'Etat dans sa lutte contre le réchauffement climatique ? D'une part, un contrôle contentieux de l'action publique par anticipation est nécessaire **(A)**, et d'autre part il est nécessairement limité **(B)**.

A) Un contrôle nécessairement anticipateur

La France s'est engagée à lutter contre le réchauffement climatique, et cet engagement est notamment décliné dans des objectifs nationaux de réduction des GES. L'essentiel tient en trois dates : 1990, 2030, 2050. Les objectifs sont les suivants : -40 % de GES en 2030 par rapport à 1990 afin d'atteindre un état de neutralité carbone en 2050. Cette succession d'objectifs trace une voie dans le temps, une trajectoire.

⁵ Accord de Paris du 12 décembre 2015, art. 2.

⁶ Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs (ANDRA) : <https://www.andra.fr/cigeo>

⁷ T. Soleilhac, *Le temps et le droit de l'environnement*, Th., Lyon, 2007, p. 1069.

Toutefois, l'Etat français éprouve des difficultés à atteindre ces cibles. Premièrement, le gouvernement n'a déjà pas respecté le plafond de ses émissions de carbone pour la période 2015-2018⁸. Deuxièmement, entre 1990 et 2020, c'est-à-dire au cours des 30 dernières années, les émissions de gaz à effet de serre de la France ont baissé de 20 %. D'ici 2030, il reste donc une distance identique à parcourir (-20%) mais en trois fois moins de temps⁹. Troisièmement, les principaux organismes scientifiques affirment que la stratégie française de réduction des GES est insuffisante pour atteindre les objectifs à 2030 et 2050¹⁰.

Que faire donc, si les efforts de la France s'avèrent insuffisants ? Le problème en matière de climat, c'est qu'il y a un décalage temporel entre le moment où les mesures doivent être prises, et le moment où elles produisent leurs effets sur la courbe de réduction des GES.

C'est en raison de ce télescopage entre le présent et le futur qu'un nouveau type de contrôle du juge est nécessaire. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Grande Synthe* du 19 novembre 2020, le rapporteur public Stéphane Hoyneck fait le constat suivant : « *il ne faut pas attendre qu'une obligation de résultat ait été méconnue pour envisager les moyens de la corriger* »¹¹. Il faut éviter à tout prix, une tragédie des horizons, c'est-à-dire la situation dans laquelle notre monde serait inéluctablement entraîné vers une catastrophe si nous ne parvenons pas à surmonter la contradiction temporelle qui nous impose d'agir immédiatement pour le long terme¹².

Avec l'arrêt *Commune de Grande-Synthe* du 19 novembre 2020, le Conseil d'État a décidé d'exercer un contrôle de légalité sur la trajectoire de maîtrise des GES de la France, en inaugurant un « *contrôle de conformité par anticipation* »¹³. En d'autres termes, le juge apprécie le respect par la puissance publique de son obligation d'atteindre un objectif normatif futur. Constatant qu'au regard des mesures adoptées au jour de sa décision, les objectifs ne pourraient pas être atteints, le Conseil d'État a ordonné au Gouvernement le 1^{er} juillet 2021 de prendre des mesures supplémentaires avant le 31 mars 2022¹⁴.

Avec ce nouveau contrôle, le juge administratif regarde plus loin et appréhende l'étirement temporel de l'action publique. C'est l'effet utile des décisions de justice qui en ressort heureusement renforcé « *car en matière climatique, il existe un risque que tout retard à agir soit irréversible et ne se rattrape pas* »¹⁵.

B) Un contrôle anticipateur nécessairement limité

Quelle est la place des juridictions dans ce contrôle de la course de l'État contre la montre ? Si le juge sanctionne une décision de la puissance publique en anticipant son inefficacité, c'est-

⁸ CE, 19 novembre 2020, *Commune de Grande Synthe*, n°427301 ; Tribunal administratif de Paris, 3 février 2021, *Oxfam France et autres*, n°1904967 ; A. Van Lang, A. Perrin, M. Deffairi, « Le contentieux climatique devant le juge administratif », *RFDA* 2021, p. 747.

⁹ S. Hoyneck, « Le contentieux climatique devant le juge administratif », Conclusions sur CE, 1^{er} juillet 2021, *Commune de Grande-Synthe*, n° 427301, *RFDA* 2021 p.777.

¹⁰ CE, 1^{er} juillet 2021, *Commune de Grande Synthe*, n° 427301, point 4 : « Le Conseil d'État observe que la stratégie nationale prévoit une diminution des émissions de 12 % pour la période 2024-2028 contre seulement 6 % entre 2019 et 2023. Il estime qu'il ressort des différents éléments transmis, notamment des avis publiés entre 2019 et 2021 par le Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD), le Conseil économique, social et environnemental (CESE) et le HCC, que cet objectif de réduction de 12 % ne pourra être atteint si de nouvelles mesures ne sont pas adoptées à court terme ».

¹¹ S. Hoyneck, « Le contrôle des engagements climatiques du Gouvernement par le Conseil d'Etat », conclusions sur CE, 6^{ème} et 5^{ème} ch. Réunies, 19 novembre 2020, n°427301, *Commune de Grande Synthe, Energie Environnement Infrastructures*, 2021, n°1, p. 7.

¹² M. Carney, « Breaking the Tragedy of the Horizon – climate change and financial stability », *Lloyd's of London*, 29 September 2015.

¹³ B. Lasserre, vice-président du Conseil d'Etat, « L'environnement : les citoyens, le droit, les juges », discours du 21 mai 2021 devant la Cour de cassation.

¹⁴ CE, 1^{er} juillet 2021, *Commune de Grande Synthe*, n° 427301.

¹⁵ S. Hoyneck, art. précit. p. 7.

à-dire en contrôlant ce qui adviendra¹⁶, il risque de s'aventurer sur le terrain de la décision politique et de transgresser le principe de séparation des pouvoirs.

On peut rappeler sur ce point que le juge administratif est déjà, dans une certaine mesure, le juge de l'anticipation, notamment lorsqu'il se prononce en référé sur un risque d'atteinte à l'ordre public¹⁷. Trois gardes fous ressortent, en outre, des deux arrêts *Commune de Grande Synthe*.

Premièrement, le contrôle de la trajectoire doit reposer sur l'expertise scientifique. A partir du moment où les données scientifiques permettent d'affirmer qu'une stratégie de réduction des GES est insuffisante pour atteindre des objectifs futurs, alors il y a bien contrôle de légalité par projection, et non contrôle en opportunité. C'est la rationalité scientifique qui est mise en avant par le juge et qui, au regard des arrêts *Commune de Grande Synthe*, doit être institutionnalisée afin d'être crédible, indépendante et objective¹⁸.

Deuxièmement, le juge doit-il effectuer un contrôle normal ou seulement un contrôle restreint lorsqu'il apprécie le réalisme d'une trajectoire de baisse des émissions ? Doit-il sanctionner toute erreur de l'administration ou seulement les erreurs grossières ? S'agissant de la justification par l'État de son refus de prendre des mesures complémentaires, le Conseil d'État a exercé un contrôle normal dans son dernier arrêt, mais il est possible qu'il ne retienne, dans sa décision à venir, qu'un contrôle restreint de l'erreur manifeste, s'agissant du choix des mesures que l'État entend mettre en œuvre. Un compromis est recherché, entre efficacité du contrôle juridictionnel et pouvoir d'appréciation de l'administration.

Troisièmement, le contentieux climatique est marqué par l'usage de l'injonction et en même temps par le refus du juge d'imposer une stratégie à l'État¹⁹. C'est pourquoi le juge a enjoint à l'État le 1^{er} juillet 2021 d'adopter les mesures supplémentaires de son choix dans un délai de neuf mois. Le juge contraint, mais ne se substitue pas.

Avec ces trois limites, la juridiction administrative opère un rééquilibrage entre la rationalité scientifique, vectrice d'objectivité, la rationalité juridique, garante de la primauté de la norme supérieure, et la rationalité politique, facteur de légitimité de l'action publique.

En trouvant la bonne voie de navigation, Ulysse parviendra à éviter Charybde et à sauver son équipage de l'engloutissement. Mais cette direction le conduit vers la falaise où il sera inéluctablement confronté à Scylla, cette invulnérable créature surgissant des profondeurs d'une caverne. Aujourd'hui, le stockage profond de déchets nucléaires dans la roche invite à s'interroger sur les cadres de la décision publique lors de la transmission d'un risque technique vers les générations futures **(II)**.

II) Transmission du risque nucléaire : un compromis entre générations

La France produit des déchets radioactifs qui seront destructeurs pour le vivant pendant plus de 100 000 ans. Ils représentent un volume de 85 000 m³, dont la moitié a déjà été produite²⁰. Rien ne permettant d'éliminer ces déchets, l'objectif est de contenir les risques qu'ils génèrent à long terme. Quelle est donc la responsabilité juridique des humains qui produisent aujourd'hui ces déchets vis-à-vis des générations futures ?

Je souhaiterais m'interroger d'abord sur le principe d'une protection de d'ordre public transgénérationnel **(A)** et ensuite sur sa mise en œuvre **(B)**.

¹⁶ M. Torre-Schaub, « Le contentieux climatique : du passé vers l'avenir », *RFDA* 2022, p. 75.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ H. Delzangles, « Le "contrôle de la trajectoire" et la carence de l'Etat français à lutter contre les changements climatiques - Retour sur les décisions *Grande-Synthe* en passant par l'*Affaire du siècle* », *AJDA* 2021, p. 2115.

¹⁹ A. Van Lang, A. Perrin, M. Deffairi, *préc.*

²⁰ ANDRA, « Les déchets destinés à Cigéo : des déchets qui resteront très dangereux très longtemps », <https://www.andra.fr/cigeo/protger-des-dechets-radioactifs-les-plus-dangereux/les-dechets-destines-cigeo-des-dechets>.

A) La protection de l'ordre public transgénérationnel comme principe

Les générations futures ont été définies par Emilie Gaillard dans sa thèse comme « *les êtres qui appartiennent à l'avenir, par rapport à une personne ou à l'humanité actuelle, auxquelles ils sont généalogiquement reliés* »²¹. En France, les « droits des générations futures » ont pour la première fois été reconnus par la loi « Bataille » en 1991 sur les déchets radioactifs²². Le fait est que « *les générations futures sont désormais à portée technique des générations présentes* »²³. Or, envisager la responsabilité des générations présentes envers les générations futures, consiste avant tout à faire peser sur les premières des obligations de nature à préserver la vie des secondes²⁴.

La police administrative assure justement une fonction de prévention des risques futurs. Jean-Paul Markus parle de protection de l'ordre public transgénérationnel, car l'ordre public n'a pas en soi de limite dans le temps. La police administrative peut en effet appréhender le futur en raison du fait que son rôle est par essence préventif, qu'elle couvre déjà l'environnement et la santé publique et qu'enfin et surtout, le fait générateur des troubles futurs est bien situé dans le présent. L'ordre public transgénérationnel « n'est pas un ordre public futur, mais l'ordre public [actuel] dans une de ses dimensions »²⁵.

Le procédé envisagé aujourd'hui pour les déchets radioactifs à vie longue est un confinement géologique à 500 mètres de profondeur. Il s'agit du projet Cigéo conduit par l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs (ANDRA). La procédure de déclaration d'utilité publique de Cigéo a démarré en 2021 et devrait s'achever fin 2022, laissant entrevoir une autorisation pour 2025.

Ce procédé permettrait en principe de réduire les risques futurs d'exposition à la radioactivité grâce à la stabilité de la roche qui permettrait en principe d'isoler suffisamment longtemps le danger²⁶. Confiner les déchets en profondeur et en supporter aujourd'hui l'effort technique et financier, est une façon d'envisager la responsabilité des générations présentes en ne transmettant pas le fardeau de ces déchets à nos descendants, « afin de prévenir ou de limiter les charges qui seront supportées par les générations futures », précise l'article L542-1 du Code de l'environnement.

Cependant, il reste des incertitudes et un risque de défaillance du site de stockage, qui lui est bel et bien transmis dans le temps. Afin d'appréhender ce risque de dommage à long terme, le droit français prévoit plusieurs instruments : les principes de prévention et de précaution déclinés principalement dans un régime de police administrative et secondairement dans l'appréciation de l'utilité publique du projet Cigéo. Ces outils vont contribuer à prévenir les risques futurs, les réduire ou à défaut, tenter d'en limiter les conséquences. Ainsi, une opération ne peut pas être déclarée d'utilité publique si elle méconnaît l'un de ces deux principes. Il en va de même pour la future décision d'autoriser ou non l'ouverture du centre de stockage et la détermination de ces conditions de conception et de fonctionnement.

²¹ E. Gaillard, *Généralités futures et droit privé – vers un droit des générations futures*, Th., LGDJ, Paris, 2011, p. 7.

²² E. Gaillard, *op. cit.*, p. 189.

²³ J.-P. Markus, « La protection des générations futures, éléments de la légalité administrative ? », in *Quelles responsabilités juridiques envers les générations futures ?*, Markus (J.-P.) (dir.), Dalloz, Actes, 2012, p. 231.

²⁴ C. Cans, « Le droit des générations futures, vecteur d'une refondation du droit : l'exemple du droit de l'environnement », in *Quelles responsabilités juridiques envers les générations futures ?*, J.-P. Markus (dir.), Dalloz, Actes, 2012, p. 75 ; H. Ph. Vissert-Hooft, « Développement technologique et responsabilité envers les générations futures », *Archives de philosophie du droit*, T. 36, p. 46.

²⁵ J.-P. Markus, *art. précit.*, p. 239-240.

²⁶ Autorité de sûreté nucléaire (ASN), Guide de sûreté relatif au stockage définitif des déchets radioactifs en formation géologique profonde, 12/02/2008, p. 6, [En ligne] <http://www.asn.fr>

En présence d'un risque avéré, même futur et incertain, des mesures proportionnées de protection des atteintes futures à l'environnement peuvent donc être imposées.

B) Le compromis sur le risque comme mise en œuvre

En droit de l'environnement, il s'agit le plus souvent de réaliser des compromis entre le bénéfice d'une mesure de protection et son coût, et donc, s'agissant des risques à long terme, entre les intérêts des générations actuelles et futures. C'est tout le sens des principes de prévention et de précaution prévus par l'article 4 de la Charte de l'environnement et l'article L110-1 Code de l'environnement.

Si ces principes sont fondamentalement transgénérationnels²⁷, leur problème reste celui de la détermination de « *l'équilibre coûts-avantages, [et donc] celui de fixer une valeur raisonnable de la vie humaine préservée* »²⁸. *Les principes de prévention et de précaution doivent en effet être appliqués de manière proportionnée et à un coût économiquement acceptable. Cela signifie « qu'un risque de dommage (...) aux générations futures peut être valablement causé si le coût de son anticipation n'est pas économiquement acceptable pour les générations actuelles »*²⁹.

En matière de stockage de déchets radioactifs, deux autres principes contribuent à déterminer le risque futur acceptable. Le premier vise une égalité de traitement selon laquelle « *la génération présente ne devrait pas transmettre un risque lié aux déchets nucléaires plus grand que celui qu'elle est prête à assumer pour son propre compte* »³⁰. C'est pourquoi le futur site de stockage devra être conçu de façon à ce que les générations futures ne soient pas exposées à une dose de radioactivité supérieure à celle qui est jugée acceptable aujourd'hui³¹. Néanmoins, cette égalité entre les générations ne pourra être recherchée que pour les événements certains ou probables. Le second est un principe de réversibilité du stockage selon lequel les générations successives doivent pouvoir « *revenir en arrière* », ce qui inclut « *la possibilité de récupérer des [...] déchets déjà stockés* »³². Cependant, cette réversibilité ne concernera que la phase d'exploitation du site, c'est-à-dire une période de 100 ans, et elle disparaîtra après la fermeture de celui-ci.

On peut alors craindre avec Jean-Paul Markus que dans ces recherches de compromis, « *l'intérêt des générations futures passe systématiquement après l'intérêt des générations présentes, tout comme l'intérêt environnemental cède souvent face à l'intérêt général économique [...]; [or,] admettre une hiérarchie entre intérêts généraux au détriment des générations futures aboutirait à considérer les futurs humains comme une sous-catégorie d'êtres humains* »³³.

Conclusion

On en revient à Ulysse. Contre Scylla tout combat sera vain, avait prévenu Circé. Ulysse n'ayant aucun choix, sinon celui d'affronter le moins terrible des maux, il perdra une partie de son

²⁷ « Incontestablement, le principe de précaution est d'essence transgénérationnelle », E. Gaillard, *op. cit.*, p. 201 ; C. Cans, *art. précit.*, p. 76 ; M. Prieur, « Le principe de précaution C'EST NORMAL ? au service des générations futures », in *Droit et Economie*, Mélanges M. Blasex, Litec, 2009, p. 283.

²⁸ « Acteurs, principes, outils », in *Dictionnaire permanent Environnement et Nuisances*, Editions Législatives, 2013, § 137.

²⁹ E. Gaillard, *op. cit.*, p. 204 ; E. Charpentier, « Les outils juridiques du droit à l'environnement, au service des générations futures », in *Quelles responsabilités juridiques envers les générations futures ?*, J.P. Markus (dir.), *op. cit.*, p. 167.

³⁰ E. Brown-Weiss, *Justice pour les générations futures*, Sang de la terre, Paris, 1993, p. 163.

³¹ ANDRA, Evaluation de la faisabilité du stockage géologique en formation argileuse, Dossier Argile 2005 Synthèse, p. 38 ; *Critères de sécurité pour les analogues industriels au stockage du CO₂*, Rapport final, BRGM/RP-55840-FR, 2007, p. 30.

³² Article L. 452-10-1 C. env.

³³ J.-P. Markus, *précit.*, p. 234.

équipage, six hommes dévorés par Scylla, et en vérité une part de lui-même. Ulysse pourra alors passer la porte du sud et rejoindre l'île du Soleil.

Les impacts des activités humaines échappent en partie au présent, compromettant l'avenir et menant parfois à des compromissions. La reconnaissance du préjudice écologique climatique par le tribunal administratif de Paris le 3 février 2021, dans l'Affaire du siècle, et l'injonction adressée à l'Etat de le réparer, est une première mondiale³⁴. C'est une façon de rendre la justice pour nos descendants. « *La justice vaut mieux que l'or* » disait Isocrate il y a 2500 ans, « *l'or n'est utile qu'aux vivants ; la justice assure même à ceux qui ont cessé de vivre une honorable renommée* »³⁵.

³⁴ A. Van Lang, A. Perrin, M. Deffairi, *précit.*

³⁵ Isocrate, *Conseils à Démosthène*, 38, trad. A.-M. Gaspard de Clermont-Tonnerre.

PARTIE II
VARIA

Les violences sexistes et sexuelles au travail : la santé au détriment de l'égalité ?

Anna MATTEOLI

Directrice du Centre d'information sur les droits des femmes et des familles du Bas-Rhin et chercheuse associée au CDPF (EA 1351), Université de Strasbourg

Résumé : Dans le système juridique français, les dispositions en matière de violences sexistes et sexuelles au travail permettent de sanctionner différents actes notamment dans un objectif de préservation de la santé des salarié.e.s¹. Cependant, le lien entre ces violences sexistes et sexuelles et l'égalité entre les femmes et les hommes n'est pas assez souligné. Il est ainsi pertinent pour parvenir à une modification structurelle, de reconnaître que ces violences sont liées à la problématique de l'égalité femmes-hommes au travail, au risque de taire que ce sont majoritairement les femmes qui sont les victimes de tels actes.

Mots-clefs : Violences sexistes et sexuelles ; Risque psychosocial ; Santé ; Egalité femme-homme ; Travail ;

Abstract : *In the French legal system, the measures concerning gender-based violence in the workplace make it possible to sanction various acts, particularly with the aim of preserving the health of employees. However, the link between gender based violence and gender equality is not emphasized enough. In order to achieve a structural change, it is relevant to recognize that these acts of violence are linked to gender equality issues in the professional environment, at the risk of concealing the fact that it is mainly women who are the victims of such acts.*

Keywords : *Gender-based violence ; Psychosocial risk ; Health ; Gender equality ; Workplace*

Obligation en matière de violences sexistes et sexuelles. Dans le système juridique français, de nombreuses obligations s'imposent à l'employeur.e² en matière de violences sexistes et sexuelles au travail³. Le mouvement semble se prolonger au-delà puisque des programmes de politique publique visent à encourager l'employeur.e à mettre en œuvre des actions concernant les violences au sein du couple⁴. La convention n° 190 de l'Organisation Internationale du Travail relative à l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail⁵ adoptée le 21 juin 2019⁶ énonce dans son préambule que « *la violence domestique⁷ peut se répercuter sur l'emploi, la productivité ainsi que sur la santé et la sécurité,*

¹Dans cet article, il est fait usage du langage égalitaire défini par le Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes comme « *l'ensemble des attentions discursives, c'est-à-dire lexicales, syntaxiques et graphiques qui permettent d'assurer une égalité de représentations des individus* ». Cf., Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCE), *Pour une communication publique sans stéréotypes- Guide pratique*, 2022, p. 6.

²Notre réflexion porte sur les structures de droit privé auxquelles s'appliquent les règles issues du Code du travail.

³Quant à l'expression « *violences sexistes et sexuelles* », on peut relever, qu'en la matière, différentes variations de l'expression peuvent être employées telles que « *violences sexuelles et sexistes* », « *violences sexuelles et/ou sexistes* », « *violences sexistes et/ou sexuelles* ». L'emploi de l'expression « *violences sexistes et sexuelles* » est préféré, d'une part, pour une raison alphabétique lorsqu'il s'agit de s'intéresser à l'ordre entre « *sexistes* » et « *sexuelles* ». D'autre part, l'emploi de la conjonction de coordination « *et* » est également préféré car si « *ou* » suggère l'alternative, la conjonction « *et* » illustre un continuum des violences sexistes et sexuelles, c'est-à-dire un ensemble d'actes et de faits dont le point commun est la mise en œuvre d'un rapport de pouvoir entre les sexes. L'expression choisie permet ainsi de mieux appréhender la dimension systémique des violences sexistes et sexuelles en entreprise.

⁴A titre d'illustration, cf., Ministère du Travail de l'Emploi et de l'Insertion-DGEFP (Coordination par le Laboratoire de l'égalité), *Guide à destination des TPE-PME- Egalité femmes-hommes, mon entreprise s'engage*, 2021, p. 23 et p. 47.

⁵L. Lerouge, La ratification de la convention OIT n° 190 sur le harcèlement et la violence au travail- Formalité ou opportunité pour le système français ?, *dr. soc.*, 2022, p. 54.

⁶C'est la loi n° 2021-1458 du 8 novembre 2021 qui a autorisé la ratification de la Convention n° 190 de l'Organisation internationale du Travail relative à l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail.

⁷Le terme « *violence domestique* », selon la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011 désigne « *tous les actes de violence physique, sexuelle, psychologique ou économique qui*

et que les gouvernements, les organisations d'employeurs et de travailleurs et les institutions du marché du travail peuvent contribuer (...) à faire reconnaître les répercussions de la violence domestique, à y répondre et à y remédier ». Le 11 août 2022, une tribune parue dans le journal Le Monde et signée par des juristes, des dirigeant.e.s d'entreprise, des expert.e.s en ressources humaines appelle les employeur.e.s à intégrer la question des violences au sein du couple dans les enjeux de l'égalité professionnelle. Les signataires affirment ainsi que « *la lutte contre les violences conjugales⁸ est notre responsabilité à tous, un enjeu de société. Le sujet ne doit donc pas s'arrêter à la porte des entreprises et mérite une posture proactive, un engagement fort des employeurs* ».

Absence de définition juridique. Au-delà de la prise en compte des violences au sein du couple dans l'entreprise, envisager l'étude des violences sexistes et sexuelles au travail nécessite tout d'abord d'identifier ce que recouvre cette expression. Les difficultés apparaissent immédiatement car l'expression « *violences sexistes et sexuelles* » n'a pas de définition générale en droit interne et n'apparaît pas dans les différents corpus juridiques⁹. On relève toutefois que cette expression est bien dans le libellé de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018, qui renforce « *la lutte contre les violences sexuelles et sexistes* »¹⁰. Si l'on appréhende de manière séparée les termes « violences sexuelles » et « violences sexistes », on peut également préciser que le droit ne leur a pas consacré de définition. Par ailleurs, ces termes n'apparaissent que de manière sporadique dans les codes. Il en va ainsi dans quelques articles du Code de procédure pénale¹¹, du Code de l'éducation¹², du Code pénal¹³, du Code du sport¹⁴ mais pas dans le Code du travail.

Essai d'une définition. S'il n'y a pas de définition, on peut être tenté de dire que dans une première approche, c'est le sexe¹⁵ qui est atteint par des faits de violences sexistes. En revanche, c'est la sexualité qui est en cause dans le cadre des violences sexuelles. Il s'agirait

surviennent au sein de la famille ou du foyer ou entre des anciens ou actuels conjoints ou partenaires, indépendamment du fait que l'auteur de l'infraction partage ou a partagé le même domicile que la victime ». Ainsi, l'expression prend en compte des actes qui dépassent les violences au sein du couple même si ces dernières y sont appréhendées en perdant certainement de leur spécificité.

⁸ L'expression « violences conjugales » peut être considérée comme un synonyme de « violences au sein du couple ». Cependant, la dernière expression permet d'envisager plus facilement que cette question concerne non seulement les conjoints (terme renvoyant à la conjugalité) mais également les partenaires liés par un pacte civil de solidarité et les concubins. Il convient toutefois de préciser qu'aucune de ces expressions ne prend en considération les « ex-membres » du couple, qui font pourtant pleinement partie du phénomène combattu.

⁹ Si nous avons préféré l'expression « violences sexistes et sexuelles » (cf., note 3), la recherche de définition a été vérifiée pour l'expression au singulier également, pour l'expression « violences sexuelles et sexistes », « violences sexistes et/ou sexuelles » et « violences sexuelles et/ou sexistes », aussi au singulier et au pluriel. En effet, étant donné l'utilisation de différentes expressions dans les discours juridique et politique, il est pertinent de vérifier si pour l'une d'entre elles, le législateur a mis en place une définition. La recherche a été effectuée sur le site Légifrance, service public de la diffusion du droit (legifrance.gouv.fr).

¹⁰ On peut toutefois relever que cette expression est présente sur des sites gouvernementaux (à titre d'illustration : <https://arreteonslesviolences.gouv.fr/>) et dans des guides de différentes administrations (à titre d'illustration : Ministère de l'action et des comptes publics, *Guide de formation sur la formation et la lutte contre les violences sexuelles et sexistes dans la fonction publique*, 2018).

¹¹ Art. D1-10 relatif à l'évaluation des besoins des victimes, art. D1-12-1 et D1-12-2 relatif à l'agrément des associations d'aide aux victimes d'infractions.

¹² Art. L.312-16 relatif à l'information et l'éducation à la sexualité dans les écoles, collèges et lycées, art. L.121-1 relatif notamment à une obligation de sensibilisation des enseignant.e.s aux violences sexistes et sexuelles.

¹³ Art. R131-35 et R131-38 relatifs aux modules de formation du stage de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes, art. 461-4 relatif aux violences sexuelles dans le cadre de conflits armés, art. 212-1 relatif aux violences sexuelles dans le cadre de crime comme l'humanité, art. 226-14 relatif au secret professionnel.

¹⁴ Art. L.121-4 et L.131-8 relatifs au contrat d'engagement républicain.

¹⁵ Le sexe peut être ici entendu dans sa dimension biologique mais également dans sa dimension sociale, ce qui correspondrait au genre. Selon l'article 3 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011, le genre : « désigne les rôles, les comportements, les activités socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes ». Le Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes précise que : « le genre est le système de normes hiérarchisées et hiérarchisantes de féminité et de masculinité. Ces normes sont différentes, construites en opposition, et valables dans une culture donnée, une époque donnée » , cf., Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCE), *op. cit.*, p. 5.

d'une atteinte à la dignité de la personne mais également à la liberté sexuelle en imposant ou incitant à un comportement de nature sexuelle. Quant à la notion de « violence », elle vise toutes les formes d'atteintes, volontaires ou involontaires, à l'intégrité physique ou psychique d'une personne

Enumération des actes. Il nous appartient à présent de vérifier les qualifications juridiques qui peuvent intégrer cette définition de « violences sexistes et sexuelles ». Cette recherche prend place dans les deux corpus juridiques qui s'appliquent au monde du travail. En effet, afin de sanctionner les faits pouvant se produire dans le milieu du travail, il est possible de faire appel au Code de travail dont les règles s'appliquent aux structures de droit privé¹⁶ mais également au Code pénal qui contient des règles qui protègent l'ordre public et qui, ainsi, ne s'arrête pas aux portes de l'entreprise.

Qualifications en droit du travail. En matière de droit du travail, différentes qualifications peuvent reprendre à cette définition. Il y a tout d'abord l'agissement sexiste qui est défini à l'article L1142-2-1 du Code du travail inséré par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 et qui énonce que « *nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». Il y a également le harcèlement sexuel¹⁷ qui est défini à l'article L.1153-1 du Code du travail¹⁸ qui énonce qu' : « *aucun salarié ne doit subir des faits :1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ; (...)¹⁹ 2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers* ». Les agissements sexistes et le harcèlement sexuel entraînent une sanction envers son auteur. L'article L.1153-6 du Code du travail le précise, de manière spécifique, pour le harcèlement sexuel, en énonçant que « *tout salarié ayant procédé à des faits de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire* ». Le code du travail prend également en compte des discriminations faisant suite au harcèlement sexuel et la protection des témoins²⁰. On peut également faire mention des règles relatives à l'interdiction de la discrimination en raison du sexe notamment en matière d'embauche, de formation, de salaire selon l'article L.1132-1 du Code du travail²¹. Ces faits peuvent intégrer une conception large

¹⁶ Cf., note 2 quant à l'exclusion du droit applicable à la fonction publique.

¹⁷ Pour un historique de l'insertion de la qualification de harcèlement sexuel dans le Code du travail, cf., P. Adam, Harcèlement sexuel, *Rép. Droit du travail*, Dalloz, octobre 2019, Mise à jour 2022, n° 5.

¹⁸ Dans sa version en vigueur depuis la loi 2021-1018 du 2 août 2021. Cf., M. Abry-Durand, Harcèlement sexuel : harmonisation des définitions entre Code pénal et Code du travail, *Revue de droit du travail*, 2022, p. 244.

¹⁹ Des modifications sont apportées par la loi n° 2021-1018 du 2 août 2021 qui précise que « *le harcèlement sexuel est également constitué : a) Lorsqu'un même salarié subit de tels propos ou comportements venant de plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée; b) Lorsqu'un même salarié subit de tels propos ou comportements, successivement, venant de plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition* ».

²⁰ C. trav., art. L.1153-2 alinéa 1^{er} : « *Aucune personne ayant subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel définis à l'article L. 1153-1, y compris, dans le cas mentionné au 1° du même article L. 1153-1, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés, ou ayant, de bonne foi, témoigné de faits de harcèlement sexuel ou relaté de tels faits ne peut faire l'objet des mesures mentionnées à l'article L. 1121-2* ».

²¹ C. trav., art. L.1132-1 : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification,*

des violences sexistes et sexuelles au travail entraînant le cas échéant la sanction d'un acte individuel.

Qualifications en droit pénal. Les mêmes qualifications se retrouvent dans le Code Pénal. Ainsi le harcèlement sexuel²² est codifié à l'article 222-33²³ du Code pénal dans des termes identiques et avec une rédaction quasiment similaire. Le harcèlement sexuel est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. En cas de circonstance aggravantes²⁴, les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 €. Selon l'article 225-1-1 du Code pénal, le droit pénal sanctionne également des discriminations faisant suite à du harcèlement sexuel²⁵. La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes a également inséré dans le Code pénal l'incrimination d'outrage sexiste²⁶. En effet, selon l'article 621-1 du Code pénal, « *constitue un outrage sexiste le fait (...), d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* ». Cette infraction est punie de l'amende prévue pour les contraventions de 4^e classe et, en cas de circonstances aggravantes, c'est l'amende prévue pour les contraventions de 5^e classe qui s'applique. L'interdiction de la discrimination en raison du sexe notamment en matière d'embauche, de formation, de salaire est également retenue en droit pénal à l'article 225-1 du Code pénal²⁷. Si ces qualifications sont présentes dans le droit du travail et le droit pénal, on peut faire mention d'infractions spécifiques au droit pénal : l'agression sexuelle qui est une atteinte sexuelle commise par quelqu'un sans le consentement de l'autre personne²⁸. Et dans le cas où l'agression sexuelle est commise avec un acte de pénétration, il s'agira alors d'un viol²⁹, qui est un crime. Comme en matière de droit du travail, le droit pénal contient une énumération d'infractions pouvant correspondre aux violences sexistes et sexuelles sans en élaborer une catégorie globale.

de promotion professionnelle, d'horaires de travail, d'évaluation de la performance, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison (...), de son sexe, (...), de son identité de genre (...)».

²²Pour un historique de l'insertion de la qualification de harcèlement sexuel dans le Code du pénal, cf., P. Adam, *Harcèlement sexuel*, *Rép. préc.*, n° 1.

²³ Dans sa version en vigueur depuis la loi 2018-703 du 3 août 2018 : « *I. - Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. L'infraction est également constituée : 1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ; 2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition. II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers* ».

²⁴ Il y a des circonstances aggravantes lorsque les faits sont commis « *1° par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; 2° sur un mineur de quinze ans ; 3° sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ; 4° sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur ; 5° par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ; 6° par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique ; 7° alors qu'un mineur était présent et y a assisté ; 8° par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* », cf., C. pén. Art. 222-33.

²⁵C. pén., art. 225-1-1 : « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés* ».

²⁶Pour une réflexion sur l'articulation entre la qualification d'agissements sexistes en droit du travail et l'incrimination d'outrages sexistes en droit pénal, cf., P. Adam, *Harcèlement sexuel*, *Rép. préc.*, n°73.

²⁷ C. pén., art. 225-1 alinéa 1^{er} : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement (...), de leur sexe, (...) de leur identité de genre* ».

²⁸C. pén., art. 222-22, alinéa 1^{er} : « *Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise* ».

²⁹C. pén., art. 222-23 : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol* ».

Lien avec la sexualité et les rapports de genre. Si notre réflexion est avant tout juridique, le caractère multidimensionnel de la question amène rapidement à envisager une approche plus large³⁰ qui a l'avantage de montrer la difficulté du sujet s'agissant de sexualité et de rapports de genre³¹. Il est ainsi difficile de penser les violences sexistes et sexuelles au travail lorsque la sexualité est vécue dans un contexte de domination masculine où les rapports sexuels s'envisagent comme une « *attaque* » de l'homme et une « *défaite* » de la femme³². Comment démêler ainsi la sexualité de la violence ? Cette distinction peut prendre du temps « *et le processus rencontrera une vive résistance car il s'en prend à l'essence même de la domination masculine et la place centrale de l'homme* »³³. N'est-il pas symptomatique que l'une des questions qui revient fréquemment lors des formations menées en entreprise par le Centre d'information sur les droits des femmes et des familles du Bas-Rhin³⁴ est : « *mais alors on ne peut plus "draguer" sur notre lieu de travail* »³⁵ ? Cela entre en résonance avec un guide du Ministère du travail sur le « *harcèlement sexuel et les agissements sexistes au travail* » qui distingue la séduction et le harcèlement sexuel. Il est ainsi énoncé que « *lorsqu'une personne souhaite séduire une autre personne, elle a des propos et des comportements positifs et respectueux. (...). Le jeu de la séduction a pour règles : le respect, la réciprocité et l'égalité. (...). A l'inverse le harceleur ne cherche pas à séduire ou à plaire, il veut imposer ses choix et son pouvoir. Il nie l'autre. (...). La victime est mal à l'aise, humiliée, nerveuse, en colère. (...) S'installe alors une situation de domination. (...). En résumé, la séduction est un rapport d'égalité alors que le harcèlement sexuel repose sur un rapport de domination* »³⁶. Si ces questionnements et distinctions peuvent faire sourire dans un premier temps, cela révèle peut-être la crainte que le droit introduise une conception normative de la sexualité. Cela incite également à envisager les violences sexistes et sexuelles au travail à l'aune de la notion de consentement.

Valeurs promues par le législateur. Ces interrogations doivent toutefois être mises en perspective avec l'objectif de protection des victimes d'actes violents. C'est ici que le droit doit trouver sa juste place entre respect de la liberté sexuelle et protection de la victime contre toute domination, et ceci dans le contexte particulier de l'entreprise. Une fois cette crainte identifiée, ce qui permet de comprendre la complexité du sujet, il est nécessaire de s'intéresser aux valeurs promues par le législateur en la matière dans le monde du travail. C'est finalement à travers la santé et l'égalité femmes-hommes que les violences sexistes et sexuelles sont appréhendées.

³⁰Le contenu de cet article est le résultat de mon activité de recherche mais également de ma pratique de juriste et de formatrice au sein du Centre d'information sur les droits des femmes et des familles du Bas-Rhin, association œuvrant à l'égalité entre les femmes et les hommes. Cette seconde posture me permet de convoquer d'autres disciplines, non en tant que spécialiste de ces disciplines, mais en tant qu'usagère d'outils utilisant les savoirs psychologiques, sociologiques et mis en œuvre dans les formations que j'ai pu construire et animer.

³¹Cf., note 15 pour la définition de « genre ».

³²X. Martin, « La violence des hommes à l'aune des Lumières », in C. Duparc, J. Charruau, (dir.) *Le droit face aux violences sexuelles et/ou sexistes*, Dalloz, 2021 : « Deux traits dans la « culture » du siècle des lumières-comme aux extrémités d'une chaîne. A la base, un usage rhétorique : le sexuel, couramment s'y décline en des termes d'attaque (masculine) et défense, donc de victoire (de l'homme) et défaite de la femme-ajoutons-le – même consentante (voire désireuse) : la précision est d'importance. L'intime union pour elle ? Forcément une défaite-c'est ainsi ».

³³G. Steinem, *Actions scandaleuses et rébellions quotidiennes*, Points, 2022, p. 367.

³⁴Pour une description des formations : cf., le site internet du Centre d'information sur les droits des femmes et des familles du Bas-Rhin : <https://basrhin.cidff.info/formations/formations/entreprises/p-77>.

³⁵Il convient de noter que le questionnement n'est pas toujours formulé de la même manière. Par ailleurs, le profil des stagiaires s'inquiétant de cette question est varié. Il serait intéressant d'approfondir ce point par une étude sociologique.

³⁶Ministère du Travail, *Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail ; prévenir, agir et sanctionner- Guide pratique et juridique*, 2019, p. 11. Il est précisé que pour produire ce texte les informations contenues à ce paragraphe sont issues du kit « Une femme comme moi » élaboré par la Mission interministérielle pour la protection des femmes contre les violences et la lutte contre la traite des êtres humains.

Préserver la santé. Les effets sur la santé des violences sexistes et sexuelles au travail font l'objet de différentes études³⁷ mettant en avant notamment des risques cardio-vasculaires, l'hypertension, l'anxiété, les troubles du sommeil³⁸. L'Organisation internationale du travail dans le préambule de la Convention n° 190 reconnaît également que « *la violence et le harcèlement dans le monde du travail*³⁹ nuisent à la santé psychologique, physique et sexuelle ». Ces conséquences importantes montrent que la question des violences sexistes et sexuelles au travail peut être appréhendée sous l'angle de la santé au travail. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que le 4^e plan « santé au travail », élaboré par les pouvoirs publics français, précise qu'il « *s'agit (...) de prendre en compte l'affirmation du rôle des entreprises dans la lutte contre les violences sexuelles et les agissements sexistes* ». ⁴⁰

Egalité femmes-hommes. Cependant, cette question peut également être abordée sous l'angle de l'égalité entre les femmes et les hommes et de la non-discrimination à raison du sexe. En effet, ce sont les femmes qui sont majoritairement victimes. Cela transparaît au travers de différentes enquêtes, même si les actes qui y sont décomptés ne recouvrent pas toujours la même réalité juridique. Selon une étude IFOP de 2014 pour le Défenseur des droits⁴¹, une femme active sur cinq a dû faire face à une situation de harcèlement sexuel au cours de sa carrière. Selon deux enquêtes menées en 2013 et 2016 par le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle⁴², 53 % des femmes cadres et 56% des non cadres disent avoir été affectées par des comportements sexistes au travail. Selon l'enquête Virage⁴³, au travail, les violences sexistes et sexuelles concernent 4 % des femmes et 2 % des hommes en 2015, année de référence de l'enquête⁴⁴. Enfin selon une étude IFOP⁴⁵ de 2019, 30% des femmes⁴⁶ ont déjà été harcelées ou agressées sexuellement sur leur lieu de travail. Par ailleurs, 9% des femmes⁴⁷ ont déjà eu un rapport sexuel « forcé » ou non « désiré » avec quelqu'un de leur milieu professionnel.

³⁷ V. Gonik, « L'impact sur la santé du harcèlement au travail », *REISO*, Revue d'information sociale, mis en ligne le 24 février 2020, <https://www.reiso.org/document/5648>.

³⁸ Dans le préambule de l'accord du 21 octobre 2019 relatif à la protection contre le harcèlement et les agissements à caractère sexiste (Accord rattaché à la Convention collective nationale des détaillants en chaussures du 27 juin 1973), il a été jugé nécessaire de rappeler les conséquences sur la santé de la manière suivante : « *Les attitudes et comportements sexistes ont des répercussions directes à la fois sur le bien-être au travail et sur le sentiment de compétence, de légitimité, de confiance en soi. En effet, suite à une étude effectuée en 2016 par le conseil supérieur de l'égalité professionnelle, il ressort que 81 % des femmes victimes de sexisme ont déjà adopté une conduite d'évitement, 80 % des femmes salariées considèrent que, dans le monde du travail, elles sont régulièrement confrontées à des attitudes ou des décisions sexistes et 93 % des femmes considèrent que ces attitudes peuvent modifier le comportement des salariées et amoindrir leur sentiment d'efficacité personnelle* ».

³⁹ L'Organisation internationale du travail, lorsqu'elle précise dans l'article 1 de la convention n° 190 son domaine d'intervention, elle fait référence à « *violence et harcèlement* » mais également « *violence et harcèlement fondés sur le genre* » (qui) « *s'entend de la violence et du harcèlement visant une personne en raison de son sexe ou de son genre ou ayant un effet disproportionné sur les personnes d'un sexe ou d'un genre donné, et comprend le harcèlement sexuel* ». Ainsi, les conséquences dont il est fait mention en termes de santé dans le préambule s'applique également aux violences sexistes et sexuelles, ou du moins les actes de cette nature inclus dans la catégorie « violences et harcèlement fondés sur le genre ».

⁴⁰ Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, *4^e plan santé au travail 2021-2022*, p. 1.

⁴¹ IFOP (pour le défenseur des droits), *Enquête sur le harcèlement sexuel au travail*, 2014, p. 15.

⁴² Le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes a été créé par une loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 en tant qu'instance consultative qui participe à la définition et à la mise en œuvre de la politique menée en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Les missions de cette instance ont été reprises par Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCE) qui, selon le décret n° 2013-8 du 3 janvier 2013 qui l'a mis en place, « *a pour mission d'assurer la concertation avec la société civile et d'animer le débat public sur les grandes orientations de la politique des droits des femmes et de l'égalité* ».

⁴³ L'enquête Violences et rapports de genre (Virage) conduite en 2015 par l'Institut National d'Etudes Démographiques (INED) est une enquête quantitative portant sur les violences subies par les femmes et les hommes.

⁴⁴ E. Brown, A. Debauche, M. Mazuy, *Synthèse, Virage, une enquête innovante pour caractériser les violences de genre, 2020*, p. 3 (PDF Disponible sur <https://virage.site.ined.fr/fr/>).

⁴⁵ IFOP (pour la Fondation Jean-Jaurès et la Fondation européenne d'études progressistes), *Observatoire européen du sexisme et du harcèlement sexuel au travail*, 2019. Cette étude a été réalisée par questionnaire auto-administré en ligne du 11 au 15 avril 2019 auprès d'un échantillon de 5 026 femmes âgées de 18 ans et plus résidant en Italie, en Espagne, en France et en Allemagne.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 9. Ce chiffre concerne les françaises et non l'ensemble de la population de femmes visées par l'enquête.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 21. Ce chiffre concerne les françaises et non l'ensemble de la population de femmes visées par l'enquête.

Annnonce de plan. En matière de violences sexistes et sexuelles au travail, la protection de la santé des salarié.e.s⁴⁸ et la mise en œuvre de l'égalité entre les femmes et les hommes sont deux finalités en apparence présentes dans le système juridique français, et ceci conformément à la recommandation n° 206 de l'Organisation internationale du travail sur la violence et le harcèlement de 2019 qui précise que les États membres « *devraient traiter de la question de la violence et du harcèlement dans le monde du travail dans la législation relative au travail et à l'emploi, à la sécurité et à la santé au travail, à l'égalité et à la non-discrimination, et dans le droit pénal, le cas échéant* ». Cependant, à l'étude des normes applicables, c'est bien l'aspect « santé » qui prédomine **(I)** au détriment de la mise en œuvre de l'égalité entre les femmes et les hommes **(II)**.

I) Une appréhension collective des violences sexistes et sexuelles par la santé

Les violences sexistes et sexuelles au travail sont abordées essentiellement par la sanction d'actes individuels à travers différentes qualifications juridiques ressortant du droit du travail et du droit pénal. Cette dispersion des qualifications ne permet pas de rendre compte de la nature structurelle de ce type de violences, fondées sur les inégalités entre les femmes et les hommes **(A)**. Devant cette absence, la dimension collective de l'appréhension des violences sexistes et sexuelles, entendue comme concernant l'ensemble de l'entreprise et non limitée à une relation interindividuelle, peut prospérer, quant à elle, à travers l'obligation de prévention de l'employeur en matière de santé des salarié.e.s **(B)**.

A) L'absence des violences sexistes et sexuelles en tant que catégorie globale

Continuum des violences. L'appréhension de différents actes de manière isolée fait obstacle à la mise en place d'une catégorie globale, empêchant ainsi d'en faire une analyse structurelle. Il s'agit uniquement de sanctionner des actes individuels. Cela peut ainsi laisser penser que lorsqu'on parle des violences sexistes et sexuelles au travail, il s'agit uniquement de sanctionner le fait d'un individu isolé, « déviant ». Cependant, si l'on appréhende les mêmes faits en les recontextualisant dans un *continuum*, apparaît l'un des points communs à toutes les situations de violences sexistes et sexuelles. Il s'agit ici du rapport de domination qui accompagne ces violences. Le *continuum* des violences est une théorie féministe⁴⁹ mettant en avant un *continuum* de faits et d'actes qui contribuent à, humilier, maltraiter, violenter, violer les personnes en raison de leur sexe ou de leur sexualité. Ce *continuum* interroge les rapports de genre qui peuvent conforter les inégalités et les violences⁵⁰. L'analyse invite à dépasser la dimension interindividuelle des violences pour se concentrer sur leur caractère structurel. Au niveau international, on retrouve cette conception structurelle. Par exemple, dans le cadre de convention n° 190 de l'Organisation Internationale du Travail relative à l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail adoptée le 21 juin 2019, l'article 1

⁴⁸B. Gauriau, Un droit au bonheur, *dr. soc.*, 2012, p. 354, n° 4 : « Dans la liste des droits sociaux issue du Préambule de 1946, et si on isole, (...), la protection de la santé, l'intuition nous conduit assez naturellement (et la raison aussi) à examiner la souffrance et le mal-être au travail, à rechercher si la quête du bien-être n'est pas finalement ce que le droit social a trouvé de mieux pour les salariés, à défaut de leur garantir le bonheur ».

⁴⁹ L. Kelly, Le continuum de la violence sexuelle, (traduction M. Tillous), *Cahiers du Genre*, 2019/1 (n° 66), p. 17-36

⁵⁰ Pour un développement de cette notion par l'emploi de l'expression « continuum féminicide », *cf.*, C. Taraud, « Une histoire mondiale des féminicides : pour quoi faire ? » in C. Taraud (dir.,), *Féminicides. Une histoire mondiale*, La découverte, 2022, p. 15. Le continuum féminicide y est défini comme « un agrégat de violences polymorphes, connectées les unes aux autres par des liens subtils et complexes, subis par les femmes de leur naissance à leur mort ».

comprend une définition générale de « violence et harcèlement » en précisant que « a) l'expression "violence et harcèlement" dans le monde du travail s'entend d'un ensemble de comportements et de pratiques inacceptables, ou de menaces de tels comportements et pratiques, qu'ils se produisent à une seule occasion ou de manière répétée, qui ont pour but de causer, causent ou sont susceptibles de causer un dommage d'ordre physique, psychologique, sexuel ou économique, et comprend la violence et le harcèlement fondés sur le genre ». Il en va de même pour l'expression « b) l'expression "violence et harcèlement fondés sur le genre" (qui) s'entend de la violence et du harcèlement visant une personne en raison de son sexe ou de son genre ou ayant un effet disproportionné sur les personnes d'un sexe ou d'un genre donné, et comprend le harcèlement sexuel ». En retenant une définition globale, on prend acte que ce phénomène et son ampleur s'inscrivent dans le cadre de rapports sociaux inégalitaires entre femmes et hommes, qui caractérisent notre société qui reste marquée par la présence des violences sexistes et sexuelles, notamment au travail.

Des instances spécifiques. Les instances créées pour traiter de la question des violences sexistes et sexuelles au travail illustrent bien la difficulté à identifier les violences sexistes et sexuelles en tant que catégorie globale. Depuis le 1^{er} janvier 2019, entrée en vigueur de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, des référent.e.s « harcèlement sexuel et agissements sexistes » doivent être mis.e.s en place dans les entreprises⁵¹. Ainsi, dans toute structure employant au moins 250 salarié.e.s est désigné.e⁵² un.e « référent.e entreprise » chargé.e d'orienter, d'informer et d'accompagner les salarié.e.s en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes selon l'article L1153-5-1 du Code du travail. À ses côtés, un.e référent.e⁵³ en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes est désigné.e par le comité social et économique parmi ses membres pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus du comité, selon l'article L.2313- 1 du Code du travail.

Un champ de compétence limité. Ces instances participent toutefois d'une dispersion des actes à prendre en compte. En effet, leur champ d'action est limité aux harcèlements sexuels et aux agissements sexistes. Alors que les violences sexistes et sexuelles sont une catégorie pouvant comprendre de nombreux autres actes. Que se passe-t-il si c'est une affaire d'agression sexuelle qui est soumise aux référent.e.s ? L'instance doit-elle se déclarer incompétente ? Dans une lecture juridique *stricto sensu*, il faudrait répondre oui. Mais en pratique, cela ne peut tenir car ces actes font partie d'un ensemble plus vaste.

B) La responsabilité de l'employeur.e dans la mise en place d'un environnement collectif de travail sans risque pour la santé

⁵¹Il convient de noter que ces référent.e.s sont accompagné.e.s d'autres « autorités et services compétents » dans le domaine du harcèlement sexuel et des agissements sexistes. Il s'agit de la médecine du travail, de l'inspection du travail et de la.le défenseur.e des droits (Cf., C. Trav., L1153-5 et C. trav., D1151-1).

⁵²Aucune règle n'existe quant à la désignation de ces référent.e.s. Cela est d'ailleurs précisé dans un accord du 26 septembre 2019 relatif à la diversité et à l'égalité professionnelle, attaché à la Convention collective nationale des entreprises de l'industrie et des commerces en gros des viandes du 27 juin 2018. En effet, il y est dit que « l'employeur dispose d'une liberté de choix de la personne la mieux à même d'occuper cette fonction ».

⁵³Dans le cadre de l'accord du 10 juillet 2020 relatif à la prévention des violences sexuelles et sexistes au travail, attaché à la Convention collective nationale du commerce de détail de l'horlogerie bijouterie du 17 décembre 1987, les partenaires sociaux décident que deux référent.e.s (un homme et une femme) en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes doivent être désignés par le comité social et économique parmi ses membres.

Obligation de l'employeur.e. Si la lutte contre les violences sexistes et sexuelles s'illustre par la sanction de comportements individuels répréhensibles, le phénomène des violences est appréhendé dans une dimension collective sous l'angle de la santé physique et mentale en droit du travail. La dernière modification de la définition du harcèlement sexuel dans le Code du travail introduite par la loi du 2 août 2021 intitulée « *pour renforcer la prévention en santé au travail* » et dans un titre intitulé : « *Renforcer la prévention au sein des entreprises et décroiser la santé publique et la santé au travail* » montre bien que le législateur vise un objectif de santé. Ainsi, la lutte contre les violences sexistes et sexuelles peut être reliée à l'obligation de prévention en matière de santé et de sécurité au travail, responsabilité qui incombe à l'entreprise.

Une obligation de veiller à la santé des salarié.e.s. Une obligation générale en matière de santé et de sécurité incombe à l'employeur. En effet, l'article L. 4121-1 du Code du travail, précise, en son alinéa 1^{er}, que « *l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ». Il doit évaluer les risques, y compris psychosociaux, et prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale de ses salariés. Cette obligation de protéger la santé des salarié.e.s, dans sa dimension mentale, a été intégrée par la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002. Pendant longtemps, la santé n'a été appréhendée que dans sa dimension physique.

Le rattachement du harcèlement sexuel et des agissements sexistes à l'obligation de sécurité. Différentes dispositions intègrent textuellement l'obligation de l'employeur.e de prendre en considération le harcèlement sexuel et les agissements sexistes. En effet, selon l'article L4121-2 du Code du travail, « *l'employeur met en œuvre les mesures prévues à l'article L4121-1 sur le fondement des principes généraux de prévention suivants : « 7° Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral et au harcèlement sexuel, tels qu'ils sont définis aux articles L1152-1 et L1153-1, ainsi que ceux liés aux agissements sexistes définis à l'article L1142-2-1* ». À cette obligation générale, s'ajoute une obligation particulière liée au harcèlement sexuel. En effet, selon l'article L. 1153-5 du Code du travail, l'employeur.e doit prendre « *toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel, d'y mettre un terme et de les sanctionner* ».

Nature de l'obligation de l'employeur.e. Dans un premier temps, le devoir de préserver la santé des salarié.e.s était analysé comme une obligation de résultat. Ainsi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, a affirmé, dans un arrêt du 24 juin 2005⁵⁴, que « *l'employeur tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise doit en assurer l'effectivité* ». Cependant, la Cour de cassation, par un arrêt du 25 novembre 2015⁵⁵, atténue cette obligation de sécurité en indiquant que « *ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail* ». Désormais, on est en présence d'une obligation de moyen renforcée. En d'autres termes, la responsabilité de l'employeur.e en cas de survenance d'un

⁵⁴ Cass. Ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30008, Publié au Bulletin.

⁵⁵ Cass. Soc., 25 novembre 2015, n° 14-24444, Publié au Bulletin.

incident n'est pas automatiquement engagée dès lors qu'il a mis en œuvre toutes les actions de prévention possible. Il s'agirait d'un devoir de prévention incombant à l'employeur.e.

Augmentation des obligations de l'employeur.e en matière de prévention des violences sexistes et sexuelles.- Ce devoir de prévention s'accompagne de l'augmentation des obligations de l'employeur.e en la matière. L'employeur.e est désormais tenu d'informer collectivement le personnel sur l'existence d'actions contentieuses pénales ou civiles ouvertes en matière de harcèlement sexuel. Il doit afficher les dispositions de l'article 222-33 du Code pénal sur le harcèlement sexuel. Les salarié.e.s de l'entreprise sont informé.e.s des autorités et services compétents en la matière⁵⁶. L'employeur.e doit mentionner dans le règlement intérieur les dispositions du Code du travail relatives au harcèlement sexuel ainsi qu'aux agissements sexistes⁵⁷.

Mise en avant des risques psychosociaux. Ce devoir de prévention de l'employeur provoque une lecture des violences sexistes et sexuelles à travers les risques psychosociaux qui vient renforcer la dimension santé. Cependant, il convient de noter que l'expression « risques psychosociaux » n'apparaît pas dans le Code du travail et il n'y a pas de définition juridique. On ne trouve ce terme que dans le Code de la santé publique⁵⁸. Selon la commission Gollac établie pour travailler sur cette question, les risques psychosociaux sont définis comme les risques pour la santé mentale, physique et sociale, engendrés par les conditions d'emploi et les facteurs organisationnels et relationnels susceptibles d'interagir avec le fonctionnement mental⁵⁹. Selon l'Institut national de recherche et de sécurité pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles (INRS)⁶⁰, les risques psychosociaux correspondent à « *des situations de travail où sont présents, combinés ou non (...) : des violences internes commises au sein de l'entreprise par des salariés : harcèlement moral ou sexuel, conflits exacerbés entre des personnes ou entre des équipes* ». Dans la définition de l'INRS, le harcèlement sexuel apparaît clairement comme un risque psychosocial. Dans l'accord du 21 janvier 2019 relatif aux risques psychosociaux attachés à la convention collective des sociétés financière du 22 novembre 1968, il ne fait aucun doute que les risques psychosociaux comprennent le harcèlement sexuel. En effet, il est dit dans un article 6 terdecies que « *les risques psychosociaux au travail recouvrent des risques professionnels d'origine et de nature variées, qui mettent en jeu l'intégrité physique et la santé mentale des salariés et qui peuvent avoir de ce fait des effets négatifs sur le bon fonctionnement des entreprises et sur la vie des salariés. Il s'agit notamment du stress, du harcèlement moral et sexuel, de la violence et de la souffrance au travail, de l'épuisement professionnel, des incivilités et des agressions physiques et verbales* ».

⁵⁶ C. trav., art. L. 1153-5. Quant aux autorités et services compétents, cf., note 50.

⁵⁷ C. trav., art. L. 1321-2.

⁵⁸ Cf., art. L.6143-2-3 créé par la loi n° 2021-502 du 26 avril 2021 visant à améliorer le système de santé par la confiance et par la simplification. Cela concerne le projet de gouvernance et de management participatif des établissements publics de santé, qui doit comprendre selon l'article L.6143-2-3, « *des actions de sensibilisation aux enjeux d'égalité entre les femmes et les hommes ainsi que des actions de prévention des risques psychosociaux auxquels peuvent être exposés de manière spécifique les personnels soignants, médicaux et paramédicaux* ». Le décret n° 2021-1254 du 28 septembre 2021 qui vient modifier la composition et les attributions des commissions régionales paritaires placées auprès des directeurs généraux des agences régionales de santé intègre également les termes « risques psychosociaux » dans l'article R 6156-80. Il y est dit que « *la commission régionale paritaire est consultée par le directeur général de l'agence régionale de santé sur : (...) 4° L'élaboration et la diffusion de bonnes pratiques relatives : a) A la santé et à la qualité de vie au travail et à la prévention des risques professionnels, notamment psychosociaux (...)* ».

⁵⁹ M. Gollac, M. Bodier (dir.), *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser. Rapport du Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, faisant suite à la demande du Ministre du travail, de l'emploi et de la santé*, 2011, p. 31.

⁶⁰ L'INRS est une association gérée par un Conseil d'administration paritaire constitué de représentants des organisations des employeur.e.s et des salarié.e.s.

Les inégalités en matière de santé. C'est peut-être avec la démarche en matière de risques psychosociaux que la prévention prend tout son sens notamment en apportant une dimension plus globale et plus structurée. On ne privilégie pas la prévention liée à une situation individuelle mais une prévention collective dans le milieu de travail. Il s'agit d'assurer la santé des salariés et des salariées. Cependant, si la dimension « santé » invisibilise la question des femmes, rapidement on s'aperçoit que là aussi les impacts sont différenciés⁶¹. On ne peut ainsi faire l'économie d'une mise en rapport des violences sexistes et sexuelles avec l'égalité femmes-hommes. Réintroduire la question de l'égalité permettrait de comprendre qu'un environnement sexiste et inégalitaire produit des comportements individuels de violences sexistes et sexuelles.

II) La nécessaire lecture des violences sexistes et sexuelles à l'aune de l'égalité femmes-hommes

L'article 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, à valeur constitutionnelle, énonce que « *la loi garantit à la femme dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ». Par ailleurs, selon le second alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». Si l'égalité entre les femmes et les hommes a une valeur constitutionnelle, il faut toutefois affirmer que cette égalité peine à prévaloir en réalité comme l'atteste le nombre important de violences sexuelles et sexistes au travail **(A)**. Il est ainsi intéressant de vérifier comment le droit pourrait dépasser sa dimension de neutralité **(B)**.

A) Un droit peu perméable au genre

Des femmes majoritairement victimes et une neutralité des dispositions juridiques. Lorsqu'on s'intéresse aux dispositifs juridiques en matière de prévention et de lutte contre les violences sexistes et sexuelles au travail, c'est la neutralité quant au genre qui apparaît. Il n'y est pas question d'hommes, ni de femmes. Doit-on considérer que la situation des femmes est égale à la situation des hommes dans le monde du travail ? Cette question en suppose une autre. Le droit doit-il prendre en compte le genre ?

L'égalité, facteur d'une diminution des violences. Se poser la question de l'égalité entre les femmes et les hommes est importante si on part du principe que c'est bien dans des situations inégalitaires que les violences émergent. C'est ainsi que la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011 envisage la situation dans son préambule : « *Reconnaissant que la réalisation de jure et de facto de l'égalité entre les femmes et les hommes est un élément clé dans la prévention de la violence à l'égard des femmes; Reconnaissant que la violence à l'égard des femmes est une manifestation des rapports de force historiquement inégaux entre les femmes*

⁶¹A. Garcia, B. Harcourt, V. Bara, Harcèlement moral et sexuel. Stratégies d'adaptation et conséquences sur la santé des travailleurs et des travailleuses, *Pistes* (Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé), Vol 7, N° 3, novembre 2005. Il est énoncé dans cet article que « *concernant les pathologies des violences au travail l'analyse dans une perspective de genre, est utile. Face à des situations de souffrance, et l'on peut considérer les situations de harcèlement au travail comme telles (...), les symptômes développés par les victimes de sexe féminin vont davantage s'exprimer au niveau des émotions ; les pleurs, la colère, la peur. C'est sans doute dans la mémoire collective des sociétés occidentales qu'il faut probablement trouver une explication à cette différenciation et cela à travers des représentations sociales telles que "un homme ne peut pas pleurer", "un homme ne peut pas se laisser aller", etc...* ».

et les hommes ayant conduit à la domination et à la discrimination des femmes par les hommes, privant ainsi les femmes de leur pleine émancipation; Reconnaisant que la nature structurelle de la violence à l'égard des femmes est fondée sur le genre, et que la violence à l'égard des femmes est un des mécanismes sociaux cruciaux par lesquels les femmes sont maintenues dans une position de subordination par rapport aux hommes »⁶². Ainsi, proposer un environnement égalitaire est un moyen de lutter contre les violences sexistes et sexuelles au travail. Il faut donc vérifier si l'égalité en droit et en fait est acquise au travail.

Egalité formelle. En droit, l'égalité semble acquise en matière professionnelle. Depuis un arrêté du 30 juillet 1946⁶³ a été mise en place l'interdiction d'opérer des abattements pour les salaires féminins. La circulaire ministérielle relative à son application précise que « la commission nationale des salaires réunie le 29 mai 1946 s'est prononcée pour le principe de la suppression de la notion de salaires féminins, en décidant qu'à conditions correspondantes de qualification professionnelle et de rendement, il n'y aurait pas de différences entre les salaires masculins et féminins ». D'ailleurs, l'article L3221-2 du Code du travail énonce que « tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes ». De plus l'interdiction des discriminations en raison du sexe, selon l'article L1132-1 du Code du travail⁶⁴, permet de s'assurer de cette égalité quant aux rémunérations mais aussi notamment quant au recrutement, à la mixité des métiers, à la promotion et aux conditions de travail. L'article 225-1 du Code pénal⁶⁵ vient sanctionner également de telles discriminations.

Inégalités réelles. Cependant, il convient de se demander si cette égalité formelle protège des inégalités réelles. On serait d'autant plus enclin à le penser car selon une conception traditionnelle⁶⁶ l'égalité, dans toutes ses dimensions, est atteinte par la généralité ou l'universalité de la règle de droit applicable à des sujets de droit abstraits⁶⁷. Ainsi, si femmes et hommes se voient reconnaître les mêmes droits et sont traités de manière identique, on présuppose que l'égalité est atteinte. Cependant, l'universalité des règles de droit n'invisibilise-t-elle pas certains problèmes qui affectent plus particulièrement les femmes ? C'est ici qu'une étude au regard du genre peut faire apparaître des inégalités de fait masquées par une égalité formelle qui serait entendue comme une égale aptitude à bénéficier de l'ensemble des droits et libertés, sans subir de discrimination.

⁶² Pour une interprétation semblable dans le cadre de la convention n° 190 relative à l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail de l'Organisation internationale du travail : « Reconnaisant que la violence et le harcèlement fondés sur le genre touchent de manière disproportionnée les femmes et les filles, et reconnaissant également qu'une approche inclusive, intégrée et tenant compte des considérations de genre, qui s'attaque aux causes sous-jacentes et aux facteurs de risque, y compris aux stéréotypes de genre, aux formes multiples et intersectionnelles de discrimination et aux rapports de pouvoir inégaux fondés sur le genre, est essentielle pour mettre fin à la violence et au harcèlement dans le monde du travail ».

⁶³ Arrêté du 30 juillet 1946 sur l'abrogation des dispositions relatives aux abattements autorisés pour les salaires féminins, JO du 3 août 1946.

⁶⁴ Cf., note 40.

⁶⁵ Cf., note 46.

⁶⁶ D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, p. 59 : « Le traitement universaliste sur lequel repose la tradition française des droits de l'homme tend à assimiler traitement égal et traitement uniforme. L'universalité de la règle, "aveugle aux différences", garantit le droit de tous les individus d'être traités de façon identique, donc égale, par-delà leurs différences ».

⁶⁷ La réflexion sur ce sujet est également perturbée par la crainte que les hommes seraient oubliés. A titre d'illustration, on peut relever ce point dans un contexte légèrement différent : le contexte des violences au sein du couple. Comme l'écrit le rapporteur du texte à la Commission des Lois du Sénat (sur la loi relative à l'ordonnance de protection) : « S'il est avéré que les femmes constituent une majorité des victimes de violences conjugales, il n'en demeure pas moins que des hommes sont également victimes de telles violences » et qu'ils doivent pouvoir « se prévaloir des dispositions créées par la présente proposition de loi » (Rapport n° 564 (2009-2010) de F. Pillet, fait au nom de la commission des lois, déposé le 17 juin 2010, p. 23). On peut retrouver en filigrane cette crainte dans des accords relatifs aux violences sexistes et sexuelles au travail. A titre d'illustration, l'accord du 10 juillet 2020 relatif à la prévention des violences sexuelles et sexistes au travail, attaché à la Convention collective nationale du commerce de détail de l'horlogerie bijouterie du 17 décembre 1987, précise dans son préambule que « si les femmes restent les premières victimes des violences sexuelles et des agissements sexistes au travail, ceux-ci touchent aussi les hommes qui ne sont nullement épargnés par de tels agissements ».

Inégalité de fait : illustrations. Il nous appartient d'analyser la situation du point de vue des rémunérations et de l'absence de mixité professionnelle au niveau des emplois et des responsabilités⁶⁸.

Différences salariales. Lorsqu'il s'agit d'identifier des différences salariales entre les femmes et les hommes, différentes mesures des écarts peuvent être faites. Tout d'abord, quand il s'agit de la différence entre le revenu salarial, défini comme « *la somme de tous les salaires perçus par un individu au cours d'une année donnée, nets de toutes les cotisations sociales, y compris contribution sociale généralisée (CSG) et contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS)* »⁶⁹, l'écart est de 22 % en 2019 et ceci en défaveur des femmes⁷⁰. Ensuite les écarts peuvent se mesurer à l'aune du salaire net équivalent temps plein, entendu comme « *le salaire converti à un temps plein pendant toute l'année, quel que soit le volume de travail effectif* »⁷¹. En 2019, l'écart est de 16 %, et ceci en défaveur des femmes⁷². Si ces inégalités sont expliquées essentiellement par le fait que les femmes sont plus souvent à temps partiel⁷³ et qu'elles n'occupent pas les mêmes emplois que les hommes, il a pu être énoncé en 2017 que pour un même poste, l'écart de salaire en équivalent temps plein restait de 5,3 % dans le secteur privé en faveur des hommes⁷⁴. Des grandes précautions ont été prises dans l'étude quant à l'explication de cette différence. En effet, il y est dit que « *la part non expliquée de l'écart ne peut pas s'interpréter comme une mesure de la discrimination salariale, cette part non expliquée pouvant encore refléter des différences de caractéristiques non observées susceptibles de biaiser à la hausse comme à la baisse l'estimation de l'écart de salaire moyen à poste égal* »⁷⁵.

Absence de mixité professionnelle. Si des inégalités existent au niveau des salaires, on peut également relever que la situation est différente entre femmes et hommes quant à la nature des emplois occupés. En effet, 50,6 % des emplois occupés par les femmes sont concentrés dans 12 des 87 familles professionnelles contre 20 familles professionnelles concentrant plus de 50% des emplois occupés par les hommes⁷⁶. De plus, les femmes se concentrent dans les métiers les moins bien rémunérés. En effet, par exemple, 98% des aides à domicile, assistantes maternelles sont des femmes⁷⁷. Quant aux postes à responsabilité, l'égalité n'est pas présente. Cela peut s'illustrer à travers deux chiffres. En effet, seulement 42% des cadres sont des femmes⁷⁸. Quant aux postes de direction des entreprises de plus de 500 salarié.e.s, elles ne sont plus que 23 %⁷⁹.

⁶⁸Tous les domaines de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ne sont pas envisagés. Il a été choisi d'en relever certains.

⁶⁹Femmes et hommes, l'égalité en question (Coord. E. Raynaud, P. Roussel), *Insee Références*, 2022, p. 126.

⁷⁰*Ibidem*.

⁷¹*Ibidem*.

⁷²*Ibidem*.

⁷³*Ibid*, p. 120 : « *En 2020, parmi les personnes en emploi, les femmes travaillent bien plus souvent que les hommes à temps partiel : 27,4 % contre 8,4 %* ».

⁷⁴INSEE Première, n° 1803, juin 2020, « *Ecart de rémunération femmes-homes : surtout l'effet du temps de travail et de l'emploi occupé* », p. 3.

⁷⁵*Ibidem*. Pour une interprétation autre, cf., R. Silvera, *Un quart en moins- Des femmes se battent pour en finir avec les inégalités de salaire*, La Découverte, 2014, p. 15 : « *"Toutes choses égales par ailleurs" (à niveau de formation, expérience, catégorie professionnelle, âge, secteur d'activité supposés équivalents, etc.), les femmes gagnent entre 9% et 15% de moins que les hommes en France. Ce résidu correspond, selon les économètres, à de la discrimination salariale pure* ».

⁷⁶Enquête emploi 2012, Insee in Chiffres clés 2014, Vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, thème 2, p. 4.

⁷⁷K. Briard, Ségrégation professionnelle entre les femmes et les hommes : quels liens avec le temps partiel ? DARES, Document d'études n° 234, 2019, p. 28.

⁷⁸V. Forment, J. Vidalenc, Les cadres : de plus en plus de femmes, *Insee Focus*, n° 205, 2020.

⁷⁹Calculs de l'Observatoire des inégalités d'après l'Insee pour les cadres dirigeants des entreprises de plus de 500 salariés (données 2014).

B) Des solutions ancrées dans une réalité inégalitaire

La possibilité de mesures spécifiques. Devant les inégalités de fait, terreau des violences sexistes et sexuelles, il convient de se demander s'il est possible de mettre en place des mesures spécifiques prenant en compte que les femmes sont principalement victimes et ainsi dépasser la « neutralité » de la norme. Dans le cadre du droit européen des droits humains, la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011 reconnaît que « *les mesures spécifiques qui sont nécessaires pour prévenir et protéger les femmes contre la violence fondée sur le genre ne sont pas considérées comme discriminatoires en vertu de la présente Convention* ». Le droit, pour arriver à l'objectif d'égalité entre les femmes et les hommes en matière professionnelle, pourrait ainsi mettre en œuvre des mesures spécifiques. Cette interrogation est d'autant plus pertinente que le Conseil d'Etat⁸⁰ et le Conseil constitutionnel⁸¹ ont pu préciser que le principe d'égalité devant la loi affirmé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Des traitements différenciés pourraient ainsi être mis en œuvre lorsque les femmes et les hommes se trouvent dans des situations dissemblables.

La possibilité de mesures temporaires. En matière d'égalité professionnelle, le droit le permet dans un cadre très précis. En effet, l'article L.1142-4 du Code du travail⁸² consent la prise en compte de manière temporaire de mesures en faveur des femmes pour pallier les inégalités de fait entre les femmes et les hommes. Ces mesures peuvent prendre place dans des dispositions réglementaires, des conventions ou accords de branches étendus ou dans des plans pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Quota. On peut relever aussi certaines lois qui mettent en place des quotas. A titre d'illustration, la loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle met en place l'obligation d'avoir, pour les entreprises d'au moins 1000 salarié.e.s, un quota de représentation de chaque sexe parmi les cadres dirigeant.e.s et les membres des instances dirigeantes des entreprises d'au moins 1.000 salarié.e.s⁸³ : au moins 30 % de femmes en 2027, et 40 % en 2030. Si ces obligations ne sont pas remplies, les entreprises devraient verser une amende égale à 1% de la masse salariale. Cette loi poursuit les objectifs de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle qui a imposé des quotas de femmes dans les conseils d'administration.

⁸⁰CE, sect., 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, n° 88032.

⁸¹Conseil constitutionnel, 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales.

⁸²C. trav., art. L.1142-4 : « *Les dispositions des articles L.1142-1 et L.1142-3 ne font pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes. Ces mesures résultent : 1° Soit de dispositions réglementaires prises dans les domaines du recrutement, de la formation, de la promotion, de l'organisation et des conditions de travail ; 2° Soit de stipulations de conventions de branches étendues ou d'accords collectifs étendus ; 3° Soit de l'application du plan pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes* ».

⁸³C. trav., art. L.1142-11 : « *Dans les entreprises qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient au moins mille salariés, l'employeur publie chaque année les écarts éventuels de représentation entre les femmes et les hommes parmi les cadres dirigeants au sens de l'article L. 3111-2 du présent code, d'une part, et les membres des instances dirigeantes définies à l'article L. 23-12-1 du code de commerce, d'autre part* ».

Harcèlement discriminatoire. De manière plus spécifique quant aux violences sexistes et sexuelles, on pourrait considérer que la situation défavorable des femmes est prise en compte du fait que la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 permet d'envisager⁸⁴ le harcèlement sous l'angle de la discrimination. Le « harcèlement discriminatoire » y est en effet défini comme « *tout agissement lié à l'un des motifs (de discrimination) et tout agissement à connotation sexuelle subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». Il convient également de noter la prohibition des discriminations basées sur le sexe dans différentes situations⁸⁵ à l'instar des textes internationaux⁸⁶. Si l'on met en rapport ces règles et le fait que les femmes sont plus souvent victimes que les hommes, on peut considérer que les règles, sans l'énoncer clairement, ont bien comme finalité de rendre la situation des femmes plus favorables.

Insuffisances des mesures juridiques. Il paraît toutefois évident que le droit ne renferme pas l'ensemble de la solution en matière d'égalité entre les femmes et les hommes dans le domaine professionnel et d'éradication des violences sexistes et sexuelles au travail. Les solutions juridiques doivent être accompagnées d'une déconstruction des stéréotypes de genre entendu comme des constructions distinguant de manière hiérarchique les femmes et les hommes à partir de critères physiques, sexuels et de rôles sociaux. Dans ce sens, l'accord national interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail du 26 mars 2010 précise qu' : « *en ce qui concerne plus particulièrement les violences faites aux femmes, la persistance des stéréotypes et des tabous ainsi que la non reconnaissance des phénomènes de harcèlement sexuel, nécessite une forte sensibilisation à tous les niveaux de la hiérarchie et la mise en place de politiques de prévention, et d'accompagnement dans les entreprises. Il s'agit notamment d'identifier ces stéréotypes et de les démystifier en réfutant les représentations erronées de la place des femmes dans le travail* ». Il s'agit alors d'actions d'éducation, de sensibilisation et de formation, à mettre en place dès l'école maternelle mais également dans l'entreprise. L'article 11 de la Convention n° 190 relative à l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail de l'Organisation internationale du travail met en avant aussi la nécessité de formations, d'outils et également de campagne de sensibilisation afin de

⁸⁴ Pour une histoire de la mise en place du harcèlement sexuel en France. Cf., A. C. Saguy, Les conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux Etats-Unis, Avant et après l'affaire DSK, La découverte, *Travail, genre et sociétés*, 2012/2, n° 28, pages 89 à 106. Article disponible en ligne : <https://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-page-89.htm>

⁸⁵ C. trav., art. L.1132-1, c. pén., art. 225-1 alinéa 1er.

⁸⁶ Art. 11 de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée le 18 décembre 1979 : « 1. Les Etats parties s'engagent prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits, et en particulier : a) Le droit au travail en tant que droit inaliénable de tous les êtres humains; b) Le droit aux mêmes possibilités d'emploi, y compris l'application des mêmes critères de sélection en matière d'emploi; c) Le droit au libre choix de la profession et de l'emploi, le droit à la promotion, à la stabilité de l'emploi et à toutes les prestations et conditions de travail, le droit à la formation professionnelle et au recyclage, y compris l'apprentissage, le perfectionnement professionnel et la formation permanents; d) Le droit à l'égalité de rémunération, y compris de prestation, à l'égalité de traitement pour un travail d'égale valeur aussi bien qu'à l'égalité de traitement en ce qui concerne l'évaluation de la qualité du travail; e) Le droit à la sécurité sociale, notamment aux prestations de retraite, de chômage, de maladie, d'invalidité et de vieillesse au pour toute autre perte de capacité de travail, ainsi que le droit à des congés payés; f) Le droit à la protection de la santé et à la sécurité des conditions de travail, y compris la sauvegarde de la fonction de reproduction. 2. Afin de prévenir la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage ou de leur maternité et de garantir leur droit effectif au travail, les Etats parties s'engagent à prendre des mesures appropriées ayant pour objet : a) D'interdire, sous peine de sanctions, le licenciement pour cause de grossesse ou de congé de maternité et la discrimination dans les licenciements fondée sur le statut matrimonial; b) D'instituer l'octroi de congés de maternité payés ou ouvrant droit à des prestations sociales comparables, avec la garantie du maintien de l'emploi antérieur, des droits d'ancienneté et des avantages sociaux; c) D'encourager la fourniture des services sociaux d'appui nécessaires pour permettre aux parents de combiner les obligations familiales avec les responsabilités professionnelles et la participation à la vie publique, en particulier en favorisant l'établissement et le développement d'un réseau de garderies d'enfants; d) D'assurer une protection spéciale aux femmes enceintes dont il est prouvé que le travail est nocif; 3. Les lois visant à protéger les femmes dans les domaines visés par le présent article seront revues périodiquement en fonction des connaissances scientifiques et techniques et seront révisées, abrogées ou étendues, selon les besoins ».

permettre une réelle égalité entre les femmes et les hommes et d'envisager une diminution des violences sexistes et sexuelles au travail.

COVID-19 : crise et libertés

Les mesures de restrictions de libertés en France aux échelles municipales et préfectorales du premier au deuxième confinement, analyse comparative des municipalités de Nice et Rennes et de leurs préfectures respectives

Laura BELLEC,

Master, Université Paris Nanterre,

Léonard DANNOUX,

Master, Université Paris Nanterre,

Pénélope SCHUWER,

Master, Centrale Nantes

Coord. Lisa CARAYON,

Maîtresse de conférences en droit privé,
Université Paris Sorbonne Nord, IRIS, UMR8156

Christelle CHIDIAC,

Doctorante en droit public,
Université Paris 10, Centre de théorie et d'analyse du droit

Angélique PALLE,

Docteure en géographie, IRSEM

Résumé : La présente recherche s'inscrit dans un projet collectif d'analyse des mesures prises, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire lié à la pandémie de Covid-19, aux échelles municipales et préfectorales. Axée sur la question des atteintes possibles aux libertés publiques dans cette période, elle s'inscrit dans la continuité d'un travail sur les arrêtés préfectoraux. L'objectif de ce travail d'analyse est triple. Il s'agit tout d'abord d'apprécier *quantitativement* le nombre de textes pris par les autorités locales et d'en analyser les *stratégies normatives*. L'analyse porte ensuite sur les *motivations* des textes permettant d'apercevoir les différentes « influences » de la décision publique, entre contraintes sanitaires, données scientifiques et volonté de répondre aux aspirations supposées de la population. Enfin, ce travail croisé permet d'envisager une réflexion sur les éventuelles *circulations* de normes en observant la façon dont certaines pratiques normatives émergent dans certains territoires avant de se répandre sur d'autres zones. En prenant ici le cas spécifique de la liberté d'aller et venir, ce travail vise plus précisément à étudier comment les décisions de restrictions de libertés se traduisent dans l'espace public.

Mots-clés : état d'urgence sanitaire ; liberté d'aller et venir ; covid-19

Abstract : *This paper is part of a collective project to analyse the measures taken during the state of "health emergency" in France at the municipal and prefectural levels. Focusing on the question of possible infringements of public liberties during this period, it follows a short project on prefectural decrees. The objective of this analysis is threefold. First, it quantitatively assesses the number of texts issued by local authorities and analyse their*

normative strategies. The analysis then focuses on the motivations of the texts, allowing us to see the different 'influences' of the public decision, between health constraints, scientific data and the desire to meet the supposed aspirations of the population. Finally, this cross-sectional work considers the possible circulation of standards by observing the way in which certain normative practices emerge in certain territories before spreading to other areas. By taking the specific case of freedom of movement, this work aims more precisely to study how decisions to restrict freedoms are translated into the public space.

Keywords: France ; freedom of movement ; covid-19

I) Introduction

La présente recherche s'inscrit dans un projet collectif d'analyse des mesures prises, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, aux échelles municipales et préfectorales. Axée sur la question des atteintes possibles aux libertés publiques dans cette période, elle s'inscrit dans la continuité d'un travail sur les arrêtés préfectoraux effectué dans le contexte particulier du premier confinement de mars à mai 2020 et des premiers temps de l'état d'urgence sanitaire¹. A la suite de cette première analyse, l'équipe, sur financement de l'Agence nationale de la recherche (appel flash Covid) a poursuivi ses analyses aux échelons départemental et municipal, envisagés dans trois temps de l'année 2020 : le temps du premier confinement (mars-avril), le temps du premier déconfinement (juin-juillet) et le temps du premier reconfinement (octobre-novembre).

A) Hypothèses et questions de recherche

L'objectif de ce travail d'analyse est triple. Il s'agit tout d'abord d'apprécier *quantitativement* le nombre de textes pris par les autorités locales ; cette appréciation quantitative permet en outre, par une lecture plus fine des décisions, d'apprécier les *stratégies normatives* des autorités locales² (peu d'arrêtés aux contenus divers ou à l'inverse textes précis pour chaque situation rencontrée). L'analyse porte ensuite sur les *motivations* des textes permettant d'apercevoir les différentes « influences » de la décision publique, entre contraintes sanitaires, données scientifiques et volonté de répondre aux aspirations supposées de la population. Enfin, ce travail croisé permet d'envisager une réflexion sur les éventuelles *circulations* de normes en observant la façon dont certaines pratiques normatives émergent dans certains territoires avant de se répandre sur d'autres zones.

En prenant ici le cas spécifique de la liberté d'aller et venir, ce travail vise plus précisément à étudier comment les décisions de restrictions de libertés se traduisent dans l'espace public. On interroge ainsi les différents types d'espaces visés par les mesures de restrictions et la temporalité de ces mesures en fonction de l'évolution de l'épidémie (sont-elles préventives ? correctives ?). La question de l'articulation et de la gouvernance entre les niveaux de décision municipal et préfectoral est également posée : qui réglemente, selon quelle temporalité, y a-t-il partage des compétences ou concurrence entre les niveaux de décision ? Enfin, c'est la question des inégalités induites par ces mesures qui est explorée, notamment au regard des

¹M. Boulestreau, V. Caro, E. Dantan, Y. Fernandez, S. Gasse, C. Gourzones, F. Lange, V. Louis, A. Pawlowsky et L. Pezron, « Les mesures locales d'aggravation de l'état d'urgence sanitaire », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 29 avril 2020, consulté le 14 octobre 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/9189> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.9189>

²Sur une analyse des réactions administratives face à la crise v. par ex. M. Cormier, « Omnipotence ou impotence des administrations : le cas de l'épidémie de la Covid-19 », in *Défiance et santé, Actes du colloque de l'association française de droit de la santé*, mai 2021, RDSS hors-série 2021.

lieux de vie et d'habitation des populations et, en particulier, quant à l'accès à certains types d'espaces de loisir.

B) Méthodologie de la collecte et de l'analyse des données

Dans le cadre de cette recherche, l'ensemble des arrêtés préfectoraux en lien avec la gestion de l'épidémie ont été recensés sur l'ensemble du territoire pour les trois périodes étudiées. En raison des particularités des collectivités d'Outre-mer dans cette crise sanitaire (arrivée de l'épidémie décalée par rapport à la métropole ; insularité etc.), les arrêtés préfectoraux de ces zones ont été recensés pour l'ensemble de la période mars-novembre 2020. Ces arrêtés étant publiés, leur recensement a été effectué manuellement à partir des sites des préfectures. L'analyse étant en cours, le présent article s'appuie sur le dépouillement des arrêtés de l'Île-de-France (Paris, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-et-Marne, Yvelines, Val-d'Oise, Seine-Saint-Denis), de Mayotte, du Cantal, de l'Ille-et-Vilaine, des Alpes-Maritimes ainsi que de l'Isère pour un total actuel de 590 textes.

Pour ce qui est de l'échelon municipal, les arrêtés pertinents doivent être sollicités auprès des mairies, ceux-ci n'étant pas toujours disponibles en ligne. Une sélection de municipalités a donc été effectuée. D'une part, l'équipe a sollicité l'ensemble des municipalités d'un territoire donné, en l'occurrence l'Isère, lieu d'implantation d'une partie de l'équipe de recherche. Sur les 512 municipalités contactées, cinquante-et-une ont répondu avoir pris des arrêtés pour un total de 176 textes. D'autre part, une sélection de municipalités a été effectuée sur l'ensemble du territoire en fonction de quatre critères principaux. Tout d'abord un critère géographique, la France étant divisée en sept secteurs : Île-de-France, Nord, Nord-Est, Nord-Ouest, Sud-Est, Sud-Ouest et Outre-Mer. Ensuite un critère démographique-géographique, chaque secteur accueillant deux municipalités urbaines – dont une au moins de plus de 30.000 habitant-es – et deux municipalités rurales. Puis un critère d'orientation politique de la municipalité, la sélection comprenant un tiers de municipalité orientée « à gauche », un tiers « à droite »³ et un tiers « sans étiquette »⁴. Enfin, a été retenue pour chaque zone une municipalité classée ZoRCoMiR⁵. Ce sont ainsi vingt-neuf municipalités qui ont été contactées sur lesquelles douze municipalités ont répondu à notre sollicitation. Dix d'entre elles ont fait parvenir les arrêtés demandés⁶, deux ont indiqué n'avoir pris aucun arrêté en relation avec la gestion de la crise sanitaire, dix-sept n'ont pas répondu. Ce sont donc 132 textes qui ont été analysés.

L'analyse, outre les critères d'identification des textes (date, numéro, intitulés), a porté à la fois sur l'objet de la réglementation et sur sa motivation. Quant à l'objet de l'arrêté, celui-ci a été classé dans l'une des vingt catégories de mesures considérées comme les plus courantes, auxquelles a été ajoutée une catégorie résiduelle « autre » : réquisitions ; encadrement de rassemblement collectifs (événement précis ou limitation du nombre de personnes autorisées à se rassembler) ; couvre-feu ; interdiction d'accès à certains espaces public ou à l'entièreté d'une zone déterminée ; encadrement des pratiques sportives ; encadrement des activités des EPHAD (limitations des sorties ou des visites notamment) ; encadrement des activités scolaires et des autres activités d'accueil des personnes mineures (activités de l'aide sociale à

³Divers droite, Les Républicains (LR) ou Rassemblement National (RN)

⁴Divers gauche ou Parti communiste français (PCF)

⁵[Zone de revitalisation des commerces en milieu rural.](#)

⁶Versailles, Dunkerque, Garches, Nice (laquelle n'a envoyé qu'une sélection des arrêtés pris dans la période), Béziers, Limoge, Saint-Martin-en-Ré, Rennes, Sanary-sur-Mer et Gérardmer.

l'enfance notamment) ; réglementation du fonctionnement des services municipaux ainsi que des commerces ; interdiction de la vente de certains items ; quatorzaines ; encadrement de l'activité d'accueil touristique ou de location saisonnière ; encadrement de l'usage des piscines, bains et thermes ; mesures de contrôle de la chasse et de la pêche ; port du masque ; mise en place de point de tests COVID et enfin arrêtés tendant à l'assouplissement de certaines interdictions.

Ce dépouillement et ce codage des arrêtés collectés ont été faits par une équipe de juristes constituée de neuf personnes différentes. Ainsi, même si l'équipe a tendu à l'harmonisation de la classification des décisions par des réunions régulières, il n'est pas à exclure que l'interprétation des textes ait pu légèrement varier d'une personne à l'autre quant à des catégories proches.

La recherche ici présentée propose, tout d'abord, une première analyse des restrictions à la liberté d'aller et venir portant sur l'ensemble des données collectées. Il s'agit ici d'analyser les différentes formes qu'ont pu prendre ces restrictions sur un plan spatial, temporel et juridique. L'équipe propose ensuite une réflexion sur la spatialisation de ces mesures de restrictions à partir des cas comparés de Nice et de Rennes ainsi que de leurs préfectures respectives, les Alpes-Maritimes et l'Ille-et-Vilaine. Le choix de cette comparaison, prise au sein de l'échantillon de données mentionné précédemment, a été effectué à partir d'un critère politique : les deux agglomérations de taille et de population comparable sont historiquement l'une marquée à gauche (Rennes) et l'autre marquée à droite (Nice). L'hypothèse sous-jacente était que cette différence politique pourrait induire des différences dans la gestion et la légitimation des restrictions à la liberté d'aller et venir et dans la gouvernance territoriale mise en place avec les préfectures.

C) État de l'art, une recherche interdisciplinaire entre droit et géographie

Ce travail méthodologique s'inscrit à la croisée de trois courants de recherche, le recensement juridique des normes, les approches géo-légales et les recherches menées sur la crise du covid-19 et sa spatialisation.

Le recensement systématique de normes est une technique émergente qui renforce la crédibilité et la légitimité de la recherche juridique : en produisant des données vérifiables et reproductibles, une telle méthode permet la construction d'un riche matériau empirique qui peut être ensuite soumis à un débat scientifique contradictoire. À cet égard, la mise à disposition des données construites, au cours de l'étude, sur une plateforme en *open access* type carnet de recherche, est un objectif capital du projet.

Une telle approche de recensement systématique, dans une démarche méthodologique empirique, a déjà été suivie, par exemple, lors d'un précédent épisode d'état d'urgence, par une équipe financée par la Mission Droit et justice et ayant conclu un partenariat avec le Défenseur des droits. Ce travail a donné lieu à deux publications importantes : *L'état d'urgence. De l'exception à la banalisation*⁷ et le rapport *Ce qui reste(ra) toujours de*

⁷*L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, Jean-Louis Halpérin, Stéphanie Hennette-Vauchez, Eric Millard (dir.), Presses universitaires de Paris Nanterre, 2017.

*l'urgence*⁸. Dans une certaine mesure, c'est également la méthode qui avait présidé au projet Recherche sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe (REGINE), ayant donné lieu à l'une des premières publications d'envergure sur l'analyse de genre appliqué au système juridique français⁹. On la retrouve également dans la récente publication collective portant sur l'ensemble des décisions de Question prioritaires de constitutionnalité (QPC) rendues entre 2010 et 2020¹⁰.

À la croisée entre la géographie et le droit, les approches géo-légales connaissent en outre, tant en France qu'à l'international, des questionnements largement liés au *tournant spatial* (*spatial turn*) identifié en sciences sociales dans l'étude des phénomènes sociaux. Les travaux les plus récents menés dans ce cadre ont trait en France à la fabrique de la ville¹¹, à la spatialisations des problématiques juridiques¹² et aux questions environnementales¹³.

Sur un plan méthodologique, ces approches géo-légales privilégient les techniques d'enquêtes qualitatives, appuyées notamment sur une herméneutique des textes¹⁴. La constitution de bases de données (qualitatives ou quantitatives) reste ainsi relativement rare dans le champ¹⁵. Le croisement par une équipe interdisciplinaire des techniques de recensement systématiques de normes juridiques et leur mise en base de données sous système d'information géographique permet alors, en cartographiant la décision juridique, d'interroger ses effets socio-spatiaux à plusieurs échelles.

Cette analyse géo-légale s'inscrit en outre dans la lignée des premiers travaux menés sur la pandémie de covid-19 et l'état d'urgence sanitaire, notamment quant à l'analyse spatiale de la pandémie¹⁶.

II) Les restrictions spatiales, temporelles et matérielles à la liberté d'aller et venir dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

Parmi les nombreuses libertés qui ont été impactées par les politiques de lutte contre l'épidémie liée au covid-19¹⁷, l'analyse des arrêtés récoltés a montré qu'en cohérence avec

⁸Rapport disponible sur : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=17814

⁹*La loi et le genre*, S. Hennette-Vauchez, D. Roman, M. Pichard (dir.), éd. CNRS, 2014.

¹⁰Dossier Thématique « Dix ans de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) : quelle garantie des droits et libertés ? », *Revue des droits de l'homme*, 2021, n°20.

¹¹« Pour une géographie du droit : un chantier urbain », *Géocarrefour*, 2013 (Vol. 88, n° 3 2013).

¹²Espace légal. La géographie rencontre le droit », *Revue Géographique de l'Est*, (vol. 58 / 1-2 | 2018). « Le droit : ses espaces et ses échelles », *Annales de géographie* (2020/3-4 (n° 733-734)).

¹³« Géographie(s) et Droit(s) », *Développement durable & territoires*, (Vol. 6, n°1 | Mars 2015).

¹⁴E. Santoire, J. Desroche, R. Garcier, (2020). « Quelles méthodes d'enquête pour les recherches géo-légales ? Retour d'expérience à partir de la mise en concurrence des concessions hydroélectriques en France. » *Annales de géographie*, 733-734, 228-249. <https://doi.org/10.3917/ag.733.0228> ; P. Forest (éd.), 2009a, *Géographie du droit. Épistémologie, développements et perspectives*. Québec, Presses de l'Université Laval. ; R. Garcier, 2009, « Le droit et la fabrique de l'espace : aperçus méthodologiques sur l'usage des sources juridiques en géographie », in P. Forest (éd.), *Géographie du droit. Épistémologie, développement et perspectives*, Québec, Presses de l'Université Laval, p. 69-90.

¹⁵A. Nikolli et C. Girault, « L'accès à la nature au prisme de la crise sanitaire, ou le contrôle politique d'un espace de liberté », *Cybergeo : European Journal of Geography* [En ligne], Politique, Culture, Représentations, document 967, mis en ligne le 10 mars 2021, consulté le 09 mai 2021. DOI : <https://doi.org/10.4000/cybergeo.36211>

¹⁶A. Nikolli et C. Girault, « L'accès à la nature au prisme de la crise sanitaire, ou le contrôle politique d'un espace de liberté », *Cybergeo : European Journal of Geography* [En ligne], Politique, Culture, Représentations, document 967, mis en ligne le 10 mars 2021, consulté le 09 mai 2021. DOI : <https://doi.org/10.4000/cybergeo.36211> ; S. Baudet-Michel, E. Eliot, Y. Fayet et S. Fleuret (dir.), 2021, « Pandémie, crises et perspectives : lectures territoriales de la Covid-19 », *Revue francophone sur la santé et les territoires*, <https://doi.org/10.4000/rfst.779>.

¹⁷Bien que la liberté d'aller et venir soit centrale dans les réglementations prises afin de lutter contre le virus, d'autres formes de libertés sont en jeu à travers la mise en œuvre de ces mesures restrictives. La liberté des personnes est restreinte avec le placement en quarantaine, confinement et couvre-feu, de même « *les libertés de culte, de réunion, de manifestation et d'entreprendre* » ont été limitées. v. Avis du Défenseur des droits n°20-10 du 3 décembre 2020.

une politique de restriction des interactions et des déplacements, la liberté d'aller et venir est l'une des plus restreintes par les mesures préfectorales et municipales, dans une logique de d'aggravation locale des normes nationales. Ces restrictions sont d'autant plus importantes si on prend de cette liberté une acception large, à la fois spatiale, temporelle et matérielle.

Dans le sens premier de la liberté d'aller et venir, de nombreux arrêtés locaux ont restreint massivement les espaces auxquels les habitant-es ont habituellement accès – en plus des restrictions de déplacements en vigueur au plan national. Ainsi un grand nombre d'espaces urbains d'accès à la nature (parcs, jardins publics, etc.) ont été totalement fermés¹⁸. Plus largement, c'est l'accès à certains espaces naturels situés hors de l'agglomération et moins exposés à des pratiques de loisir impliquant une forte densité de population, mais situés sur le territoire de la commune qui a parfois été interdit (plans d'eau, plages, forêts, etc.)¹⁹. Cette limitation spatiale de la liberté d'aller et venir a été l'œuvre à la fois des réglementations municipales et préfectorales. Cependant, sur les sélections des communes et des préfectures que nous avons réalisées, il semblerait selon les premières analyses que les municipalités aient davantage pris de réglementations en la matière.

La dimension liberté d'aller et venir a ensuite été affectée dans sa dimension temporelle à travers la mise en place des couvre-feux locaux²⁰. Cette mesure spécifique mérite qu'on s'y arrête dès lors qu'elle illustre à la fois un phénomène de « circulation » des normes – qui trouvent leur origine dans un territoire particulier avant de s'étendre – et un phénomène d'expérimentation des mesures par certaines autorités locales, avant même leur « saisie » par le législateur national.

L'action des maires dans la mise en place de ces couvre-feux ayant été remise en cause par les juridictions administratives²¹, ce sont les préfectures qui ont multiplié les mesures portant interdiction des déplacements nocturnes sur le territoire des communes où il était constaté le non-respect des mesures de confinement ; ou du moins que ce respect était considéré localement comme insuffisant. Ce faisant, une trentaine de communes sur le territoire hexagonal ont été concernées par ces interdictions, qui ont ensuite été généralisées à l'ensemble du territoire des collectivités d'outre-mer. Notons qu'il ne semble pas, à l'époque, que les mesures de couvre-feu local soient corrélées à la situation sanitaire de chacun des territoires²². Il convient ici de souligner que ce n'est qu'à compter du 16 octobre que le couvre-feu entre expressément dans l'arsenal des préfets pour faire face à la pandémie²³, qui se développait auparavant dans un flou de la norme juridique. Dans ce second temps, la mesure est limitée aux départements où la pression épidémique est élevée : le décret dresse une liste en annexe des départements dans lesquels il s'applique. Dans ces circonscriptions, les préfets procèdent donc à un *listing* des communes dans lesquelles sera appliqué un couvre-feu de 21h à 6h. Par exemple, 49 communes de Grenoble-Alpes-Métropole sont concernées par cette

¹⁸Ex. arrêté préfectoral de l'Essonne n°2020-426 entré en vigueur le 20 mars 2020.

¹⁹Ex. arrêté municipal de Sanary-sur-Mer n°20-665-PM entré en vigueur le 18 mars 2020 : interdiction du Massif du Gros Cerneau, de la Pointe de la Cridé, de l'espace Victorin Blanc.

²⁰ Ex. arrêté préfectoral de Mayotte n°n°2020/CAB/490 entré en vigueur le 25 juillet 2020, en vigueur jusqu'au 8 août 2020.

²¹V. par ex. « Les pouvoirs de police du maire aux temps du covid-19 », G. Le Chatelier, *AJCT* 2020.250. Plus généralement sur le contentieux administratif dans cette période v. par ex. le dossier « La Covid-19 », *Civitas Europa* 2020/2.

²²Ainsi, par exemple, pour le 20 mars 2020, si le taux d'incidence est supérieur ou égal à 10 dans le département de l'Hérault, il se situe entre 5 et 10 dans le Gard, et entre 1 et 5 dans le Tarn (données : Santé Publique France, *COVID-19 : Point épidémiologique hebdomadaire du 24 mars 2020*).

²³Décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, article 51.

mesure à compter du 17 octobre 2020²⁴. De la même manière, 44 communes de Haute-Garonne sont ciblées par ces mesures²⁵, mais la mesure est progressivement durcie, le couvre-feu étant avancé à 20h, puis à 18h. Encore une fois, les préfetures auront précédé le pouvoir central : le préfet des Alpes-Maritimes avance l'horaire du couvre-feu à 18h à compter du 2 janvier 2021 considérant que le département est davantage touché par la crise et qu'ainsi il est nécessaire de durcir encore les dispositions nationales²⁶, près de deux semaines avant que la mesure ne soit généralisée le 15 janvier à l'ensemble du territoire national indépendamment de la situation sanitaire locale²⁷.

Enfin, la *manière* de se déplacer a également fait l'objet de réglementation. Des arrêtés ont par exemple été pris par le maire de Versailles supprimant des couloirs de bus et les remplaçant par des pistes cyclables afin d'inciter le déplacement à vélo²⁸. Ces décisions visant à limiter les regroupements de personnes dans les transports en commun ont un double impact de modification des organisations urbaines et, potentiellement, de modification des usages de ces espaces en fonctions des types de populations concernées. Le port obligatoire du masque enfin, pourrait être lu comme une forme de restriction de la liberté d'aller et venir au sens où il restreint une forme de liberté de choisir la façon de se présenter aux autres dans l'espace public.

Voyons dès lors comment ces diverses dimensions de la liberté de circulation ont été affectée dans deux cas concrets : les villes de Nice et Rennes.

III) La liberté d'aller et venir dans les communes de Rennes et Nice, approches comparées

Le travail d'analyse des réglementations locales a conduit l'équipe de recherche à la comparaison des mesures de restrictions à la liberté d'aller et venir dans les deux agglomérations de Nice et Rennes. Plusieurs questions se posent ici quant aux mesures étudiées : à quelle échelle administrative et territoriale ont-elles été prises ? à quels stades de la crise sanitaire sont-elles intervenues ? Quel impact de ces mesures sur les espaces de la ville ?

Dans le cas de Rennes, d'un point de vue spatial, la *préfecture* d'Ille-et-Vilaine réglemente soit à une échelle large de la commune prise dans son ensemble (couvre-feu, interdictions de rassemblement, etc.), soit sur des lieux ponctuellement (et nommément) individualisés dans le temps et l'espace qui peuvent être des esplanades ou des infrastructures publiques (interdiction ou autorisation d'accès à des espaces de manifestation très localisés). La *municipalité* de Rennes, quant à elle, ne prend aucune mesure de restriction à l'échelle de la commune sur la période étudiée (mars à novembre 2020) mais restreint ou autorise l'accès à un certain type de lieux (parcs et jardins, certains grands marchés, piscines, zone autour du stade). Le cas des piscines est ici intéressant : fermées par la préfecture puis rouvertes par la

²⁴Préfecture de l'Isère arrêté n° 38-2020-10-17-001 du 17 octobre 2020 portant diverses mesures visant à freiner la propagation du virus Covid-19 dans le département de l'Isère et créant une zone de couvre-feu sur le territoire de Grenoble-Alpes Métropole.

²⁵Préfecture de Haute-Garonne arrêté n°31-2020-10-18-001.

²⁶Préfecture des Alpes-Maritimes, arrêté n°2021-003 portant mesures de polices applicables dans le département des Alpes-Maritimes en vue de ralentir la propagation du virus Covid-19.

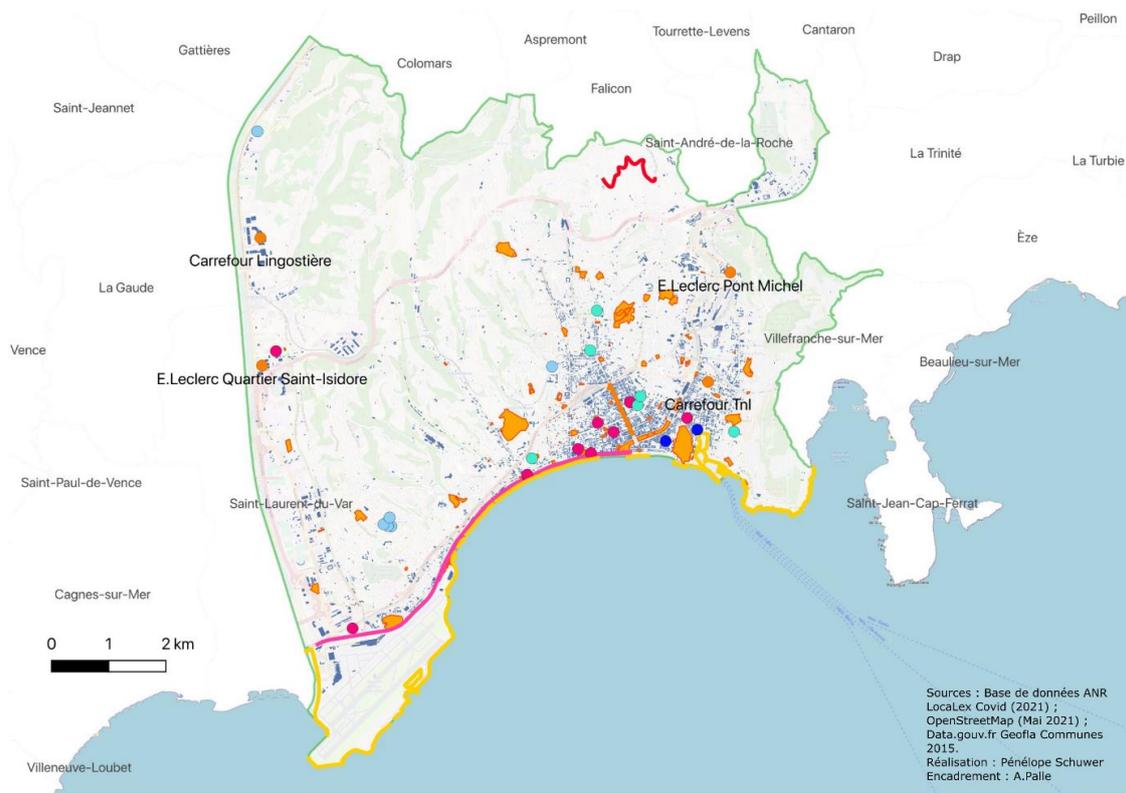
²⁷Décret n° 2021-31 du 15 janvier 2021 modifiant les décrets n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

²⁸Ex. Arrêté A-2020-568, entré en vigueur le 6 mai 2020.

commune, elles interrogent sur les aires de compétences respectives de celles-ci et sur la concertation existante entre les deux.

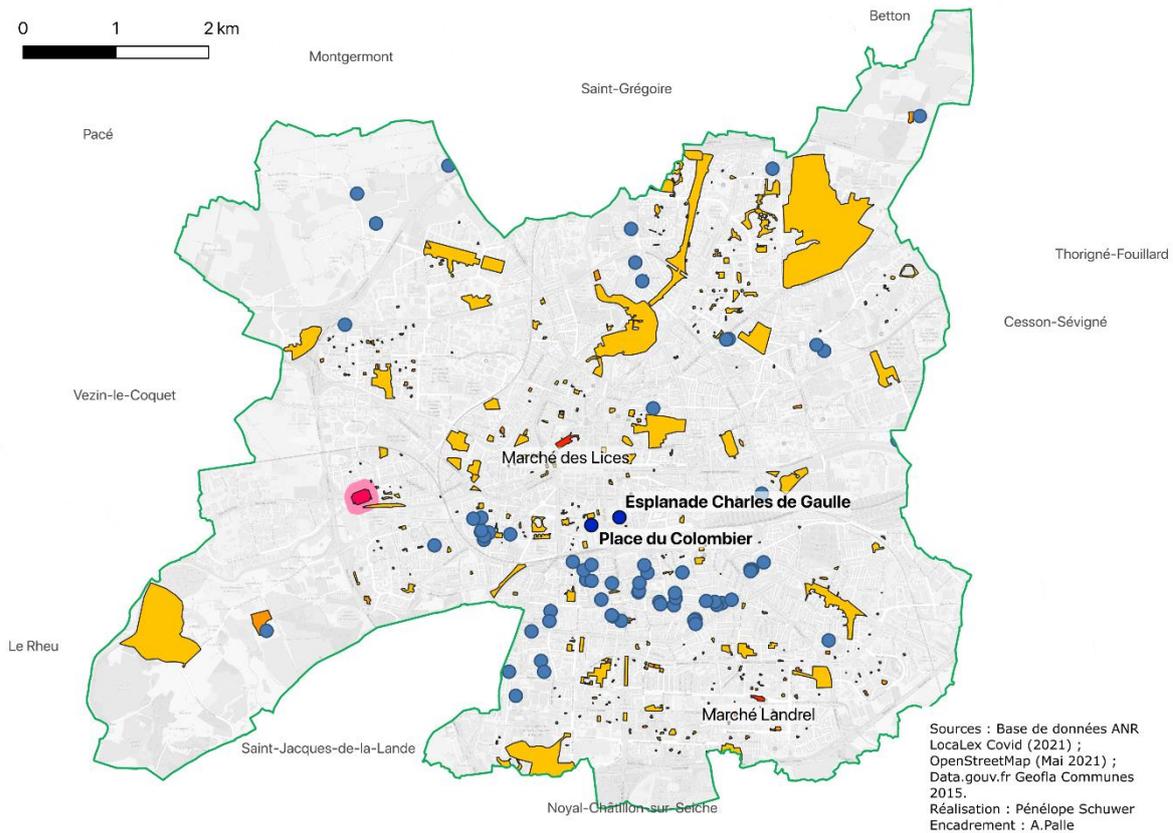
Dans le cas de Nice, cette répartition des aires de compétences semble particulièrement floue. La préfecture des Alpes-Maritimes, comme la préfecture d'Ille-et-Vilaine, réglemente soit à l'échelle de la commune (interdictions de rassemblements) soit sur des lieux ponctuellement individualisés (bars ayant enfreint les règles d'accueil du public, écoles présentant des cas), mais elle restreint également l'ouverture de certains types de lieux de façon générale (bars, commerces lors de certaines plages horaires). La commune de Nice comme celle de Rennes restreint ou interdit l'accès à des types d'espaces (parcs et jardins, marchés) mais, à la différence de Rennes, elle réglemente l'accès à l'espace public à l'échelle de la commune (autorisation limitée de sortie et de déplacement sur la voie publique de 6h à 12h puis de 18h à 22h pour l'activité physique individuelle et la promenade avec les seules personnes regroupées dans un même domicile) ainsi qu'à des lieux individualisés (certains hypermarchés, sentiers, ou avenues). La municipalité de Nice prend largement plus d'arrêtés que dans le cas de Rennes et les restrictions d'accès pour un même lieu évoluent et se durcissent au cours du temps dans ce qui semble être une tentative d'adaptation de la norme aux pratiques de l'espace public par la population (cas de la promenade des Anglais, qui fait l'objet de plusieurs mesures de restrictions d'accès successives). Les mesures de restrictions touchent également davantage de types d'espaces qu'à Rennes (certaines portions de rues, les hôtels, l'ensemble du bord de mer).

Les deux cartes ci-dessous proposent une représentation dans l'espace urbain de cette superposition des restrictions préfectorales et communales d'accès à l'espace public ainsi qu'à certains lieux. Dans le cas de Nice l'ensemble des 5000 arrêtés n'a pas été représenté : la majorité d'entre eux correspondant à des dérogations pour des extensions de terrasses à destination de certaines activités de restaurations ayant fait l'objet de mesures individualisées, on a représenté les arrêtés jugés significatifs pour l'analyse.



- Nice : l'intégralité de la commune est concernée par des restrictions de circulation liées aux mesures successives de confinement et couvre-feu
- Espaces concernés par des mesures préfectorales de restriction de circulation ou d'accès**
 - Ecoles et crèches
 - Bars
 - Piscines
- Bâtiments**
 - Commercial et services
- Espaces concernés par des mesures municipales de restriction de circulation ou d'accès**
 - Parcs et jardins
 - Hypermarchés
 - Hôtels
 - Bord de mer
 - Promenade des Anglais
 - Avenue Jean Médecin
 - Sentier du Canal de Gairault

Figure 1. Mesures de restrictions à la liberté d'aller et venir, commune de Nice



- Rennes : l'intégralité de la commune est concernée par des restrictions de circulation liées aux mesures successives de confinement et couvre feu
- Espaces concernés par des mesures préfectorales de restrictions de circulation ou d'accès
 - Lieux de rassemblements soumis à autorisation ou interdiction préfectorale
 - Piscines
- Espaces concernés par des mesures municipales de restrictions de circulation ou d'accès
 - Parcs et jardins
 - Aires de jeux
 - Marchés
 - Stade Roazhon Park
 - Tampon 100 m stade Roazhon Park

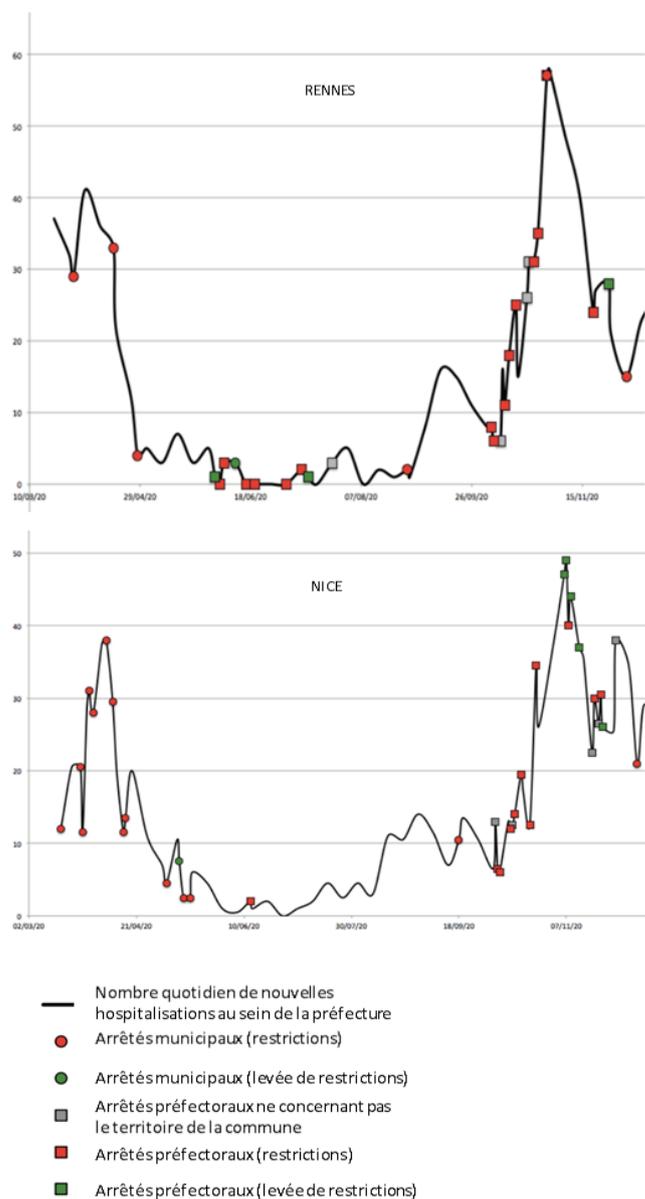
Figure 2. Mesures de restrictions à la liberté d'aller et venir, commune de Rennes.

La différence de traitement des restrictions de circulation et d'accès à certains espaces prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire par les municipalités de Nice et Rennes ainsi que leurs préfectures de région respectives interroge : sur la répartition des compétences entre la municipalité et la préfecture, sur les motivations qui président à la mise en place de restrictions concernant certains types d'espaces, lieux ou tranches horaires à Nice et non à Rennes, sur les motifs de légitimation de ces restrictions et de leurs différences.

Face à ces interrogations, a tout d'abord été explorée la question de la *motivation sanitaire* des mesures locales. La répartition dans le temps de la crise de ces différentes mesures a été analysée à travers les deux graphiques suivants pour lesquels on a cherché à comprendre la relation entre les restrictions d'accès à certains espaces et les temps d'aggravation ou de recul de la crise dans les espaces concernés. On a ainsi représenté le nombre quotidien de

personnes nouvellement hospitalisées dans la préfecture concernée pour un aperçu de la temporalité régionale de celle-ci²⁹. On a différencié les arrêtés correspondant à des restrictions et ceux correspondant à des levées de restrictions.

Mesures de restrictions à la liberté d'aller et venir, analyse comparée des communes de Rennes et Nice



Source : base de données ANR LocalEx covid, arrêtés préfectoraux (Alpes Maritimes, Ile et Vilaine) et municipaux (Rennes, Nice) Mars 2020-Novembre 2020
Réalisation : Pénélope Schuwer
@ANRLocalEx

Figure 3. Mesures de restrictions à la liberté d'aller et venir, analyse comparée des communes de Rennes et Nice.

Dans le cas de Rennes, la municipalité réglemente surtout pendant le premier confinement, la préfecture d'Ille-et-Vilaine prend ensuite le relai pendant la période du déconfinement où

²⁹Rappelons ici les dates de confinement « national » durant lesquelles les mesures de fermetures d'établissement notamment étaient nationales : du 17 mars au 11 mai 2020 ainsi que du 30 octobre au 15 décembre 2020.

des arrêtés de restrictions ainsi que de levées de restrictions sont pris, puis pendant la montée des cas qui précède le second confinement, jusqu'à ce que ce celui-ci soit décidé à l'échelle nationale. Se dessine ainsi une dynamique dans laquelle la municipalité régleme *en complément* des mesures nationales tandis que la préfecture agit en dehors des mesures de confinement prises à l'échelle nationale. Dans le cas de Nice, cette logique est moins claire. La municipalité de Nice, comme celle de Rennes, régleme très largement pendant le premier confinement, mais à la différence de celle de Rennes, elle le fait y compris après la chute du nombre d'hospitalisations dans le département. La préfecture des Alpes-Maritimes, elle, ne régleme que très peu pendant la période de déconfinement à la différence de celle d'Ille-et-Vilaine. Elle agit ensuite largement pendant la montée des cas menant au second confinement mais continue lors de celui-ci, avec également des arrêtés de levées de restriction ponctuelles (relatives notamment à l'ouverture des relais routiers). La logique de « passation de relais » visible dans le cas de Rennes et de la préfecture d'Ille-et-Vilaine l'est ainsi moins dans le cas de Nice et des Alpes Maritimes.

IV) Des légitimations multiples à ces restrictions de libertés

L'exemple comparatif des communes de Rennes et de Nice, suggère que la tendance de la crise sanitaire n'est pas le seul élément de légitimation possible des mesures locales d'adaptation du dispositif de restriction des libertés d'aller et venir. Il est alors utile d'étudier les *motifs* des arrêtés restrictifs pris dans la période.

Si la description précise de la situation sanitaire, prenant en compte les taux d'incidence, la situation des hôpitaux ou encore les incertitudes scientifiques autour de la transmission du virus, font leur apparition assez tôt dans les motifs³⁰ de la préfecture des Alpes-Maritimes³⁰, les arrêtés de la municipalité de Nice font apparaître que certaines restrictions supplémentaires ont pu être mises en place en raison de facteurs locaux plus politiques. Certaines décisions font ainsi apparaître que les « risques » sanitaires peuvent être évalués non seulement au regard d'approches objectives (par taux d'incidence par exemple) ou d'observations directes d'agents publics mais aussi au travers des plaintes nombreuses et répétées des résidents quant au non-respect de certaines mesures sanitaires³¹. La municipalité, tenant compte de ces plaintes, considère qu'il y a lieu d'aller vers plus de sévérité. Elle va alors jusqu'à interdire entièrement l'accès à certaines rues, en dehors de l'accès nécessaire aux résidents³², voire à prohiber l'accès à l'ensemble de l'espace public à certaines heures de la journée et de la nuit³³.

³⁰V. ainsi la série d'arrêtés sur les zones où le port du masque est rendu obligatoire en juin 2020 (arrêtés n°2020-689 et s.) dans lesquels la préfecture motive sa décision par le taux d'incidence précis au moment de la décision ainsi que par des informations « remontées » par les maires des communes concernées quant à des rassemblements de population. Dans la plupart des décisions est noté le « *soucis de cohérence et de lisibilité* » des mesures. Il est également possible d'évoquer les cas dans lesquels les arrêtés sont motivés par l'incertitude scientifique qui pèse sur les méthodes de contamination comme, par exemple, quant à la baignade et au risque de contamination par matières fécales (arrêté n°2020-357).

³¹V. le même considérant pour l'arrêté municipal n°2020-01132 ordonnant interdiction au public de circuler et/ou se déplacer sur le trottoir sud de la Promenade Corniglion Molinier, le trottoir sud de la Promenade des Anglais, le trottoir sud du quai des Etats-Unis, le trottoir sud du quai Rauba Capeu et ce, jusqu'à la place Guynemer, pour des motifs de sécurité et salubrité publiques ; pour l'arrêté municipal n°2020-01133 ordonnant interdiction au public de circuler sur l'avenue Jean Médecin pour des motifs de sécurité et de salubrité publiques, et pour l'arrêté municipal n°2020-01134 portant restriction de l'activité physique individuelle et de promenade du public pour des motifs de sécurité et de salubrité publiques : « *Considérant que suite à de très nombreuses doléances téléphoniques, également adressées par courriel par de nombreux administrés inquiets, parvenues dans les différents services municipaux (...), il est constaté la présence de nombreuses personnes non munies d'une attestation dérogatoire* »).

³²Ville de Nice, arrêté municipal n°2020-01133 du 15 avril 2020 Ordonnant interdiction au public de circuler sur l'avenue Jean Médecin pour des motifs de sécurité et de salubrité publiques.

³³Ville de Nice, arrêté municipal n°2020-01134 du 15 avril 2020 Portant restriction de l'exercice de l'activité physique individuelle et de promenade du public pour des motifs de sécurité et de salubrité publiques, interdit toute activité physique individuelle ou promenade en dehors des horaires déterminés à l'article 1

Ce type d'interdictions plus sévères que les règles nationales ou préfectorales pose question au regard de la protection différenciées des libertés publiques selon le type d'espace considéré et donc aussi la population concernée. C'est en ce sens que la Ligue des droits de l'Homme (LDH) a attaqué la ville de Nice pour son arrêté imposant un couvre-feu à 20h, au lieu de celui à 22h au niveau préfectoral, spécifiquement dans les quartiers populaires de la ville³⁴. Selon la LDH, cette décision était discriminatoire et stigmatisante pour les habitants³⁵ et allait d'ailleurs à l'encontre des propos du Président de la République tenus deux jours plus tôt, signalant aux élus de ne pas renforcer les règles³⁶. Le Tribunal administratif de Nice refusera cependant la suspension en référé de la décision par une ordonnance le 22 avril 2020³⁷, considérant que la mesure ne touchait qu'une petite fraction du territoire (1,3%) et que les statistiques de verbalisation faisaient apparaître des violations fréquentes du confinement dans cette zone mais sans se prononcer formellement sur la question de la discrimination socio-spatiale, énonçant simplement que « *la seule circonstance, alléguée à l'audience par l'association requérante, selon laquelle la délimitation des secteurs ainsi concernés constituerait une discrimination sociale de la population y résidant est sans incidence sur la légalité de l'arrêté* ». Ne circulez pas et il n'y a rien à voir en quelque sorte...

V) Conclusion

L'étude spatialisée des restrictions apportées localement à la liberté de circulation des personnes fait apparaître la façon dont la prise en charge règlementaire de la crise sanitaire a profondément affecté la distribution de l'espace public au sein de la population. L'exclusion de certains espaces, parfois jusqu'à la privatisation, adjointe, en temps de confinement, à des restrictions de la sphère de déplacement des personnes, a pu atteindre son objectif d'absence de brassage de population mais au prix également d'une forme de ségrégation des publics. La motivation des arrêtés fait en outre apparaître une prise en compte des peurs des populations, qui n'est pas nécessairement corrélée à la réalité de l'épidémie, et dont la gestion se révèle donc intimement politique, dans le sens littéral de la relation des élus avec leur électeur. Un constat qui invite à la réflexion quant à la question de savoir si l'échelon le plus local est véritablement le plus pertinent pour une prise de décision adaptée à la situation sanitaire locale.

Bibliographie

Sophie Baudet-Michel, Emmanuel Eliot, Yohan Fayet et Sébastien Fleuret (dir.), 2021, "Pandémie, crises et perspectives : lectures territoriales de la Covid-19", *Revue francophone sur la santé et les territoires*, <https://doi.org/10.4000/rfst.779>

Nadia Belaidi, Geneviève Koubi, 2015, « Géographie(s) et Droit(s) », *Développement durable & territoires*, Vol.6, n°1 2015.

³⁴Ville de Nice, arrêté municipal n°2020-01135 du 15 avril 2020 ordonnant restriction horaire pour le public de circuler et/ou se déplacer sur les secteurs de Trachel, Jean Vigo, Notre-Dame, Saint-Charles, Bon Voyage, Maccario, Pasteur, Las Planas et les Moulins, pour des motifs de sécurité et salubrité publiques.

³⁵France Bleu, 18 avril 2020, "Coronavirus et droits de l'homme : La Ligue des droits de l'Homme attaque la ville de Nice en justice": <https://www.francebleu.fr/infos/politique/coronavirus-et-confinement-la-ligue-des-droits-de-l-homme-va-attaquer-la-ville-de-nice-en-justice-1587205969>

³⁶Les règles prévues par le gouvernement devront continuer d'être respectées. Elles (...) ne doivent être ni renforcées ni allégées, mais pleinement appliquées. Je demande à tous nos élus (...) d'aider à ce que ces règles soient les mêmes partout sur notre sol. », allocution du Président de la République à l'occasion de son adresse aux Français le 13 avril 2020

³⁷Tribunal administratif de Nice ordonnance n° 2001782 du 22 avril 2020, v. M.-C. de Montecler, « Le maire peut-il imposer un couvre-feu pour lutter contre l'épidémie ? », *Dalloz Actualité*, 24 avril 2020.

Lucie Bony, Marie Mellac, 2020, « Le droit : ses espaces et ses échelles », *Annales de géographie* n° 733-734 / 3-4 2020.

Mileva Boulestreau, Valentin Caro, Estelle Dantan, Yasmin Fernandez, Shirley Gasse, Célia Gourzones, Fanny Lange, Vincent Louis, Aurèle Pawlotsky et Laurene Pezron, « Les mesures locales d'aggravation de l'état d'urgence sanitaire », *La Revue des droits de l'homme*, 2020, DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.9189>

Patrick Forest. (éd.), 2009a, *Géographie du droit. Épistémologie, développements et perspectives*. Québec, Presses de l'Université Laval.

Romain Garcier, 2009, « Le droit et la fabrique de l'espace : aperçus méthodologiques sur l'usage des sources juridiques en géographie », in Forest P. (éd.), *Géographie du droit. Épistémologie, développement et perspectives*, Québec, Presses de l'Université Laval, p. 69-90.

Jean-Louis Halpérin, Stéphanie Hennette-Vauchez, Eric Millard (dir.), 2017, *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, Presses universitaires de Paris Nanterre.

Stéphanie Hennette-Vauchez, D. Roman, M. Pichard (dir.), 2014, *La loi et le genre*, éd. CNRS.

Alice Nikolli et Camille Girault, 2021, « L'accès à la nature au prisme de la crise sanitaire, ou le contrôle politique d'un espace de liberté », *Cybergeo : European Journal of Geography*, DOI : <https://doi.org/10.4000/cybergeo.36211>

Fabrizio Maccaglia et Marie Morelle, 2013, « Pour une géographie du droit : un chantier urbain », *Géocarrefour*, Vol. 88, n° 3 2013.

Andreas Pichler, Jacques Lévy (dir.), 2018, « Espace légal. La géographie rencontre le droit », *Revue Géographique de l'Est*, vol. 58 / 1-2 2018.

Emmanuelle Santoire, Jean Desroche, Romain Garcier, 2020. Quelles méthodes d'enquête pour les recherches géo-légales ? Retour d'expérience à partir de la mise en concurrence des concessions hydroélectriques en France. *Annales de géographie*, 733-734, 228-249. <https://doi.org/10.3917/ag.733.0228>

L'intervention de l'État dans la procédure d'expropriation-délocalisation pour risque naturel majeur

Martin MATTIUSSI-POUX

Avocat associé, cabinet Admys Avocats

Résumé : La procédure d'expropriation-délocalisation est amenée à être de plus en plus utilisée dans les années à venir, compte tenu des phénomènes naturels dangereux observés dans le cadre du réchauffement climatique. Il convient de constater que le mécanisme d'expropriation-délocalisation s'inspire largement de celui de l'expropriation pour cause d'utilité publique avec un rôle prégnant de l'État. Ce mécanisme a fait l'objet récemment de mutations, notamment en ce qui concerne la prise en charge des indemnités liées à l'expropriation par le Fonds étatique dédié.

Mots-clés : risques, expropriation, délocalisation, environnement

Abstract : *The procedure of expropriation-relocation is brought to be more and more used in the years to come, taking into account the dangerous natural phenomena observed within the framework of the global warming. It should be noted that the expropriation-relocation mechanism is largely inspired by that of expropriation in the public interest, with the State playing a prominent role. This mechanism has recently undergone changes, particularly with regard to the payment of compensation for expropriation by the dedicated state fund.*

Keywords: risks, expropriation, relocation, environment

La délocalisation de personnes en raison de l'existence d'un risque naturel majeur est une procédure qui a de beaux jours devant elle. Ce constat est indubitablement lié au réchauffement climatique à l'œuvre et de ses nombreux impacts en cascade (sur le milieu naturel et sur les milieux anthropisés subissant des catastrophes naturelles).

Ce mécanisme a été mis en place par l'une des grandes lois environnementales de la décennie 1990, la loi Barnier du 2 février 1995. Cette loi est, pour rappel, également à l'origine du phénomène de planification des risques majeurs et du développement de la participation du public dans les grands projets structurants avec la création de la commission nationale du débat public.

L'expropriation-délocalisation, qui touche à la fois les propriétaires et occupants des terrains faisant l'objet d'un risque naturel présentant un niveau de dangerosité particulier, a connu récemment des évolutions, qu'il convient de retracer, avec l'intervention toujours centrale de l'État.

Dans un premier temps, sera exposé le volet foncier de la procédure, celle-ci ressemblant assez largement à une expropriation classique « pour cause d'utilité publique », et son utilisation étant soumise à davantage de restrictions (I). Dans un second temps, sera abordé le sujet du financement des indemnités directement liées à l'expropriation par un fonds étatique de prévention des risques naturels majeurs – dit en l'occurrence le « Fonds Barnier » (II). Ce volet financement, en ce qu'il est moins connu, présente un intérêt particulier.

I) Le rôle classique de l'État dans la procédure d'expropriation-délocalisation pour risque naturel majeur

La procédure d'expropriation-délocalisation s'inspire très largement de l'expropriation pour cause d'utilité publique, dans laquelle les services de l'État jouent un rôle prégnant **(A)**. En outre, force est d'observer que les critères du recours à la procédure d'expropriation-délocalisation ont fait l'objet de restrictions récentes, destinées à limiter l'interventionnisme de l'État en la matière **(B)**.

A) L'expropriation-délocalisation issue largement de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique

Lorsque l'existence d'un risque naturel majeur justifie le recours à la procédure d'expropriation-délocalisation, le mécanisme applicable ressemble assez largement à celui utilisé pour une expropriation pour cause d'utilité publique, avec un État au centre du dispositif.

Si les personnes publiques à l'initiative du déclenchement de la procédure sont l'État, les communes, les groupements de communes et les établissements publics foncier¹, la conduite de la procédure incombe au préfet de département.

En cas d'initiative d'une personne publique autre que l'État, le préfet devra être saisi d'une demande de première analyse et constituera un dossier, après avoir analysé la recevabilité de la demande, qu'il transmettra au ministre chargé de la prévention des risques majeurs². Dans ce dossier, doit notamment figurer un avis des Domaines sur l'estimation de la valeur des biens et des indemnités d'expropriation.

Si le ministre donne une suite favorable à la demande, le préfet lance la phase administrative de l'expropriation.

S'agissant du dossier de déclaration d'utilité publique, celui-ci doit comprendre, outre les éléments prévus dans le Code de l'expropriation, « *une analyse des risques décrivant les phénomènes naturels auxquels les biens sont exposés, et permettant d'apprécier l'importance et la gravité de la menace qu'ils présentent pour les vies humaines* »³. L'analyse devra comprendre des justifications sur le fait qu'il n'existe pas, d'un point de vue financier, d'autre recours possible que l'expropriation⁴.

Les communes dont tout ou partie du territoire est compris dans le périmètre d'expropriation sont saisies pour avis par le préfet. Leur avis doit être rendu dans un délai de deux mois⁵.

¹On relèvera l'exclusion des régions et des départements.

²Circulaire du 23 avril 2007, NOR : DEVPO700217C.

³Art. R561-2 II, C. env.

⁴Art. R561-2 III, C. env.

⁵Art. R561-3 alinéas 2 et 3, C. env.

Une enquête publique est ensuite organisée. La publication de l'arrêté d'ouverture de l'enquête implique qu'aucune autorisation administrative susceptible d'augmenter la valeur des biens à exproprier ne peut être délivrée jusqu'à la conclusion de la procédure d'expropriation dans un délai maximal de 5 années⁶. A défaut, l'autorité administrative délivrant une telle autorisation devra rembourser à l'État le coût de l'expropriation du bien en cause.

Classiquement, le préfet adopte un arrêté déclarant d'utilité publique la procédure d'expropriation des biens exposés à un risque naturel majeur et en adresse une copie à la commune ou au groupement de communes expropriant⁷.

S'ensuit une phase de cessibilité aboutissant à l'adoption d'un arrêté préfectoral déclarant cessibles les terrains identifiés comme présentant un risque naturel majeur. Cette procédure de cessibilité ne diffère cette fois aucunement de celle prévue par le Code de l'expropriation.

Enfin, l'expropriation se termine par une phase judiciaire résultant de l'adoption d'une ordonnance d'expropriation par le juge judiciaire, laquelle transfère la propriété du bien à l'expropriant. Les indemnités sont fixées, le cas échéant par le juge de l'expropriation, sans considération de l'existence du risque naturel majeur⁸.

B) Les limitations récemment instituées par l'État dans les critères d'utilisation de l'expropriation-délocalisation

La procédure d'expropriation-délocalisation a fait l'objet d'évolutions soit règlementaires, soit prétoriennes, à mesure que les risques naturels majeurs se sont fait jour, par suite des changements climatiques.

Il convient d'abord de préciser que sont concernés par la procédure d'expropriation-délocalisation pour risques naturels majeurs les biens exposés à un risque prévisible de mouvements de terrain ou d'affaissements de terrain dus à une cavité souterraine, d'avalanches et de crues torrentielles ou à la montée rapide ou de submersion marine⁹. A titre d'exemples, il faut citer l'utilisation de ce dispositif à la suite de la tempête Xynthia en 2010¹⁰ ou des inondations du Rhône en 2003¹¹.

A l'inverse, ne sont pas visés par cette procédure les biens situés dans des zones couvertes par des plans de prévention des risques d'incendies de forêt, ni les cavités souterraines d'origine naturelle ou humaine résultant d'une exploitation minière passée ou en cours¹², ni encore les immeubles soumis à un risque d'érosion côtière, lesquels font désormais l'objet d'une série de mesures spécifiques définies dans la loi « Climat et résilience » du 22 août 2021¹³.

⁶Art. L561-4, C. env.

⁷Art. R561-4, C. env.

⁸Art. L561-1 alinéa 4, C. env.

⁹Art. L561-1 alinéa 1^{er}, C. env.

¹⁰CAA Nantes, 28 avril 2017, n° 15NT00649, 15NT00551, 15NT00624.

¹¹*La prévention des catastrophes naturelles par le Fonds de prévention des risques naturels majeurs – Bilan 1995-2019*, p. 34.

¹²Art. L561-1 alinéa 2, C. env.

¹³Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, dite « loi Climat et résilience », art. 236 et s.

De la même manière, la survenance de risques considérés comme imprévisibles n'entraîne pas non plus la mise en œuvre du mécanisme : ainsi en est-il allé d'un pavillon ayant été partiellement détruit à la suite de glissements de terrain consécutifs à des précipitations exceptionnelles¹⁴.

Par ailleurs, le dispositif d'expropriation-délocalisation ne sera mobilisé par l'État que pour autant que le risque implique une menace grave pour les vies humaines. Tel a été le cas pour le risque d'inondation brutale de certains terrains consécutif aux crues torrentielles dans les Cévennes¹⁵.

Il faut encore souligner que l'utilisation de l'expropriation-délocalisation doit être un ultime recours. Une série de mesures prioritaires de sauvegarde et de protection des populations doit dès lors être exclue avant de recourir au dispositif de délocalisation, dont la réalisation de travaux préventifs et la mise en œuvre d'opérations de surveillance, d'alerte et d'évacuation. Si ces mesures s'avèrent plus coûteuses que la délocalisation ou tout simplement irréalisables, alors la procédure d'expropriation pourra être utilisée¹⁶.

Ainsi, concernant un risque d'inondation grave dans deux communes du Gard, le recours à l'expropriation par le préfet a été considéré comme légalement justifié, dès lors que les moyens alternatifs envisagés, à savoir l'aménagement de digues ou de bassins de rétention, impliquaient des dépenses estimées à environ deux millions d'euros, soit une somme supérieure aux indemnités d'expropriation¹⁷.

En revanche, concernant un même risque d'inondation grave ayant fait l'objet de dégâts importants à Antibes-Juan-les-Pins dans les Alpes-Maritimes, dont la fermeture définitive d'un camping, le juge administratif a récemment estimé que le recours à l'expropriation n'était pas nécessaire, dès lors que des mesures de police administrative générale pouvaient être mises en œuvre par le préfet sur le fondement du 5° de l'article L2212-2 du Code général des collectivités territoriales¹⁸. L'application des pouvoirs de police générale n'exclut toutefois pas que l'exploitant du camping puisse être dans cette hypothèse indemnisé sur le fondement de la responsabilité sans faute pour préjudice anormal et spécial, ainsi que l'a mis en exergue le Conseil d'Etat¹⁹.

Ainsi, l'on peut voir que le recours à la procédure d'expropriation-délocalisation n'est pas aisé à obtenir, tous les risques naturels majeurs n'étant pas concernés, et une étude des alternatives possibles devant mener à la conclusion que celles-ci sont nécessairement plus onéreuses. L'État dispose également d'une marge d'appréciation conséquente quant à la possibilité de choisir de recourir au dispositif d'expropriation-délocalisation ou à des mesures plus classiques de police générale prévues dans le Code général des collectivités territoriales.

¹⁴CAA Nantes, 14 mars 2014, n° 12NT01575.

¹⁵CAA Marseille, 15 octobre 2020, n° 19MA00113.

¹⁶Art. L561-1 alinéa 1^{er}, C. env.

¹⁷CAA Marseille, 15 octobre 2020, *ibid*.

¹⁸CAA Marseille, 4 octobre 2022, n° 20MA01171.

¹⁹CE, 4 août 2021, n° 431287.

II) Le rôle original de l'État dans le financement des frais relatifs à l'expropriation-délocalisation

En raison du recours plus accru à la procédure d'expropriation-délocalisation constaté ces dernières années, le Fonds Barnier a fait l'objet d'une réorganisation financière et budgétaire avec un contrôle direct par l'État **(A)**. En outre, la prise en charge de certaines dépenses par le Fonds Barnier a été restreinte **(B)**.

A) Le remodelage récent du système de gestion financière et budgétaire du Fonds Barnier

Au tournant des années 2000, le Fonds Barnier a connu une extension de son domaine d'intervention. Outre le strict aspect du financement des indemnités liées aux expropriations, il contribue au financement d'études d'identification des risques naturels majeurs, de campagnes de prévention, de travaux de réduction des risques dans certains secteurs menacés.

Ses dépenses ont substantiellement augmenté, passant de 100 millions d'euros en 2007 à 174 millions d'euros en 2018²⁰. La grande majorité des interventions du fonds Barnier visait en 2019 les risques d'inondations (57 %), puis les séismes (20 %) et les mouvements de terrain (11 %)²¹.

Sur les dépenses effectuées en 2019, les expropriations ne représentent toutefois que 2,2 %, tandis que les acquisitions amiables atteignent 15,8 %. La majorité des dépenses est constituée des frais d'« études, travaux et équipements de prévention ou de protection contre les risques naturels des collectivités territoriales » (51,8 %)²².

Jusqu'en 2021, le Fonds était alimenté hors budget de l'État, *via* un prélèvement sur le produit des primes assurantielles contre les risques de catastrophes naturelles, et versé par les compagnies d'assurances. En outre, la gestion comptable et financière du fonds était assurée par la caisse centrale de réassurance. Le taux de prélèvement a été plusieurs fois augmenté, passant de 2 % avant 2006 à 12 % en 2009 pour faire face – déjà – aux nouvelles problématiques environnementales. Ce taux de 12 % a toutefois depuis été maintenu²³.

Depuis le 1^{er} janvier 2021, ce même prélèvement annuel sur la surprime « catastrophes naturelles » est directement intégré au budget général de l'État, ce qui a permis d'augmenter les crédits destinés à abonder le fonds, désormais de plus de 200 millions d'euros.

B) Les restrictions dans la prise en charge financière par le Fonds Barnier des frais liés à l'expropriation-délocalisation

²⁰« Risques Majeurs », Dictionnaire Permanent Construction-Urbanisme, Editions Législatives, § 473.

²¹La prévention des catastrophes naturelles par le Fonds de prévention des risques naturels majeurs – Bilan 1995-2019, p. 9.

²²*Ibidem*.

²³art. 235 ter ZE, CGI.

L'intervention du Fonds Barnier, dans son nouveau dispositif, est exposée à l'article L561-3 du Code de l'environnement. Le décret n° 2021-518 du 29 avril 2021 vient préciser les mesures de financement prises en charge.

Si ce fonds reste principalement utilisé pour financer les diverses indemnités liées aux expropriations effectuées pour relocaliser les habitants et les professionnels qui devront être versées par l'État ou les collectivités territoriales expropriantes, il prend également en charge « les dépenses liées à la limitation de l'accès et à la remise en état des terrains accueillant les biens exposés » au risque, ce qui est en revanche une nouveauté issue de la loi de finances pour 2021.

Dans ce dernier cas, une condition est posée, tenant à ce qu'aucune nouvelle construction ne doit être réalisée de nature à engendrer une mise en danger de la vie humaine²⁴.

Lorsqu'un bien couvert par une assurance, et exposé à certains risques majeurs limitativement énumérés ou ayant fait l'objet d'un sinistre, fait l'objet d'une cession à l'amiable au profit d'une personne publique, le fonds Barnier peut y contribuer. Il s'agit donc dans ce cas d'un financement facultatif, et le fonds n'est pas contraint de prendre en charge ces frais.

Toutefois, si l'acquéreur est une collectivité territoriale, elle doit faire en sorte que le bien soit rendu inconstructible, par modification ou révision du document d'urbanisme local, dans un délai de trois ans à compter de l'acquisition, sous peine de devoir rembourser à l'État les sommes financées par le fonds²⁵.

Toujours concernant ces acquisitions amiables, le fonds Barnier peut les financer sous réserve que leur prix n'excède pas le montant des éventuelles indemnités de dépossession qui seraient versées. Autrement dit, l'acquisition devra être faite au prix estimé par le service des Domaines, faute de quoi le fonds ne saurait les prendre en charge.

Ce qu'il est important de souligner, en revanche, c'est que le financement des acquisitions amiables s'effectue désormais dans la limite de 240 000 euros par bien acquis²⁶. Ce montant n'intègre toutefois pas les frais de sécurisation des terrains d'assiette, pris en charge en intégralité²⁷.

Le fonds prend également en charge les dépenses de relogement des personnes expropriées ou dont le terrain a été acquis à l'amiable²⁸, ce qui est toutefois une modalité classique du droit de l'expropriation de droit commun.

Toutefois, ne sont plus pris en charge par le fonds, en vertu du nouveau régime, les frais de démolition des bâtis exposés au risque.

²⁴Art. L561-3 I alinéa, 6 C. env.

²⁵art. D561-12-1 alinéa 5, C. env.

²⁶art. D561-12-1 alinéa 3, C. env.

²⁷art. D561-12-1 alinéa 4, C. env.

²⁸art. L561-3 I alinéa 3 C. env.

En outre, s'agissant des professionnels dont le bien est menacé par un risque naturel majeur, le législateur est venu également restreindre le champ du financement par le fonds des indemnités à verser dans le cadre d'une expropriation.

Il convient de rappeler que le Conseil d'État avait rendu un arrêt en 2004, dans lequel elle avait confirmé la suspension en référé de l'arrêté préfectoral refusant de mettre en œuvre la procédure d'expropriation pour risque naturel majeur au motif que le préfet, ayant décidé de limiter cette procédure aux seuls biens d'habitation, a ce faisant commis une erreur de droit²⁹.

Par cette incise, le Conseil d'État avait donc retenu que le champ de l'expropriation pour risque naturel majeur était applicable aux biens commerciaux et professionnels sans distinction, le requérant dans cette affaire étant une société gérant un camping.

A la suite de cet arrêt, le législateur est toutefois intervenu pour restreindre les conditions de prise en charge par le fonds Barnier des indemnités affectant les biens à usage commercial ou professionnel.

Ainsi, dans le nouveau régime en vigueur en 2021, l'article D561-12-10 du Code de l'environnement, dispose que « *les biens visés à l'article L561-3 sont les biens à usage d'habitation ou les biens utilisés dans le cadre d'activités professionnelles relevant de personnes physiques ou morales employant moins de vingt salariés et de leurs terrains d'assiette, à l'exception des biens exposés à un risque prévisible faisant l'objet d'une acquisition amiable dans les conditions fixées par le I de l'article L561-3 et ceux faisant l'objet d'études et travaux de prévention du risque sismique mentionnés au II de l'article L. 561-3. L'effectif salarié et le franchissement du seuil de vingt salariés sont déterminés selon les modalités prévues à l'article L130-1 du code de la sécurité sociale* ».

Dès lors, en l'état de la réglementation actuelle, le fonds Barnier ne peut intervenir que pour les indemnisations visant des activités commerciales et professionnelles accueillant moins de 20 salariés.

Force est de constater, à la lumière de l'énoncé de ce nouveau dispositif, que l'augmentation des risques majeurs visés par le fonds Barnier, constatée ces dernières années, a d'ores-et-déjà généré des exclusions ou des limitations de prise en charge. Si les risques venaient encore à s'accroître, d'autres pourraient ainsi suivre.

²⁹CE ord., 16 février 2004, n° 260811.

PARTIE III
UN AUTRE REGARD SUR...

Un autre regard sur

Le notaire-enquêteur, comment minimiser le risque juridique ?

Antoine SGANGA

Diplômé Notaire - Étude notariale située à Aix-en-Provence

En tant que notaire assistant spécialisé dans l'immobilier, l'analyse du risque juridique est au cœur de mon activité qui a pour but premier de retranscrire fidèlement et juridiquement les engagements que souhaitent entériner les parties.

Le notaire a vocation à intervenir dans tous les domaines du droit et se trouve de fait confronté à toutes sortes de problématiques.

A la diversité de domaines s'adjoint une diversité d'interlocuteurs aux attentes et aux demandes variées. Les questions et les risques qui s'y rattachent diffèrent suivant la personnalité du client et sont également fonction de l'opération envisagée.

Néanmoins, nous faisons face à des problématiques récurrentes d'un dossier à l'autre.

Pour les résoudre et minimiser les risques auxquels nous sommes confrontés, nous devons enfilez tour à tour différentes casquettes, parmi lesquelles on retrouve celle incontournable d'enquêteur.

Le Conseiller Réal, lors des débats ayant donné naissance à la célèbre « *loi du 25 ventôse an XI, contenant organisation du notariat* » a proposé de définir ce qu'est, et ce que le notaire se doit d'être dans l'exercice de ses fonctions, par une prose à ce jour inégalée tant elle relate de manière claire et concise notre rôle, qui me semble encore trop méconnu de nos jours.

Les notaires y étaient présentés comme des « *conseils désintéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leur volonté, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant ces engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchant les différends de naître entre les hommes de bonne foi et enlèvent aux hommes cupides avec l'espoir du succès, l'envie d'élever une injuste contestation* »¹.

Plus récemment, lors de la séance d'ouverture du dernier congrès des notaires à Nice le 23 septembre 2021, le Conseil supérieur du notariat a défini pour la première fois la raison d'être du notariat, en précisant que le notaire doit « *Conseiller avec rigueur et impartialité, Accompagner avec humanité et discrétion, Exprimer l'équilibre des volontés dans le cadre fixé par la loi, Conserver les actes pour toujours, Et agir ainsi pour la paix au cœur de la société.* »

Si nous sommes trop souvent qualifiés de simples rédacteurs d'actes, la réalité à laquelle nous sommes confrontés est toute autre. Juriste libéral, professionnel du droit, rédacteur et authenticateur d'acte, et bien évidemment, officier public, la description de notre métier ne s'épuise pas en peu de mots et les facettes de notre profession ne manquent pas.

Or, à la variété de missions qui nous sont dévolues, s'adosse un vaste champ de responsabilité professionnelle. Ainsi, pour accomplir au mieux ces différentes missions, nous devons nécessairement nous adonner à de nombreuses investigations qu'il est de notre devoir d'accomplir personnellement, sans solliciter l'intervention de partenaires avec qui nous avons pour habitude de travailler.

¹ Extrait du discours de Pierre-François Réal, rapporteur de la loi au Conseil d'Etat en date du 21 Ventôse An XI (12 mars 1803)

Comment pourrait-il en être autrement ? Comment pourrions-nous rédiger un acte et y apposer une authenticité en engageant ainsi notre responsabilité, si nous n'avons pu au préalable nous assurer point par point que l'engagement voulu par les parties est sincère, véritable et surtout possible ?

C'est ici l'épicentre des difficultés que nous traitons quotidiennement.

À la problématique juridique, peut s'adjoindre une problématique relationnelle. Or, la relation que nous devons avoir avec notre clientèle doit être empreinte d'humanisme et de confiance. Nous nous devons d'être à l'écoute de notre auditoire, et de le mettre à l'aise afin qu'une relation de confiance mutuelle s'instaure, faute de quoi la gestion d'un dossier en pâtit fortement.

Ce devoir de réserve et de sagesse n'est pas toujours des plus simples à mettre en œuvre lorsque nous sommes confrontés à des difficultés juridiques parfois induites par des individus volatiles. Néanmoins, ces difficultés faisant partie intégrante de notre métier, nous nous devons d'agir décemment et de la manière la plus appropriée en toutes circonstances afin de permettre aux parties qui nous saisissent de minimiser le risque juridique des opérations qu'elles envisagent.

Au fil des dossiers, j'ai pu constater que les démarches devant être effectuées par chacun des intervenants sont souvent méconnues ou mal connues. Il n'est effectivement pas toujours aisé pour un interlocuteur non averti de connaître les obligations qui lui incombent et quelles sanctions il est susceptible d'encourir en cas de non-respect, bien que nul ne soit censé ignorer la loi.

À leur décharge, la loi toujours plus obscure, complexe, inintelligible et changeante, ne facilite en rien les choses.

À cet égard, un des enjeux primordiaux de notre activité consiste, en ouverture de dossier, à communiquer les règles et les régimes applicables à l'opération concernée, dans des termes simples et compréhensibles de tous. Par ce partage, prenant très souvent la forme de fiches pédagogiques explicatives et de questionnaires invitant à s'interroger sur l'opération concernée, nous essayons de sensibiliser sur les démarches à effectuer et les informations à communiquer pour mener à bien l'opération souhaitée.

Cette transmission à vocation pédagogique nous permet également de responsabiliser les parties sur la transparence et la relation de confiance que nous devons entretenir, ainsi que sur la véracité des informations qu'ils doivent nous fournir.

Malheureusement, il nous arrive d'être confrontés à des individus parfois peu loquaces. C'est pourquoi, afin de minimiser le risque juridique de l'opération, nous devons entreprendre de nombreuses démarches supplémentaires pour s'assurer de sa faisabilité, et ce, dès notre saisine par les parties.

Les développements qui vont suivre seront focaliser essentiellement sur l'une des premières démarches que nous nous devons d'effectuer dans tous les dossiers : la vérification de la capacité des parties.

Juridiquement, la « capacité des parties » se définit comme « *l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer reconnue en principe à tout individu et, en fonction de leur nature et de leur forme, aux personnes morales* »². Plusieurs articles lui sont d'ailleurs consacrés dans le Code civil.

De toutes ces règles, se déduit pour notre profession un principe des plus simples. Si nous découvrons une incapacité de l'une ou l'autre des parties, nous sommes alors dans

²G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, 9ème édition mise à jour - juillet 2012 - PUF éd., Quadrige, PUF, 2011, p. 146

l'interdiction de prêter notre concours à la réalisation de l'opération, à défaut de quoi, nous engagerions notre responsabilité.

Pour mener à bien notre travail d'investigation, nous nous devons avant tout d'interroger en profondeur nos clients afin de cerner leur personnalité et de se faire une idée de leur éventuelle incapacité. Plusieurs outils sont mis à notre disposition pour nous permettre de nous ménager la preuve de nos recherches.

On pense naturellement à la consultation des extraits d'acte de naissance et de mariage qui permettent de révéler une éventuelle incapacité, mais également pour les personnes morales, à la consultation de l'extrait Kbis ou du Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC), qui pour sa part permet de révéler d'éventuelles procédures collectives qu'aurait subies une des parties.

Cette première étape est propice à de nombreuses découvertes, parfois au grand dam des clients. Il m'est par exemple arrivé de découvrir, contrairement aux informations communiquées par un vendeur, que ce dernier avait fait l'objet d'une procédure collective clôturée pour insuffisance d'actifs.

L'analyse de l'extrait d'acte de naissance d'un acquéreur m'a également permis de découvrir qu'il n'était pas célibataire comme il avait pu me l'indiquer, mais bel et bien pacsé, ce qui en l'espèce eu une incidence considérable puisque ce dernier souhaitait acquérir seul un bien immobilier alors qu'il était en réalité soumis au régime de l'indivision.

Reprenons plus en détails l'exemple de la découverte de la liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actifs.

La consultation du BODACC a été d'une importance cruciale puisque ce fichier m'a permis de découvrir, contrairement aux informations communiquées par le vendeur oralement et via le « questionnaire vendeur » que je lui avais transmis à l'ouverture du dossier, qu'il avait en réalité fait l'objet d'une procédure collective.

Lorsque le notaire prend connaissance de l'existence d'une liquidation judiciaire, il se doit d'être extrêmement vigilant.

Par principe, un vendeur en liquidation est de plein droit « dessaisi » de l'administration et de la disposition de ses biens au profit du liquidateur.

Le dessaisissement, en procédure collective, peut de manière simple être défini comme le fait de priver le débiteur de l'exercice des droits sur les biens qu'il possède.

En revanche, à la clôture de cette procédure, le vendeur récupère tous les attributs de sa capacité puisque cette clôture vaut en principe libération définitive à l'encontre des créanciers antérieurs à la liquidation.

Tout l'enjeu et les risques auxquels nous sommes confrontés dans une telle situation se concentrent sur le dessaisissement.

Ce principe interdit au débiteur de vendre seul ses actifs, toute cession non autorisée par les organes de la procédure étant inopposable à cette dernière.

Malheureusement, et cela nous paraît d'autant plus regrettable tant les conséquences sont importantes pour les parties, mais également pour nous qui risquons d'engager notre responsabilité, cette sanction ne provient pas du législateur qui n'a pris aucune disposition en ce sens, mais d'une construction jurisprudentielle émanant des juges de la Cour de cassation. Or, la sanction de l'inopposabilité d'un contrat est redoutable. En effet, pour être pleinement efficaces les contrats doivent déployer leurs effets en dehors du cercle des contractants et être opposables aux tiers. Or, un contrat valable entre les parties peut être inopposable aux

tiers. Cela signifie qu'il ne produira à leur égard aucun effet, de telle sorte que tout se passera pour eux comme si le contrat n'avait jamais existé.

Ainsi, afin de minimiser les risques découlant d'une telle situation, nous nous devons de nous enquérir auprès du vendeur de nous fournir toutes les informations nous permettant de justifier que la procédure a été clôturée pour insuffisance d'actifs.

Il serait facile ici de se méprendre et d'estimer qu'une telle situation ne présente aucun enjeu et aucun risque particulier pour les parties comme pour le notaire lorsque la vente est consentie par un vendeur dont la procédure collective est clôturée.

Il en va en réalité bien autrement. En effet, une clôture pour insuffisance d'actifs peut malheureusement n'en avoir que le nom et peut facilement être remise en cause si l'on découvre *a posteriori* que le vendeur a omis, volontairement ou non, de porter à la connaissance des créanciers et du liquidateur l'existence d'un actif.

La conséquence de cela pour nous est redoutable car nous risquerions de prêter notre concours à un acte qui serait dépourvu d'effets. Or, aux termes de l'article 3.2.3 du Règlement national qui régit notre profession, nous sommes tenus de prêter notre ministère lorsque nous en sommes requis, sauf à le refuser « *pour l'élaboration de conventions contraires à la loi, frauduleuses ou [que nous savons] inefficaces ou inutiles* ».

Il est de notre rôle et de notre devoir de conférer l'efficacité aux actes que nous recevons. C'est pourquoi il est indispensable que nous nous adonnions à des recherches approfondies avant d'accepter de recevoir tout contrat et que nous entreprenions une véritable enquête afin de nous assurer de la pérennité de la clôture, d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, le vendeur cède un bien immobilier peu de temps après cette clôture, sans être en mesure de fournir de justificatifs adéquats.

Le Code de commerce prévoit en son article L.643-13 alinéa 1^{er} qu'en cas d'apparition d'actifs nouvellement découverts ou si des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées pendant le cours de la procédure, il peut tout simplement être demandé au tribunal de reprendre la procédure.

Comme la reprise de la liquidation a un effet rétroactif, nous pouvons considérer que les actes effectués sur les « nouveaux » actifs par le débiteur, entre la clôture et la reprise de la liquidation, doivent être sanctionnés exactement comme s'ils avaient été accomplis nonobstant le dessaisissement.

En d'autres termes, ces actes sont inopposables à la procédure.

On comprend aisément l'enjeu et le risque majeur à la fois pour un vendeur, mais aussi et surtout pour un acquéreur, lorsque l'acte dont il est question est un acte de disposition.

En effet, il pourra être soutenu que l'acte est inopposable au mandataire liquidateur, lequel pourra donc poursuivre sa réalisation comme si la vente n'avait jamais eu lieu.

Notre action est donc cruciale, nous nous devons d'effectuer de minutieuses recherches pour nous assurer qu'aucun actif n'a été dissimulé. Pour ce faire, quand le vendeur est peu coopérant, nous pouvons nous appuyer sur l'aide précieuse que nous accordera le liquidateur. Dans un tel cas de figure, le premier réflexe est d'interroger plus en profondeur le vendeur afin d'obtenir des précisions sur la situation et de comprendre pourquoi il agit de manière fallacieuse en demeurant silencieux. Est-ce volontaire, a-t-il quelque chose à se reprocher et à nous cacher, ou agit-il au contraire en toute bonne foi en n'étant réellement pas en

possession des informations demandées ?

Il convient immédiatement de demander à l'intéressé la communication de tous les documents permettant non seulement de justifier la clôture, mais surtout de justifier que l'actif objet de la vente était bel et bien connu des organes de la procédure, dans l'espoir d'obtenir le jugement relatant l'existence du bien immobilier et le certificat de non-appel de ce jugement confirmant sa non-contestation.

Il peut paraître en effet bien étrange qu'une personne ayant fait l'objet d'une procédure collective clôturée pour insuffisance d'actif, vende un bien immobilier peu de temps après la clôture de cette procédure.

Nous pouvons être confrontés, comme ce fut ici le cas, à une transmission confuse et incomplète ne permettant pas d'apporter une réponse claire à nos interrogations.

Au contraire, ici, tout laissait même à penser que ce bien n'était pas connu des organes de la procédure, puisqu'une partie du jugement mentionnait un actif s'élevant à une somme loin de correspondre à la valeur du bien dont j'étais chargé de la vente.

Il nous arrive donc d'émettre des doutes sur la faisabilité d'une opération dont nous sommes saisis au risque de subir des remontrances de la part des parties.

C'est dans une telle situation que notre rôle d'enquêteur doit trouver à déployer tous ses effets. Afin de ne pas mettre en péril une opération voulue par des parties, il nous revient souvent la charge, lorsque nous sommes confrontés à un manque de coopération ou à une partie ne comprenant pas pourquoi l'obtention de tel ou tel document est indispensable, d'approfondir seuls nos recherches auprès d'autres intervenants.

En l'état, l'identification du liquidateur judiciaire, organe principal de la procédure, m'a permis de débloquent la situation. Il a été en mesure de me communiquer un élément majeur : « l'état des créances ». Il s'agit d'un document listant les différents actifs du débiteur portés à la connaissance des organes de la procédure.

Une fois n'est pas coutume, le bien immobilier n'apparaissait pas dans la liste des actifs.

J'aurais pu semble-t-il me contenter de cette transmission, mais l'idée d'imaginer qu'une décision unilatérale de ma part risque d'interrompre le projet des parties m'invite toujours à renforcer mes investigations.

C'est à l'issue d'une discussion téléphonique avec le liquidateur, pendant laquelle je n'ai aucunement fait mention de cet actif, que j'ai finalement appris qu'il était bien connu de la procédure.

Puisque *les paroles s'envolent, mais que les écrits restent*, la question se pose de savoir si une telle information permet de poursuivre l'opération sans que l'on ne risque un jour de venir engager notre responsabilité ?

Pour la bonne réalisation de l'opération, il m'a paru indispensable d'être *a minima* en possession d'un écrit émanant du liquidateur, attestant sous sa seule et unique responsabilité que l'actif était connu des organes de la procédure.

Toutes ces démarches m'ont permis d'obtenir du liquidateur un courriel précisant que l'actif était connu de la procédure, mais plus encore, qu'il n'était nullement mentionné dans les divers documents transmis puisqu'il faisait en réalité l'objet d'une déclaration d'insaisissabilité, car constituant la résidence principale du débiteur.

Muni de cette réponse, la situation était suffisamment saine d'un point de vue juridique pour donner suite à l'opération sans laisser courir de risque tant du côté de l'acquéreur que du côté de notre responsabilité.

Arrêtons-nous maintenant sur la seconde situation rencontrée à l'occasion de l'analyse d'un extrait d'acte de naissance, puisque celle-ci permet de mettre le doigt sur une difficulté que tout notaire est susceptible de rencontrer dans sa pratique.

Dans ce dossier, l'acquéreur avait volontairement (ou par mégarde) omis de mentionner l'existence de son pacte civil de solidarité (PACS) sur le « questionnaire acquéreur » que je lui avais transmis à l'ouverture du dossier.

En droit français, deux types de régimes sont envisageables :

- La séparation de biens, qui est le régime légal depuis le 1er janvier 2007
- L'indivision d'acquêts, c'est-à-dire des biens acquis par les partenaires ensemble ou séparément, après l'enregistrement de leur convention, qui est un régime subsidiaire.

Grâce à l'obtention de son extrait d'acte de naissance, j'ai pu découvrir l'existence de son PACS. Malheureusement, les informations transcrites sur ce document nous sont insuffisantes en ce qu'elles ne nous permettent pas de connaître le type de régime choisi par les intéressés. Or, cette information nous est indispensable, car selon le type de régime choisi par les partenaires, les règles et les modalités de détention des biens acquis seul durant le pacs diffèrent totalement.

Si les partenaires sont pacsés sous le régime légal, l'acquisition faite par un seul d'entre eux ne confère aucun droit à l'autre. Au contraire, si le pacs est soumis au régime subsidiaire, une telle acquisition va conférer des droits à l'autre partenaire.

Dans une telle situation, il convient une nouvelle fois de s'empresse de contacter le principal intéressé pour l'inviter à nous communiquer au plus vite sa convention de pacs.

Malheureusement ici, l'acquéreur m'avait précisé qu'il n'était plus en possession de son contrat et qu'il ne savait plus sous quel régime il s'était pacsé.

Une telle réponse fait inéluctablement naître des doutes quant à la sincérité et la véracité des informations transmises, et invite donc à revêtir une nouvelle fois la casquette d'enquêteur. Ici, la résolution de l'enquête s'est faite différemment de la précédente.

C'est avec une casquette d'enquêteur-négociateur que le risque qu'était sur le point de prendre l'acquéreur a pu être évité. Après plusieurs échanges téléphoniques, il m'a finalement avoué être pacsé sous le régime de l'indivision d'acquêts, et avoir pour ambition d'acquérir seul un bien immobilier, sans conférer de droit à son partenaire qui n'était d'ailleurs nullement au courant de l'opération.

Devant cette situation, il a été indispensable de lui préciser les contours du régime auquel il s'était précédemment volontairement soumis en signant la convention de pacs, afin qu'il prenne conscience des risques qu'il était sur le point de prendre en voulant signer un avant-contrat dans de telles conditions.

Effectivement, la particularité de ce régime réside dans deux principes.

- Premièrement, l'indivision ne s'applique qu'aux acquêts, c'est-à-dire aux biens acquis après l'enregistrement de la convention, et ce peu importe que l'acquisition soit faite ensemble ou séparément.
- Secondement, les acquêts (et par analogie, les dettes qui en découlent) sont réputés indivis pour moitié. La proportion de détention de propriété n'est pas indexée sur la

contribution de chacun des partenaires. Le code civil en son article 515-5-1 dispose explicitement à cet égard que ces biens sont réputés indivis par moitié « sans recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale ».

Fort de ces principes, cela signifie concrètement qu'un partenaire qui signe seul l'acte de vente, confère automatiquement à l'autre partenaire un droit indivis en pleine propriété sur la moitié du bien.

Cela signifie donc qu'il sera indispensable pour qu'une cession ultérieure du bien soit envisageable, que cette dernière recueille l'accord des deux partenaires et donc, on le comprend aisément, du partenaire qui n'a potentiellement jamais été mis au courant de l'opération et du fait qu'il est propriétaire du bien.

En cas de rupture de pacs, cela signifie également que les acquêts devront être partagés par moitié indivise chacun, sauf à prouver que le bien ou une fraction du bien ait été financé par des fonds propres d'un partenaire.

La conséquence pour un partenaire qui ne souhaiterait pas conférer de droit à son partenaire est donc sans précédent. Il risquerait en effet non seulement de conférer des droits indivis en pleine propriété à hauteur de moitié, mais également d'être rattrapé par les règles relatives au partage de l'indivision au moment de la rupture du pacs.

Rappelons cependant que tout l'attrait de ce régime réside justement dans cette modalité. En effet, le régime subsidiaire de l'indivision d'acquêts assure à chaque partenaire une participation à l'enrichissement de l'autre et n'est donc pas adapté aux partenaires qui ne veulent pas mutualiser leurs gains et leurs pertes.

Très loin de l'exhaustivité tant les sujets traités sont divers et variés, à la lumière de ces deux exemples particuliers sont mises en évidence certaines difficultés dans lesquelles se retrouvent, volontairement ou non les parties, et du rôle que nous devons jouer pour en minimiser les risques juridiques.

Les parties n'ont pas toujours conscience des risques qu'elles s'apprêtent à prendre par la signature d'un acte authentique. Malheureusement, au risque encouru par les parties, s'attache celui encouru par le notaire qui aurait mal conseillé ou accepté de passer outre une situation qui aurait dû l'interpeller et qu'il aurait dû maîtriser.

La maîtrise du risque et l'anticipation des difficultés susceptibles de survenir sont des enjeux majeurs de notre métier.

Véritables investigateurs amenés à démêler le vrai du faux, nous nous devons constamment de remettre en question nos connaissances et nous adapter en toute circonstance pour sécuriser les opérations dont nous sommes saisis, faute de quoi, malgré une complexification grandissante du droit, notre responsabilité ne manquera pas d'être engagée par nos clients, et reconnue par le juge, de plus en plus intransigeant avec notre profession.

Comme le disait Honoré de Balzac, le notaire « *doit ignorer ce qu'il a bien compris et comprendre ce qu'on ne veut pas trop lui expliquer, [...]* ».

Ce n'est qu'en étant conscient de cela et en ayant une maîtrise des risques grâce aux investigations que nous nous devons de mener, que nous serons en mesure de continuer de contribuer à l'efficacité des actes que nous passons et d'assurer aux parties le respect et la sécurité de leurs engagements.