

# LA REVUE DES JURISTES

DE SCIENCES PO

REVUE DE L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS JURISTES DE SCIENCES PO • SEMESTRIELLE • N° II • HIVER 2016

LA  
VIOLENCE  
ET LE DROIT

## *Le mot de la rédaction*

---

*Chers amis,*

La violence et le droit sont des thèmes qui, depuis des temps immémoriaux, parcourent les sociétés humaines les plus diverses. La tension entre ces deux frères ennemis fonde bien des systèmes juridiques. Car si le droit a souvent pour mission de réguler la violence, c'est bien sur elle qu'il fonde son efficacité, par la menace de la coercition, l'exercice d'une violence alors « légitime ».

Si cette tension est dans le droit plus prégnante que jamais, notamment au sein de la réforme du droit des obligations, elle l'est aussi et plus tristement dans l'actualité depuis janvier 2015. D'aucuns arguent de la faiblesse du droit face à la violence que nous avons subie, tandis que d'autres pointent au contraire sa trop grande brutalité dans la réaction. Ainsi, l'actualité judiciaire nous montre que le droit continue malgré tout de jouer – ou à tout le moins essaye de jouer - son rôle de régulateur tout en produisant lui-même sa part de violence.

C'est dans ce contexte et dans une perspective toujours assumée de transversalité que le Comité de rédaction de la *Revue des Juristes de Sciences Po* a lancé, en mars dernier, un appel à contributions, sur le thème : « la violence et le droit ». Il recouvre l'ensemble des enjeux juridiques où la tension entre violence et droit se fait ressentir, car cette relation bilatérale entérine également une forme de réciprocité, un renvoi d'ascenseur qui traverse la totalité des branches du droit positif.

Toujours semestrielle et à dimension « pratique » et « concrète », la Revue n'en oublie pas la nécessité d'innover. Son objectif scientifique doit aussi lui permettre d'agir en « hub » conceptuel, comme un lieu de rencontre, de dialogue et de partage d'expériences.

Ainsi, une rubrique « témoignages » voit le jour. Elle nous a permis d'y inclure des récits d'expériences de juristes de grande renommée illustrant le triptyque : rapport au réel, rapport au droit, rapport à la violence.

D'autre part, une rubrique « conférences » nous a permis d'inclure des comptes-rendus d'évènements en phase avec le thème de ce numéro, afin d'illustrer sa prégnance dans les discussions entre praticiens et théoriciens du droit.

Nous tenons à remercier tous nos contributeurs, car ils sont les acteurs indispensables à la réussite de la Revue. Nous tenons plus particulièrement à remercier notre directeur scientifique, M<sup>e</sup> Grégoire Etrillard, dont l'éditorial lie très justement les préoccupations des professions juridiques en période de lutte contre le terrorisme aux contributions de ce numéro.

Dans une perspective toujours transversale, notre prochain numéro portera sur les crises de l'Europe et le droit. Un appel à contributions sur cette thématique se trouve en fin du présent numéro.

En attendant, nous vous souhaitons, chers amis de la *Revue des Juristes de Sciences Po*, juristes ou non, une excellente lecture.

*Le Comité de rédaction*



**Karima CHAÏB**  
Rédactrice en Chef  
M2 Contentieux  
Economique et Arbitrage



**Ambroise FAHRNER**  
Directeur de la Publication  
M2 Global Governance  
Studies



**Jérémie MICHEL**  
Responsable Rédaction  
M2 Contentieux  
Economique et Arbitrage



**Agathe de MARCILLAC**  
M1 Droit Economique



**Wesley ERNST**  
M2 Global Governance  
Studies



**Agatha BRANDAO de  
OLIVEIRA**  
M1 Droit Economique  
(English Track)



**Tanguy LAURIOZ**  
M1 Droit Economique



**Claire OUALID**  
M1 Droit Economique



**John HENNENFENT**  
M2 Global Governance  
Studies



**Anne-Claire THERY**  
M1 Droit Economique

## L'ÉDITORIAL DE GRÉGOIRE ETRILLARD

### *Le droit comme rempart contre la violence*



GRÉGOIRE ETRILLARD

Avocat associé,  
Cabinet Etrillard

*Avocat aux barreaux de Paris et de New York, Grégoire Etrillard a fondé le Cabinet Etrillard, spécialisé en droit pénal, en 2013. Ancien élève d'HEC (2005) et de Columbia (2006), il a passé sept ans chez Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, période au cours de laquelle il a été élu Premier Secrétaire de la Conférence du Barreau de Paris pour l'année 2011. Il enseigne le droit pénal à Sciences Po (enseignant élu de la Commission Paritaire) et à l'Ecole Française du Barreau (EFB).*

*« Dieu seul sait s'ils vont nous attaquer encore ou non. Mais ils nous surveillent en permanence, [...] et vous ne savez jamais quand ils vont attaquer. »*

*« Tout le monde a peur tout le temps. Quand nous nous rassemblons pour une réunion, nous avons peur qu'il y ait une attaque. [...] On a toujours peur. On a toujours cette peur à l'esprit. »*

*« On pense toujours que cela va attaquer nos maisons ou ce que nous sommes en train de faire. Cela va nous frapper, nous attaquer... Quoi que l'on fasse, cette peur est implantée en nous. »*

En ouverture d'un dossier consacré au thème « *la violence et le droit* », ces témoignages d'une violence redoutée, apparemment anarchique, pourraient être ceux de collaborateurs de *Charlie Hebdo* décimés par l'attaque terroriste de janvier 2015. Ou de victimes de celle du Bataclan et de certains cafés parisiens en novembre 2015. Cette peur quotidienne pourrait être décrite par des Parisiens et des Français, par des Tunisiens, des Nigériens, la peur désormais mondiale d'une bombe déposée dans le métro ou au sein du marché, de l'arme automatique déchargée aveuglément sur une foule.

Ces témoignages, collectés au Pakistan en 2012, ne font pourtant pas référence à des attaques terroristes, mais au survol des drones de l'armée américaine dans leur

région<sup>1</sup>, c'est-à-dire ces machines volantes télécommandées ou autonomes n'emportant pas de pilote humain<sup>2</sup>, et qui, armées de capteurs et potentiellement de missiles<sup>3</sup>, peuvent tout à la fois mener des opérations de surveillances et bombarder des cibles définies par l'opérateur, commandant à distance le drone depuis une base parfois éloignée de plusieurs milliers de kilomètres du lieu d'impact. Non plus « *surveiller et punir* », comme au temps de Michel Foucault<sup>4</sup>, mais désormais « *surveiller et anéantir* »<sup>5</sup>, selon un droit particulièrement opaque.

Un journaliste américain, kidnappé par les Talibans, et ayant vécu la surveillance par les drones durant sa captivité, décrit : « *Les drones étaient terrifiants. Depuis le sol, il est impossible de déterminer la personne ou l'objectif qu'ils poursuivent alors qu'ils tournent au-dessus de vos têtes. Le sifflement d'une hélice au loin évoque en permanence la mort imminente* »<sup>6</sup>.

C'est donc bien le droit qui est au cœur de cette terreur de la violence : pourquoi les drones sont-ils « *terrifiants* » ? Parce qu'il est « *impossible de déterminer la personne ou l'objectif qu'ils poursuivent* » (« *who or what they are tracking* »). En d'autres termes, la violence est d'autant plus terrifiante qu'elle n'est ni compréhensible, ni prévisible, elle ne semble en rien encadrée, elle ne fait l'objet d'aucun débat public, d'aucun jugement intelligible. En d'autres termes, vus du sol pakistanais du moins, les drones sont terrifiants parce qu'il s'agit, à l'état pur, d'une violence apparemment anarchique, d'une **violence apparemment sans droit**.

Et, comme de juste, vues des Etats-Unis, ces frappes ont essentiellement été critiquées non pas tant en ce qu'elles constituaient un usage de la force violente, laquelle avait spécifiquement été autorisée par le Congrès américain une semaine après les attentats du 11 septembre 2001<sup>7</sup>, mais parce que le cadre juridique employé n'avait jamais été rendu public. Alors que les frappes de drones ont probablement commencé au plus tard en juin 2004 au Pakistan<sup>8</sup>, il faut attendre 2012 pour que leur

---

<sup>1</sup> International Human rights and Conflict Resolution Clinic (Stanford Law School) and Global Justice Clinic (NYU School of Law), *Living under drones : death, injury, and trauma to civilians from US drone practices in Pakistan*, septembre 2012 (ci-après, le « **Rapport Vivre Sous Les Drones** »), spéc. p. 81 et suivantes pour les témoignages cités en début d'article.

<sup>2</sup> Selon la définition du Département américain de la Défense : *DOD Dictionary of Military and Associated Terms*, tel qu'amendée au 15 octobre 2015, voir la définition de « *unmanned aircraft* ». Le terme « *drone* » est un terme profane, le terme militaire étant « *Unmanned Aerial Vehicle* » ou « *UAV* ».

<sup>3</sup> Il s'agit alors de drones armés (« *Unmanned Combat Aerial Vehicle* » ou « *UCAV* »).

<sup>4</sup> M. Foucault, *Surveiller et punir* : Gallimard, 1975.

<sup>5</sup> Selon la très juste formule de G. Chamayou, *Théorie du drone* : La Fabrique Editions, 2013, spéc. p. 57 et suivantes.

<sup>6</sup> D. Rohde, *The drone wars*: Reuters, 26 janvier 2012: « *The drones were terrifying. From the ground, it is impossible to determine who or what they are tracking as they circle overhead. The buzz of a distant propeller is a constant reminder of imminent death* ». [<http://www.reuters.com/article/us-david-rohde-drone-wars-idUSTRE80P11I20120126>].

<sup>7</sup> L' « *Authorization for Use of Military Force* » (ou « *AMUF* »), approuvée le 18 septembre 2001 et encore en vigueur à ce jour (6 mars 2016), autorise le Président des Etats-Unis (et à travers lui le pouvoir exécutif fédéral américain) à poursuivre les auteurs des attentats du 11 septembre 2001 : cette résolution du Congrès est notamment utilisée comme base légale pour les interventions à l'encontre des organisations terroristes agissant en Syrie (*Daech*).

<sup>8</sup> Rapport Vivre Sous Les Drones, p. 11.

seule existence soit officiellement confirmée par l'administration américaine<sup>9</sup>. Peu après, les journaux révèlent que, depuis plusieurs années, la CIA a le pouvoir de faire tuer par drone des personnes, **y compris non identifiées**, lorsqu'elle considère que leur comportement, observé et analysé par le drone, suit certaines règles (« *patterns* ») qui « *signent* » qu'il s'agit de conspirateurs : par exemple, se réunir dans un bâtiment par ailleurs supposé appartenir à Al-Qaïda<sup>10</sup>. La révélation de l'existence de ces frappes, appelées « *signature strikes* », fait l'objet de questions posées par des membres du Congrès américain<sup>11</sup>, relayées par diverses organisations non gouvernementales (ONG) en mai 2012<sup>12</sup>. Il est intéressant de constater que ces questions ne remettent pas en cause la violence des frappes ; elles sont essentiellement juridiques : quelles procédures encadrent l'ordre de tirer par drone interposé ? Quelles sont les lois applicables aux décisions de frapper ? Comment et selon quelles définitions distingue-t-on un militaire d'un civil ? Bref, quel droit est appliqué à la violence ?

Ce n'est qu'en mai 2013, soit près de neuf ans au moins après les premières frappes au Pakistan, que le Président Barack Obama, au cours d'un discours à la *National Defense University*<sup>13</sup>, donne pour la première fois des éléments relatifs aux procédures encadrant les frappes de drones au Pakistan. Le même jour, la Maison Blanche publie une note blanche (« *Facts Sheet* »), d'à peine plus de mille mots<sup>14</sup>, qui reste à ce jour l'unique document officiel de l'exécutif américain explicitant les directives applicables en matière de frappes létales par l'intermédiaire de drones<sup>15</sup>.

Ce document laissait à désirer et d'aucuns doutent même de l'application des procédures qu'il décrit<sup>16</sup>. Mais il a le mérite d'être public, et donc de pouvoir faire l'objet d'un débat démocratique. Est-ce un hasard si la publication de ces principes a accompagné un reflux des attaques de drones au Pakistan<sup>17</sup>, au point que la

---

<sup>9</sup> Par B. Obama au cours d'un *chat* avec les internautes de Google Hangouts [<https://www.whitehouse.gov/photos-and-video/video/2012/01/30/president-obama-s-google-hangout>]. Voir aussi Rapport Vivre Sous Les Drones, p. 8.

<sup>10</sup> G. Miller, *CIA seeks new authority to expand Yemen drone campaign*: Washington Post, 18 avril 2012 [[https://www.washingtonpost.com/world/national-security/cia-seeks-new-authority-to-expand-yemen-drone-campaign/2012/04/18/gIQAsaumRT\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/national-security/cia-seeks-new-authority-to-expand-yemen-drone-campaign/2012/04/18/gIQAsaumRT_story.html)].

<sup>11</sup> Lettre de 26 membres du Congrès au Président des Etats-Unis, 12 juin 2012 [<http://www.justforeignpolicy.org/node/1219>].

<sup>12</sup> CIVIC, *Amnesty, CCR et al letter to Admin pressing transparency on drone strikes* [<http://www.justforeignpolicy.org/node/1242>].

<sup>13</sup> Discours (« *Remarks* ») du Président des Etats-Unis à la *National Defense University*, 23 mai 2013 [<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/23/remarks-president-national-defense-university>].

<sup>14</sup> Communiqué de presse de la Maison Blanche, *U.S. Policy Standards and Procedures for the Use of Force in Counterterrorism Operations Outside the United States and Areas of Active Hostilities*, 23 mai 2013 [<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/23/fact-sheet-us-policy-standards-and-procedures-use-force-counterterrorism>].

<sup>15</sup> M. Zenko, *Obama's Embrace of Drone Strikes Will Be a Lasting Legacy*: The New York Times, 12 janvier 2016 [<http://www.nytimes.com/roomfordebate/2016/01/12/reflecting-on-obamas-presidency/obamas-embrace-of-drone-strikes-will-be-a-lasting-legacy>].

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Bien évidemment, il est difficile de connaître le nombre exact de frappes par drone, ces chiffres n'étant pas fournis par l'administration américaine. Cependant, diverses ONG et universités américaines opèrent un décompte sur la base des communiqués de presse et de témoignages, et toutes concluent à un reflux après un pic en 2010, tendance qui s'accélère en 2013. Cf. notamment : The Data Team of The Economist, *Drone strikes : cause or effect* : The Economist, 23 septembre 2015, qui livre un graphique parlant : [<http://>

campagne des drones au Pakistan apparaissait aux observateurs comme étant quasiment terminée en 2014<sup>18</sup> ? Ne faut-il pas y voir un signe que l'encadrement de la violence par le droit en fait reculer l'emploi ? En d'autres termes, la confirmation de ce que, même en matière de violence, le droit est un rempart contre la violence ?

Notre dossier « *la violence et le droit* » contient plusieurs articles démontrant la pertinence toujours actuelle de cette thèse. Le Professeur Akhavan explique très justement que « *dans la lutte au long cours contre Daech, la justice est sans doute une arme de choix sous-estimée* »<sup>19</sup>. Valéry Denoix de Saint Marc en décrit l'application au cas dramatique de l'attentat contre le DC-10 d'UTA<sup>20</sup>. Mais notre dossier montre combien le droit peut aussi être une réponse adaptée aux violences plus subtiles, quoique tout aussi pernicieuses : dans les contrats, ainsi que le soulignent Alice Dunoyer de Segonzac et Karima Chaïb<sup>21</sup> ; dans l'entreprise, bien sûr, comme le décrit Emmanuelle Barbara<sup>22</sup>.

S'agissant des drones américains, cette thèse était le fondement même de leur utilisation : bras armé de l'application du droit par opposition à la violence anarchique des terroristes, le drone était censé être le rempart ultime de la démocratie et du droit. Ecoutez le Président des Etats-Unis répondre, dans le même discours à la *National Defense University*<sup>23</sup>, aux critiques contre les frappes létales de drones au Pakistan :

*« Il est indéniable que les frappes américaines ont causé des pertes civiles, un risque qui existe dans toutes les guerres. [...] Mais comme Commandant en Chef, je dois comparer ces tragédies déchirantes aux alternatives. Ne rien faire contre les entreprises terroristes ouvrirait la porte à encore plus de pertes civiles – pas seulement chez nous dans nos villes ou dans nos bases à l'étranger, mais aussi, précisément, dans ces villes comme Sanaa, Kaboul, Mogadiscio où les terroristes cherchent à s'installer, et le nombre de morts de leurs actes terroristes contre des Musulmans écrase toutes les estimations de pertes civiles dues aux frappes de drones. **Donc ne rien faire n'est pas une option.** »*

« *Ne rien faire n'est pas une option* ». La formule se retrouve quasiment à l'identique chez le Premier ministre français Manuel Valls le 12 janvier 2015, cinq jours après les attentats terroristes contre *Charlie Hebdo* : « *Le statu quo, **ne rien faire, serait absurde*** »<sup>24</sup>. Pour éviter cela, le Premier ministre posait les bases de ce qui

---

[www.economist.com/blogs/graphicdetail/2015/09/daily-chart-drone-attacks-and-terrorism-pakistan](http://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2015/09/daily-chart-drone-attacks-and-terrorism-pakistan)]. Voir aussi : [<https://www.thebureauinvestigates.com/category/projects/drones/drones-graphs/>].

<sup>18</sup> K. Dilanian, *CIA drone strike program in Pakistan winding down*: AP, 29 mai 2014 [<http://news.yahoo.com/cia-drone-strike-program-pakistan-winding-down-070747858--politics.html>].

Voir aussi : [<http://www.vox.com/2014/5/29/5761634/has-america-stopped-killing-pakistanis-with>].  
<sup>19</sup> Cf. ci-après, Professeur Payam Akhavan, *Justice for ISIL crimes: The voice of victims as antidote to extremism*.

<sup>20</sup> Cf. ci-après, Valéry Denoix de Saint Marc, *Le droit comme instrument pour répondre à la violence : Les conséquences de l'attentat causé par le régime de Khadafi contre le DC-10 d'UTA*.

<sup>21</sup> Cf. ci-après, Alice Dunoyer de Segonzac et Karima Chaïb, *Extension du domaine de la violence : nouvelles caractérisations par le projet de réforme du droit des contrats*.

<sup>22</sup> Cf. ci-après, Emmanuelle Barbara, *L'entreprise face aux violences*.

<sup>23</sup> *Supra* note 13.

<sup>24</sup> BFM TV, 12 janvier 2015 [<http://lelab.europe1.fr/Anti-terrorisme-Manuel-Valls-ne-veut-pas-d-un-Patriot-Act-a-la-francaise-mais-va-faire-des-propositions-20176>].

deviendrait par la suite la loi sur le renseignement<sup>25</sup>, et précisait: « *Contre la violence, c'est le droit, la démocratie qui doivent primer* »<sup>26</sup>.

Il est frappant de constater que les mêmes prémisses entraînent les mêmes raisonnements qui conduisent aux mêmes écueils. Dans son discours précité, le Président des Etats-Unis présente le drone tueur, analysant les « règles » de comportement (« *patterns* ») de ses cibles, comme la seule réponse possible à la menace terroriste : c'est cela ou « *ne rien faire* » – sachant que « *ne rien faire n'est pas une option* ». De la même manière, la loi sur le renseignement est la seule réponse possible aux attentats de Charlie Hebdo, puisque c'est cela ou « *ne rien faire* », ce qui « *serait absurde* ».

Or quelles sont les critiques à l'égard de cette loi sur le renseignement ? Les mêmes que pour les drones : l'absence de publicité du droit, la remise des clefs à un pouvoir exécutif délié du contrepoids judiciaire et sommant les citoyens, qu'il contrôle, de faire confiance en sa capacité de restreindre son propre pouvoir. Dans notre dossier, le Bâtonnier Paul-Albert Iweins<sup>27</sup> exprime parfaitement le vertige que donnent ces exigences nouvelles (nous surlignons) :

« Avec [la loi sur le renseignement], tout individu se doit d'avoir un comportement totalement irréprochable – ce qui, humainement, est impossible. **Ce que l'on détectera, ce ne sont pas des comportements criminels, mais tous les comportements jugés anormaux.**

*Cette loi suppose une délégation générale et totale du contrôle de nos vies privées à l'Etat, aux « services ». Or le citoyen a délégué à l'Etat le pouvoir de poursuivre et rendre justice à sa place, et non pas de le surveiller. [...] Dans ce débat, les professionnels du droit ont été tout à fait inaudibles. On a tendance à rétorquer, assez injustement, aux adversaires de la réforme qu'en l'absence de faits à se reprocher, l'on n'a pas à s'inquiéter de cette loi, **raisonnement tout à fait totalitaire.** »*

Le comportement « *anormal* » décrit par le Bâtonnier Iweins est exactement celui donnant lieu aux « *signature strikes* » des drones, qui ignore l'identité de celui sur lequel il tire et l'élimine à cause de sa « règle » de comportement (« *pattern* »). Le raisonnement selon lequel celui qui n'a rien à se reprocher n'a rien à craindre du pouvoir exécutif est bien « *totalitaire* », puisqu'il part bien du principe que le pouvoir exécutif détermine seul qui est suspect. Le pouvoir judiciaire représente le contrôle du citoyen sur son roi, il vérifie l'adéquation entre les actes du roi et le pacte qui le lie au citoyen : la loi. En l'absence du pouvoir judiciaire, le roi est essentiellement devenu tyran : il a tous pouvoirs.

Mais c'est aussi une faiblesse : en l'absence de pouvoir judiciaire, le pouvoir exécutif est seul juge de ses actions, qui sont immédiatement suspectes d'être prises dans son seul intérêt. Ainsi, dans notre dossier, Emmanuel Daoud et Margot Pugliese<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Cf. ci-après, Paul-Albert Iweins, *Quel droit pénal pour répondre à la violence de la société ?*

<sup>28</sup> Cf. ci-après, Emmanuel Daoud et Margot Pugliese, *L'état d'urgence : quel état des libertés ?*

s'interrogent sur l'utilisation des pouvoirs exorbitants conférés au pouvoir exécutif par l'actuel état d'urgence. Ils rappellent qu'alors que l'état d'urgence a été décrété suite à des actes de terrorisme islamique dont on redoutait la multiplication, « *vingt-quatre militants proches des milieux zadistes et écologistes ont été assignés à résidence dans le but exclusif de les empêcher d'aller manifester à Paris lors de la COP21 [(Conférence sur le climat)]. [...] Des militants écologistes ont également fait l'objet de perquisitions justifiées au regard de la « gravité de la menace terroriste sur le territoire national » et de l'existence de raisons sérieuses laissant penser que chez eux pouvaient « se trouver des personnes, armes ou objets susceptibles d'être liés à des activités de caractère terroriste »* ». Fort justement, les auteurs concluent (nous surlignons) : « *il existe donc un risque d'instrumentalisation de l'état d'urgence à des fins étrangères à celles qui ont conduit à sa proclamation, **sans que le juge judiciaire ne puisse exercer son contrôle*** ». On objectera, bien sûr, qu'il devait y avoir de bonnes raisons pour que le pouvoir exécutif prenne cette décision, on arguera de l'efficacité, mais que répondre à celui qui crie à la police politique ? Si ces décisions avaient été revues par un juge judiciaire<sup>29</sup>, le pouvoir exécutif s'exposerait-il de la même manière au soupçon ?

C'est qu'en réalité le pouvoir exécutif s'affaiblit par cette boulimie de moyens de contrainte sur son corps électoral : la confiance s'érode. Dans notre dossier, Simona Kalikova compare les démocraties occidentales dans lesquelles nous vivons avec les principes dictatoriaux de la société de 1984, de George Orwell<sup>30</sup>. Sans prétendre que nous vivions en dictature, l'auteur trouve, entre les deux, de troublantes similitudes : la généralisation de la surveillance, la destruction du passé, l'expansion des menaces et sanctions de l'Etat. Les plus hostiles pourraient y ajouter l'appauvrissement de la langue<sup>31</sup> comme le monde de 1984 parle une « *novlangue* » appauvrie<sup>32</sup>.

Peut-on se satisfaire de cette situation ? Peut-on se satisfaire de ce que la lutte contre le terrorisme, telle qu'elle est menée par les Etats démocratiques, en grande partie

---

<sup>29</sup> L'argument répété selon laquelle un juge est d'ores-et-déjà disponible en la personne du juge administratif est contestable. Pour peu que l'assignation à résidence n'ait pas fait l'objet d'une grossière erreur de procédure permettant d'obtenir une annulation en référé, la procédure administrative naturelle de sa contestation serait un recours pour excès de pouvoir, procédure d'une lenteur incomparable à une contestation immédiate devant un juge judiciaire. La plupart du temps, la mesure sera levée avant que le juge administratif ne se prononce au fond de l'affaire : dans le cas cité par Emmanuel Daoud et Margot Pugliese, à supposer que les assignations aient été illégales, les procédures n'auraient jamais pu aboutir à temps pour que les personnes assignées à résidence pussent participer à la manifestation. En conséquence, une assignation à résidence illégale aurait néanmoins été parfaitement efficace – en contradiction avec les principes d'un Etat de droit.

<sup>30</sup> Cf. ci-après, Simona Kalikova, *Big brother is watching you. But who will watch Big Brother? The role of law and civil society in the Orwellian world of the 21st century*.

<sup>31</sup> R. Millet, *Langue fantôme* : Ed. Roux, 2012, p. 98 et seq. : « *La langue comme chant semble morte. Son spectre revient éternellement nous hanter ; écrire n'est peut-être que la mémoire du chant ; au moins écrivons-nous dans une langue spectrale, comme il existe de la musique spectrale, c'est-à-dire le possible, plus que le nouveau, à partir du spectre sonore et syntaxique de la langue : un redéploiement du chant. Nous chantons dans ce spectre. Nous conjurons les démons et les peurs ; devenus spectres, nous assumons enfin notre humanité décalée, notre bizarrerie fatale, la joie d'ouvrir la bouche dans la lumière des siècles* ».

<sup>32</sup> G. Orwell, 1984 : Ed. Folio, 1950, Trad. A. Audiberti, p 422 et seq. : « *En dehors du désir de supprimer les mots dont le sens n'était pas orthodoxe, l'appauvrissement du vocabulaire était considéré comme une fin en soi et on ne laissait subsister aucun mot dont on pouvait se passer. Le novlangue était destiné, non à étendre, mais à diminuer le domaine de la pensée, et la réduction au minimum du choix des mots aidait indirectement à atteindre ce but* ».

secrète, opaque et violente, engendre une telle confusion ? La troublante comparaison entre la peur du drone et celui de l'attentat terroriste est même formellement évoquée par un des témoignages collectés dans le même rapport précité, celui d'une personne travaillant dans l'humanitaire au Pakistan<sup>33</sup> :

*« Vous vous souvenez du 11 septembre ? Vous vous souvenez de ce que l'on ressentait juste après ? J'étais à New York le 11 septembre. Je me souviens des gens qui pleuraient dans la rue. Les gens avaient peur de ce qui pouvait se passer ensuite. Les gens ne savaient pas s'il y aurait une nouvelle attaque. Il y avait de la tension dans l'air. C'est ça [l'effet des drones]. C'est une tension continue, un sentiment de malaise continu. On a peur. Vous sursautez à chaque bruit. »*

Avec des procédures claires, un débat démocratique public, une revue par un juge, l'angoisse évoquée ici serait-elle aussi forte ? Ebranlés par des assassinats de masse et une menace particulièrement pressante, nos sociétés et leurs pouvoirs exécutifs ont fait le choix de « *taper dur* ». Ils sont à l'image de Maurice Genevoix, soldat en 1914 à Verdun : voulant enterrer un corps de soldat allemand, une lettre avec une photographie s'échappe de la poche du cadavre. C'est la femme du mort, elle donne des nouvelles du petit : il « *a grandi, il devient fort. Tu n'imagines pas comme il est mignon. Ne reviens pas dans trop longtemps, car alors il ne te reconnaîtrait plus* ». Maurice Genevoix a alors ce commentaire impitoyable :

*« Oui, c'est triste. Mais à qui la faute ? Pense à nos morts de tout à l'heure, au capitaine jeté presque en travers de la route. Qu'a-t-il fait, de quoi eût-il été capable, ce Pierre, ce Boche dont la photographie montre le front bas, les yeux froids, la mâchoire lourde, et qui appuie sa main énorme au dossier du fauteuil sur lequel est assise, souriante et nulle, sa femme ? La pitié, à cette heure, serait une lâcheté. Menons dur, et le plus dur possible, puisque enfin il faut qu'on en finisse ! »<sup>34</sup>.*

A quoi a conduit ce raisonnement ? La recherche de la grande offensive qui, enfin, l'emporterait, qui « *en finirait* », a été une stratégie particulièrement meurtrière. Ce raisonnement, appliqué à Verdun ou au Chemin des Dames, celui de « *mener dur* » pour « *en finir* », n'a jamais été victorieux avant d'être pleinement remis en question.

Le Conseil constitutionnel, en matière de répression de la délinquance financière, a contraint le législateur et son bras exécutif<sup>35</sup> à se « *remettre en question* », comme nous le décrivent Nicolas Cuntz et Emilie Troboul dans notre dossier<sup>36</sup>. Il est sans doute temps que, de la même manière, l'Etat se « *remette en question* » à l'égard notamment de certains développements de la lutte antiterroriste, et veuille entendre

---

<sup>33</sup> *Idem* p. 82 : « *Do you remember 9/11? Do you remember what it felt like right after? I was in New York on 9/11. I remember people crying in the streets. People were afraid about what might happen next. People didn't know if there would be another attack. There was tension in the air. This is what it is like. It is a continuous tension, a feeling of continuous uneasiness. We are scared. You wake up with a start to every noise* ».

<sup>34</sup> M. Genevoix, *Ceux de 14* : Ed. Flammarion, 1950, p. 80 (lundi 14 septembre 1914).

<sup>35</sup> En l'occurrence l'Autorité des Marchés Financiers (AMF).

<sup>36</sup> Cf. ci-après, Nicolas Cuntz et Emilie Troboul, *Répression de la délinquance financière : l'ère de la remise en question*.

les professionnels du droit, dont le Bâtonnier Iweins note, à juste titre, qu'ils ont parfois été « *tout à fait inaudibles* »<sup>37</sup>.

Car, en définitive, ce qui transparaît à chaque détour de ce dossier de la *Revue des Juristes de Sciences Po*, c'est que le droit, à condition d'être bien utilisé, est le meilleur rempart contre la violence.

Bonne lecture.

Grégoire Etrillard  
6 mars 2016

---

<sup>37</sup> *Supra* note 27.

## Sommaire

---

<b>Le mot de la rédaction</b>	2
<b>L'éditorial du directeur scientifique</b> <i>Le droit comme rempart contre la violence</i> Grégoire Etrillard	4
POINTS DE VUE	
<b>Entretien avec Paul-Albert Iweins</b> <i>Quel droit pénal pour répondre à la violence de la société ?</i>	15
<b>Entretien avec Emmanuel Daoud et Margot Pugliese</b> <i>État d'urgence : quel état des libertés ?</i>	22
DOSSIER THÉMATIQUE : LES MUTATIONS DE LA VIOLENCE ET DE SON TRAITEMENT PAR LE DROIT	
<b>L'entreprise face aux violences</b> Emmanuelle Barbara	29
<b>Extension du domaine de la violence</b> <i>Nouvelles caractérisations par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats</i> Alice Dunoyer de Segonzac & Karima Chaïb	44
<b>Répression de la délinquance financière : l'ère de la remise en question</b> Nicolas Cuntz & Emile Troboul	51
<b>Big Brother is watching you. But who will watch Big Brother? The role of law and civil society in the Orwellian world of the 21<sup>st</sup> century?</b> Simona Kalikova	59
TÉMOIGNAGES	
<b>Justice for ISIL Crimes: the voice of victims as antidote to extremism</b> Payam Akhavan	76

	13
<b>Le droit comme instrument pour répondre à la violence</b>	79
<i>Les conséquences de l'attentat causé par le régime de Kadhafi contre le DC-10 d'UTA</i>	
Valéry Denoix de Saint Marc	
 CONFÉRENCES	
<b>Compte-rendu de la troisième soirée du cycle de conférences organisé par le Collège des Bernardins « La violence, la société et le droit »</b>	85
Agathe de Marcillac	
<b>Compte-rendu de la conférence « Criminalité environnementale : le droit pénal au secours de l'environnement »</b>	87
Agathe de Marcillac	
<b>Compte-rendu de la conférence « Terrorisme : nouvelles menaces, nouvelles réponses »</b>	90
Agathe de Marcillac	
 ÉCOLE DE DROIT	
<b>Actualités de l'École de droit</b>	98
 APPEL A CONTRIBUTIONS	105

# POINTS DE VUE

---

## ENTRETIEN AVEC PAUL-ALBERT IWEINS

*Quel droit pénal pour répondre à la violence de la société ?*

PAUL-ALBERT IWEINS

Avocat associé,  
Taylor Wessing

*Paul-Albert Iweins a rejoint le barreau de Paris en 1973. Bâtonnier de 2002 à 2003, il prend la tête en juillet 2004 du département Contentieux et Arbitrage du cabinet Taylor Wessing, ce qui l'amène à intervenir dans de nombreuses affaires, notamment en droit pénal financier. Son témoignage pour ce numéro de la Revue des Juristes consacré au thème « la violence et le droit » est le fruit d'une expérience riche de plus de quarante années de pratique.*

***La Revue des Juristes de Sciences Po : D'où vous vient cette vocation pour la matière pénale ?***

*Me Paul-Albert Iweins : J'ai d'abord effectué un stage auprès d'un ancien avoué au tribunal, spécialiste en matière civile. La moitié de mon temps était alors consacrée aux divorces. J'ai surtout apprécié le travail en cabinet, bien plus en prise avec la réalité que la théorie enseignée sur les bancs de la faculté de droit. Puis j'ai eu la chance d'être élu secrétaire de la Conférence du Stage – concours qui permet notamment aux jeunes avocats d'être commis d'office aux Assises à Paris - et j'ai alors découvert le pénal. Lorsque vous avez vécu une audience d'Assises, vous ne pouvez plus échapper à la passion de la défense pénale, parce que c'est vraiment là qu'il se passe quelque chose : le contentieux civil n'a rien de comparable avec l'obtention d'un acquittement ou d'une remise de peine pour un homme ou une femme que vous défendez. Il ne s'agit pas du tout du même registre : avec la matière pénale, on est dans le registre de la passion, de l'émotion, de l'intérêt que l'on porte aux gens.*

***Existe-t-il une interaction, un double mouvement entre le droit pénal et le comportement possiblement violent des individus d'une société donnée ? Autrement dit, peut-on identifier une violence dans le droit pénal qui répondrait à une violence sociale naturelle ?***

Deux conceptions de l'homme font en effet écho à ce double mouvement.

D'une part, la vision classique illustrée par Hobbes, auteur de la formule « *l'homme est un loup pour l'homme* ». Dans cette conception, à l'état de nature, les hommes ont tendance à user de la force les uns contre les autres. Selon la pensée judéo-chrétienne, l'homme, marqué par le péché originel, est naturellement mauvais ; il est

violent et abuse de ses congénères. Les sociétés se sont construites pour essayer d'ordonner tout cela et de remédier à la vengeance privée. Historiquement, les hommes se sont donc rassemblés pour assurer une sécurité collective et ordonner leurs rapports, sous la tutelle d'un chef. Cet organe régulateur avait pour mission de gérer la violence de la société, d'éviter que la vengeance privée se perpétue de génération en génération et de faire en sorte qu'un conflit trouve une solution dans les conditions les moins pénalisantes pour le groupe.

L'évolution de cette conception a laissé place au concept de violence légitime du droit pour contrer la violence illégitime de celui qui ne respecte pas les règles de la vie en société. Cette violence se retrouve dans le droit et la procédure pénale, notamment à travers les peines – la plus violente étant bien sûr la peine de mort. La justice est violente – le but étant à la fois de punir ceux qui troublent l'ordre social et de dissuader ceux qui seraient tentés de les imiter.

D'autre part, la conception de Rousseau et celle plus récente, marxiste, ont pour fondement la violence émanant de l'Etat, s'imposant à l'homme qui serait naturellement bon à l'état de nature. Dans cette vision, le droit n'est qu'une superstructure et un instrument de pouvoir : il représente le moyen pour la classe supérieure de maintenir sa domination.

Le comportement des individus, leur relation à l'Etat et la violence du droit sont donc intrinsèquement liés.

### **Quelle est l'évolution récente en France de la matière pénale ?**

Au siècle des Lumières et à la Révolution française, sont apparus de nouveaux concepts comme celui du respect de la dignité humaine dans le processus judiciaire. C'est à cette période historique que l'on a commencé à se détacher de la justice uniquement répressive, caractéristique de l'Ancien Régime, et marquée par la torture (la « question ») - qui n'a été abolie que peu de temps avant la Révolution- et les châtiments corporels. À cette époque, on commence à réaliser que si l'on traite mal quelqu'un, l'on ne pourra pas en « retirer » du bien. Naissent alors les idées de réinsertion et de réadaptation des délinquants dans l'intérêt de la société. Par la suite, ces conceptions humanistes de la matière pénale se sont développées sous l'impulsion du droit international puis communautaire, sur la base des déclarations des droits et des conventions. À noter tout de même que jusqu'en 1981 la peine de mort, radicalement éliminatoire, a été appliquée en France, et que subsiste encore aujourd'hui la détention provisoire qui est une forme assez violente de justice puisque qu'il est possible de passer plusieurs années de sa vie en détention sans avoir eu droit au préalable à un procès en bonne et due forme.

Cependant, depuis les années 1990 et surtout les années 2000, l'on assiste en France à une remise en cause des idées humanistes, à un raidissement qui se traduit par une inflexion dans le discours et dans les textes. Certains principes que l'on pensait acquis sont remis en question par des politiques pénales répressives qui se focalisent sur la victime et négligent les aspects de respect de la présomption d'innocence et de réinsertion des condamnés. Alors qu'il y a peu de temps chacun d'entre nous aurait affirmé sans hésiter qu'un coupable en liberté vaut mieux qu'un innocent en prison, rien n'est moins sûr aujourd'hui...

Les associations de victimes jouent également un rôle nouveau et leurs avis sont de plus en plus considérés. Or, quand M. Sarkozy affirme « *moi, entre la victime et le coupable, je préfère la victime* », cela va de soi. Mais comment peut-on qualifier *a priori* quelqu'un de coupable ? Si l'on devait suivre l'avis des associations de victimes, il faudrait construire des prisons pour condamnés à vie. Mais en pratique, comment se mettrait en place la gestion de telles prisons pour des personnes qui n'ont plus rien à perdre ?

Autant de points qui nous montrent qu'il est nécessaire de rester vigilants quant à l'équilibre fragile entre grands principes humanistes et volonté de réprimer. La justice étatique ne doit pas se placer au même niveau que la justice privée.

### **Comment expliquez-vous cette inflexion dans le discours ?**

Les politiques s'adressent à une société vieillissante et composée de gens de moins en moins portés à être responsables. Un bon exemple de cette déresponsabilisation est la création du « témoin anonyme ». Sous prétexte que certains ne voudraient plus témoigner par peur des représailles, on laisse la porte ouverte à la dénonciation à tout-va. Si vous observez quelqu'un du haut de votre fenêtre voler le scooter d'autrui, en bon citoyen, ne devriez-vous pas intervenir plutôt que d'alerter anonymement la police ? Qu'en est-il du devoir civique ?

### **Ne pensez-vous pas tout de même que cette inflexion récente réponde d'une France (au sens de la « société française ») plus violente que par le passé ?**

Globalement, les études montrent que le sentiment d'insécurité n'est pas lié à la réalité de l'insécurité. Ainsi, un sentiment d'insécurité élevé ne présume nullement d'un problème de sécurité. L'insécurité est souvent plus un sentiment qu'une réalité.

Dans une perspective historique, faut-il rappeler que les guerres napoléoniennes du XIX<sup>e</sup> siècle, qui n'en sont pas moins célébrées aujourd'hui, ont été d'une violence extrême ? Qu'en est-il des routes françaises qui étaient encore d'une grande dangerosité au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup> ? Que dire enfin des deux guerres mondiales et des génocides ? Paradoxalement, alors que l'après-guerre se caractérise habituellement par une délinquance élevée, la France a connu une période plutôt calme entre 1945 et 1965.

La société n'est donc pas plus violente aujourd'hui qu'au siècle dernier mais les gens ont peur. L'explosion de l'information a certainement une part de responsabilité dans ce phénomène. Aujourd'hui, on a peur parce que l'on entend parler du moindre fait divers qui s'est passé à l'autre bout de la France. Ainsi, les viols ou enlèvements d'enfants ont toujours existé, mais le public en était peu informé.

Le tout s'accompagne d'une société plus égoïste : il y a un défaut de solidarité avéré et fort regrettable. Les politiques utilisent ce sentiment d'insécurité pour justifier une politique de plus en plus répressive.

---

<sup>1</sup> F. Icher, *Les compagnons du Tour de France* : Editions de la Martinière, 2010.

**Justement, les politiques n'ont eu de cesse de toucher à la matière pénale – la dernière réforme en date, la loi sur « la prévention de la récidive et l'individualisation des peines » menée par la précédente garde des Sceaux, Christiane Taubira, a apporté un certain nombre de changements dont la suppression des peines planchers ou encore l'instauration de la contrainte pénale. Qu'en pensez-vous ?**

Le code de procédure pénale n'avait quasiment pas bougé de 1810 à 1958. Or, il a connu de nombreuses modifications à partir des années 1970<sup>2</sup>.

Traditionnellement, on s'attend à ce que les gouvernements de gauche mènent une politique dite « laxiste », alors que les majorités de droite mèneraient une politique « répressive ». Or, depuis 2001, tous gouvernements confondus, il n'y avait eu que des lois de répression, allant dans le sens d'une restriction des libertés individuelles. Ces lois donnent l'illusion de répondre aux problèmes, faute de moyens ou de volonté pour faire appliquer celles déjà existantes.

Votée en 2014, la réforme Taubira est plus respectueuse des libertés et plus attentive à l'individualisation des peines, notamment par la suppression des peines planchers et des peines automatiques, qui étaient une absurdité. Par cette réforme, la loi revient à une conception plus humaniste en mettant l'accent sur la réinsertion. Elle marque une rupture avec la politique répressive des dernières années.

Malheureusement, l'ancienne garde des Sceaux n'a pas eu les moyens financiers et humains de sa politique pour l'accompagnement des délinquants. Au surplus, l'esprit de cette bonne réforme risque fort d'être effacé par la loi Renseignement<sup>3</sup> gravement attentatoire aux libertés fondamentales. Avec cette loi, tout individu se doit d'avoir un comportement totalement irréprochable – ce qui, humainement, est impossible. Ce que l'on détectera, ce ne sont pas des comportements criminels, mais tous les comportements jugés anormaux.

Cette loi suppose une délégation générale et totale du contrôle de nos vies privées à l'Etat, aux « services ». Or, le citoyen a délégué à l'Etat le pouvoir de poursuivre et rendre justice à sa place, et non pas de le surveiller. Elle a été pensée sous la pression des syndicats de policiers qui ont un poids important et demandent toujours plus de moyens pour mener leurs enquêtes. Dans ce débat, les professionnels du droit ont été tout à fait inaudibles<sup>4</sup>. On a tendance à rétorquer, assez injustement, aux adversaires de la réforme qu'en l'absence de faits à se reprocher, l'on n'a pas à s'inquiéter de cette loi, raisonnement tout à fait totalitaire. Je déplore que le Conseil constitutionnel, en laissant à la police administrative des pouvoirs d'intrusion sans précédent dans la vie privée des citoyens, n'ait pas vu le danger.

---

<sup>2</sup> Il en est différemment du code pénal, complètement réécrit en 1994.

<sup>3</sup> Projet de loi relatif au renseignement (texte définitif) adopté par l'Assemblée Nationale en session ordinaire le 24 juin 2015.

<sup>4</sup> Avis du Défenseur des droits n°15-04, 2 avril 2015 et n° 15-09, 29 avril 2015.

**Malgré tout, compte tenu des nouvelles formes extrêmes de violence, comme le terrorisme sans frontières, diffus, évolutif dans son organisation, ses moyens ou ses objectifs – quasi insaisissables – comment le droit peut-il lutter ?**

Le droit répond déjà à ces questions. Certes, le terrorisme est un fait particulièrement grave. L'état d'urgence est une réponse adaptée à une campagne d'attentats barbares comme celle que nous connaissons.

Encore faut-il que cette période exceptionnelle de restriction des libertés publiques n'excède pas le temps nécessaire. Au surplus, le risque est de se servir du terrorisme comme prétexte pour ajouter de la répression à celle déjà existante et ce, aux fins de traquer la délinquance de droit commun en se dispensant du contrôle d'un juge. Là encore, si la loi Renseignement se rattache à première vue au terrorisme, elle s'applique aussi à la délinquance en « bande organisée ». Or, il suffit qu'il y ait deux ou même un individu avec soupçon de complicité pour que les dispositions de la loi nouvelle soient applicables. Ainsi, quelqu'un sur qui reposeraient des soupçons de fraude fiscale en « bande organisée » pourra très bien être mis sur écoute sans contrôle juridictionnel effectif.

**Au nom de la protection contre cette forme extrême de violence, doit-on accepter le corollaire d'une société plus surveillée ? Selon vous, qu'est-ce qui serait le plus dangereux : la violence engendrée par les nouvelles formes de criminalité ou la surveillance généralisée qui prétendrait lutter contre cette violence ? Est-il possible de parvenir à un équilibre ?**

On revient à la violence étatique de Marx. Aujourd'hui, il me semble, au risque de choquer, qu'il existe un vrai danger du côté de cette violence comme je l'ai expliqué à propos de la loi sur le renseignement. Benjamin Franklin disait : « *[u]n peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité ne mérite ni l'une ni l'autre, et finit par perdre les deux* ». Ceux qui réclament actuellement encore plus de mesures sécuritaires devraient y réfléchir : sommes-nous prêts à vivre dans une société Orwellienne ? Certes, MM. Hollande et Valls ne sont pas des dictateurs, mais comment ces textes seront-ils utilisés si l'extrême gauche ou l'extrême droite arrivent au pouvoir ? Ils seront à leur disposition. Plus généralement, et en voulant bien s'extraire du contexte particulier créé par les attentats terroristes, j'observe que si nous avons collectivement et sagement renoncé à la vengeance privée au profit de la justice étatique, ce n'est pas pour que l'Etat nous impose dans la sphère privée une société normée encadrée par des idées ou des mœurs politiquement correctes. Chacun a droit à sa part d'ombre, de folie ou de poésie ! Sous prétexte de prévention, l'Etat, par le biais du législateur, légitime des procédures extrêmement intrusives. Je ne comprends pas comment cet état de fait ne suscite pas l'inquiétude : on déresponsabilise, on déshumanise et on norme. C'est préoccupant, d'autant que la jeune génération, pour des raisons qui m'échappent, me paraît avoir perdu de sa capacité à s'indigner.

**Une autre forme de violence, elle aussi complexe, diffuse, que vous connaissez plutôt bien, est la violence financière. Quels sont les moyens dont dispose le droit pour répondre à ces nouveaux enjeux ?**

Il s'agit en effet d'une violence importante à l'heure de la mondialisation (virements internationaux, blanchiment d'argent interétatique, etc.). Pour autant, la violence financière n'est pas nouvelle : la violence économique et la corruption ont toujours existé. Nous étions cependant passés au siècle précédent du capitaliste avec son haut-de-forme qui exploitait ses salariés à un système dans lequel existait un régime fort de protection sociale et de puissantes organisations syndicales. Ce système se délite avec l'éclatement de la structure sociale pour aboutir à l'ère de la finance que l'on connaît aujourd'hui. Or, il est difficile de dire à un ouvrier ou un salarié : notre usine est rentable mais on la ferme<sup>5</sup>. La finance crée un climat d'insécurité et donc de violence car son anonymat et son imprévisibilité déstabilisent. Il n'y a guère que des solutions internationales pour réguler ce nouveau monde. Chacun sait qu'elles sont difficiles à trouver. La lutte contre les paradis fiscaux progresse mais il reste à harmoniser, ne serait-ce qu'au sein de l'Europe, les mesures de protection sociale.

Sur le front de la corruption internationale, les moyens de lutter commencent à exister. En endossant le rôle de gendarmes du monde, les Etats-Unis poursuivent l'objectif légitime de combattre la corruption. En utilisant de nombreux points de rattachements<sup>6</sup>, la loi FCPA<sup>7</sup> réprime la corruption d'agents publics étrangers. Les sanctions financières à l'encontre d'Alstom<sup>8</sup> (dont le pôle Energie a été récemment racheté par General Electric<sup>9</sup>) ou encore de BNP Paribas<sup>10</sup> sont dissuasives mais elles montrent bien aussi la dimension politique que peut revêtir le dispositif. Il faudrait que les Européens mettent en place une politique comparable.

**Vous avez participé à la création du Barreau pénal international auprès de la Cour pénale internationale (« CPI ») en 2002. Pouvez-vous nous parler de cet organe ? Quels sont ses objectifs, ses missions, ses réalisations ?**

La CPI siégeant à La Haye a été officiellement créée le 1<sup>er</sup> juillet 2002, une cinquantaine d'années après les procès de Nuremberg<sup>11</sup>, ou encore de Tokyo<sup>12</sup>. L'idée était d'instituer une juridiction permanente pour juger de tels actes. La CPI est en effet compétente pour juger des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et des

---

<sup>5</sup> Exemple de la fermeture des hauts fourneaux de Florange par Arcelor Mittal.

<sup>6</sup> N'importe quelle personne ayant un certain lien avec les Etats-Unis et engagée dans des pratiques de corruption à l'étranger pouvant être visée, mais aussi n'importe quelle entreprise américaine ou encore groupe étranger dans la négociation de titres engagé dans de telles activités peut également être visé.

<sup>7</sup> *Foreign Corrupt Practices Act*, 1977, loi américaine de lutte contre la corruption à travers laquelle les Etats-Unis se sont reconnus une compétence internationale en matière de corruption.

<sup>8</sup> 772 millions d'euros pour corruption dans plusieurs pays et notamment l'Indonésie.

<sup>9</sup> Conglomérat américano-canadien.

<sup>10</sup> Condamné à une amende record de 8,9 milliards de dollars pour avoir violé les embargos américains à l'encontre du Soudan, de Cuba et de l'Iran.

<sup>11</sup> Intenté par les puissances alliées contre 24 des principaux responsables du Troisième Reich, accusés de complot, crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

<sup>12</sup> Encore appelé Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient ou Tribunal (militaire) de Tokyo, il a été créé le 19 janvier 1946 pour juger les grands criminels de guerre japonais de la Seconde Guerre mondiale.

génocides. Ses organes sont composés de magistrats du siège, d'un procureur et d'un greffe (sorte de secrétaire général)<sup>13</sup>.

La grande idée du Barreau pénal international envisagée concomitamment à la création de la CPI et menée de concert avec des avocats canadiens, était d'assurer la défense de façon indépendante pour les crimes les plus graves. En raison d'un consensus malheureusement insuffisant des Etats-Parties, cette idée n'a pas fonctionné. Actuellement, est en place un système classique d'aide juridictionnelle avec des avocats le plus souvent désignés par le greffe, mais sans barreau autonome. C'est regrettable car on mesure la qualité d'une juridiction à l'indépendance de sa défense...

**Pour finir, pourriez-vous nous dire si le métier d'avocat, au premier chef celui de pénaliste qui représente, en quelque sorte, l'essence de la profession, est un métier violent ?**

Oui, assurément, le métier d'avocat pénaliste est un métier violent, même physique. A l'audience, la défense se retrouve littéralement écrasée par l'aréopage formé par l'avocat général, en charge de l'accusation, les magistrats et les jurés dont les visages se crispent à la lecture de l'arrêt de renvoi : c'est comme avoir 30 kilos sur les épaules...

Il n'y a rien de plus violent qu'un procès d'Assises. L'on y ressent parfois la haine brute entre les parties. C'est aussi le combat de la liberté ou de l'humanité contre la violence légitime – l'avocat représentant les premières en opposition à l'Etat représentant la seconde. Le procès pénal est une expérience d'affrontement extrêmement violente avec l'Etat. Au milieu, se trouve la règle de droit que doivent appliquer les juges.

L'acquittement est une expérience forte : sorte de miracle par lequel un homme qui quelques heures auparavant était accusé, arrivé au procès encadré par la police, après avoir souvent passé plusieurs années en prison, se retrouve libre. C'est un véritable renversement du rapport de forces qui n'est possible que si le procès est équitable. Il est donc essentiel que la procédure soit équilibrée et protectrice des droits du Citoyen.

---

<sup>13</sup> Article 34, Statut de Rome de la Cour pénale internationale : « [I]es organes de la Cour sont les suivants : a) La Présidence ; b) Une Section des appels, une Section de première instance et une Section préliminaire ; Le Bureau du procureur ; Le Greffe. ».

## ENTRETIEN AVEC EMMANUEL DAOUD ET MARGOT PUGLIESE

*État d'urgence : quel état des libertés ?*

EMMANUEL DAOUD

Avocat associé,  
Vigo

MARGOT PUGLIESE

Avocat,  
Vigo

*Inscrit au barreau de Paris depuis 1988, Emmanuel Daoud est spécialisé en droit pénal (droit des affaires et pénal de droit commun), en droit pénal international, en droit de la responsabilité civile (sinistres industriels, sinistres sanitaires et environnementaux), et en droit de la presse. Il exerce également en droit du sport. Emmanuel Daoud est particulièrement engagé dans les domaines du droit pénal international et des droits de l'Homme, de la responsabilité sociétale des entreprises et du développement durable. Il est également fondateur et associé du cabinet Vigo, spécialisé en droit de la responsabilité.*

*Inscrite au barreau de Paris depuis 2013, Margot Pugliese est spécialisée en droit pénal des affaires, et pénal de droit commun ainsi qu'en droit de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle. Elle exerce également au sein du cabinet Vigo. Elle a été élue Première Secrétaire de la Conférence du Barreau de Paris pour l'année 2016.*

**La Revue des Juristes de Sciences Po : Tout d'abord, pouvez-vous nous rappeler les origines légales de l'état d'urgence et ce que la proclamation d'un tel état implique ?**

*Maîtres Daoud et Pugliese : L'état d'urgence a été créé par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 dans le contexte de la guerre d'Algérie. Conformément aux dispositions de cette loi, l'état d'urgence est proclamé par décret en Conseil des ministres pour une durée de douze jours et dans des circonscriptions déterminées, lorsqu'il existe « un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou lorsque sont survenus des « événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ». Au-delà de douze jours, la prorogation de l'état d'urgence doit être autorisée par la loi qui en fixe la durée définitive. La proclamation de l'état d'urgence relève donc du pouvoir exécutif, tandis que sa prolongation relève du pouvoir législatif.*

En vertu de l'article 5 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, lorsque l'état d'urgence est déclaré, les préfets des circonscriptions territoriales concernées peuvent interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans certains lieux et à des heures déterminées, réglementer le séjour des personnes situées dans des « *zones de protection ou de sécurité* », interdire le séjour à toute personne cherchant à entraver de quelque manière que ce soit l'action des pouvoirs publics.

L'état d'urgence, tant dans sa proclamation que dans sa mise en œuvre, confère ainsi des pouvoirs de police administrative exceptionnellement étendus à l'exécutif, le préfet étant le représentant direct du Premier ministre dans le département.

Dans le prolongement des attentats du 13 novembre 2015, l'état d'urgence a été proclamé par deux décrets du 14 et du 18 novembre 2015 puis il a été prolongé pour une durée de trois mois par la loi du 20 novembre 2015.

La loi du 20 novembre 2015 a encore étendu considérablement les pouvoirs de police dont dispose le préfet et le ministre de l'Intérieur dans le cadre de l'état d'urgence. En vertu de l'article 6 de la loi du 20 novembre 2015, le ministre de l'Intérieur peut désormais prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne à l'égard de laquelle « *il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public* ». Avant la loi du 20 novembre 2015, les autorités administratives pouvaient décider d'une mesure d'assignation à résidence à l'encontre d'une personne dont l'activité s'avérait « *dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics* ».

Le ministre de l'Intérieur peut, en outre, obliger la personne assignée à résidence à se présenter plusieurs fois par jour au commissariat (dans la limite de trois présentations). Il peut également l'obliger à remettre ses papiers d'identité aux services de police et l'empêcher d'entrer en relation avec certaines personnes nommément désignées.

Par ailleurs, la loi du 20 novembre 2015 permet désormais au ministre de l'Intérieur de placer sous surveillance électronique mobile toute personne assignée à résidence qui aurait été condamnée à une peine de prison du chef d'acte de terrorisme qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement et qui aurait fini l'exécution de sa peine depuis moins de huit ans.

La loi du 20 novembre 2015 permet enfin au ministre de l'Intérieur et au préfet d'ordonner des perquisitions en tout lieu, y compris au domicile, de jour et de nuit, « *lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* ».

**Depuis sa proclamation, dans la nuit du 13 au 14 novembre, on recense 2700 perquisitions administratives, 334 interpellations, dont 287 gardes à vue et 431 armes saisies<sup>1</sup>. Existe-t-il un risque d'abus et d'atteinte aux libertés individuelles et publiques ?**

Les mesures qui peuvent être prises dans le cadre de l'état d'urgence sont par nature attentatoires aux libertés individuelles et collectives puisqu'elles ont pour effet de restreindre notamment la liberté d'aller et venir des individus ou leur liberté de réunion et peuvent constituer des atteintes à la vie privée.

Les critères en vertu desquelles les mesures administratives peuvent être mises en œuvre dans le cadre de l'état d'urgence laissent place à un certain nombre de dérives puisqu'il n'en existe aucune définition rigoureuse et objective. Il est en effet impossible d'établir avec précision ce que recouvrent les notions de « *raisons sérieuses* » ou de « *menace pour la sécurité et l'ordre publics* ». Les critères posés sont si vagues qu'ils donnent en pratique toute latitude aux forces de police pour user de leurs pouvoirs qui sont étendus dans des proportions spectaculaires.

S'agissant de mesures administratives, elles échappent en outre au contrôle du juge judiciaire, garant des libertés individuelles conformément à l'article 66 de la Constitution. En vertu de la loi du 20 novembre 2015, « *les mesures prises sur le fondement de la présente loi sont soumises au contrôle du juge administratif dans les conditions fixées par le code de justice administrative, notamment son livre V* ». En matière de perquisition, le procureur est uniquement « *informé* » de la décision administrative. De même, la captation des données auxquelles il peut être procédé en vertu de l'article 11 de la nouvelle loi « *donne lieu à l'établissement d'un compte rendu communiqué sans délai au procureur de la République* ». Le Conseil d'Etat a pourtant jugé, dans un arrêt du 14 novembre 2005, que l'exercice de missions de police judiciaire par le préfet et le ministre ne pouvait les conduire à se soustraire au contrôle de l'autorité judiciaire<sup>2</sup>.

Le risque donc est que cette loi du 20 novembre 2015 élaborée hâtivement, sous la pression des événements, ne parvienne pas à opérer la conciliation, exigée par le Conseil constitutionnel, entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public. Il est à craindre que l'on songe exclusivement à la protection de l'ordre public et que l'on porte atteinte de manière disproportionnée aux libertés individuelles, après avoir dépossédé l'autorité judiciaire de ses pouvoirs de contrôle.

Les premiers chiffres dont nous disposons depuis la proclamation de l'état d'urgence, permettent d'établir que de nombreuses perquisitions, interpellations et gardes à vues, réalisées dans le cadre de l'état d'urgence, n'ont pas été exclusivement mises en œuvre en matière de terrorisme. Nous savons que des perquisitions ont permis la découverte de produits stupéfiants chez des personnes qui ont été renvoyées devant un tribunal correctionnel pour la commission d'infractions de droit commun. Depuis la proclamation de l'état d'urgence, il y a eu 488 procédures judiciaires ouvertes, dont 187 sont liées à des infractions à la législation sur les armes, et 167 à la législation sur

---

<sup>1</sup> Chiffres au 12 janvier 2016.

<sup>2</sup> CE, ord., 14 novembre 2005, Rolin, n° 286835, publié au recueil.

les stupéfiants, moins d'un tiers de ces procédures concernent donc des infractions terroristes<sup>3</sup>.

Par ailleurs, vingt-quatre militants proches des milieux zadistes et écologistes ont été assignés à résidence dans le but exclusif de les empêcher d'aller manifester à Paris lors de la COP21. Ces assignations à résidence ont pris fin le lendemain de la conférence sur le climat. Des militants écologistes ont également fait l'objet de perquisitions justifiées au regard de la « *gravité de la menace terroriste sur le territoire national* » et de l'existence de raisons sérieuses laissant penser que chez eux pouvaient « *se trouver des personnes, armes ou objets susceptibles d'être liés à des activités à caractère terroriste* ».

Il existe donc un risque d'instrumentalisation de l'état d'urgence à des fins étrangères à celles qui ont conduit à sa proclamation, sans que le juge judiciaire ne puisse exercer son contrôle.

Du reste, il n'est pas certain - c'est un euphémisme - que les mesures adoptées dans le cadre de l'état d'urgence permettent de lutter efficacement contre le terrorisme. La lutte contre le terrorisme implique que des enquêtes approfondies soient réalisées afin d'identifier les personnes qui préparent des attentats, de récolter des preuves, de les interpeler. Si les individus sont assignés à résidence c'est qu'il n'existe aucun élément de preuve permettant de les poursuivre pénalement.

Affaiblir nos libertés n'est pas un moyen de lutter efficacement contre le terrorisme, au contraire. Ainsi que l'a souligné Robert Badinter, « *l'Etat de faiblesse, ce n'est pas l'Etat de droit* ».

### **Pensez-vous que l'état d'urgence permette à l'arbitraire de se refaire une place dans la cité ?**

La loi du 20 novembre 2015 n'a pas été soumise au contrôle du Conseil constitutionnel, seul organe pouvant contrôler si cette loi offrait des garanties suffisantes, notamment juridictionnelles, au regard des limitations ou atteintes portées aux libertés.

Le Premier ministre a justifié son refus de saisir le Conseil constitutionnel au regard de la « *fragilité constitutionnelle* » de certaines mesures administratives prévues par cette loi ; il a reconnu qu'il craignait que « *le Conseil réponde que la loi révisée est inconstitutionnelle sur un certain nombre de points, sur un certain nombre de garanties apportées - cela peut faire tomber 786 perquisitions et 150 assignations à résidence déjà faites* »<sup>4</sup>.

Le Premier ministre a ainsi considéré que la saisine du Conseil constitutionnel était un « *risque* » alors qu'il s'agit d'une garantie fondamentale de notre Etat de droit et de notre démocratie que de disposer d'un gardien indépendant de la constitutionnalité des lois. Quel risque peut-il y avoir à reconnaître qu'une loi comporte des atteintes aux libertés disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ? Que cet objectif ne soit pas atteint ? Cela n'a pas de sens ... si elle avait été

---

<sup>3</sup> *Supra* note 1.

<sup>4</sup> Séance du Sénat du 20 novembre 2015.

jugée disproportionnée, c'est bien que l'objectif pouvait être atteint autrement, en octroyant des garanties plus grandes, en assurant une protection plus efficace des libertés.

Le Conseil constitutionnel ne proscrit pas les atteintes aux libertés, il détermine si ces atteintes sont proportionnées et justifiées au regard de l'objectif poursuivi. S'il déclare une loi inconstitutionnelle, c'est que les atteintes aux libertés sont disproportionnées.

Ainsi, au regard des circonstances de la promulgation de la loi du 20 novembre 2015 et des motifs qui ont conduit à évincer le contrôle de constitutionnalité, les fondements de l'Etat de droit ont été fragilisés, la brèche est ouverte pour que des mesures arbitraires soient mises en œuvre.

### **Quel est le rôle de l'avocat dans le cadre de l'état d'urgence ?**

Lorsque des personnes ont été renvoyées devant des tribunaux du chef d'infractions de droit commun alors que les éléments de preuve ont été découverts grâce aux mesures d'exception prévues par la loi du 20 novembre 2015, il appartient à l'avocat de dénoncer les détournements de procédure commis. Les éléments de preuve ont été découverts en violation des garanties fondamentales qui sont conférées à l'individu dans le cadre d'une procédure pénale classique, il faut donc tenter de se saisir de cet argument pour contester la procédure.

Lorsque des personnes sont assignées à résidence ou perquisitionnées de façon injuste et arbitraire, il appartient à l'avocat de saisir le juge administratif afin de contester ces mesures.

Saisi d'une question priorité de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 22 décembre 2015, a précisé l'étendue du contrôle devant être réalisé par le juge administratif s'agissant de la mesure d'assignation à résidence, rappelant que ce dernier « *est chargé de s'assurer que [la mesure d'assignation à résidence] est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit* ». De même, le Conseil constitutionnel a insisté sur le caractère contradictoire de la procédure rappelant qu'il appartenait au juge administratif de statuer « *au regard des éléments débattus contradictoirement devant lui* »<sup>5</sup>.

### **Quelles actions comptez-vous mener aujourd'hui en tant qu'avocats ?**

Le gouvernement s'engouffre dans le piège qui lui est tendu par l'Etat islamique en proposant, notamment aux termes de son projet de loi « *renforçant la lutte contre le crime organisé* »<sup>6</sup>, un arsenal de mesures ultra sécuritaires, attentatoires aux libertés individuelles. En tant qu'avocats, il nous appartient de veiller à ce que les garanties fondamentales des justiciables soient effectives et de contester les procédures qui pourraient être réalisées en violation de celles-ci.

---

<sup>5</sup> Décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015.

<sup>6</sup> Projet de loi n° 3473 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.



# DOSSIER THÉMATIQUE

---

**EMMANUELLE BARBARA***L'entreprise face aux violences*

---



EMMANUELLE BARBARA

Avocat associé,  
Managing Partner  
August & Debouzy

*Avocat au Barreau de Paris depuis 1993 et spécialiste en droit social, Emmanuelle Barbara a créé le département droit social du cabinet August & Debouzy qui compte une trentaine d'avocats, dont 8 associés. Elle est également l'associé-Gérant du cabinet depuis 2001. En une quinzaine d'années, son département s'est hissé au premier rang des conseils en matière de droit social et est reconnu aujourd'hui comme incontournable par la plupart des classements nationaux et internationaux. En parallèle de son activité de conseil, elle enseigne auprès du Master II à l'Ecole de droit de Sciences-Po Paris et du Master II de juriste en droit social à l'université de Paris-I.*

**Résumé**

*L'entreprise devrait être ce lieu sanctuarisé, exempt de violences. Le droit du travail conçu comme le garde-fou de tous les excès d'une partie vis-à-vis de l'autre veille, entre autres, à assurer un environnement professionnel dénué d'agressions. Mais les tensions constatées dans l'entreprise ne sont que le reflet de celles qui traversent une société chamboulée, en proie au doute et à l'anxiété qui assaillent salariés comme patrons. La norme prolixe n'y fait rien, tant les formes et les sources de violence se multiplient. S'agissant de la responsabilité de l'entreprise, la jurisprudence est sévère pour réprimer les agressions y compris morales et psychologiques, en lui ayant imposé une obligation de sécurité de résultat en matière de santé physique et mentale. Il semble désormais que les juges explorent la voie de l'obligation de prévention renforcée, renouvelant ainsi l'approche. Dans ce combat contre les violences, prenons garde à ne pas désigner le travail comme le coupable idéal de ces désordres.*

On dit souvent que la France souffre de son incapacité à réformer son modèle pour affronter au mieux la compétition sur un marché désormais globalisé et décloisonné. Parmi les freins nombreux à cette refondation, on aime à souligner que la « rigidité » du droit du travail occupe une place singulière dans ce *statu quo* dénoncé. Le contexte est assez sombre ; on y trouve une croissance médiocre, un chômage substantiel, et une panne du processus d'intégration qui crée à son tour des tensions.

Si la société est traversée par des tensions parfois violentes, il est naturel que

l'entreprise soit le reflet de cette société fragilisée par des facteurs individuels<sup>1</sup>. A cela, s'ajoute la stratégie de l'entreprise qui, dans le cadre de la compétition internationale, a besoin de créer des marges pour assurer l'investissement et son adaptation permanente à des marchés qui changent. Dans ce contexte, l'entreprise se restructure périodiquement, de sorte que les plans sociaux sont attendus avec crainte et dans l'intervalle, l'organisation du travail à flux tendu agit négativement sur le niveau de stress des salariés qui peinent à comprendre le sens de ces réorganisations.

Le constat est donc le suivant. Le phénomène de violence semble s'amplifier en entreprise selon les termes de l'étude récente de la Dares<sup>2</sup> qui montre qu'en 2010, d'après l'étude Sumer<sup>3</sup>, plus de 20% des salariés déclarent se trouver confrontés à un ou des comportements hostiles contre 17% en 2003.

De son côté, le syndicat SNB/CFE-CGC a publié le 2 juin 2014 une étude sur les risques psychosociaux dans le secteur bancaire réalisée auprès de 5.700 salariés. Il apparaît que, tous postes confondus, 63,6% des salariés affirment ne pas disposer du temps nécessaire pour travailler correctement. Conséquence : 46,2% des salariés ont du mal à concilier travail et obligations familiales et près de 38% déclarent avoir eu peur au travail. Enfin, 73% d'entre eux indiquent subir une tension émotionnelle qui peut générer de la souffrance.

L'accent mis sur les charges émotionnelles, les peurs et le sentiment d'hostilité nourri par les incivilités en augmentation, illustrent utilement le propos désormais célèbre de Jean-Paul Delevoye, dernier Médiateur de la République qui affirmait que « *la société française est fatiguée psychiquement*<sup>4</sup> » lors de la remise de son rapport annuel 2010.

Les résultats de ces enquêtes doivent être rapprochés des comparaisons internationales, démontrant un niveau record de pessimisme et de défiance de la part des Français en général, en tout état de cause supérieur à celui constaté en moyenne dans l'Union européenne à 27<sup>5</sup>.

Avant d'étudier l'angle récent que la jurisprudence a adopté pour lutter contre la violence au travail en recourant à l'obligation de sécurité de résultat en matière de santé et sécurité au travail (3), il convient à titre liminaire de constater que l'accroissement de règles à vocation répressive ne résout pas le phénomène de violence dont on peut penser qu'il est aussi l'expression de l'inadéquation des règles avec un monde économique soumis à une mutation très profonde, notamment numérique (1). Par ailleurs, à ces circonstances de mutation économique qui rendent l'application de la règle complexe, s'ajoute le contexte du terrorisme qui a frappé Paris le 13 novembre 2015. Le tournant sécuritaire des dispositifs mis en œuvre à l'échelle de la société entière pose indiscutablement la question de leur retranscription dans l'entreprise, lieu du vivre ensemble jusqu'ici sanctuarisé (2).

---

<sup>1</sup> INRS, *Travail et agressions. Etat des lieux et prévention des risques*, décembre 2010.

<sup>2</sup> DARES, *Subir un comportement hostile dans le cadre du travail*, Analyses, n° 44, juin 2014.

<sup>3</sup> La Surveillance médicale des expositions aux risques professionnels (Sumer) dresse une cartographie des expositions des salariés aux principaux risques professionnels en France: conduite de janvier 2009 à avril 2010 auprès de plus de 47.000 salariés interrogés par 2.400 médecins du travail.

<sup>4</sup> Interview de Jean-Paul Delevoye : *Le Monde*, 21 février 2010.

<sup>5</sup> Par exemple : enquête Eurogip, janvier 2010 ; enquête Gallup, décembre 2011 ; enquête Ipsos, avril 2013.

## 1. Le droit du travail actuel, réponse inadéquate à des rapports dénués de confiance

Le droit du travail est conçu comme le garde-fou de tous les excès d'une partie vis-à-vis de l'autre et plus généralement comme le véhicule des protections dues au salarié en contrepartie de l'aliénation partielle de sa liberté dans le cadre d'un lien de subordination. En recherchant toujours ce rééquilibrage en faveur du salarié, le droit du travail bâti après la Seconde Guerre mondiale avait scellé les termes de la promesse d'un environnement de travail stable, équitable et surtout pérenne, ce que la période des Trente Glorieuses n'a pas démenti. Une croissance importante adossée à un chômage minime a permis à ce dispositif de s'épanouir pleinement dans l'Etat-providence. Le paysage économique a changé ; les termes de la promesse n'ont plus pour horizon la carrière professionnelle entière passée au même poste et chez le même employeur. Le temps du mouvement, cadencé par les innovations numériques successives, est arrivé. Les entreprises conçoivent même l'organisation du travail selon des schémas inexplorés, en modifiant le rapport traditionnel à la hiérarchie, en créant des cycles inusités de travail, en recourant à d'autres forces que celles des salariés. Ce phénomène, que l'on résume par l'ubérisation de l'économie, chamboule la donne et crée des tensions attisées par un contexte social et économique de crise.

### 1.1 Des lois trop nombreuses qui n'apaisent pas les tensions

L'évolution du droit contemporain du travail, malgré une frénésie législative sans précédent depuis le début de ce siècle<sup>6</sup>, n'a pas su atténuer l'impact de manifestations de violences en partie liées à un modèle social volant en éclat. La fin du CDI entendu comme éternel et l'émergence de formes multiples de travail concourant à la « déstandardisation »<sup>7</sup> du marché de l'emploi créent un contexte propice aux débordements anxieux que la loi du travail ne peut seule juguler. Harcèlement et souffrance au travail<sup>8</sup>, multiplication des plans sociaux, discriminations religieuses à l'embauche<sup>9</sup>, « peur de l'embauche » des PME, crise des organisations syndicales, scandales à répétition pour la rémunération des patrons, rien ou presque n'échappe à la noirceur du tableau. Parfois surgissent des événements qui laissent libre cours à ces tensions. Ainsi, la marque Air France et la chemise en lambeaux de son DRH, qui ont fait le tour du monde, comme les combats de rue dans nos villes lors de l'affaire UberPop, ces deux éruptions récentes touchant à la sphère du travail témoignent d'une violence à fleur de peau.

Et pourtant, on ne peut pas dire que le droit ne dispose pas des concepts nécessaires à la promotion d'un univers de travail paisible ou à la sanction de conduites indésirables !

---

<sup>6</sup> *Supra* §1. Encore récemment, la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 est venue créer la notion « d'agissements sexistes », codifiée à l'article L. 1142-2-1 du code du travail visant 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.

<sup>7</sup> D. Pennel, *Oui, nous devons changer notre vision du marché du travail* : Les Echos, 8 octobre 2015.

<sup>8</sup> DARES, *Les risques psychosociaux au travail*, Analyses, n° 31 avril 2014.

<sup>9</sup> Institut Montaigne, *Discriminations religieuses à l'embauche : une réalité*, Etude, octobre 2015.

Si le poids considérable des normes destinées à prévenir ou, à l'inverse, à encourager l'employeur à agir dans tel sens ne parvient pas à créer les conditions de vie apaisées d'une communauté de travail et ce, malgré l'arsenal du contrôle administratif et judiciaire, il faut se résoudre à constater que le modèle ultra réglementé a atteint ses limites.

Le droit toujours plus intrusif à force de nouvelles procédures manque le but qu'il s'assigne, à savoir celui d'obtenir le retour à l'emploi sur le même modèle du contrat à durée illimitée aux mêmes fonctions. Ces normes génèrent alors des tentatives de contournement par l'employeur qui suscitent à leur tour d'autres normes. Cette spirale constitue en soi une violence que la société s'inflige à elle-même, les salariés en sortant meurtris.

Ainsi, malgré l'édiction de lois en principe protectrices, jamais les salariés ne se sont sentis aussi peu reconnus en raison de *process* et *reporting* obscurs<sup>10</sup>, aussi peu embauchés en CDI par des employeurs qui privilégient les contrats à court terme, aussi fatigués psychologiquement par les sollicitations intenses et contradictoires qu'ils subissent de leur hiérarchie, des clients ou des collègues mal lunés. Le tout dans la crainte de perdre son emploi. La norme dans un tel contexte ne parvient ni à adoucir le climat ni à réconcilier les parties sur ce qu'il conviendrait de faire pour protéger le salarié sinon davantage, à tout le moins mieux.

Il n'y a d'ailleurs pas de lien entre importance des normes et accroissement de protection des salariés. Ainsi on retient que 47% des personnes (secteurs privé et public confondus) craignent pour leur avenir, alors que 90% d'entre eux sont en contrat à durée indéterminée ou fonctionnaires à temps plein<sup>11</sup>. Les possibilités de transformation de l'entreprise, généralement imposées par la nécessité de rechercher son efficacité économique, sont par conséquent entravées par un rapport anxieux à l'avenir que les lois ne parviennent pas à apaiser.

La multiplicité et la densité de ces lois entraînent leur dévalorisation et contribuent à une forme de déresponsabilisation généralisée, suscitant la défiance entre acteurs sociaux dont la bonne harmonie est pourtant indispensable à la compétitivité des entreprises. A ce stade de l'analyse, si les tensions et les violences ressenties et constatées au sein de l'entreprise ne sont pas réduites malgré les lois censées les prévenir, c'est que le droit, entendu comme la loi générale et impersonnelle, contribuerait paradoxalement à les accentuer en raison d'une inadéquation avec la diversité des situations.

La loi devenue prolifique finit par être prolixe. Elle ne jugule pas les violences pour une raison fondamentale : elle ruine la confiance *ab initio* ou plutôt elle se substitue à la confiance, ce qui favorise l'attitude paresseuse consistant à se retrancher derrière le respect formel de la loi. Parce qu'elle régule et sanctionne, la norme efface les autres caractéristiques des relations humaines que sont la subjectivité et l'*intuitu personae*, fondements de la confiance. L'édiction de la norme constitue finalement un aveu de faiblesse, dès lors qu'elle accroît la suspicion au détriment du bon sens. En effet, là où règne la confiance, la loi n'est pas ou peu sollicitée.

---

<sup>10</sup> F. Dupuy, *Lost in management, la vie quotidienne des entreprises au XXIème siècle* : Seuil, 2011.

<sup>11</sup> Baromètre CFDT du 3 novembre 2011 réalisé auprès de 13.000 salariés privés ou appartenant à la fonction publique.

## 1.2 La conquête de la confiance par le dialogue social

Du fait de l'imprévisibilité économique liée à la mutation numérique qui modifie le rapport au travail et les relations de travail qui en résultent<sup>12</sup>, la régulation d'un monde horizontal (2.0) s'accommode mal au monde vertical réglementé par le code du travail. Ce changement de perspective oblige à trouver des mécanismes réputés plus flexibles.

C'est donc tout naturellement que le dialogue social est apparu peu à peu comme le dispositif le mieux à même de répondre aux nouveaux besoins de ces entreprises qui se veulent agiles. Il s'agit de ne plus concevoir l'accord collectif comme l'outil destiné à compléter le contenu de la loi mais bien comme le véhicule privilégié de production de la norme.

C'est dans ce contexte que le dialogue social, emblème d'un « droit de proximité », se trouve désormais paré des vertus que la loi a perdues. On réclame désormais un allègement des normes de source législative<sup>13</sup>. Ainsi a émergé l'idée - partagée désormais par la quasi-totalité de l'échiquier politique - de consentir un espace élargi au dialogue social au niveau de l'entreprise ou de la branche, définis comme les lieux privilégiés de production de la norme. La loi se tient alors en embuscade pour régir les sujets d'ordre public et ceux qui n'auront pu être négociés. C'est sur ces principes que la réforme du droit du travail a été présentée le 6 novembre dernier<sup>14</sup> à la suite du Rapport Combrexelle de septembre 2015.

Quel que soit le sort de ces orientations présentées en novembre 2015 quant à la refonte du code du travail et de la place plus grande allouée au dialogue social, le simple fait de proposer une démarche ayant pour objet de ralentir la production future de normes constitue une inflexion positive - à condition de s'y tenir.

## 2. Impact du terrorisme sur le fonctionnement de l'entreprise

On peut difficilement faire l'impasse sur le questionnement suscité par les attaques tragiques dont la France a été la cible. Il faut s'interroger sur la manière dont l'entreprise devra désormais contribuer à l'effort de sécurité et de paix sociale exigé par la nation éprouvée. Il va sans dire que les mesures prises par l'Etat sont du ressort régalién et que l'entreprise n'est pas partie prenante à ces dispositions. Cependant, le Premier ministre a précisé en recevant les partenaires sociaux le 25 novembre dernier que « *plusieurs axes de travail ont été dégagés : sécurité dans les lieux de travail, continuité de l'activité des entreprises, rôle des employeurs et des organisations syndicales dans la détection de la radicalisation* ».

L'entreprise est loin d'être un ensemble neutre dans le processus de lutte contre les violences externes et extrêmes, sans oublier l'objectif de son efficacité économique. C'est là que se trouvent d'abord les salariés-citoyens qui aspirent à la sécurité

---

<sup>12</sup> B. Stiegler, *La Société automatique, 1- l'Avenir du travail* : Fayard 2015 ; A. Supiot, *La gouvernance par les nombres – Cours au Collège de France 2012-2014* : Fayard 2015.

<sup>13</sup> MM. R. Badinter et A. Lyon-Caen, *Le travail et la loi* : Fayard 2015. J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport, septembre 2015. MM. P. Gattaz, M. Lévy, A. Marcon, B. Spitz, P. Nanterme, G. Mestrallet, *Quatre initiatives pour relancer la création d'emplois* : Les Echos, 20 octobre 2015.

<sup>14</sup> *Un code du travail pour le XXIème siècle*, présentation du Premier Ministre, 6 novembre 2015.

récemment ébranlée. Là aussi que se remarquent différents signes de radicalisation. Enfin, l'entreprise peut tout aussi bien favoriser l'épanouissement d'un lien social apaisé qu'à l'inverse entretenir les discriminations et attiser le dépit social ou identitaire.

Le 17 novembre 2015, le Medef a publié un communiqué indiquant que son Conseil exécutif avait décidé d'engager des travaux sur quatre sujets destinés à « accompagner les entreprises et les entrepreneurs le plus concrètement et opérationnellement possible dans cette situation<sup>15</sup> ». De son côté la CFDT a déclaré qu'« [...] elle s'engage également dans son action quotidienne à nourrir tout ce qui renforce le « vivre et travailler ensemble » et le lien social<sup>16</sup>[...] ». Ces réactions des organisations professionnelles montrent combien le rôle de l'entreprise dans la cité est crucial, bien au-delà de la seule dimension économique, puisqu'elle participe aux côtés de l'Etat à la régulation sociale et sociétale. Il s'agit d'un aspect des devoirs de l'entreprise relevant de fait du champ de la RSE (responsabilité sociale/sociétale et environnementale).

Les attentats du 13 Novembre 2015 entraînent pour l'entreprise des conséquences liées à l'interprétation de certaines règles du droit du travail. Le fait religieux en entreprise<sup>17</sup> pose des questions délicates sur la signification de la laïcité et le champ des restrictions licites aux libertés fondamentales garanties par le bloc de constitutionnalité et par l'article L. 1121-1 du code du travail. Récemment, ces sujets ont donné lieu aux arrêts Baby Loup I et Baby Loup II<sup>18</sup>, ainsi qu'à la question préjudicielle posée par la Cour de cassation à la Cour de justice de l'Union Européenne (« CJUE ») en 2015 sur la concurrence entre liberté de conscience et celle d'entreprendre<sup>19</sup>, toutes deux garanties par la Constitution. La neutralité, principe catégorique qui s'applique sans faille dans la sphère publique française<sup>20</sup> du fait de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution<sup>21</sup>, ne s'applique pas dans l'entreprise privée. Il devient difficile de définir une position claire sur la définition des restrictions justifiées et proportionnées à la liberté religieuse alors qu'il existe « [...] des résultats 2015 qui marquent une affirmation de la manifestation de cette question [du fait religieux] dans la vie professionnelle »<sup>22</sup>. Entre fermeté « laïciste<sup>23</sup> » et liberté sans

---

<sup>15</sup> Communiqué du Medef, *Attentats terroristes : le Medef se mobilise*, 17 novembre 2015 : 4 groupes de travail sur la sécurité des entreprises et des salariés, l'impact économique des événements sur le secteur du commerce et du tourisme, les questions de ressources humaines et de management, valorisation des salariés faisant partie de la réserve opérationnelle (armée ou sapeurs-pompiers volontaires). Prolongement avec le soutien à l'entrepreneuriat dans les quartiers, etc.

<sup>16</sup> Déclaration du Bureau national de la CFDT, 19 novembre 2015.

<sup>17</sup> Observatoire du fait religieux en entreprise (OFFRE) et Institut Ranstad, *Etude 2015*.

<sup>18</sup> Baby Loup I Cass. soc., 19 mars 2013, Baby Loup II Cass. ass. plén., 25 juin 2014.

<sup>19</sup> Cass. soc., 9 avril 2015 n° 13-19.855 : la question touche le point de savoir si le souhait d'un client de ne pas être mis en contact avec une salariée ingénieur d'étude portant le voile justifie légitimement une restriction à la liberté de conscience et de religion en entreprise.

<sup>20</sup> Voir arrêt CEDH n°648.46.11 du 26 novembre 2015 qui admet le principe de neutralité attaché à la laïcité dans les services publics en France et le qualifie de principe fondateur de l'Etat.

<sup>21</sup> « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale... ». Les principes de laïcité et de neutralité s'imposent à l'ensemble des services publics et aux agents qui y collaborent, y compris lorsque ces services sont assurés par des organismes de droit privé (Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11690).

<sup>22</sup> *Supra* note 17, p. 6.

<sup>23</sup> Voir pour un exemple la Charte de la laïcité adoptée le 10 février 2014 au sein de l'entreprise 2014 Paprec pour l'adoption d'un principe général de laïcité strict adossé à un référendum en ce sens des salariés.

entrave, la gamme des solutions est étendue. Les entreprises ont commencé à mettre en place des dispositifs spécifiques en adhérant à la Charte de la diversité lancée en octobre 2004<sup>24</sup> et en se conformant aux règles posées par les lois ultérieures en ce domaine<sup>25</sup>.

Une autre question tient au type de contrôle que l'employeur pourra ou devra mettre en œuvre à l'égard de ses salariés et de ses installations, que ce soit au titre de l'usage des outils informatiques mis à leur disposition ou encore au titre des propos tenus sur les réseaux sociaux. Actuellement, l'employeur peut accéder au contenu de ces outils informatiques à l'exception des fichiers siglés « personnel ». De même, le principe de la liberté d'expression compris dans le champ de l'article L. 1121-1 du code du travail, notamment sur les réseaux sociaux, n'est limité que par l'abus. Là aussi la jurisprudence révèle une casuistique fine qui ne favorise pas l'émergence d'une position claire. La question du contrôle des salariés eux-mêmes dans l'entreprise peut se poser, que ce soit la vérification des effets personnels ou des armoires et casiers<sup>26</sup>. Si l'employeur devait s'y livrer lui-même, là encore il s'agirait d'une démarche périlleuse, compte tenu du principe posé par le même article du code du travail. La notion de « circonstance exceptionnelle », qui permettrait d'imposer ces contrôles de sécurité, n'est pas clairement définie. En l'état, il faut recueillir l'accord du salarié en présence d'un tiers, se rapporter au règlement intérieur qui doit avoir prévu un mode opératoire et respecter son intimité. Toutefois le refus du salarié autorise l'employeur à contacter les services de police.

En conclusion, ces sujets qui ne sont pas nouveaux mais qui ont pris un relief singulier en cette fin d'année 2015 doivent tenir compte en outre des dispositions de droit commun sur le traitement de la violence - un phénomène qui n'est pas anecdotique dans la vie de l'entreprise.

La loi, les partenaires sociaux et la jurisprudence du droit du travail se sont emparés de la lutte contre la violence en entreprise en étoffant les mesures classiques de répression avec l'ajout d'un volet substantiel au titre de la prévention. Cette évolution tente de conjurer l'augmentation des manifestations de violences physiques ou morales dont la cause est multifactorielle, y compris liée au mode d'organisation du travail.

### **3. Le traitement de la violence par le droit du travail contemporain**

#### *3.1 Définitions de la violence*

La violence au travail donne lieu à des définitions variées au niveau international si on en juge par celles de l'Organisation mondiale de la Santé (« OMS »), le Bureau international du travail (« BIT ») ou la Commission européenne<sup>27</sup>. Pour leur part, les

---

<sup>24</sup> Initiative conduite par Claude Bébéar et Yazid Sabeg.

<sup>25</sup> Par exemple : loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ; loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances ; loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

<sup>26</sup> Par exemple, la perquisition administrative du 19 novembre 2015 conduite sur la plateforme aéroportuaire de Roissy menée par des militaires et non par les employeurs concernés.

<sup>27</sup> Pour l'OMS : « [u]sage délibéré ou menace d'usage délibéré de la force physique ou de la puissance contre soi-même, contre une autre personne ou contre un groupe ou une communauté, qui entraîne

partenaires sociaux européens ont signé un accord sur la violence et le harcèlement au travail le 26 avril 2007 en retenant qu'il y a violence « *si une personne fait l'objet d'agressions au travail* ».

Au plan national, il n'y a pas non plus de définition stabilisée ou unifiée. Ainsi le Rapport de la Commission thématique violence, travail, emploi et santé<sup>28</sup>, retient une définition à « tiroirs » en partant du Dictionnaire Robert « [*]a violence consiste à agir sur quelqu'un ou à le faire agir contre son gré en employant la force* » pour lui ajouter « *les actions qui consistent à agir sur son propre corps en vue d'infliger à ce dernier des dommages ou la mort* » ainsi que le constat que la violence consiste aussi à « *agir sur quelqu'un ou le faire agir en sorte qu'il prenne, à son insu, des risques pour sa vie ou celle des autres* ». Les partenaires sociaux français dans leur propre accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 l'ont définie ainsi : « *la violence se produit lorsqu'un ou plusieurs salariés sont agressés dans des circonstances liées au travail... La violence au travail peut prendre la forme d'agression verbale, d'agression comportementale, notamment sexiste, d'agression physique* <sup>29</sup> ... ». Quelle que soit l'étendue de la définition retenue, le dénominateur commun est celui de l'agression. De fait, le harcèlement moral<sup>30</sup> et le harcèlement sexuel revu par la loi du 6 août 2012<sup>31</sup> sont caractérisés à l'aune de l'agression qu'ils impliquent pour la victime.

### 3.2 Les mécanismes traditionnels de lutte contre la violence

Le droit du travail comporte depuis toujours des mécanismes destinés à contrer les phénomènes de violence au travers essentiellement du droit disciplinaire. Ainsi, les salariés qui auraient pu s'être livrés à des violences verbales et surtout physiques envers leurs collègues ou contre l'employeur, ont pu voir leur licenciement légitimé au titre de la faute grave, sous réserve de faits établis. Il appartient à l'employeur de définir l'acte de violence en cause, le caractériser et justifier ultimement si oui ou non il est constitutif d'une faute du salarié justifiant son éviction pour faute disciplinaire.

La jurisprudence est féconde, le contrôle du juge s'exerçant sur la manière dont l'employeur use de son droit disciplinaire. La grève constitue par ailleurs un domaine où la jurisprudence a posé les limites au droit du licenciement disciplinaire, en se livrant à une casuistique destinée à rechercher un équilibre entre le droit à la revendication légitime et le respect des biens et des personnes. S'agissant enfin des

---

*ou risque d'entraîner un traumatisme, un décès, un dommage, un mal développement ou une carence* ». Pour le BIT : « [*t]oute action, tout incident ou tout comportement qui s'écarte d'une attitude raisonnable par lesquels une personne est attaquée, menacée, lésée ou blessée, dans le cadre ou du fait direct de son travail* ». Pour la Commission européenne : « [*t]out incident au cours duquel des personnes sont victimes de comportements abusifs, de menaces ou d'attaques dans des circonstances liées à leur travail et impliquant un risque explicite ou implicite pour leur sécurité, leur bien-être et leur santé* ».

<sup>28</sup> Travaux préparatoires à l'élaboration du Plan Violence et Santé en application de la loi relative à la politique de santé publique n° 2004-806 du 9 août 2004, mars 2005.

<sup>29</sup> Accord national interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail, 26 mars 2010, étendu par arrêté du 23 juillet 2010.

<sup>30</sup> *Infra* section 3.3.

<sup>31</sup> Loi n° 2012-954 du 6 août 2012, art. L.1153-1 : « [*a]ucun salarié ne doit subir des faits : soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soient créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante [...]* ».

actes de violence commis par l'employeur à l'encontre du salarié, en l'absence de réelle disposition en droit du travail, ces affaires relevaient de la compétence du juge pénal à charge pour lui de condamner éventuellement l'employeur pour violence ou atteinte à la dignité humaine<sup>32</sup>.

Mais un tournant récent est venu modifier l'approche réservée à ce phénomène de violences pour ne plus le rattacher nécessairement au constat seul des comportements déviants passibles de procédures disciplinaires. Il s'agit depuis quelques années de relier la lutte contre les violences à l'obligation de prévention de la santé et de la sécurité au travail. En outre, le recours à la notion de responsabilité de l'employeur en matière de santé et sécurité permet d'élargir les cas d'intervention du juge du droit du travail. Ainsi, le dispositif permet de juger les actes de violence commis par les salariés entre eux, par ces derniers à l'encontre de tiers, mais aussi les actes commis par des tiers envers les salariés, dans ou en-dehors de l'entreprise, comme ceux enfin infligés éventuellement par l'employeur lui-même à ses salariés. Cette analyse résolument fondée sur l'accentuation de la responsabilité de l'employeur chargé de fournir à ses salariés un environnement dénué de risques, donne une forme nouvelle à la lutte contre les violences physiques ou mentales.

### *3.3 Les fondements juridiques de la nouvelle approche et décryptages de certaines pathologies réputées liées au travail*

La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 en intégrant au code du travail l'interdiction du harcèlement moral<sup>33</sup> ainsi qu'en précisant à l'article L. 4121-1 du code le principe que l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique mais aussi mentale<sup>34</sup> des travailleurs, constitue le fondement légal d'une nouvelle approche jurisprudentielle de la lutte contre la violence. Avec ce seul ajout d'un mot, la jurisprudence allait connaître une inflexion majeure en créant à la charge de l'employeur une obligation de sécurité de résultat en matière de santé non seulement physique mais également mentale. Le droit disposait désormais des outils pour appréhender certains facteurs contribuant à la violence et notamment ceux qui tiennent à l'organisation même des entreprises.

L'émergence contemporaine constatée des phénomènes de violence au travail a donné lieu en effet à de multiples études qui ont insisté notamment sur la transformation profonde du monde du travail contribuant à favoriser des comportements ou des pathologies pouvant relever de la violence.

Par exemple, un lien entre stress et violence a été mis en exergue notamment par H. Leymann dans son étude en 1996 « *Mobbing : la persécution au travail* » où il montre que l'organisation du travail, la conception des tâches et leur management sont susceptibles de créer des nuisances dès lors que l'un de ces domaines est défaillant. De même, le Dr. Marie-France Hirigoyen a participé à la prise de

---

<sup>32</sup> Par exemple Cass. crim., 23 avril 2004, pour des violences commises par un employeur contre son salarié pour brimades ou injures et autres vexations au cours du travail.

<sup>33</sup> Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, art. L. 1152-1 : « [a]ucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ».

<sup>34</sup> Ce dernier mot ajouté par cette loi par application de la directive européenne partiellement retranscrite en 1991 au sujet de la santé des travailleurs.

conscience du phénomène de harcèlement moral avant que cette notion ne rejoigne le droit positif. Elle a montré l'existence de conduites abusives portant atteinte à la personnalité, à la dignité des personnes, mettant en péril leur emploi et dégradant le climat de travail<sup>35</sup> mais son analyse était davantage centrée sur le rapport individuel entre les personnes, ce que le texte de loi atteste d'ailleurs.

D'autres auteurs ont pareillement contribué à la caractérisation de ces problèmes, en montrant même l'existence de management harcelant, mettant en cause l'organisation du travail collectif, le management par la peur en étant l'un des critères<sup>36</sup>. L'écho médiatique des suicides de France Telecom ou de Renault a suscité l'attention de l'opinion publique. Par ailleurs, le stress, que l'on ne parvient pas à définir sauf en énumérant ses caractéristiques saillantes<sup>37</sup>, est vu par l'ANI précité du 26 mars 2010 comme l'un des facteurs qui contribuent à la violence ou au harcèlement. Aujourd'hui le *burn out* a trouvé une place particulière dans le droit positif puisque la loi précitée du 17 août 2015 est venue autoriser le principe de la reconnaissance des maladies psychiques en maladie professionnelle par les CRRMP. L'ensemble de ces éléments caractérisant le mal-être au travail et les défaillances dans l'organisation du travail ou dans les rapports individuels, sont recensés sous le vocable de « risques psychosociaux », plus communément appelés « RPS ».

### 3.4 Inflexion jurisprudentielle

Sous le vocable générique de RPS, sur lequel on s'accorde pour dire qu'il n'a pas de définition stabilisée<sup>38</sup> mais qu'il implique une politique de prévention en matière de santé, le juge a proposé une orientation propice à la mise en œuvre de moyens importants pour lutter contre les manifestations de souffrance au travail.

Depuis 2005, les employeurs voient leur responsabilité mise en cause du fait de la survenance de désordres de nature psychique dont on établit qu'ils sont causés par ou ont un lien avec le travail. La survenance d'évènements tragiques tels que les suicides sur les lieux professionnels ou même en d'autres lieux tels le domicile ou les lieux publics, a encouragé de plus fort les juges à mettre en cause la responsabilité de l'employeur en matière civile, quel que soit le sort de l'accident au plan des éventuelles poursuites pénales.

Désormais, les phénomènes de violence sont appréhendés par le droit du travail sous l'angle de la santé physique ou mentale et de la sécurité au travail qu'il appartient à l'employeur de préserver dans le cadre d'une obligation de sécurité de résultat au visa de l'article L. 4121-1 du code du travail et du préambule de la Constitution de 1946.

---

<sup>35</sup> M.F. Hirigoyen, *Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien*, Syros, 1998.

<sup>36</sup> C. Dejourné, *Souffrance en France*, Seuil, 1998 ; Rapport, Commission thématique, *Violence, travail, emploi et santé*, précité p. 35.

<sup>37</sup> Accord national interprofessionnel sur le stress au travail, 2 juillet 2008.

<sup>38</sup> Les RPS sont un phénomène encore mal défini, comme l'indique le rapport de Philippe Nasse et Patrick Légeron du 12 mars 2008 : « la grande variété des thèmes mis sous [ce] vocable [...] est source d'une grande confusion. Ces thèmes recouvrent en effets les déterminants et les effets, sans distinguer entre les causes et les conséquences. Cette confusion tient non seulement à la diversité de la causalité linéaire car, interagissant fortement entre eux, ils sont plutôt de type circulaire ou systémique ». Ainsi, EUROGIP (qui réalise des enquêtes en Europe sur ces thèmes) traite les RPS dans un sens large puisque les Etats ne s'accordent pas sur une seule définition et appréhende la notion comme tout trouble autre que physique, lié au travail.

Le juge judiciaire a forgé son interprétation dans le sens d'une obligation de sécurité de résultat au gré des affaires, alors que les juges des autres Etats européens demeurent sur une obligation de moyens en cette matière<sup>39</sup>. Le juge français a entrepris cette construction avec les « arrêts amiante » en 2002. Puis, par une décision d'assemblée plénière de la Cour de cassation du 24 juin 2005, le principe général de l'obligation de sécurité de résultat en matière de prévention des risques sur la santé et la sécurité au travail a été définitivement posé.

L'obligation de sécurité de résultat est libellée sous la plume des magistrats comme suit : « *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*<sup>40</sup> ».

Le juge a attaché une « faute inexcusable » comme conséquence de l'obligation de sécurité de résultat attachée au respect de cette obligation de prévention de santé et de sécurité au travail.

Il définit la faute inexcusable ainsi : l'employeur engage sa responsabilité dès lors qu'il « *avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* ». Notons la formule au conditionnel passé qui élargit sans limite l'étendue de la connaissance présumée des risques par l'employeur et l'étendue corrélative de sa responsabilité.

Le constat d'un manquement à l'obligation de prévention en matière de santé et de sécurité suffit pour générer nécessairement un préjudice pour le salarié<sup>41</sup>. C'est de cette observation que résulte le sentiment d'une particulière sévérité de la position jurisprudentielle à l'égard des employeurs.

Ceci étant dit, la Cour de cassation, par un arrêt retentissant du 25 novembre 2015 qui atteste d'un revirement de jurisprudence, indique 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*<sup>42</sup> ». Désormais, à compter de la date de cette décision, les mesures de prévention seront susceptibles d'exonérer la responsabilité de l'employeur en cas de survenance d'un incident. Les jurisprudences indiquées au paragraphe ci-dessous doivent être examinées avec davantage de circonspection, même si l'on ne sait pas si ce revirement aura une réelle incidence sur les cas de harcèlement moral ou les violences qui entraînent la condamnation systématique de l'employeur, quand bien même aurait-il pris les mesures pour faire cesser le trouble<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Cette analyse française risque d'être mise en cause par l'arrêt Air France de la Cour de cassation du 25 novembre 2015 – Cf. *infra* note 47.

<sup>40</sup> Par exemple Cass. soc., 20 septembre 2006 et Cass. soc., 19 décembre 2007.

<sup>41</sup> Cass. soc., 30 novembre 2010.

<sup>42</sup> Cass. Soc. 25 novembre 2015 n°14-24.444 Air France.

<sup>43</sup> Cass. soc., 19 novembre 2014 n°13-17.729.

### *3.5 Exemples de jurisprudence ou de situations relevant de violences avérées ou possibles*

Cette obligation de sécurité de résultat assure l'objectif de rendre particulièrement bien compris par les entreprises la mise en œuvre de politiques pour appliquer les principes généraux de prévention fixés par l'article L. 4121-2 du code du travail où figurent la nécessité d'éviter les risques, d'évaluer ceux qui ne peuvent être évités et en tout état de cause la nécessité de les combattre à la source<sup>44</sup>.

Le fait que l'employeur soit tenu à une exigence absolue en matière de prévention devant se traduire par l'éradication de tous les facteurs de stress dans le domaine des RPS suffit à faire condamner l'employeur au titre du manquement à son obligation de prévention qu'il y ait ou non accident. Ainsi en est-il du sentiment d'insécurité ressenti par un salarié malgré des mesures destinées à contenir le risque<sup>45</sup>.

On comprend dès lors que le champ des violences de toute nature physiques ou mentales constatées au travail a constitué un terrain propice à l'approche de la jurisprudence qui rattache la survenance de ces violences au manquement nécessaire de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat.

L'organisation managériale - dont on a vu qu'elle occupe une bonne place en matière de facteurs associés à l'émergence du phénomène de violence au travail - est susceptible de donner lieu à la condamnation de l'employeur au titre de la violation de l'obligation de sécurité de résultat, les salariés étant soumis à un stress excessif du fait de cette organisation<sup>46</sup>. De façon éclatante, la Cour de cassation a élargi le recours à la notion de harcèlement moral à la dimension collective et non plus individuelle pour sanctionner des organisations managériales défailtantes, et des méthodes de gestion du personnel provoquant un mal-être des salariés<sup>47</sup>, ressenties comme autant de violences morales injustifiées.

De même, pour la première fois en 2008, la Cour de cassation a admis que la mise en œuvre d'un projet d'externalisation assorti d'une nouvelle organisation du travail devait être suspendue au nom de l'obligation de sécurité de résultat. La Cour avait observé que l'organisation avait pour objet de réduire le nombre de salariés destinés à la maintenance et à la surveillance d'un site dans une position d'isolement. Elle en a déduit que le dispositif ne garantissait pas la sécurité des salariés<sup>48</sup>. L'employeur ne peut s'exonérer de sa responsabilité même lorsque le risque émane d'un tiers à son entreprise, en cas de violence externe : client, sous-traitant, époux, etc. Ainsi en est-il lorsqu'un sous-traitant se livre à du harcèlement auprès d'un salarié d'une entreprise cliente. De même en est-il lorsque le président d'un conseil syndical agit de la sorte à l'égard d'un gardien d'immeuble : le syndicat des copropriétaires, employeur de ce salarié, est condamné parce qu'il n'a pas respecté son devoir de protection et de prévention à l'égard de son personnel, et même si le harcèlement a été commis par un tiers à l'entreprise<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> Il s'agit des mesures de prévention figurant aux points 1 à 3 de l'article L. 4121-2 du code du travail.

<sup>45</sup> Cass. soc., 6 octobre 2010.

<sup>46</sup> TGI Lyon, 4 septembre 2012.

<sup>47</sup> Cass. soc., 10 novembre 2009 ; Cass. soc., 19 janvier 2011 ; Cass. soc., 28 mars 2012.

<sup>48</sup> Cass. soc., 5 mars 2008 Snecma.

<sup>49</sup> Cass. soc., 19 octobre 2011.

De même encore s'agissant de l'agression pendant un weekend d'un salarié expatrié en Côte d'Ivoire, l'employeur a vu sa responsabilité engagée, faute pour lui de n'avoir pas réagi aux messages d'inquiétude de ce salarié quant à sa sécurité physique<sup>50</sup>. C'est à l'occasion de cet arrêt que le juge a pour la première fois décidé de la compétence du juge prud'homal en la matière, la violation de la santé et de la sécurité sans accident du travail<sup>51</sup> relevant du droit du travail et non du contentieux de la sécurité sociale qui relève de la compétence du TASS.

Et même lorsque l'employeur porte un terme à une situation de harcèlement constatée au sein de son entreprise, le désordre subi par un salarié justifie sa prise d'acte requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>52</sup> et justifie tout autant la condamnation de l'employeur au titre de la violation de l'obligation de prévention de santé et de sécurité au travail, même s'il a pris les mesures pour faire cesser le trouble<sup>53</sup>. La raison de cette décision tient à ce que l'action de l'employeur est jugée à l'aune de la prévention du risque – et plus précisément à l'éradication de tout risque - et non à celle d'un dispositif curatif.

Avec la multiplication des moyens permettant le « prolongement » d'attitudes agressives, dénigrantes et harcelantes, la violence électronique propagée sur les réseaux sociaux contribue à donner davantage de cas de figure nouveaux. La jurisprudence adapte ses solutions traditionnelles à ce nouvel environnement technologique en vérifiant les paramétrages de l'accès aux comptes incriminés pour en déduire ou non une attitude passible de sanctions.

Enfin, si l'employeur est tenu à la protection de la santé mentale et physique des salariés, le droit du travail est désormais susceptible de condamner l'employeur, personne physique ou représentant de la personne morale, qui se livre lui-même à des agissements agressifs et violents. Ainsi, depuis ce tournant, les juridictions pénales ne sont plus les seules à pouvoir réprimer les comportements d'un employeur passibles d'infractions du code pénal. La chambre sociale de la Cour de cassation peut également sanctionner ces faits en droit du travail<sup>54</sup>. Réciproquement, les violences faites à l'employeur sont constitutives de faute grave<sup>55</sup>.

### *3.6 Le traitement de la violence en entreprise*

Obligation de sécurité, prévention, le domaine touchant à la violence en entreprise a été totalement investi sous un angle « médical » et psychologique. Même le champ sémantique est concerné par la terminologie : diagnostic, management pathogène, RPS, souffrance, etc...

---

<sup>50</sup> Cass. soc., 7 décembre 2011.

<sup>51</sup> Le fait d'être expatrié hors de France empêche l'application de la législation française sur les accidents du travail relevant du TASS mais pas la mise en cause de la responsabilité de l'employeur en droit du travail.

<sup>52</sup> Cass. soc., 3 février 2010.

<sup>53</sup> Cass. soc., 29 juin 2011 et *supra* note n°42.

<sup>54</sup> Cass. soc., 4 avril 2012 : pour agressions verbales et physiques du dirigeant qui avait molesté et injurié sa salariée. Voir aussi Cass. soc., 23 janvier 2013 pour un employeur qui a agressé un salarié hors le lieu de travail, hors le temps de travail, conditions indifférentes à exonérer la responsabilité en raison de la gravité des manquements.

<sup>55</sup> Cass. soc., 9 février 2010 pour un salarié qui laisse volontairement tomber un marteau sur son employeur depuis un échafaudage.

Cette responsabilité accrue de l'employeur entraîne corrélativement la nécessité de mettre en œuvre des mesures de prévention. Ces mesures risquent d'être particulièrement nécessaires pour permettre à l'employeur de bénéficier d'une exonération éventuelle de responsabilité en cas de survenance d'un incident. Tel est l'enseignement substantiel de l'arrêt précité Air France de la Cour de cassation du 25 novembre 2015.

Il doit mettre en œuvre des dispositifs de prévention en lien avec le CHSCT qui a vu son rôle corrélativement accru également au cours de ces dernières années. Il doit préciser à son document unique d'évaluation des risques professionnels (« DUERP ») la liste mise à jour chaque année des risques susceptibles d'affecter ses salariés tant au plan physique que moral. Ce document occupant déjà une place substantielle à l'heure actuelle est appelé à un grand avenir. Dans ce cadre, il appartient à l'employeur de mettre en œuvre toutes les politiques de prévention possibles en matière de santé avec l'objectif d'éradiquer tout risque et d'adapter le travail à l'homme. La qualité de vie au travail, thème sur lequel les entreprises sont invitées à négocier, constitue le centre névralgique de cette démarche destinée à promouvoir l'épanouissement et le bien-être du salarié au travail. Ce qui signifie en creux que l'objectif à atteindre est celui de l'instauration d'une atmosphère de travail dénuée de tout signe d'agressivité, d'incivilités et autres violences.

Le pouvoir disciplinaire traditionnel joue pleinement son rôle dans la protection de la collectivité de travail. L'employeur y est même encouragé puisque la jurisprudence estime qu'une simple mise en garde de l'agresseur avec rappel aux règles de courtoisie caractérise un manquement de l'employeur à son obligation. La mansuétude n'est pas de mise.

Parfois toutefois, l'attitude agressive conduisant à des actes de violence peut ne pas justifier un licenciement, dès lors que cette attitude est la conséquence d'une prise de médicaments prescrits pour prévenir des troubles psychiques de ce salarié protégé<sup>56</sup>. Cet exemple est intéressant en ce qu'il montre la situation paradoxale dans laquelle l'entreprise peut se trouver car s'il ne peut licencier ce salarié pour son état de santé, celui-ci cause néanmoins un préjudice à l'égard de ses collègues qui ne sont pas protégés comme ils le devraient. S'agissant des salariés protégés, on remarque tout de même que l'exercice du mandat autorise un comportement moins sévèrement apprécié mais qui doit être exercé dans le respect de la loi pénale, ce qui conduit en principe à des sanctions dans des cas extrêmes de séquestration par exemple<sup>57</sup>.

En tout état de cause, du fait de l'adoption du principe de l'obligation de sécurité de résultat, il s'ensuit qu'en cas d'incident mettant en cause la santé du salarié, l'employeur est tenu de procéder à la déclaration au titre des accidents du travail. Cette procédure peut donner lieu à la reconnaissance d'une faute inexcusable devant les juridictions des affaires de sécurité sociale pour obtenir, au titre de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, la réparation complémentaire du préjudice subi. La déclaration d'accident du travail exigée par l'article L. 441-2 du code de la sécurité sociale est donc effectuée dans tous les cas de violence, même en cas de survenance de violences moindres<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> CE, 3 juillet 2013, n° 149496.

<sup>57</sup> CE, 15 décembre 1997.

<sup>58</sup> Cass. soc., 18 janvier 2012 pour une gifle.

Le salarié dispose d'un droit d'alerte et de retrait visés à l'article L. 4131-1 du code du travail qui l'autorise en cas de danger grave ou imminent d'alerter l'employeur et en dernier recours de cesser le travail dans ces circonstances. Un contentieux s'est développé autour de l'appréciation de la notion de danger grave et imminent. Lorsque le droit de retrait est légitime et que le salarié fait l'objet d'un licenciement au motif du refus de reprendre le travail, le licenciement est déclaré nul au titre de l'article L. 4131-3 du code du travail<sup>59</sup>. Il est évident que la reconnaissance d'une obligation de sécurité de résultat en matière de santé et de sécurité donne une vision nouvelle à ces contentieux en examinant le « motif légitime » autorisant le salarié à exercer son retrait à l'aune d'un risque en matière de santé.

La loi met toutefois à la charge du salarié une obligation consistant à veiller à sa sécurité et à celle des autres selon l'article L. 4122-1 du code du travail. Cette obligation est perçue de façon encore assez anecdotique par la jurisprudence en comparaison avec l'expansion de la responsabilité de l'employeur. Elle est vue comme une obligation de moyens mais susceptible d'être sanctionnée, y compris pour faute grave, ce dont les jurisprudences en matière de violence attestent. Cependant, la distorsion constatée entre les obligations respectives qui pèsent sur l'employeur et le salarié pourrait justifier une forme de déresponsabilisation de ce dernier, rendant plus aléatoire l'atteinte du but assigné aux politiques de prévention. Mais du fait de l'accroissement corrélatif de la responsabilité de l'employeur en matière de santé et de sécurité d'une part et des lois et règlements venant réprimer ces phénomènes de violence d'autre part, il est probable que la responsabilité du salarié sera appelée à être appréciée de manière plus sévère. A titre d'illustration, pour lutter contre la violence routière, un comité interministériel du 2 octobre dernier envisage de rendre obligatoire la production par l'employeur de l'identité des salariés commettant des infractions avec les véhicules de fonction. Cette perspective obligera mécaniquement l'employeur à prendre des sanctions contre l'intéressé et /ou des mesures de prévention au sein de son entreprise à ce titre.

## Conclusion

Le droit de la prévention de la santé en entreprise est en construction et connaît depuis le 25 novembre 2015 un tournant très significatif du fait du revirement de jurisprudence intervenu. Il englobe la prévention contre les violences que le droit contemporain considère comme une déviance presque systématiquement liée à l'exécution du travail. Autrement dit, sans y prendre garde, s'installe peu à peu l'idée outrancière que travailler revient à s'exposer à des violences que l'on subit ou que l'on commet contre soi. Le paradoxe tient à ce que le travail est précisément le seul remède valable à ce désordre. Offrir du travail au plus grand nombre reviendrait à apaiser les relations sociales. Il faudra donc prendre garde à ne pas concevoir le travail comme unique responsable des maux des personnes qui s'y consacrent. La santé de ceux qui n'ont pas de travail est incomparablement plus fragile et les violences recensées y sont plus nombreuses<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Cass. soc., 28 janvier 2009 ; CA Paris, 21 mai 2014.

<sup>60</sup> INSERM, *Association entre taux de chômage et suicide par sexe et classe d'âge en France entre 2000 et 2010*, Etude, bulletin épidémiologique hebdomadaire, n° 1-2, 6 janvier 2015 ; M. Debout *Traumatisme du chômage* : Editions de l'Atelier, 2015.

**ALICE DUNOYER DE SEGONZAC ET KARIMA CHAÏB**

## *Extension du domaine de la violence*

*Nouvelles caractérisations par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats*

---



ALICE DUNOYER DE SEGONZAC

Avocat,  
Latham & Watkins



KARIMA CHAÏB

Rédactrice en chef

*Inscrite au barreau de Paris depuis 2014, Alice Dunoyer de Segonzac est collaboratrice au sein du bureau de Paris de Latham & Watkins dans le département contentieux.*

*Karima Chaïb est Rédactrice en chef de la Revue des Juristes de Sciences Po et étudiante à l'Ecole de droit de Sciences Po en deuxième année au sein de la spécialité Contentieux économique et arbitrage.*

### **Résumé**

*La violence - notion juridique connue et appréhendée de façon stable et cohérente par notre droit positif depuis deux-cents ans - a vu ses contours redéfinis par l'ordonnance portant réforme du droit des obligations du 10 février 2016. L'empreinte solidariste de la réforme, disposée à apporter un rééquilibrage des relations contractuelles, s'illustre par l'introduction d'un nouveau vice du consentement, l'abus de dépendance, à l'article 1143 de l'ordonnance. L'introduction de ce nouveau paramètre pose nécessairement la question de ses implications en termes de définition, de standard de la preuve, de sanction, mais aussi, plus fondamentalement, de son articulation avec le principe de liberté contractuelle, pierre angulaire de notre droit des contrats. Elle pose également la question, moins évidente, du rôle du juge dans la réévaluation du contrat.*

Martin Scorsese nous a récemment démontré comment en près de quarante ans, le spectacle de la violence, sujet de sa vie, ne s'est déplacé que de quelques rues, de Little Italy à Wall Street. La violence impalpable du *Loup de Wall Street* s'est substituée aux crimes du Little Italy de *Mean Streets* : de physique et morale, elle est devenue économique. La réalité de la violence économique n'est pas nouvelle, le

monde des affaires est fait de « guerres des prix », de « conquêtes de nouveaux marchés » ou de « crash » et plus juridiquement de « ruptures brutales », « abus » ou de « menaces ». Son caractère illégitime, inacceptable, lui, est relativement récent. Nous avons tous notre seuil de tolérance à la violence. Ce seuil sera très variable d'une personne à l'autre. Il en est de même pour les sociétés. À chaque époque, à chaque nation son seuil de tolérance à la violence. De la contrainte physique, personnelle à une violence passive, indirecte, ou contextuelle, le curseur de notre seuil de tolérance s'est assez largement déplacé.

Progressivement, avec l'élaboration du droit de la consommation et du droit de la concurrence, le législateur a commencé à apporter une réponse ciblée à cette violence nouvellement intolérable, en identifiant les victimes de manière stricte. Mais cette question restait étrangère à notre code civil et aux dispositions relatives à la formation du contrat. Reconnaître ces formes de violences, comme a pu le faire la Cour de cassation à plusieurs reprises<sup>1</sup>, ne pouvait suffire à les dénoncer, encore fallait-il qu'elles soient perçues comme illégitimes pour pouvoir les sanctionner.

La réforme du droit des contrats – tel que fixée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qui entrera en vigueur après ratification par le Parlement au 1<sup>er</sup> octobre 2016 – tente d'apporter une réponse à cette nouvelle appréciation de la violence qui ne s'attaque plus seulement à la liberté du consentement mais également au déséquilibre et à l'inégalité entre les parties.

\*\*\*

## I. LA VIOLENCE DES ORIGINES, PROTÉGER LA LIBERTÉ

### A. Protéger la liberté

Au commencement de notre histoire de la violence et des obligations contractuelles les notions de liberté et d'égalité étaient toutes deux concurrentes. Portalis, dans son *Discours préliminaire du code civil*, disait en ce sens que « *la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique* »<sup>2</sup> et parlait déjà de « *prix raisonnable* »<sup>3</sup> et de nécessité d'avoir une « *égalité dans les contrats* »<sup>4</sup>. On voit qu'aux origines, « liberté » ne pouvait se concevoir sans « égalité », deux sœurs destinées à se répondre et se tempérer.

La notion de liberté contractuelle comme pierre angulaire de notre droit des obligations ne s'est véritablement imposée que sous la Monarchie de Juillet en 1830, soutenue par le modèle économique libéral impulsé par la deuxième révolution industrielle. À cette époque, les juristes envisagent le lien contractuel comme résultant de la seule volonté des cocontractants et restreignent le rôle de l'État à celui de garant de ce lien contractuel, et de son exécution, tels que voulus par les parties.

Avec l'émergence de la question ouvrière à partir des années 1880, les auteurs ont peu à peu commencé à envisager le rôle de l'État de manière plus interventionniste –

<sup>1</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mai 2000, n° 98-15.242 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2002, n° 00-12.932.

<sup>2</sup> Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, 1801, p. 57.

<sup>3</sup> *Supra* note p. 58.

<sup>4</sup> *Supra* note p. 60.

partant du nouveau postulat qu'il ne serait plus possible d'envisager « *les contractants comme autant de personnes juridiques abstraites indifférentes aux rapports de pouvoir* »<sup>5</sup>. Bien qu'ayant fait l'objet de nombreuses critiques par la partie plus conservatrice et libérale de la doctrine<sup>6</sup>, ce mouvement de socialisation du droit des contrats porté par des auteurs du XIX<sup>ème</sup> siècle à l'instar de Saleilles ou Demogue, a su s'imposer et redonner une nouvelle vision du lien contractuel imprégnée de solidarisme et d'une tentative d'égalité entre les parties.

En dépit de ces velléités solidaristes, c'est bien cette idée de liberté que les codificateurs ont veillé à protéger, notamment au stade de la formation du contrat. Le recours aux vices du consentement tels qu'énumérés à l'article 1109 du code civil en est l'illustration :

*« Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».*

Le vice de violence est d'autant plus révélateur de cette volonté de protéger la liberté du consentement qu'il n'est autre que la matérialisation de la contrainte, empêchant de contracter librement.

#### B. Intégrer le postulat d'une violence protéiforme et incompressible

Le code civil n'a pas pour ambition de sanctionner toute violence. En premier lieu, d'autres textes sont mieux placés que lui pour en traiter : le code pénal à l'évidence, d'autres comme le code monétaire et financier, le code des assurances ou le code de la sécurité intérieure par exemple. En second lieu, le projet d'éradication totale de la violence est une utopie que les rédacteurs du code ont raisonnablement laissée aux philosophes et aux idéalistes.

Si le réalisme nous oblige à voir la violence partout, le pragmatisme, lui, nous suggère qu'elle ne peut pas toujours être sanctionnée. C'est du moins le postulat sur lequel se fonde l'article 1112 du code civil qui ne sanctionne la formation des conventions par la nullité que « *lorsque [la violence] est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et qu'elle peut inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent* ».

En premier lieu, il convient de rappeler que la violence est envisagée au moment de la formation du contrat et non en cours d'exécution. Elle a à voir avec le consentement et concerne plus précisément les conditions dans lesquelles le consentement a pu être obtenu : était-il libre ou était-il contraint.

En second lieu, la manière dont la contrainte va s'exercer sur la victime s'apprécie *in concreto*, en considération de sa vulnérabilité. Le texte lui-même précise « *[qu'] on a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes* ». La violence, subie par une personne en mesure de la surmonter ne saurait donc être une cause de nullité. Toute violence n'est pas source de vice ; c'est une notion relative.

---

<sup>5</sup> C. Jamin, *Droit des obligations*, Volume I, Master droit économique, Sciences Po, année 2013-2014, p. 47.

<sup>6</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* : LGDJ, 4<sup>e</sup> édition, 1949 ; E. Meynial, « La déclaration de volonté », *in* Revue trimestrielle de droit civil, 1902.

Sans pour autant nier le caractère violent d'une situation de fait, la jurisprudence a d'ailleurs pu considérer que certaines violences étaient « légitimes », et n'étaient pas de nature à vicier le contentement. C'est le cas par exemple de la « menace » d'un licenciement quand le collaborateur refuse d'envisager une modification de son contrat de travail dans un contexte de réorganisation structurelle<sup>7</sup>. Si certaines menaces peuvent s'avérer être des violences dites « légitimes », en abuser sera en revanche sanctionné par les juges du fond.

Très tôt, l'*abus* d'une telle violence légitime a été envisagé par la présence d'un avantage excessif au profit du contractant violent qui aurait tiré profit de la situation de faiblesse de son cocontractant. Dès 1913, la Cour de cassation a eu l'occasion de poser les premières pierres de ce qui sera plus tard la théorie de la violence économique. Les faits d'espèce ? Une simple relation de fournisseur-distributeur dans laquelle le distributeur obligeait son fournisseur à lui payer 65.000 francs alors qu'il n'avait commis qu'une faute isolée, l'équivalent de 20 francs de marchandises étant manquant lors d'une livraison. La sanction ? La transaction a été annulée, ayant été obtenue « *sous la pression d'une contrainte morale* » et la signature ayant été obtenue « *sans cause légitime sérieuse* »<sup>8</sup>.

La notion de *contrainte économique* à proprement parler a tout d'abord été caractérisée par la Cour de cassation comme se rattachant à la violence et non à la lésion<sup>9</sup>. En 2002, la question de la violence économique a de nouveau été portée jusqu'à la Cour de cassation. La rédactrice d'une société d'édition avait créé un dictionnaire pour enfants et avait cédé ses droits d'auteur patrimoniaux à cette société uniquement parce qu'elle craignait d'être licenciée si elle ne les lui cédait pas. Les juges du fond ont donné raison à la rédactrice au motif que même en l'absence de menace directe de licenciement, la crainte qu'elle pouvait avoir était une contrainte, caractérisant la violence viciant son consentement. Effrayée par cette appréciation très large de la violence économique, la Cour de cassation est venue en restreindre les conditions<sup>10</sup>. C'est par la voie de « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique* » que la Cour a opté pour une appréciation plus relative, ou subjective pour les plus sceptiques, de la violence.

Cependant, la Cour de cassation semble ici avoir fait preuve d'hypocrisie, car tout en posant les critères de cette violence économique, *i.e.* la dépendance et l'abus, elle n'a jamais voulu admettre la nullité d'un contrat pour violence économique – elle paraît ainsi, admettre le solidarisme contractuel sans pour autant l'appliquer. À travers la réforme envisagée, les rédacteurs de l'ordonnance ont décidé, d'une certaine manière, de forcer la main de la Cour et de « *redonner un second souffle* »<sup>11</sup> à cette violence

<sup>7</sup> CA Orléans, 24 décembre 2009, n° 09/01723 : Juris-Data n° 2009-023526.

<sup>8</sup> Cass. civ., 9 avril 1913 : DP 1917, 1, p. 103, rejetant le pourvoi formé contre CA Paris, 26 mai 1909, publié en sous-note.

<sup>9</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mai 2000, n° 98-15.242 précité, commenté notamment par J.-P. Chazal, « La contrainte économique : violence ou lésion ? », in Recueil Dalloz 2000 p. 879 ; D. Mazeaud, « Vers l'émancipation du vice de violence », in Recueil Dalloz 2001 p. 1140 ; G. Loiseau, « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », in La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 24 janvier 2001, II 10461.

<sup>10</sup> F. Chénéde, « L'Équilibre contractuel dans le projet de réforme », in Revue des contrats, 1<sup>er</sup> septembre 2015, n° 3, p. 655.

<sup>11</sup> *Supra* note 10.

économique en introduisant un nouvel article 1143, cristallisateur de cette tension originelle entre liberté et égalité dans notre droit des obligations.

## II. LA VIOLENCE RÉFORMÉE, REFUSER LE DÉSÉQUILIBRE

### A. Lutter contre l'injustice contractuelle

Pour l'essentiel, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats publiée le 10 février 2016, consiste en une codification des solutions jurisprudentielles et d'opinions doctrinales plus ou moins établies. Si l'ordonnance ne revient pas sur la conception volontariste du droit des contrats, l'esprit général de la réforme tend à une plus grande protection de la partie faible et à un rééquilibrage des relations contractuelles. Deux postures peuvent être adoptées face à cette volonté réformatrice : s'agit-il d'une confrontation de la liberté contractuelle à l'interventionnisme du juge ou plutôt d'un nouvel outil à disposition du juge visant à parfaire la notion de libre consentement ?

L'esprit égalitaire de la réforme s'illustre notamment par l'introduction des droits spéciaux en droit commun des contrats, à travers la généralisation de la clause abusive et l'introduction de la notion de « *déséquilibre significatif* » dans le code civil<sup>12</sup>. Ces deux évolutions sont portées par l'article 1171 de la réforme qui prévoit, dans son alinéa 1<sup>er</sup>, que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

On observe ainsi l'influence de la conception sociale du contrat, qui se limite cependant aux contrats d'adhésion, alors même que l'avant-projet de réforme soumis à consultation publique était plus audacieux<sup>13</sup>. Le contrat ne sert plus seulement un intérêt individualiste mais également un intérêt global et collectif : solidarité plutôt que liberté, coopération entre cocontractants plutôt que maintien d'antagonismes.

Le nouvel article 1143 envisagé par la réforme, introduit le vice de consentement pour abus de dépendance dans la section relative à la violence. Cet ajout, s'inscrit très précisément dans l'esprit général de la réforme, empreint de solidarisme contractuel.

### B. Caractériser la violence « contextuelle »

Ce nouvel article 1143 prévoit donc « [qu'] *il y a également violence lorsqu'une partie abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

---

<sup>12</sup> En ce sens l'article L. 132-1 du code de la consommation relatif aux clauses abusives et l'article L. 442-6 du code de commerce qui couvre notamment la question du déséquilibre significatif entre professionnels.

<sup>13</sup> L'article 1169 de l'avant-projet d'ordonnance soumis au Conseil d'État en septembre 2015, devenu l'article 1171 de l'ordonnance du 10 février, ne s'appliquait en effet pas spécifiquement aux contrats d'adhésion et prévoyait plus généralement « [qu'] *une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* ».

Les rédacteurs ont non seulement repris à leur compte la jurisprudence relative à l'abus de violence « légitime » mais ont également fait résonner le régime général des obligations avec nombre de dispositions spéciales, comme par exemple l'article L. 442-6 du code de commerce<sup>14</sup>. La rédaction initialement proposée par l'avant-projet d'ordonnance faisait même écho à la caractérisation de l'abus de faiblesse par le code pénal<sup>15</sup> et le code de la consommation<sup>16</sup> en insistant sur la « *situation de faiblesse* » dans laquelle se serait trouvée une des parties. Là où la violence économique était initialement traitée à la marge, aux contours du droit des obligations par l'intermédiaire de nombreuses dispositions ciblant des catégories de victimes identifiées, les rédacteurs de l'ordonnance décident aujourd'hui de la mettre au cœur de notre droit contractuel.

Le postulat de la violence « incompressible » n'en est pas altéré pour autant ; il restera toujours une violence légitime, tant qu'(i) aucune des parties n'en abusera, (ii) que l'état de dépendance restera à démontrer, en l'espère, *in concreto* et qu'(iii) aucune des parties n'en tirera un avantage manifestement excessif. Cette dernière condition est d'ailleurs un ajout bienvenu par rapport à la rédaction de l'article 1142 de l'avant-projet d'ordonnance en ce qu'elle vient limiter les cas de nullité pour violence aux situations dans lesquelles le demandeur sera en mesure d'apporter la preuve d'un avantage manifestement excessif procuré à son cocontractant.

La caractérisation de l'état de dépendance concrétise le projet de sanction d'une « violence contextuelle » plutôt que « personnelle ». Il ne s'agit plus seulement d'envisager la violence comme propre à une partie qui va s'imposer à l'autre par la violence. Il s'agit également de sanctionner le cocontractant relativement passif, abusant d'une situation de fait à son avantage. Par là même, le législateur ne cherche plus à protéger la liberté du consentement mais à sanctionner l'injustice sociale.

Nous comprenons l'intention, qu'en est-il des critiques.

---

<sup>14</sup> C. com., art. L. 442-6 : « I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou « personne immatriculée au répertoire des métiers » : [...]

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; [...]

4° D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ».

<sup>15</sup> C. pén., art. 223-15-2 qui sanctionne « l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'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 son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ».

<sup>16</sup> C. cons., art. L. 122-8 : « [q]uiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 375 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte ».

Tout d'abord une première difficulté de cohérence avec l'ensemble de la section relative aux vices du consentement qui caractérise le vice par l'erreur, le dol et la violence lorsqu'ils sont « *de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ». Or l'article 1143 s'affranchit de cette seconde hypothèse. Doit-on en déduire qu'il faudra, pour caractériser l'abus d'un état de dépendance, prouver qu'une des parties n'aurait pas contracté du tout ou aurait simplement contracté dans des conditions plus à son avantage ?

Quel sera le « standard de la preuve » d'un tel état de dépendance ? Une preuve d'ordre économique, comme en droit de la concurrence qui s'appréciera en parts de marché et en prorata du chiffre d'affaires ? Une preuve de nature psychologique ou psychiatrique sur l'état de dépendance ? En tout état de cause, la notion d'abus introduit une forme de subjectivité ou du moins d'aléa difficilement conciliable avec l'impératif de sécurité juridique, pourtant recherché par les rédacteurs de la réforme.

On regrettera également la légère réécriture de l'article 1112 par le nouvel article 1139 qui fait disparaître la notion « *d'homme raisonnable* » et supprime le second alinéa qui suggérait la prise en compte de l'état de la victime pour apprécier la légitimité ou non de la violence. Cette prise en considération de l'état de la partie violentée est en quelque sorte précisée par l'article 1143 sur l'état de dépendance mais on comprend mal alors l'ajout du terme « *également* » qui ouvre cet article 1143 alors qu'il semble avoir une portée bien plus large.

S'agissant plus particulièrement de la sanction prévue par le texte, le nouvel article 1142 maintient la sanction de la violence par la nullité. Compte tenu de l'élargissement de la conception de violence et de son caractère de plus en plus protéiforme, cette sanction peut sembler un peu catégorique, voire inappropriée. En effet, la violence économique étant une constante de la vie économique, sanctionner par la nullité le fait d'en abuser ne correspond peut-être pas aux concessions propres au monde des affaires. Sanctionner une relation de dépendance par la nullité de la transaction semble absurde dans la mesure où la partie « dépendante » sera d'autant plus démunie et isolée une fois les liens contractuels rompus. La question de l'état de dépendance n'était-elle pas plutôt à envisager sous l'angle de la régulation et la conciliation plutôt que celui de la sanction fatale qu'est la nullité ?

\*\*\*

L'un des points les plus importants de la réforme reste la place laissée au juge dans la réévaluation du contrat. Il n'est plus seulement le juge de l'application de la loi des parties, mais il pourra désormais se faire juge de l'équilibre inhérent à la transaction. Le juge va devoir se risquer à une manipulation délicate de la liberté et de l'égalité contractuelle – qui seront, probablement laissées à son appréciation souveraine. Civiliste justicier ou plutôt magistrat modérateur, le rôle du juge du contrat sera à définir. Cette politique d'inspiration égalitaire va-t-elle s'opposer directement au principe de liberté contractuelle ou lui apporter des tempéraments ?

NICOLAS CUNTZ ET EMILE TROBOUL

## *Répression de la délinquance financière : l'ère de la remise en question*

---



EMILE TROBOUL

Avocat,  
Viguié Schmidt

NICOLAS CUNTZ

Avocat,  
Brandford Griffith & Associés

*Ancien élève de Sciences Po et de l'Université Paris Panthéon-Sorbonne, Nicolas Cuntz a travaillé à l'Autorité des Marchés Financiers avant de rejoindre le cabinet Brandford Griffith, spécialisé en droit boursier.*

*Avocat au Barreau de Paris depuis 2014, Emile Troboul exerce au sein du cabinet Viguié Schmidt en droit des sociétés et en droit boursier.*

### **Résumé**

*La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 a consacré la règle du non-cumul dans la répression des manquements et des délits d'initié commis par des non-professionnels. En déclarant contraires au principe constitutionnel de nécessité des délits et des peines<sup>1</sup> les articles L. 465-1 et L. 621-15 II c) et d) du code monétaire et financier, le Conseil constitutionnel a abrogé la plupart des dispositions de la loi qui étaient déférées dans le cadre de la Question Prioritaire de Constitutionnalité (« QPC »)<sup>2</sup>. C'est ainsi tout le dispositif de lutte contre la délinquance sur les marchés financiers qui est remis en question. Cette décision conduit en effet à revenir sur le régime dualiste de sanctions, administratif et pénal, institué par la loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier<sup>3</sup>. Les*

---

<sup>1</sup> Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, art. 8.

<sup>2</sup> Toutefois, cette abrogation a été reportée au 1<sup>er</sup> septembre 2016 afin d'éviter de créer un « vide juridique » qui aurait conduit à une situation d'impunité pour les auteurs de délit ou de manquement d'initié. Notons que la déclaration d'inconstitutionnalité s'étend aussi à certaines dispositions inséparables encadrant les rapports entre l'Autorité des marchés financiers (« AMF ») et le Parquet (C. mon. et fin., art. L. 466-1, L. 621-15-1, L. 621-16 et L. 621-16-1).

<sup>3</sup> Jusqu'à la décision du 18 mars 2015, le Conseil considérait que le principe *ne bis in idem* n'empêchait pas que des sanctions pécuniaires soient décidées par l'AMF (et autrefois par la Commission des

*premières décisions de justice tirant les conséquences de cette décision ne se sont pas fait attendre : le tribunal de grande instance de Paris a ainsi constaté l'extinction des poursuites pénales dans les affaires EADS, Oberthur puis Sacyr. La chambre criminelle de la Cour de cassation a annulé la procédure suivie devant les juridictions pénales dans un autre dossier<sup>4</sup>.*

*Surtout, le Conseil constitutionnel force le législateur et l'Autorité des marchés financiers (« AMF ») à réécrire le dispositif réprimant les opérations d'initié, avec une marge de manœuvre devenue très réduite en raison de la pression exercée par la Cour européenne des droits de l'Homme (« CEDH ») et, à un autre échelon, par la directive européenne « MAD 2 » et le règlement européen « MAR » du 16 avril 2014<sup>5</sup>. Alors qu'une nouvelle répartition de compétences se dessine entre l'autorité judiciaire et l'AMF, plusieurs solutions ont été avancées, notamment au sein de l'AMF<sup>6</sup> et par la commission des finances du Sénat. Une proposition de loi, déposée le 7 octobre 2015 au Sénat<sup>7</sup>, puis le projet de loi Sapin II qui devrait être présenté le 23 mars 2016<sup>8</sup> en Conseil des ministres<sup>9</sup>, reprennent certaines de ces préconisations. Mais, les questions soulevées par la réforme à venir sont nombreuses et restent, pour certaines, encore sans réponse.*

## **1. Que va changer la réforme ?**

La décision du 18 mars 2015 impose au législateur de traduire dans les textes, avant le 1<sup>er</sup> septembre 2016, l'interdiction du cumul des poursuites. Pour s'y conformer, il existait plusieurs pistes. Celle de la dépénalisation semble avoir été écartée d'emblée en raison des contraintes européennes : la directive européenne « MAD 2 » impose en effet aux Etats membres de prévoir dans leur législation des sanctions pénales pour les abus de marché les plus graves. Une disparition pure et simple de la procédure de sanction de l'AMF se heurterait, quant à elle, à d'autres difficultés. Elle revenait en effet à « détricoter » le dispositif élaboré en 1989 pour assurer une répression rapide et efficace des abus de marché par la Commission des opérations de bourse (« COB »), puis par l'AMF (rappelons que certaines affaires avaient révélé les

---

opérations de bourse (« COB ») en sus de celles prononcées par le juge pénal, sous réserve du respect du principe de proportionnalité (Cons. Constit., 28 juil. 1989, n° 89-260 DC). Voir récemment : Cass. crim., 22 jan. 2014, n° 12-83579 ; TGI Paris, 26 sept. 2014, affaire Pechiney ; Cons. Constit 24 oct. 2014, n° 2014-423 DC.

<sup>4</sup>TGI Paris, 7 mai 2015, affaire Oberthur ; TGI Paris, 18 mai 2015, affaire EADS ; Cass. crim., 20 mai 2015, n° 13-83489 ; TGI Paris, 18 juin 2015, affaire Sacyr. La Chambre criminelle a récemment renvoyé au Conseil constitutionnel une QPC sur la conformité de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 (Cass. crim., 10 déc. 2015, n° 15-15557).

<sup>5</sup>Dir. 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avr. 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché et Règlement (UE) 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avr. 2014 sur les abus de marché. Le projet de loi Sapin II devrait autoriser notamment le gouvernement à transposer la directive MAD 2 et prendre les mesures nécessaires à l'application du règlement MAR par voie d'ordonnance.

<sup>6</sup>Rapp. du groupe de travail de l'AMF du 19 mai 2015, sur l'application du principe de *ne bis in idem* dans la répression des abus de marché et lettre de la régulation financière de l'AMF, n° 18, sept. 2015.

<sup>7</sup>Propositions de loi n° 19 et 20 relatives à la répression des infractions financières présentées par les sénateurs Albéric de Montgolfier et Claude Raynal, le 7 octobre 2015. Compte rendu de la Commission des finances du Sénat du 22 juin 2015.

<sup>8</sup>M. Bellan, *Loi Sapin : un nouvel arsenal de lutte contre la délinquance financière* : Les Echos, 4 février 2016.

<sup>9</sup>Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

faillies d'un tel dispositif (Pechiney/Triangle en 1988 et Thomson CSF en 1986)) qui conduisait parfois, selon des commentateurs, à une certaine forme d'impunité. L'issue d'un procès au pénal reste en effet assez incertaine, comme l'ont par exemple illustré, ces dernières années, les affaires Vivendi ou Altran, et la procédure devant la juridiction pénale est plus lente<sup>10</sup>. D'autres auteurs ont avancé l'idée d'instituer une juridiction spécialisée unique, le tribunal des marchés financiers, qui serait seul compétent pour l'instruction et le jugement des personnes suspectées d'avoir commis des abus de marché. Il regrouperait les compétences actuellement confiées à la Commission des sanctions de l'AMF et à la chambre spécialisée du TGI de Paris<sup>11</sup>.

L'AMF, soucieuse de préserver ses prérogatives, a plutôt défendu la mise en place d'un système « d'aiguillage » entre les deux procédures. Cette solution, inspirée du rapport Coulon sur la dépenalisation de la vie des affaires (2008)<sup>12</sup>, est soutenue par la majorité des auteurs. La proposition de loi présentée au Sénat et le projet de loi Sapin II devraient aller dans ce sens. Rappelons d'ailleurs que la Chancellerie, par une circulaire du 14 septembre 2004, avait déjà mis en place un dispositif simple d'articulation des poursuites et des sanctions entre l'AMF et les juridictions pénales en invitant le Parquet à réserver la voie pénale aux faits les plus graves nécessitant des investigations complexes. En outre, la coopération entre l'AMF et le Parquet existe déjà (échange mutuel d'informations, communication de pièces, obligation de dénonciation et « avis à juridiction » du Président de l'AMF<sup>13</sup>). Un avis de l'AMF est actuellement obligatoire avant l'engagement de toute poursuite par le Parquet pour délit d'initié. Concrètement, ces situations délicates de partage de compétences entre l'AMF et la juridiction pénale ne devraient se borner qu'à des dossiers emblématiques impliquant des fraudes de grande ampleur que le PNF pourrait souhaiter préempter (5% des dossiers environ). Et les informations judiciaires ouvertes récemment par le Parquet pour des faits de délit d'initié et de diffusion de fausses informations<sup>14</sup>, montrent que l'aiguillage entre le Parquet et l'AMF fonctionne déjà et que l'AMF et le Parquet ont retenu les leçons de la décision du Conseil constitutionnel : « *préserver ce qu'il y a lieu de préserver parce qu'il mérite de l'être, couper les branches mortes* »<sup>15</sup>. Mais la proposition de loi consacre clairement le renforcement du rôle de l'autorité judiciaire dans la lutte contre la délinquance boursière. La conquête progressive d'une certaine indépendance du Parquet<sup>16</sup>, puis la création du PNF investi comme l'autorité administrative, d'une compétence nationale exclusive, permet au TGI de Paris de se positionner comme un concurrent de l'AMF.

## 2. Quels sont les manquements et infractions concernés ?

La réforme devait régler la situation des auteurs de manquement ou de délit d'initié, seuls visés par la décision du Conseil constitutionnel. Elle sera finalement bien plus

---

<sup>10</sup> Compte tenu des délais de recours, une décision définitive peut intervenir bien plus de dix ans après les faits (affaires Rhodia, Vivendi ou Altran), donnant l'image d'un procès tardif, qualifié parfois d'« archéologique » (A. Bauer, *in* Les Echos, 7 nov. 2011) comme dans le procès du raid manqué sur la Société Générale.

<sup>11</sup> D. Schmidt et A.-V. Le Fur, *in* Bull. Joly Bourse, 31 janv. 2015, n° 1, p. 24.

<sup>12</sup> Rapp. Coulon, *La dépenalisation de la vie des affaires*, janv. 2008.

<sup>13</sup> C. mon. fin., art. L.621-20.

<sup>14</sup> Le Monde, 2 octobre 2015.

<sup>15</sup> R. Rousselle, *in* Bull. joly, 1990, n°11bis, p. 7.

<sup>16</sup> Selon la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, le garde des Sceaux ne peut adresser aucune instruction dans des affaires individuelles au Parquet.

large puisqu'elle concernera vraisemblablement aussi les dispositions réprimant les deux autres catégories d'abus de marché, c'est-à-dire la manipulation de cours et la diffusion de fausses informations. Le non-cumul devrait aussi s'appliquer aux professionnels qui se verraient reprocher la commission de ces abus de marché<sup>17</sup>.

Par ailleurs, malgré le silence du rapport de l'AMF sur cette question, comme des travaux législatifs en cours, d'autres manquements semblent être susceptibles d'être concernés par les critiques formulées par le Conseil constitutionnel. Il s'agit, pour l'essentiel, de manquements à des obligations d'information du marché (articles 223-1 et s. du RGAMF<sup>18</sup>) ou à une obligation déclarative (déclarations de franchissement de seuil et d'intentions<sup>19</sup>). Le non-respect de ces obligations d'information, lorsqu'il dépasse la simple abstention ou la communication d'une information comportant des « blancs »<sup>20</sup>, peut parfois être constitutif d'une fausse information et par conséquent faire aussi l'objet d'une incrimination pénale<sup>21</sup>.

### 3. Comment pourrait fonctionner « l'aiguillage » ?

Le groupe de travail de l'AMF avait proposé une « clef de répartition » des dossiers basée sur la gravité supposée des faits. C'est également la voie préconisée par les sénateurs. Sur ce point, les travaux s'appuient sur la directive européenne « MAD 2 » qui identifie les infractions les plus graves en retenant plusieurs critères (incidence sur l'intégrité du marché, bénéfice réalisé ou potentiel (ou perte évitée), préjudice causé au marché, valeur des instruments financiers concernés<sup>22</sup>). L'AMF était cependant allée plus loin en préconisant d'introduire de véritables seuils matériels et de les inscrire dans la loi. Elle n'a pas obtenu le soutien des auteurs de la proposition de loi présentée au Sénat, qui craignent que la gravité du manquement ne soit pas toujours quantifiable<sup>23</sup>. Le projet de loi Sapin II devrait régler cette question.

Les différents projets de réforme s'appuient principalement sur une concertation obligatoire entre le PNF et l'AMF avant toute poursuite (mise en mouvement de l'action publique ou notification des griefs) et l'intervention d'une autorité soit judiciaire (ex : « l'arbitrage » du procureur général près la Cour d'appel, comme le

---

<sup>17</sup> Les dispositions applicables aux professionnels mentionnés au paragraphe II de l'article L. 621-9 du code monétaire financier n'ont pas été visées par la déclaration d'inconstitutionnalité, notamment au regard du critère de l'identité des ordres juridictionnels concernés. Le groupe de travail de l'AMF et les auteurs de la proposition de loi semblent davantage sensibles à l'approche européenne qui s'attache à apprécier l'identité matérielle des faits et soucieux d'interdire le non-cumul des poursuites pour un même comportement infractionnel.

<sup>18</sup> L'article 223-1 du RGAMF exige de l'émetteur qu'il donne une information « *exacte, précise et sincère* », les dispositions suivantes déclinant le régime de cette information. Le TGI de Paris a considéré, dans l'affaire Sacyr, que la règle du non-cumul devait aussi s'appliquer aux faits poursuivis devant l'AMF sous le grief de la violation des dispositions de l'article 222-8 du règlement général de l'AMF (aujourd'hui l'article 223-7) qui obligent toute personne à informer le marché de l'évolution de ses intentions (TGI Paris, 18 juin 2015).

<sup>19</sup> Dans l'affaire Sacyr, le TGI de Paris a considéré que la règle de non-cumul devait s'y appliquer.

<sup>20</sup> C. Ducouloux-Favard, *Délits et manquements boursiers* : JCl. Banque et crédit, fasc. n° 1600.

<sup>21</sup> D'autres manquements rarement sanctionnés peuvent aussi faire l'objet de poursuites pénales : délit relatif aux mentions que doit comporter le rapport annuel en matière de filiales et participations (C. com., art. L. 247-1) et délit d'obstacles et d'entraves à la mission de l'AMF (C. mon. et fin., art. L. 642-2). Récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC relative aux manquements et délits d'entrave pour la seule raison que les dispositions n'étaient pas applicables au litige en cause (Cass. crim., 14 octobre 2015, n° 15-10899).

<sup>22</sup> Considérant 11, directive du 16 avril 2014.

<sup>23</sup> Compte rendu de la Commission des finances du Sénat du 22 juin 2015.

préconiserait le projet de loi Sapin II), soit paritaire (la création d'une commission *ad hoc* dite « Conseil des infractions boursières », comme l'ont préconisé les sénateurs<sup>24</sup>) qui se prononcerait en cas d'échec de la concertation initiale. Mais, ces propositions posent plusieurs problèmes. Tout d'abord, l'idée d'une concertation préalable entre le PNF et l'AMF n'empêchera pas des « erreurs d'aiguillage » susceptibles de conduire à un non-lieu ultérieur devant le juge pénal. Si l'AMF a suggéré dans ce cas de pouvoir « reprendre » le dossier, une telle faculté de reprise par l'administration, qui constituerait une seconde poursuite, serait en contrariété avec la décision du Conseil constitutionnel. En outre, le principe de l'indépendance du Parquet, emportant celui de l'opportunité des poursuites, semble faire obstacle à toute prééminence des décisions de la commission *ad hoc* proposée par l'AMF<sup>25</sup>. Par ailleurs, la réforme devra tenir compte de la procédure de composition pénale, qui permet au Parquet, avant la mise en œuvre de l'action publique, de proposer une ou plusieurs mesures alternatives aux poursuites<sup>26</sup>. L'ouverture d'une composition pénale nécessitera-t-elle une consultation de l'AMF<sup>27</sup> ? Il existe enfin un risque non négligeable d'un « forum shopping » de la part des personnes mises en cause qui seront tentées d'influer sur la décision d'affectation du dossier en fonction de leurs intérêts respectifs (célérité de la procédure administrative, absence d'inscription au casier des sanctions administratives, à comparer avec la recherche d'un non-lieu pour défaut d'élément intentionnel devant le juge pénal).

#### **4. La proposition de loi ne remet-elle pas en cause l'autonomie proclamée des deux procédures ?**

Actuellement, en raison de cette autonomie, il est admis par la jurisprudence que l'irrégularité des actes d'enquête n'a aucune conséquence sur la validité de l'autre procédure, administrative ou pénale<sup>28</sup>. Mais serait-ce toujours le cas si la responsabilité de la décision de poursuite venait à être « partagée » ? Si les procédures n'étaient plus menées en parallèle mais procédaient l'une de l'autre ? Si l'ouverture de l'action publique devenait l'aboutissement normal du travail du service d'inspection de l'AMF ? Certes, la Commission des sanctions, comme le juge pénal, apprécie la responsabilité du mis en cause au regard des seules pièces qui leur sont soumises<sup>29</sup>. Mais cela n'empêche pas que les actes irréguliers, s'ils servent de fondement à la décision de sanction, doivent vicier toute la procédure, même poursuivie devant l'autre autorité. Il serait ainsi injustifié de permettre une « purge » des éventuelles irrégularités entachant une enquête de l'AMF par la seule transmission du dossier, en concertation avec le Parquet, au juge pénal, et réciproquement. Or, le rapport de l'AMF a suggéré une reprise plus systématique par la juridiction pénale des actes d'enquête déjà réalisés par l'AMF afin de limiter les investigations supplémentaires à de nouvelles auditions<sup>30</sup>. La proposition de loi

---

<sup>24</sup> Composé de trois conseillers d'Etat nommés par le vice-président du Conseil d'Etat, trois magistrats du siège de la Cour de cassation nommés par le premier président de la Cour de cassation et deux suppléants, nommés dans les mêmes conditions, l'un parmi les conseillers d'Etat et l'autre parmi les magistrats du siège de la Cour de cassation. Un Président est choisi parmi eux, pour deux ans.

<sup>25</sup> BJB sept. 2015, p. 359, n° 112s1, entretien avec D. Martin.

<sup>26</sup> C. proc. pén., art. 41-2 et 41-3.

<sup>27</sup> La composition pénale doit être proposée avant que l'action publique soit mise en mouvement. La proposition de loi ne couvre pas, à ce stade des travaux parlementaires, cette question.

<sup>28</sup> Cass. crim., 2 avr. 2008, affaire Oury et Sanct. AMF, 23 déc. 2008.

<sup>29</sup> Sanct. AMF, 23 déc. 2008.

<sup>30</sup> Le rapport de travail de l'AMF ne considère pas nécessaire la mise en place d'un système d'habilitation des enquêteurs de l'AMF.

prévoit quant à elle la possibilité pour l'une ou l'autre des autorités de solliciter des actes d'enquête ou des expertises. Cette question en amène une autre : celle de voir l'AMF jouer un rôle auxiliaire dans le cadre de la procédure de sanction.

### **5. La réforme envisagée ne pourrait-elle pas conduire à un certain affaiblissement des droits de la défense dans la procédure de sanction de l'AMF ?**

Une ventilation des dossiers entre la Commission des sanctions et la chambre correctionnelle du TGI de Paris poserait inévitablement le problème de l'exercice effectif des droits de la défense en phase d'enquête. En effet, depuis la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010, les personnes visées par l'enquête ont la possibilité de répondre aux griefs potentiels qui leur sont reprochés avant leur mise en accusation et qui sont résumés dans une lettre circonstanciée «*relatant les éléments de fait et de droit recueillis par les enquêteurs* »<sup>31</sup>. Or, comment préserver l'effectivité de cette garantie processuelle si ces personnes venaient à ne plus être en mesure de déterminer à quels griefs potentiels elles doivent répondre, faute de connaître la qualification, pénale ou administrative, susceptible d'être finalement retenue ?

Par ailleurs, il semble que les décisions du procureur près la Cour d'appel de Paris ou de la commission *ad hoc* arbitrant le partage des dossiers ne pourraient pas faire l'objet d'un recours. Il est vrai que la Cour d'appel de Paris a déjà considéré qu'était irrecevable le recours porté à l'encontre d'une décision de notification des griefs du Collège de l'AMF qui ne fait qu'énoncer une accusation sans emporter de déclaration de culpabilité ni préjuger de la décision à intervenir<sup>32</sup>. Mais toute décision administrative devrait être attaquable si elle fait grief, ce qui est le cas de celle concernant l'affectation du dossier, les régimes de l'infraction et du manquement étant différents (peine d'emprisonnement, question de l'inscription au casier judiciaire, etc.).

### **6. Ne va-t-elle pas conduire à allonger la durée des procédures de sanction ?**

La procédure de sanction de l'AMF reste relativement rapide<sup>33</sup> même si, avec l'accumulation des garanties processuelles, les délais se sont substantiellement allongés. Ainsi, le délai moyen pour rendre une décision de sanction est passé d'environ quinze mois après les faits<sup>34</sup> en 1993 à près de deux ans et demi actuellement à compter de l'ouverture de l'enquête<sup>35</sup>, c'est-à-dire autour de quatre ans après les faits selon leur complexité<sup>36</sup> et l'existence ou non d'une dissimulation. La mise en place d'une concertation obligatoire entre l'AMF et le Parquet devrait entraîner un nouvel allongement de ce délai, même si les différents projets de textes ont prévu de la contenir dans un délai précis (25 jours, voire deux mois). L'avantage

---

<sup>31</sup> RGAMF, art. 144-2-1.

<sup>32</sup> CA Paris, 18 nov. 1999, n° 1999/11980 et 12121.

<sup>33</sup> Compte rendu de la Commission des finances du Sénat du 22 juin 2015. Voir également H. De Vauplane et J.-P. Bornet, *in* Droit des marchés financiers, Litec, 3<sup>ème</sup> édition, 1048. Rapp. ann. 1989 de la COB, p. 6.

<sup>34</sup> Pierre Fleuriot, directeur général de la COB *in* Bull. COB, oct. 1993, n°273, p. 50.

<sup>35</sup> Rapp. du groupe de travail de l'AMF, p.46.

<sup>36</sup> En particulier, en cas d'enquête internationale.

de la rapidité, souvent mis en avant pour justifier l'existence du pouvoir administratif de sanction donné à la COB puis à l'AMF, est donc moins évident.

## 7. Quel pourrait-être son impact sur le régime de la prescription des sanctions pénales ?

Le délai de prescription de trois ans est identique pour les manquements et les délits boursiers<sup>37</sup>, l'écoulement de ce délai pouvant être interrompu par des actes d'enquête. Une nouvelle articulation entre les deux procédures amènerait ainsi à s'interroger sur l'effet des actes d'enquête diligentés par les services judiciaires ou par l'AMF sur la prescription triennale, lorsque l'affaire est portée devant l'autre autorité. Certains auteurs ont pu avancer que, dans le régime actuel, les actes des enquêteurs de l'AMF n'interrompent pas la prescription pénale<sup>38</sup>. D'ailleurs, l'article 7 du code de procédure pénale ne reconnaît qu'aux seuls actes d'instruction ou de poursuite cet effet interruptif (que ne sont pas *stricto sensu* les actes d'enquête)<sup>39</sup>. La question, qui pourrait être plus sensible en raison de la plus grande imbrication des deux procédures (dans le cas de l'« aiguillage »), pourrait donc devoir être tranchée, un jour, par les juridictions.

## 8. Conduira-t-elle à un recul pour les droits des victimes d'infractions boursières ?

L'indemnisation du préjudice financier est une question complexe qui a fait l'objet de différents rapports<sup>40</sup>. Elle s'est souvent heurtée à certains obstacles, comme les limites posées (notamment en cas de relaxe) à la recevabilité de la constitution de partie civile et la détermination du préjudice<sup>41</sup>. Le système « d'aiguillage » pourrait s'avérer défavorable pour les victimes<sup>42</sup> : conformément à la règle de non-cumul, le choix de la voie administrative devrait rendre impossible, semble-t-il, toute constitution de partie civile. La question de la réparation du préjudice relèverait alors de la compétence de la juridiction civile. Comme les décisions de la Commission des sanctions n'ont pas l'autorité de la chose jugée sur celle-ci, le fardeau probatoire se déplacerait sur le demandeur, même si l'AMF pourrait, à la demande du juge<sup>43</sup>,

---

<sup>37</sup> C. mon. et fin., art. L. 621-15 I, al. 2 ; C. proc. pén., art. 8.

<sup>38</sup> D. Martin, E. Dezeuze et F. Bouaziz, *in* Les abus de marché, LexisNexis, n° 162 : ces auteurs se fondent sur le silence de la loi, là où en droit de la concurrence, le législateur prend soin de préciser que les actes d'enquête de l'Autorité de la concurrence interrompent la prescription en matière pénale.

<sup>39</sup> La jurisprudence pénale semble néanmoins considérer comme interruptifs les actes d'enquête préliminaire auxquels procèdent les services de police ou de gendarmerie, d'office ou sur réquisition du Parquet (Cass. crim., 26 janvier 1955, Bull. Crim., n° 64 ; Cass. crim., 7 décembre 1966, Bull. Crim., n° 284 ; Cass. crim., 23 mars 1994, Bull. Crim., n° 113 ; Cass. crim., 23 juin 1998, Bull. Crim., n° 203).

<sup>40</sup> Rapp. Delmas-Marsalet-Ract-Madoux relatif à l'indemnisation des préjudices subis par les épargnants et les investisseurs du 25 janv. 2011.

<sup>41</sup> Récemment, un groupe de travail présidé par André Levy-Lang et Daniel Tricot a fait plusieurs propositions pour faire évoluer les droits des victimes (Rapp. sur l'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées, Club des juristes, nov. 2014).

<sup>42</sup> Cette question ne doit pas être surestimée dans la mesure où l'indemnisation ne concerne en pratique que les manipulations par diffusion d'informations fausses ou trompeuses, faute de pouvoir démontrer un préjudice direct et personnel pour les autres abus de marché. La jurisprudence l'admet toutefois en théorie, mais exige que soit démontré l'impact sur le cours des instruments financiers concernés (Cass. crim., 11 décembre 2002, n° 11-88114 ; CA Paris, 31 octobre 2008, n° 06-09036). Pour preuve, seules douze constitutions de partie civile ont été recensées sur les dix dernières années selon l'AMF (Rapport de l'AMF, p. 26).

<sup>43</sup> C. mon. et fin. art. L. 466-1 et L. 621-20.

intervenir au procès et transmettre des éléments de preuve (procès-verbaux et rapports d'enquête)<sup>44</sup>.

Une solution consisterait à encourager la conclusion d'accords entre le mis en cause et l'AMF, incluant des engagements en matière d'indemnisation dans le cadre de la procédure de composition administrative<sup>45</sup>. Une société de gestion s'est ainsi déjà engagée à rembourser par exemple une partie des frais facturés à ses clients<sup>46</sup>. Pour le moment ces transactions ne concernent que des manquements disciplinaires. Mais la proposition de loi présentée devant le Sénat préconise d'élargir la possibilité de transiger aux autres manquements et notamment aux abus de marché<sup>47</sup>. Contrairement à une procédure de sanction devenue trop longue, le recours au règlement amiable s'inscrit bien dans la mission « régulatrice » de l'AMF. Et si pour l'AMF, la leçon à tirer de ces affaires emblématiques (EADS, Oberthur, Sacyr...) n'était pas, finalement, qu'un accord vaut mieux qu'un bon procès ?

---

<sup>44</sup> C. mon. et fin. art. L. 621-2-1. Reste à savoir si la jurisprudence sur la transmission des pièces en droit de la concurrence, qui n'autorise la transmission que si elle « *est nécessaire à l'exercice de ces droits* » (Cass. com., 19 janvier 2010, n° 08-19761, affaire Semavem ; CA Paris, 20 nov. 2013, affaire Ma liste de course), est transposable ici.

<sup>45</sup> C. mon. et fin. art. L. 621-14-1 et R. 621-37-1 à R. 621-37-4. En avril 2015, la composition administrative représentait déjà 50 % des procédures de poursuite des manquements aux obligations professionnelles (A. Lancrenon, *in* Bull. Joly Bourse, 1<sup>er</sup> avr. 2015 n°4, p. 187.

<sup>46</sup> Accord du 26 oct. 2012.

<sup>47</sup> Proposition de loi, article 5.

**SIMONA KALIKOVA**

*Big Brother is watching you. But who will watch Big Brother? The role of law and civil society in the Orwellian world of the 21<sup>st</sup> century*



SIMONA KALIKOVA

Student at Sciences Po Law School

*Simona Kalikova is a student in the second year of the Master in Economic Law - specialisation Global Governance Studies. She is currently pursuing an exchange at McGill University in Canada, where she specialises in Law and Psychology and Restorative Justice. After graduating from Sciences Po Law School, Simona intends to pursue a Master's degree in Criminology.*

**Abstract**

*This essay critically assesses philosophical, ethical and socio-legal implications of three disturbing tendencies similar to the key themes from 1984 by George Orwell – the normalization of surveillance, the destruction of the past and the widespread state-sanctioned threat and punishment - that have recently begun to shape Western democracies. Since the Rule of Law and active civil society are key pillars of Western democracies, this essay will through the analysis of selected examples attempt to reveal the role the law and the civil society play in facilitating arbitrary social control thus enhancing the risk of abuse of power by both private and public actors.*

*“To the future or to the past, to a time when thought is free, when men are different from one another and do not live alone – to a time when truth exists and what is done cannot be undone:*

*From the age of uniformity, from the age of solitude, from the age of Big Brother, from the age of double-think – greetings!”*

(Winston's Diary, Chapter I, 1984, George Orwell)

## I) Introduction

The world scene has tremendously changed since the post Second World War and early Cold War era in which George Orwell published his dystopian novel *1984*. Important geopolitical changes such as the collapse of the Berlin Wall in 1989, the dismantling of the Soviet Union in 1991, the global widespread of capitalism and market economies and the changing nature of warfare in the context of the rise of non-state actors altered geopolitical and ideological realities to which *1984* made reference. And yet – as demonstrated by the novel’s wide readership<sup>1</sup>– the content of *1984* remains highly political and actual in the 21<sup>st</sup> century. The mere fact that expressions such as “Big Brother”, “double-think” or “thought crime” have become an inherent part of our vocabulary reveals certain striking yet terrifying similarities between the dystopian nightmare of *1984* and the state of Western democracies in the 21<sup>st</sup> century.

Of course Western democracies have not reached the totalitarian nature of Stalin’s USSR referred to in *1984*. Not yet. However, as pointed out by Orwell himself “[t]o be corrupted by totalitarianism one does not have to live in a totalitarian country. The mere prevalence of certain ideas can spread [...] poison”<sup>2</sup>. Consequently it is the existence of these “totalitarian” ideas that have recently begun to spread within Western democracies that will be considered in this article.

Since we shall proceed to the analysis of modern democracies through an Orwellian lens, it is important to define our understanding of these terms. By the term “modern” or “Western democracies” we shall understand political regimes based on the respect of human rights, rule of law and with power exercised by democratically elected institutions. Totalitarianism, on the contrary, shall refer to regimes characterized by arbitrary, unlimited exercise of power putting at risk not only enjoyment of particular rights, but also broader principles of liberty and freedom. Given the ideological difference between modern democracies and totalitarianism, the word “Orwellian” will then refer to the collapsing line between authoritarian power and democratic governances mainly through the mechanism of constant surveillance, the possibility to alter the past and the omnipresent, state-sanctioned threat and punishment.

Rather than holistically compare the state of the world in the 21<sup>st</sup> century to the world depicted in *1984*, the purpose of this essay is to critically assess philosophical, ethical and socio-legal implications of certain disturbing tendencies similar to the key themes from *1984* that have recently begun to shape Western democracies. Since the rule of law and active civil society are key pillars of Western democracies, this essay will through the analysis of selected examples attempt to reveal the role the law and the civil society play in facilitating arbitrary social control thus enhancing the risk of abuse of power by both private and public actors. We shall defend, that even though certain measures analysed in this essay are considered important as they allow strengthening national and international security and thus limiting the likelihood of a

---

<sup>1</sup> According to the guardian, *1984* ranks among the “top 100 books of all times” as well as among “100 best novels”.

[<http://www.theguardian.com/world/2002/may/08/books.booksnews>,  
<http://www.theguardian.com/books/2015/jan/19/100-best-novels-1984-george-orwell-nineteen-eighty-four-robert-mccrum>].

<sup>2</sup> G. Orwell, *The Prevention of Literature*, 1946

[[http://www.orwell.ru/library/essays/prevention/english/e\\_plit](http://www.orwell.ru/library/essays/prevention/english/e_plit)].

terrorist threat, it is important that civil society watch its governments so that they do not infringe upon the founding values of Western democracies. We shall also defend that the nature of the laws analysed in this essay contributes to the exercise of arbitrary and undemocratic power mostly by the governments, hence the importance of their amendment in order to preserve the democratic nature of Western societies.

The aforementioned problematic ideas shaping the evolving nature of certain Western democracies - the normalization of surveillance, the destruction of the past and the widespread of state-sanctioned threat and punishment - will represent the three main axes of our reflection. While other themes of the novel – such as the never-ending war, the simplification of the language or the conformism linked to the coerced disappearance of the “self” would be equally interesting to analyse. However, their analysis is beyond the scope of this article.

Before proceeding to the first axis of our reflection – the normalization of surveillance – it is important to acknowledge two slight deviations from Orwell's *1984* that – due to the geopolitical changes that occurred since 1949 – will shape our analysis. Firstly, the geopolitical power blocs proposed by Orwell will be modified in our reflection in order to reflect current geopolitical alliances and tendencies. Thus, instead of focusing on Orwell's Oceania, this essay will geographically focus on the most relevant examples from the European Union and the United States of America. This choice is justified by the founding values of Western democracies such as human rights, freedom of speech, liberty and equality, which should (but as we shall see do not) make the comparison with *1984* impossible and irrelevant. Secondly, given the ideological importance of the rule of law in the functioning of Western democracies, the legal analysis will play an important role in this article, even though this would have been irrelevant in the world of *1984* where “*nothing was illegal, since there were no longer any laws*”<sup>3</sup>.

## II) Normalization of surveillance

Perhaps the most striking characteristic of the society depicted in *1984* is the way it is being disciplined through constant surveillance. In the novel, the surveillance was performed by a special transmitter-receiver device called telescreen, and collected by a special organ of the party called *Thought Police*. The mechanism of surveillance functioned as follow:

*“[a]ny sound that Winston made [...] would be picked up by it; moreover, so long as he remained within the field of vision which the metal plaque commanded, he could be seen as well as heard. There was of course no way of knowing whether you were being watched at any given moment. How often, or on what system, the thought Police plugged in on any individual wire was guess-work. It was even conceivable that they watched everybody all the time. But at any rate they could plug in your wire whenever they wanted to. You had to live – did live, from habit that became instinct – in the assumption that every sound you made was overheard, and, except in darkness, every movement scrutinised”<sup>4</sup>.*

The type of totalitarian surveillance described in *1984* is similar to the one that

---

<sup>3</sup>G. Orwell, *Nineteen Eighty-Four*: iBooks, Part I, chapter I.

<sup>4</sup>*Ibidem*.

Jeremy Bentham envisaged in his Panopticon - the ultimate architectonic device of discipline through surveillance. According to Michel Foucault, the most important characteristic of the Panopticon is that even though the surveillance and the power exercising it are known to exist, there is no certainty that this power is being exercised at a particular moment in time. Consequently, surveillance disciplines and exerts control because people will voluntarily limit themselves out of fear of being watched. As described by Foucault in *Discipline and punish: The Birth of the Prison*: “[t]o achieve this, it is at once too much and too little that the prisoner should be constantly observed by an inspector: too little, for what matters is that he knows himself to be observed; too much, because he has no need in fact of being so. In view of this, Bentham laid down the principle that power should be visible and unverifiable”<sup>5</sup>.

Further similarities between Bentham’s Panopticon and 1984 are embodied in the five characteristic elements of panoptic control present in 1984: “*panoptical inspection, certitude of punishment, covert observation, invisible omnipresent and hierarchical panoptical organization*”<sup>6</sup> which will be further referred to throughout this article.

However, it could be argued that the scale of surveillance as depicted in 1984 is significantly larger than as originally intended by Bentham. Whereas Bentham designed his Panopticon solely for *carceral* purposes, 1984 extended this surveillance to the society level. As pointed out by Foucault: “[a]ll that is needed, then, is to place a supervisor in a central tower and to shut up in each cell a madman, a patient, a condemned man, a worker or a school boy.”<sup>7</sup> As pointed out by Orwell “[w]ith the development of television, and the technical advance which made it possible to receive and transmit simultaneously on the same instrument, private life came to an end. Every citizen [...] could be kept for twenty-four hours a day under the eyes of the police and in the sound of official propaganda, with all other channels of communication closed. The possibility of enforcing not only complete obedience to the will of the State, but complete uniformity of opinion on all subjects, now existed for the first time”<sup>8</sup>.

Furthermore, a key difference between the Panopticon as described by Foucault and 1984 is the nature of power behind it. Whereas for Foucault “*the disciplinary mechanism will be democratically controlled*”<sup>9</sup> and consequently “*there is no risk, [...] that the increase of power created by the panoptic machine may degenerate into tyranny*”<sup>10</sup>, it was the tyrannical or even more precisely totalitarian<sup>11</sup> power of the Party that solely exercised the surveillance in 1984.

---

<sup>5</sup> M. Foucault, *Discipline and Punish*: Penguin, 1991, p.201.

<sup>6</sup> H. Strub, *The theory of Panoptical control: Bentham’s Panopticon and Orwell’s Nineteen Eighty-Four*: Journal of History of Behavioural Sciences, 1989, p. 42-43.

<sup>7</sup> *Supra* note 5, p.200.

<sup>8</sup> *Supra* note 3, Part II, Chapter IX.

<sup>9</sup> *Supra* note 5, p.207.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> In the *Origins of Totalitarianism*, Hannah Arendt makes the distinction between tyranny and totalitarianism. While tyranny is the perverted form of monarchy (the rule of one), the hallmark of totalitarianism is that these regimes are not “opposite” of anything. Characterized by a rule supported by “superfluous” masses seeking a new reality in which they would be recognized in public, totalitarianism represents the radical and absolute evil.

Having determined the two main features of the surveillance in 1984 – its total and totalitarian nature - it is now important to analyse, whether the surveillance present in the modern Western democracies possesses both these characteristics. The type of surveillance present in the 21<sup>st</sup> century is more complex than the one depicted in 1984, due to its diversified nature. From a technological and quantitative point of view, we could simply argue that nowadays' surveillance is similar or even greater than the surveillance depicted in 1984. Given the surveillance programs such as PRISM<sup>12</sup>, MUSCULAR<sup>13</sup>, MARINA<sup>14</sup> or MAINWAY<sup>15</sup> that wiretap and collect different types of communication between citizens and do so in a constitutional way<sup>16</sup>; the tracking of any physical movements through the GPS mechanism in smartphones and other electronic devices<sup>17</sup> and the constant recording on the CCTV cameras<sup>18</sup>, it is no surprise that the UN Privacy Chief declared that the “*digital surveillance is worse than Orwell*”<sup>19</sup>. Furthermore, in case of the potential widespread of technologies such as The Future Attribute Screening Technology (“FAST”)<sup>20</sup>, machines will be able to read thoughts of citizens and detect their “thought crimes” just as depicted in 1984. Finally, until June 2013 when the NSA surveillance was denounced by the whistle-

---

For further characteristics of totalitarianism, see Jerome Kohn, *Totalitarianism: The Inversion of Politics* [<https://memory.loc.gov/ammem/arendhtml/essayb3.html>].

<sup>12</sup> PRISM (Planning Tool for Resource Integration, Synchronization, and Management) is a surveillance system launched in 2007 by the NSA (National Security Agency - The US government agency tasked with gathering intelligence for the country's government and military leaders) allowing the organization to "receive" emails, video clips, photos, voice and video calls, social networking details, log-ins and other data held by a range of US internet firms such as Apple, AOL, Facebook, Google (including YouTube), Microsoft (including Skype), Paltalk and Yahoo.

<sup>13</sup> MUSCULAR is a joint project operated by the NSA and GCHQ (Government Communications Headquarters - the UK government's communications-focused intelligence agency). The program has been used to intercept data from the cable links that are used by Google and others to connect up their computer servers, which are located across the world.

<sup>14</sup> MARINA is the NSA database and analysis toolset to gather internet metadata about the online activity of targets and other internet users.

<sup>15</sup> MAINWAY the NSA database and analysis toolset to gather and analyze call record metadata gathered via the PRISM program.

<sup>16</sup> IN 2014 the Government Privacy Board in the U.S. declared the Controversial NSA Surveillance Program Constitutional [[http://www.huffingtonpost.com/2014/07/02/pcllob-section-702\\_n\\_5550010.html](http://www.huffingtonpost.com/2014/07/02/pcllob-section-702_n_5550010.html)].

<sup>17</sup> Electronic Frontier Foundation, *Locational Privacy* [<https://www.eff.org/issues/location-privacy>].

<sup>18</sup> Britain's CCTV network is one of the largest in the world, with one surveillance camera for 11 people. Cf. S. Conn, *In the new age of surveillance, George Orwell's Nineteen Eighty-Four is more relevant than ever*: Metro, 14 July 2014 [<http://metro.co.uk/2014/07/14/in-the-new-age-of-surveillance-george-orwells-nineteen-eighty-four-is-more-relevant-than-ever-4795287/#ixzz3sExHK98C>]. Cf. D. Barrett, *One surveillance camera for every 11 people in Britain, says CCTV survey*: Telegraph UK [<http://www.telegraph.co.uk/technology/10172298/One-surveillance-camera-for-every-11-people-in-Britain-says-CCTV-survey.html>].

<sup>19</sup> M. Krieger, *New UN Privacy Chief Proclaims – UK Digital Surveillance is “Worse than Orwell”*: Before it's news, 25 August 2015 [<http://beforeitsnews.com/economy/2015/08/new-un-privacy-chief-proclaims-uk-digital-surveillance-is-worse-than-orwell-2754742.html>].

<sup>20</sup> C. A. Rogers, *Slow March towards thought crime: how the department of homeland Security's fast program violates the fourth amendment*: U. L. Rev. 337, 2014-2015: “The Future Attribute Screening Technology (“FAST”), currently being tested by the U.S. Department of Homeland Security (DHS), employs a variety of sensor suites to scan a person's vital signs, and based on those readings, to determine whether the scanned person has “malintent” - the intent to commit a crime”.

blower Edward Snowden<sup>21</sup>, it remained omnipresent, yet hidden, just as envisaged by Orwell.

However, the situation is much more complex with regard to the qualitative nature of surveillance. Indeed, just because we are subjects to omnipresent and often non-consensual surveillance does not make us Winston Smith<sup>22</sup>. Though the surveillance observed in the thematic reality show “Big Brother” is justified because of its consensual nature, it does not, however, imply that the lack of consent makes surveillance unjustifiable. Consent is only one among the criteria to be considered when assessing the nature surveillance. Consequently, the ethical and appropriate nature of surveillance depends on factors such as: who is exercising it (are those democratic governments, corporations or private individuals?), with what means (does the technique cause unwarranted harm? Does it cross a personal boundary without permission?), what is the context of the data collection (are individuals aware that personal information is being collected? Is there a human review of machine-generated results?) and for what use is the surveillance implemented (is the surveillance exercised in the name of collective interest and “greater good” or for purely personal motives? Is it proportional to its underlying motives and to the particular circumstances?)<sup>23</sup>.

This research assesses different types of surveillance that exist nowadays. However, it is beyond the scope of our reflection to determine their legitimacy. Rather, we will focus our attention on the inappropriate and unethical types of surveillance exercised by the governments, which is the most similar to the one depicted in *1984*.

A good example of such a surveillance is the one resulting from the US Patriot Act<sup>24</sup> of 2001 and further enshrined - even though to a slightly lesser degree - in the FREEDOM act<sup>25</sup> of 2015. Enacted in the aftermath of the September 11 attacks, the US Patriot Act aimed at strengthening national security and fighting terrorism. However, the act provoked numerous social and legal controversies as it was argued that it violates federal communication privacy laws and gives the government an unprecedented amount of surveillance power. The following sections of the Act are particularly controversial and considered to be problematic: section 213, which expanded the government’s ability to conduct secret searches; section 214, which expanded the Fourth Amendment exception for spying; section 215, which allowed the government to look at personal records held by a third party; section 218, which included new tactics to obtain foreign intelligence. The Act expired in June 2015, but numerous of its provisions were restored in a modified form in the FREEDOM act. Although the FREEDOM act imposed new limits on the bulk collection of telecommunication metadata by American intelligence agencies (Section 103), it however reinstated and reauthorized federal privileges for roving wiretaps and

---

<sup>21</sup> Cf. BBC News, *Edward Snowden: Leaks that exposed US spy programme* [<http://www.bbc.com/news/world-us-canada-23123964>]. Cf. La fondation Courage en soutien à E. Snowden, *Programmes de surveillance* [<https://edwardsnowden.com/surveillance-programs/>].

<sup>22</sup> Winston Smith is the main character of *1984*.

<sup>23</sup> For further information about characteristics determining the appropriateness of surveillance see the criteria proposed by M.I.T. professor Gary Marx available at [<http://cs.stanford.edu/people/eroberts/cs181/projects/ethics-of-surveillance/ethics.html>].

<sup>24</sup> Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act.

<sup>25</sup> Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ending Eavesdropping, Dragnet-collection and Online Monitoring Act.

tracking lone wolf terrorists (Section 704).<sup>26</sup> While President Obama declared that the new act “*protects civil liberties*”<sup>27</sup>, human rights organizations such as Amnesty International<sup>28</sup> or Human Rights Watch consider that the Act fails to efficiently protect the right to privacy both of people living inside and outside the United States. Moreover, these organizations go on to say that it does not address mass surveillance occurring under other laws and regulations such as Section 702 of the Protect America Act (2007)<sup>29</sup> or the Amendments Act to the Foreign Intelligence Surveillance Act (2008)<sup>30</sup>.

Before, proceeding to the second axis of our reflection – the destruction of past – it is important to be reminded of the negative effects of omnipresent, inescapable surveillance. “*Surveillance, in any land where it is ubiquitous and inescapable, generates distrust and divisions among its citizens, curbs their readiness to speak freely to each other, and diminishes their willingness to even dare to think freely*”.<sup>31</sup> Thus, even though the bulk collection of US phone records by the NSA officially ended on Sunday November 29<sup>th</sup><sup>32</sup>, the *FREEDOM act* perpetuates the undesirable chilling effect on the democratic functioning of the American society.

### III) Destruction of past

Another key theme from 1984 possibly having chilling effect on democratic functioning of Western democracies is the idea that the past is alterable and can be modified. As expressed in the Party’s slogan in 1984: “[w]ho controls the past controls the future: who controls the present controls the past.”<sup>33</sup> Thus, in order to strengthen its ideological control over the population, the Party in 1984 proceeded to mass reality control, carried on by the Ministry of Truth – the ministry in charge of “*news, entertainment, education and the fine arts*”<sup>34</sup> which in reality consisted in diffusing propaganda and rewriting history. There, “*the past was erased, the erasure*

<sup>26</sup> Freedom Act [<https://www.congress.gov/114/bills/hr2048/BILLS-114hr2048enr.pdf>].

<sup>27</sup> B. Chappell, *Senate Approves USA Freedom Act, Obama Signs It, After Amendments Fail* <http://www.npr.org/sections/thetwo-way/2015/06/02/411534447/senate-is-poised-to-vote-on-house-approved-usa-freedom-act>.

<sup>28</sup> Amnesty International, *Congress Must Put Human Rights at the Center of Surveillance Reform*, 7 May 2014 [<http://www.amnestyusa.org/news/press-releases/congress-must-put-human-rights-at-the-center-of-surveillance-reform>].

<sup>29</sup> The Protect America Act (PAA) allows for a more flexible surveillance regime during the war on terror. It enabled the government to engage in proactive surveillance without the prior approval requirement under FISA. Cf. K. Poorbaugh, *Security Protocol: procedural analysis of the foreign intelligence surveillance courts*, 22 May 2015 [<http://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2015/3/Poorbaugh.pdf>].

<sup>30</sup> The FISA amendment act (FAA) allows the Attorney General and the Director of National Intelligence to authorize jointly for a period of up to [one] year from the effective date of the authorization, the targeting of persons reasonably believed to be located outside the United States to acquire foreign intelligence information. It also added mechanisms for oversight of surveillance by Congress. Cf. K. Poorbaugh, *Security Protocol: procedural analysis of the foreign intelligence surveillance courts*, 22 May 2015 [<http://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2015/3/Poorbaugh.pdf>].

<sup>31</sup> A. Dorfman, *Repression by any other name: Guernica*, 3 February 2014 [<https://www.guernicamag.com/features/repression-by-any-other-name/>].

<sup>32</sup> Aljazeera, *NSA ends bulk collection of US phone records*, 28 November 2015 [<http://www.aljazeera.com/news/2015/11/nsa-ends-bulk-collection-phone-records-151128172222095.html>].

<sup>33</sup> *Supra* note 3, Part II, Chapter II.

<sup>34</sup> *Idem*, Part I, Chapter I.

*was forgotten, the lie became truth*<sup>35</sup>. The destruction was passible through the existence of so called “memory holes” allowing anyone to eliminate inconvenient facts: “*When one knew that any document was due for destruction, or even when one saw a scrap of waste paper lying about, it was an automatic action to lift the flap of the nearest memory hole and drop it in, whereupon it would be whirled away on a current of warm air to the enormous furnaces which were hidden somewhere in the recesses of the building*”<sup>36</sup>.

In 1984, the process of “rectifying” the past was continuous: “[t]he past not only changed, but changed continuously”<sup>37</sup>. Furthermore, it was not only the public history that was being modified by the Party, but also private history. Through the operation of constant surveillance, any potential “though criminal” could be “vaporized” and ceased to exist (and since this person did not exist in the present, it was as if he or she had never existed). Thus, both personal as well as collective memory were constantly rewritten and modified, in order to erase any possible reason for contestation and to give the Party the image of absolute infallibility, the absolute power and immortality.

The mutability of the past could not operate without two other “sacred principles of Ingsoc”<sup>38</sup> - Newspeak and Doublethink. Newspeak – or the simplification of language linked to a massive destruction of words and grammar – made “*the whole climate of thought [...] different. [...] Orthodoxy means not thinking – not needing to think. Orthodoxy is unconsciousness.*”<sup>39</sup> As for Doublethink, its principle was “*to know and not to know, to be conscious of complete truthfulness while telling carefully-constructed lies, to hold simultaneously two opinions which cancelled out, knowing them to be contradictory and believing in both of them; to use logic against logic, to repudiate morality while lying claim to it*”<sup>40</sup>.

Similarly to 1984, the democratic societies of the 21<sup>st</sup> century are characteristic by the destruction of collective as well as personal memory. As argued by Eric Hobsbawm: “[t]he destruction of the past, or rather of the social mechanisms that link one’s contemporary experience to that of earlier generations, is one of the most characteristic and eerie phenomena of the late twentieth century. Most young men and women at the century’s end grow up in a sort of permanent present lacking any organic relation to the public past of the times they live in”.<sup>41</sup> The importance of historical memory and the inalterability of the past was also emphasized by Foucault when explaining and justifying the importance of the historical demarche that he adopted in *Discipline and punish*: “[s]imply because I am interested in the past? No, if one means by that writing a history of the past in terms of present. Yes, if one means writing the history of the present.”<sup>42</sup> The historical memory is important because, as pointed out by Orwell: “[t]he world-view of the Party imposed itself most

---

<sup>35</sup> *Id.*, Part I, Chapter VII.

<sup>36</sup> *Id.*, Part I, Chapter IV.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Id.*, Part I, Chapter I.

<sup>39</sup> *Id.*, Part I, Chapter V.

<sup>40</sup> *Id.*, Part I, Chapter III.

<sup>41</sup> E. Hobsbawm, *The Age of Extremes*: Vintage Books, 1994, p.3.

<sup>42</sup> *Supra* note 5, p.31.

*successfully on people who [...] were not sufficiently interested in public events to notice what was happening*"<sup>43</sup>.

The historical amnesia in the world of the 21<sup>st</sup> century is complemented by the intended modification of the past at both collective and individual levels. The illegally amended statements from survivors of the Hillsborough disaster by the police done in order to divert criticisms<sup>44</sup>, or the Liberal Democrat MP Alistair Carmichael lying with regard to the election leak intended to damage SNP leader Nicola Sturgeon<sup>45</sup> are just few examples of past alteration at the collective or public level. As in 1984, this modification of the past is nowadays operating through the mechanisms of newspeak - known as political correctness (a good example is the use of expression "enhanced interrogation techniques" by CIA and Bush administration to cover up torture that will be further analysed in the last part of our reflection) and hypocritical doublethink (as for example David Cameron's doublethink discourses about disability in the UK<sup>46</sup> or Malcom Bruce answering to the question whether lying was widespread in public life by "*No, well Yes*"<sup>47</sup>). The ability of citizens to modify their comments (*a posteriori*) on social media or to publish embellished, photo-shopped pictures further perpetuates the alteration of the past at the individual level.

Obviously, from the quantitative point of view, this destruction is carried out at a much lower scale than in 1984. Also, from the qualitative point of view, it is important to mention that the modification of the past is carried out for different motives (collective disinterest in past and present political affairs and tentative to avoid criticism rather than willingness to assert authoritarian power). Furthermore, not only the state, but also private individuals and corporations proceed to the modification and embellishment of their history, which reveals certain degree of "democratization" of the mechanism.

However, these differences do not make the alterability of the past less dangerous for the functioning of the democratic societies, especially given the persisting power differences among different actors within the society. On the contrary, it is even more dangerous than in 1984 as the democratic legal frameworks actively support it. Perhaps the most striking example of the law playing an active role in the destruction or modification of past is the "*Right to be forgotten*" legislation resulting from the ruling by the European Court of Justice from May 13<sup>th</sup> 2014 in the case C-131/12<sup>48</sup>. The ruling is based on a new interpretation of the article 12 of the 1995 Data

<sup>43</sup> *Supra* note 3, Part II, Chapter VI.

<sup>44</sup> J. Brown, *Hillsborough disaster: IPCC to investigate complaints by fans that statements were altered*: Independent, 17 September 2013 [<http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/hillsborough-disaster-ipcc-to-investigate-complaints-by-fans-that-statements-were-altered-8822706.html>]; D. Thomson, *Hillsborough: Police chief admits he lied*: The Week, 12 May 2015 [<http://www.theweek.co.uk/uk-news/hillsborough/55493/hillsborough-25-years-what-do-we-still-not-know>].

<sup>45</sup> D. McKie, *Do our MPs lie? Yes, copiously and consistently*: The Guardian, 26 May 2015 [<http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/may/26/mps-lies-sliding-scale-alistair-carmichael>].

<sup>46</sup> F. Vellani, David Cameron, *The politics of doublethink and contemporary discourses of disability in the United Kingdom*: Disability & Society, Vol.30 No. 6, 2015, pp. 941-944 [<http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/09687599.2015.1052234>].

<sup>47</sup> *Supra* note 45.

<sup>48</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 May 2014, case C-131/12 [[http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf?doclang=EN&text&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=152065&occ=first&dir&cid=437838](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&text&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=152065&occ=first&dir&cid=437838)].

Protection directive.<sup>49</sup> In the ruling, the court said that individuals have the right - under certain conditions - to ask search engines to remove links with personal information about them. According to the paragraph 93 of the ruling: “[t]hat is so in particular where they appear to be inadequate, irrelevant or no longer relevant, or excessive in relation to those purposes and in the light of the time that has elapsed.” Following the ruling, Google (one of the parties to the dispute) received more than 350,000 requests in order to remove more than 1.2 million links on its search results<sup>50</sup>.

While the objective of the ECJ’s ruling was to protect the individuals’ right to privacy, it actually created legal “memory holes” as described by Orwell. Given that the ruling did not clearly defined how to determine information’s relevance or importance (except that it provides that it should be done on a case-by-case basis) it created a substantive grey area. Even though, in the paragraph 85 of the decision the Court clarified that this right is not absolute and will always be balanced against other fundamental rights<sup>51</sup>, it is not clear who can ask for information to be deleted. As pointed out in an article by the Forbes magazine: “[a] politician with a history of anti-Semitism who argued that they had reformed? A person who was long ago married and divorced and who now wants to remarry? What if you recklessly killed someone in a car crash when you were 16?”<sup>52</sup>. The problem of the ruling is that it opens the door to masking information, which may enable the ability to hide what ought not be hidden. It is Orwellian because it enshrines that the past can be modified and that there is no such thing as absolute truth while consecrating a censorship by search engine companies. There are many instances in which online material – illegal online material such as child pornography or material containing copyright infringements - is justifiably taken down. However, the ECJ’s ruling in the case C-131/12 allows taking down material that is simply “no longer relevant” or “inadequate”.

---

<sup>49</sup> Article 12, Right of Access: “Member States shall guarantee every data subject the right to obtain from the controller (...)

b) as appropriate the rectification, erasure or blocking of data the processing of which does not comply with the provisions of this Directive, in particular because of the incomplete or inaccurate nature of the data

c) notification to third parties to whom the data have been disclosed of any rectification, erasure or blocking carried out in compliance with (b), unless this proves impossible or involves a disproportionate effort”.

For further information see Factsheet on the “Right to be forgotten” [[http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet\\_data\\_protection\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_en.pdf)].

<sup>50</sup> Y. Palec, *Google Receives Staggering Amount Of ‘Right To Be Forgotten’ Requests*: Yibada, 28 November 2015

[<http://en.yibada.com/articles/89682/20151128/google-receives-staggering-amount-right-forgotten-requests.htm>].

<sup>51</sup> Paragraph 85 states: “Furthermore, the processing by the publisher of a web page consisting in the publication of information relating to an individual may, in some circumstances, be carried out ‘solely for journalistic purposes’ and thus benefit, by virtue of Article 9 of Directive 95/46, from derogations from the requirements laid down by the directive, whereas that does not appear to be so in the case of the processing carried out by the operator of a search engine. It cannot therefore be ruled out that in certain circumstances the data subject is capable of exercising the rights referred to in Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 against that operator but not against the publisher of the web page”.

<sup>52</sup> D. Kirkpatrick, *The Right to Be Forgotten? Europe’s Orwellian Internet Time Warp*: Forbes, 23 May 2014

[<http://www.forbes.com/sites/techonomy/2014/05/23/the-right-to-be-forgotten-europes-orwellian-internet-time-warp/>].

As demonstrated in the previous part, it is important to protect right to privacy in the age of mass surveillance. However, allowing the past to be modified does not protect the right to privacy. If our understanding of “privacy” implies the possibility to erase the past, it represents a potential of authoritarian threat. As pointed out in 1984: “[i]f both the past and the external world exist only in the mind, and if the mind itself is controllable – what then?”<sup>53</sup>.

In 1984 the “*day-to-day falsification of the past, carried out by the Ministry of Truth, is as necessary to the stability of the regime as the work of repression and espionage carried out by the Ministry of Love*”<sup>54</sup>. In the last part of our reflection, we shall demonstrate that this is still the case in the democratic societies of the 21<sup>st</sup> century.

#### IV) Widespread of state-sanctioned threat and punishment

The last key theme from 1984 that will be analysed in our reflection is the widespread of threat and punishment in modern democracies. In the society of 1984, the threat of punishment was omnipresent, because “*purges and vaporizations were a necessary part of the mechanics of government.*”<sup>55</sup>. Because the Party had a monopoly of surveillance, it was certain that any minor deviation from the prescribed behaviour would be detected and punished. Even before Winston Smith committed the “crime” of opening a diary, he had known that this would be detected and punished “*whether he went on with the diary, or whether he did not go on with it, made no difference. The Thought Police would get him just the same.*”<sup>56</sup> Punishment, torture and subsequent “vaporization” were just a matter of time. “*Thoughtcrime does not entail death: thoughtcrime IS death.*”<sup>57</sup> When Winston and Julia engaged in their “resistance” love affair, they both knew that they would soon be dead. In fact, the proximity of death was so certain that they both proclaim that they “*are the dead*”<sup>58</sup>.

However, the proper nature of punishment and torture is revealed only in the last part of the book after the arrest of Winston, describing his torture at the Ministry of Love - the Party’s apparatus in charge of repression, espionage, arrests, torture and executions. Due to the omnipresent surveillance, everyone sooner or later finished in the torturing cells of the “MiniLuv”. There, “[t]he confession was a formality, though the torture was real. How many times he had been beaten, how long the beating had continued, he could not remember”<sup>59</sup>. The objective of the psychological torture (humiliation, bullying, nervous fatigue resulting from constant questioning, lights that are never switched off, absence windows) as well as physical torture (electric shocks, beating) was to dehumanize - to denaturize the pure essence of Winston’s humanity. Contrary to what Winston and Julia thought before their arrest, the kind of continuous, inhumane torture that took place in MiniLuv was so strong, that it was possible to alter the feelings and emotions and “*to get inside you*”<sup>60</sup>. As explained by Winston’s torturer O’Brian whom Winston previously trusted: “*we do not merely*

<sup>53</sup> *Supra* note 3, Part I, Chapter VIII.

<sup>54</sup> *Idem*, Part II, Chapter IX.

<sup>55</sup> *Id.*, Part I, Chapter IV.

<sup>56</sup> *Id.*, Part I, Chapter I.

<sup>57</sup> *ibidem*.

<sup>58</sup> *Idem*, Part II, Chapter X.

<sup>59</sup> *Id.*, Part III, Chapter II.

<sup>60</sup> *Id.*, Part II, Chapter VII.

*destroy our enemies, we change them*<sup>61</sup>. As he specified: “*we convert him, we capture his inner mind, and we reshape him. We burn all evil and all illusion out of him; we bring him over to our side, not in appearance, but genuinely, heart to soul. We make him one of ourselves before we kill him*”<sup>62</sup>.

As pointed out by Nietzsche, punishment is determined by different kinds of utilities. What is then essential to the survival of punishment, is the desire to punish (and consequently to subordinate, coerce and transform) other human beings, so deeply rooted in human nature: “[t]o see suffering does you good, to make suffer, better still [...] No cruelty, no feast: that is what the oldest and longest period in human history teaches us – and punishment, too, has such very strong festive aspects!”<sup>63</sup>. Similarly to Nietzsche, Foucault perceived the issue of punishment under the law as a factor of social and political power to threaten, coerce, destroy and transform. As pointed out in *Discipline and Punish*, Foucault cultivated a profound suspicion towards the so called “humanization” of the forms of punishment in the contemporary society resulting from the abandonment of physical brutality in favour of the hidden carceral system. As he points out “*the disappearance of torture as public spectacle*” was only replaced by the appearance of “*punishment of a less immediately physical kind, a certain discretion in the art of inflicting pain, a combination of more subtle, more subdued sufferings, deprived of their visible display*”<sup>64</sup>.

To what extent does this desire to punish, the power to threaten, coerce and destroy and the art of inflicting pain prevail in the modern democracies? Taking the example of the U.S. criminal justice system, the most striking change over the last half-century has been the tremendous increase in incarceration rates. According to American Civil Liberties Union (ACLU), since 1970, the US prison population has risen by 700%, currently amounting to more than 2 million. Thus, with only 5% of the world’s population, the U.S. has 25% of the world’s prison population. Furthermore, one in 31 adults are under some form of correctional control, counting prison, jail, parole or probation.<sup>65</sup> The only other large country that comes close to the United States’ rate of incarceration is Russia (nearly 0.50%), while in Western European countries, the incarceration rate is generally under 0.10%.

From a purely quantitative point of view, it could be argued that the rise of the prison population accompanied by the trend of prison privatization resulting in the boom of “prison-industrial complexes” (PIC) is motivated by profit-based thinking. Not only that numerous cities in the US – such as the city of Ferguson in Missouri - rely on fines to strengthen their budget<sup>66</sup> but prison populations also represent a cheap

---

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Id.*, Part III, Chapter II.

<sup>63</sup> F. Nietzsche, *On the Genealogy of Morality*, 1887, p.43.

<sup>64</sup> *Supra* note 5, p.7.

<sup>65</sup> American Civil Liberty Union (ACLU), *Mass-incarceration problém* : [[https://www.aclu.org/files/assets/massincarceration\\_problems.pdf](https://www.aclu.org/files/assets/massincarceration_problems.pdf)]; J. Travis, B. Western, S. Redburn, *The Growth of Incarceration in the United States: Causes and Consequences*: Washington, DC: National Academies Press, 2014, Chapter 2.

<sup>66</sup> In 2015, a report by the U.S. Department of Justice found that the town of Ferguson, Missouri, relied heavily on revenue from fines to support its municipal budget and that police, prosecutorial and court practices in imposing and collecting these fines seriously affected the city’s predominantly black population, Cf. U.S. Department of Justice, Civil Rights Division, *Investigation of the Ferguson Police Department*, 2015 [[http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2015/03/04/ferguson\\_police\\_department\\_report.pdf](http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2015/03/04/ferguson_police_department_report.pdf)].

source of labour<sup>67</sup>. However, the prison populism does not only result in the increased incarceration rates, but also in the persistence of so called “black sites” such as Abu Ghraib or Guantanamo bay – places of state-sanctioned abuse and torture worse than in 1984. In June 2015, Reuters revealed that the CIA used a “wider array of sexual abuse and other forms of torture than was disclosed in a Senate report from 2014”<sup>68</sup> (this is yet another example of the past-modification analysed in the previous axis of our reflection). The abuse included pouring iced water on the genital parts of the inmate, touching his private parts, two naked videotapes, threats of beating by a hammer, baseball bats, leather belts and prolonged solitary confinement in complete darkness. The concerned inmate reported that he wished the interrogators had killed him. The alleged response of the interrogators was: “[s]on, we are going to take care of you. We are going to send you to a place you cannot imagine”<sup>69</sup>.

At this stage it is important to briefly mention the role the law played and continues to play in perpetuating this torture equally referred to by the Orwellian doublethink expression - “enhanced interrogation techniques”. While the techniques resulted from measures enacted after the 2001 terrorist attacks, it was slightly relaxed after 2005 when the U.S. Congress passed the Detainee Treatment Act that included anti-torture provisions. However, despite this act, the torture in the US prison continued as revealed in the Shadow report submitted for the November 2014 Review of the United States by the Committee Against Torture by the US Human Rights network.<sup>70</sup> Furthermore, even though the US signed the United Nations Convention Against Torture and that in July 2014 the European Court of Human Rights condemned the government of Poland for participating in the CIA enhanced interrogation in a “black site” located in Poland that the court called “torture, inhumane and degrading treatment”<sup>71</sup>, the chances that the heads of the former and current administration will be prosecuted for the violation of both national and international laws are minimal, as – according to Barack Obama, they acted in “good faith”<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> The prison industry complex is one of the fastest-growing industries in the United States and its investors are on Wall Street. More than 35 states in the US have legalized the contracting of prison labor by private corporations such as IBM, Boeing, Motorola, Microsoft, Hewlett-Packard and more. Between 1980 and 1994, profits went up from \$392 million to \$1.31 billion. Inmates in state penitentiaries generally receive the minimum wage for their work, but not all – for example in Colorado, they get about \$2 per hour, Cf. V. Pelaez, *The Prison Industry in the United States: Big Business or a New Form of Slavery?* : Center for Research on Globalization, 10 March 2008. [<http://www.globalresearch.ca/the-prison-industry-in-the-united-states-big-business-or-a-new-form-of-slavery/8289>].

<sup>68</sup>D. Rohde, *Exclusive: Detainee alleges CIA sexual abuse, torture beyond Senate findings*: Reuters, 2 June 2015

[<http://www.reuters.com/article/2015/06/02/us-usa-torture-khan-idUSKBN0OI1TW20150602#70y4sKM3bJGFvib.97>].

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> Committee Against Torture, *Prisoner Testimonies of Torture in United States Prisons and Jails*, November 2014

[[http://www.ushrnetwork.org/sites/ushrnetwork.org/files/survivors\\_speak\\_-\\_afsc\\_cat\\_shadow\\_report.pdf](http://www.ushrnetwork.org/sites/ushrnetwork.org/files/survivors_speak_-_afsc_cat_shadow_report.pdf)].

<sup>71</sup> D. Bilefsky, *Court Censures Poland Over C.I.A. Renditions*: New-York Times, 24 July 2014 [[http://www.nytimes.com/2014/07/25/world/europe/poland-cia-black-site-extraordinary-rendition.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/07/25/world/europe/poland-cia-black-site-extraordinary-rendition.html?_r=0)].

<sup>72</sup> R. Sanchez, *Why won't Barack Obama prosecute CIA torturers?* : The Telegraph, 12 December 2014

[<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/barackobama/11291476/Why-wont-Barack-Obama-prosecute-CIA-torturers.html>].

As demonstrated in this example, the modification of the past goes hand in hand with repression as pointed out by Orwell in 1984. Furthermore, in the age of constant surveillance, solitary confinement is used as a form of torture. Our reflection on the spread of state-sanctioned threat and punishment will end with a quote by Confucius dating from the 5th century BCE, yet still relevant actual in the 21st century CE: “[W]hen punishments fails to be just in practice, people will not know where to put their hands and feet.”

## V) Conclusion

We do not live in the world of 1984. And yet certain totalitarian tendencies such as the normalization of surveillance, the destruction of past and the widespread of state-sanctioned threat and punishment are present in our societies. Contrary to 1984, citizens living in the United States of America or the European Union have the opportunity to democratically express their opinion and discontent. And yet they sometimes passively - through the lack of interest in political affairs - sometimes actively - through actions and claims resulting from fear and paranoia - contribute to the arbitrary and undemocratic use of power by their governments. Contrary to 1984, we do have laws. And yet laws sometimes serve as tools in promoting, legitimizing and justifying the aforementioned undemocratic tendencies. Whereas it is the U.S. P.A.T.R.I.O.T. act or the FREEDOM act legitimizing and normalizing unethical surveillance, the EU right to be forgotten promoting past destruction or the American criminal justice perpetrating the culture of violence and punishment, the marriage between the law and arbitrary use of power is dangerous for the founding values of Western societies. Thus, Orwell’s 1984 is not a distant date in our history, but an image, that continuously reflects back to us what we cannot or do not want to see. If - through the example of Winston’s transformation and dehumanization - Orwell anticipates the defeat of humankind, it is to allow his readership to reflect upon the importance of democratic values in order to prevent the story described in the book from becoming a reality.

In the age of globalized terrorist threat, it may be desirable to give in to the rise of nationalism and declare our loyalty to the state in which we reside rather than to our fellow human beings. Moreover, it may appear rational to willingly give up our liberty to strengthen our security, and to actively or passively sanction state-violence and punishment not only in our territory, but also abroad. However, these decisions would in fact be contrary to the democratic values that build our societies. Moreover, it would be a misuse of the true insights from Orwell’s writings. In fact, it would be akin to using Orwell as a manual instead of a warning. Commenting on 1984, Orwell wrote, “*I do not believe that the kind of society I describe necessarily will arrive, but I believe that something resembling it could arrive. Totalitarianism, if not fought against, could triumph anywhere.*” Unless we redefine our understanding of democratic values and democratic functioning of societies we live in, and unless the civil societies mobilize in order to defend these values, and unless the law prevents the arbitrary use of power instead of promoting it, the chances are serious that 1984 will arrive and soon.

In conclusion, there are two quotes that resonate with Orwell’s message and that are very relevant for the 21<sup>st</sup> century:

*“We are all – though naturally to differing extents – responsible for the operation of the totalitarian machinery. None of us is just its victim. We are all also its co-creators.”*

Václav Havel<sup>73</sup>

*“If we destroy human rights and rule of law in the response to terrorism, they have won.”*

Joichi Ito<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Václav Havel was a Czech writer, philosopher, dissident and the former president of the Czech Republic. The quote is part of the New Year's address, Prague (1 January 1990).

<sup>74</sup> Joichi Ito is a Japanese-American activist, entrepreneur and Director of the MIT media lab.



# TÉMOIGNAGES

---

## PAYAM AKHAVAN

*Justice for ISIL Crimes: the voice of victims as antidote to extremism*

PAYAM AKHAVAN

Professeur de droit international à la Faculté de droit de l'Université de McGill à Montréal

*Le professeur Payam Akhavan enseigne et poursuit ses recherches dans les domaines du droit international public, du droit pénal international et de la justice transitoire avec un intérêt particulier pour les droits de la personne et multiculturalisme, la répression des crimes de guerre, la réforme de l'ONU et la prévention du crime de génocide. En 2017, il prononcera les conférences Massey. Payam Akhavan a servi comme premier conseiller juridique auprès du procureur aux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (1994-2000) et fait d'importantes contributions à la jurisprudence de ces tribunaux. Il a également travaillé sur le terrain avec l'Organisation des Nations Unies en Bosnie, en Croatie, au Cambodge, au Guatemala, au Timor-Leste et au Rwanda. Il est membre des barreaux de New York et du Haut-Canada. Il a comparu comme avocat et défenseur devant la Cour internationale de justice (Application de la Convention sur la prévention de la discrimination raciale, Géorgie c. Russie), la Cour pénale internationale (avocat pour la Libye dans l'affaire Kadhafi), la Cour européenne des droits de l'Homme (Akçam c. Turquie), la Cour permanente d'arbitrage (Commission d'indemnisation Érythrée-Éthiopie, Guyane c. Suriname pour la délimitation de la frontière maritime, Bangladesh c. Inde pour la délimitation de la frontière maritime), le Tribunal international du droit de la mer (Bangladesh c. Myanmar pour la délimitation des frontières maritimes), et comme amicus curiae devant la Cour suprême des États-Unis (Hamdi c. Rumsfeld et Padilla c. Rumsfeld). Payam Akhavan est aussi l'un des fondateurs du Iran Human Rights Documentation Centre ; il siège au conseil consultatif de nombreuses organisations non gouvernementales et il a fait campagne au nom de nombreux prisonniers politiques.*

On November 27th, 2014, I testified before Canada's House of Commons Foreign Affairs Committee on Canada's Response to the Violence, Religious Persecution and Dislocation Caused by the Islamic State of Iraq and the Levant (ISIL). On that occasion, I noted that aerial bombardment of ISIL is a "relatively effortless micro-crusade against savagery" that does not provide a meaningful solution to the "dialectics of extremism" - the competing Sunni-Shia sectarian ideologies - that is ripping the region apart. As recent events demonstrate - whether in Paris or Beirut, Syria or Iraq - there is no doubt about the immediate necessity of defending civilians, both in the Middle East and the West, against further terrorism and atrocities. But

this must be weighed against ISIL's deliberate policy of provoking and exploiting foreign intervention to recruit more warriors in pursuit of its apocalyptic global jihad. Beyond military measures, an essential component of fighting against the hateful propaganda poisoning young impressionable minds is a counter-ideology of human rights and religious pluralism; and there is nothing better than giving a platform for the voice of victims to help people internalize such values. In the long-term struggle against ISIL, justice may be the underestimated weapon of choice.

Exactly one year after my testimony in Ottawa, I spoke with a courageous and dedicated official from the Kurdish Regional Government (KRG) in Erbil, northern Iraq. This was shortly after the military victory of the Peshmerga forces in Shingal ("Sinjar" in Arabic) and the discovery of mass-graves containing the remains of hundreds of civilians belonging to the Yazidi minority. Many of these were women between the ages of 40 and 80 that ISIL deemed "unworthy" of the rape and sexual enslavement that befell younger women and girls that they captured in recent months. There were long pauses in our conversation as we both tried to fathom the unspeakable inhumanity of the perpetrators and how these women and girls can begin to heal their deep wounds. A United Nations Report recently concluded that extermination of religious groups such as the Yazidi qualifies as crimes against humanity and genocide. Christians and other minorities are also violently persecuted. But no legal epithet, no amount of righteous indignation, can capture the horrors inflicted on these hapless victims of fanaticism and misogyny.

As I attempted to advise the KRG on accountability for these crimes, I pondered the meaning of justice in such extreme circumstances. Is it possible to adequately punish someone for a crime as extreme as genocide? What penalty deters a suicide bomber whose highest aspiration is to become a martyr? What are the chances of catching him alive? Without a defendant in the dock, how can victims have at least a small measure of accountability? Why is exposing such atrocities important for the future of the region? In pursuit of justice, there have been calls for the Government of Iraq to become a party to the Statute of the International Criminal Court (ICC). In this way, the Court could exercise jurisdiction and investigate the crimes committed in the KRG's territory. Even if Iraq agreed to sign the Statute however, it appears that such judicial intervention would have a largely symbolic value; the execution of an arrest warrant obviously requires the arrest of an accused person - preferably a senior ISIL commander - which appears unlikely at present. Iraqi courts, or the KRG courts in particular, would face a similar problem of enforcement, even if they received international support and expertise to investigate and prosecute such cases.

As a former UN prosecutor at The Hague, I have spent much of my career promoting the ICC. I am of the view however, that exclusive focus on criminal trials in the context of ISIL crimes is misplaced. First, even without a prosecution, the KRG should receive assistance for the exhumation of mass-graves, systematic collection of witness testimony, and establishment of a centre for documentation of these crimes. It is necessary, at the very least, and as a first step to achieving some measure of accountability, to objectively establish the historical record, both for the victims and for future generations. Second, giving a platform for the voice of the survivors to be heard does not need to await the capture of ISIL perpetrators. In particular, consideration should be given to an International Truth Commission for the KRG. Its purpose would be to give the survivors an opportunity to tell their stories before a prominent and reputable panel for widespread diffusion and broadcasting by media

around the world. No expert report, not even a formal judicial process, can convey the intimate reality and repugnance of these horrors as powerfully as the spontaneous unmediated testimony of those that have suffered such shocking cruelties. The crimes against the Yazidi and other religious minorities are the result of a hateful ideology that totally dehumanizes its intended victims, both as religious minorities and as women. The beginning of justice is to rehumanize the victims and survivors. Creating a lasting culture of religious pluralism, gender equality, and non-violence, requires a sustained educational process, the popularization of human dignity as the cornerstone of a just society, without which the future of the region will remain bleak.

There are valuable precedents that illustrate this wider concept of justice that is not limited to the strictures of criminal trials and punishment. In contexts as diverse as post-apartheid South Africa and Canada's residential schools for indigenous children, Truth and Reconciliation Commissions have played an important role in collective therapy and social transformation. Each context is unique, but the common thread is the combined cathartic and socio-pedagogical effect of exposing the public to the simple and accessible but powerful and transcendent message of redeeming human suffering.

As Canada ponders its multiple options for assisting the KRG, the empowerment of victims and popularization of human rights ideals through a credible process of truth-telling should be given serious consideration. I have often seen how "soft power" is overlooked in dealing with violence. But it is clear that beyond bombs, ISIL can only be defeated by a concerted awareness campaign that restores and reinforces the dignity of the victims of religious and gender violence. I noted in 2014 to the Parliamentary Committee in Ottawa that ISIL "was a long time in the making" and that any lasting solution for the region "will require a new vision based on pluralism and interdependence". The short-sighted cynicism of the past that tolerated and even encouraged religious extremism in the name of "brilliant" geo-political strategies, is no longer an option. Looking forward to the day when the rich multicultural tapestry of the Middle East will become a cause for celebration rather than bloodshed, I repeat here the conclusion of my testimony:

*It cannot be accepted that it is this region alone that is somehow immune from the historic forces of integration that have elsewhere shaped the world. The forging of a new unified Middle East can be achieved either through sustained engagement and courageous leadership, or otherwise, after more, yet unimaginable calamities leave no other choice.*

**VALÉRY DENOIX DE SAINT MARC***Le droit comme instrument pour répondre à la violence**Les conséquences de l'attentat causé par le régime de Kadhafi contre le DC-10 d'UTA*

VALÉRY DENOIX DE SAINT  
MARC

Avocat associé,  
August & Debouzy

*Admis au barreau de Paris en 1991, Valéry Denoix de Saint Marc a rejoint August & Debouzy en janvier 1998. Il est admis au barreau de Berlin en 1999. Associé au sein du groupe Corporate, il conseille des clients français et internationaux dans des domaines tels que les contrats de financement, les fusions et acquisitions (y compris les opérations de capital investissement) et les transactions immobilières. Valéry Denoix de Saint Marc exerce également en matière d'arbitrage, en qualité d'arbitre ou pour représenter des clients dans le cadre de procédures d'arbitrage ad hoc ou soumises au Règlement d'arbitrage de la CCI.*

En 1989, le régime de Kadhafi provoque l'explosion d'un avion de ligne français, causant la mort de 170 personnes.

En 1999, plusieurs ressortissants libyens sont condamnés par contumace à la suite de ces faits ; à ce jour, en dépit des mandats d'arrêt international, ils sont encore libres.

Début 2004, un double accord est signé entre les représentants des familles des victimes et une entité privée émanant de l'Etat libyen, d'une part, et la France et la Libye, d'autre part, visant à la reconnaissance de l'implication de la Libye dans cet attentat.

Ces trois dates marquent les principales étapes du chemin parcouru par les familles des victimes, fait de douleur, de frustrations, parfois de résignation, mais aussi de détermination. Le droit a étroitement accompagné ce cheminement.

La première partie du processus s'est, bien entendu, traduite par une enquête judiciaire, puis par la décision de condamner plusieurs ressortissants libyens, par contumace. Cette première étape s'est révélée très frustrante pour les victimes : parce

que celui qui est perçu comme le principal responsable, le régime du colonel Kadhafi, n'a jamais véritablement été inquiété, et parce que la procédure de contumace est par nature imparfaite, privant les parties-civiles de la confrontation avec les personnes poursuivies.

La frustration était d'autant plus forte que les mandats d'arrêt sont restés sans aucun effet, et surtout en raison de la volonté de la France, qui était pourtant directement visée par cet attentat, de normaliser ses relations diplomatiques et commerciales avec la Libye, sans s'être préalablement souciee d'obtenir de cette dernière, de quelque manière que ce soit, la reconnaissance de sa responsabilité.

C'est cette frustration très vive qui explique qu'une seconde partie ait alors été nécessaire, dans le cadre de laquelle le droit a été mobilisé de manière beaucoup plus atypique que dans la première partie.

L'objet des négociations qui ont alors eu lieu était d'obtenir que le régime de Kadhafi reconnaisse sa culpabilité. C'est dans ce cadre que j'ai été conduit à représenter les familles des victimes aux côtés de mon cousin, Guillaume Denoix de Saint Marc, dont le père avait été tué lors de l'attentat. En raison de cette frustration, il était important que ce soit les familles de victimes elles-mêmes qui se chargent de cette mission, pour prendre en quelque sorte en charge leur propre sort.

Nous sommes parvenus, avec tous ceux qui se sont agrégés au fur et à mesure à notre initiative, au résultat que nous nous étions fixés, alors que nous n'avions au départ aucun levier de négociation, aucun moyen de pression à l'égard de la Libye.

En février 2002, au lendemain d'une altercation avec Saïf Al Islam Kadhafi, qui était alors l'héritier présomptif du colonel Kadhafi, s'est ouverte l'option d'entamer des négociations contre la Libye.

Nous étions également en présence d'une diplomatie française qui était alors soucieuse de normaliser ses relations avec la Libye. Marquée par une conception encore très traditionnelle de la raison d'Etat, elle faisait prévaloir des intérêts certes stratégiques (l'approvisionnement en pétrole et le développement de l'industrie française) sur d'autres considérations qui, à la réflexion, sont tout autant stratégiques : mettre ses actes en cohérence avec sa position de « patrie des droits de l'Homme », droits de l'Homme qui avaient été bafoués par la mort de victimes innocentes ; mais également considérer qu'à travers des ressortissants français (et un avion de ligne français) c'est la France elle-même qui était visée et touchée.

Nous étions alors en effet totalement démunis face à la Libye, Etat à la fois riche et terroriste et d'autant moins enclin à prendre en compte les droits de l'Homme qu'il savait avoir tout à se reprocher dans cette affaire.

Ce qui est avant tout, à l'évidence, un drame humain, ayant à la fois des causes et des conséquences politiques et diplomatiques a néanmoins donné lieu à un traitement juridique. A travers cette expérience, il a été nécessaire d'utiliser la technique du droit dans des circonstances qui ont permis de vérifier à quel point il s'agit d'un instrument qui s'adapte aux situations les plus hétérogènes.

Il a fallu commencer par apprécier le rapport de forces entre les parties prenantes, les

atouts et les faiblesses du régime de Kadhafi, et ceux de notre propre parti. En l'espèce, seul l'objectif final était clair : obtenir de la Libye qu'elle reconnaisse être responsable de l'attentat. Quelle forme prendrait cette reconnaissance ? Par quels moyens l'obtenir ? Tout était à concevoir.

L'inventaire de notre arsenal juridique fut rapide : nous n'avions, on peut le reconnaître désormais, que des arguments juridiques d'une force et d'une pertinence assez relative à notre disposition. La Libye avait beau jeu de souligner que les tribunaux français s'étaient prononcés et avaient condamné toutes les personnes qu'ils estimaient responsables. Du point de vue de la Libye, le dossier était clos.

Faute de parvenir, en raison de l'attitude du gouvernement français, à mobiliser les instruments les plus adaptés à la situation, relevant à la fois de la diplomatie et du droit international public, nous avons été conduits à mobiliser le seul argument à notre disposition : celui de l'obligation de réparer les conséquences de l'attentat, et d'indemniser les parents des victimes.

C'est un exercice juridique assez acrobatique, pour une simple association de parents de victimes, que de mettre en cause la responsabilité d'un Etat souverain, qui n'avait lui-même pas été condamné, et ne comptait d'ailleurs aucun ressortissant parmi les victimes, pour obtenir leur indemnisation par simple voie de négociation.

Pour pallier cette fragilité du fondement juridique, il a été nécessaire de mobiliser un autre moyen de négociation afin de convaincre dans un premier temps le gouvernement français de nous soutenir, soutien qui est ensuite devenu notre principal levier contre Kadhafi.

Ce moyen, c'est la légitimité accrue des victimes à se faire entendre dans le débat public. C'est sur cette légitimité que nous avons dû faire reposer notre capital de conviction. Ce que l'on peut rétrospectivement considérer comme une stratégie de négociation a donc consisté en premier lieu à obtenir, puis conserver, l'adhésion à notre démarche des familles des victimes de l'attentat.

Ultérieurement, c'est un autre levier, qui relevait pour le coup à la fois du droit international public et de la diplomatie, qui fut mobilisé par le gouvernement français : la levée des sanctions de l'ONU contre la Libye. En effet, en raison des négociations d'Etat à Etat entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, d'un côté, et la Libye, de l'autre, les conséquences de l'attentat de Lockerbie étaient sur le point de se traduire par un accord. Une des composantes de cet accord résidait dans l'engagement des deux Etats membres du Conseil de sécurité de se prononcer en faveur de la levée des sanctions frappant la Libye. Afin de parvenir à ce que le dossier de l'attentat du DC 10 d'UTA puisse lui aussi faire l'objet d'un accord, la France a dû user de la menace de ne pas voter en faveur d'une telle décision.

Ainsi, c'est le caractère en quelque sorte hybride de notre démarche, d'un point de vue juridique, qui explique la nature elle-même hybride des accords auxquels nous sommes parvenus.

En effet, le 9 janvier 2004, un double accord fut conclu. Le premier fut signé entre l'association représentant les parents des victimes, d'une part, et une sorte d'excroissance de l'appareil d'Etat du régime Kadhafi, une pseudo-ONG, qui par une

sorte d'ironie s'intitulait « Fondation Kadhafi pour les droits de l'Homme ». Parallèlement, un accord gouvernemental était conclu entre la France et la Libye.

La Libye reconnaissait ainsi sa responsabilité dans l'organisation de l'attentat qui avait causé la mort de 170 personnes. La Libye versait à cette occasion une indemnité dont le montant n'avait rien de symbolique. Désormais, après le renversement du régime du colonel Kadhafi, sans que ce dernier n'ait pu être jugé, nous veillons à ce que les personnes qui ont été condamnées par contumace viennent enfin répondre de leurs actes au grand jour.



# CONFÉRENCES

---

## Compte-rendu de la troisième soirée du cycle de conférences organisé par le collège des Bernardins « La violence, la société et le droit »

Par Agathe de Marcillac, membre du Comité de rédaction de la Revue des juristes de Sciences Po

---

### Intervenants

- **M<sup>sr</sup> Beau** : évêque auxiliaire de Paris.
- **Thierry Massis** : avocat au Barreau de Paris spécialisé en droit de la presse.
- **Vincent Berger** : ancien jurisconsulte de la Cour européenne des droits de l'Homme.

La soirée du mercredi 21 octobre, troisième du cycle de conférences organisé par le collège des Bernardins, portait sur le thème de la violence en lien avec la liberté d'expression.

Thierry Massis a d'abord parlé des limites à la liberté d'expression en droit français, soulignant la construction historique de restrictions destinées à préserver des excès. Bien que consacrée à l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (« DDHC »), la liberté d'expression n'est consacrée qu'en l'absence de volonté de nuire, d'animosité personnelle, et en présence d'un but légitime.

La jurisprudence française, en droit de la presse, reste fondamentalement liée à la note du Président Mimin en 1939 (Cass. crim., 27 octobre 1938) qui établit que le journaliste est limité dans ses actions par sa propre bonne foi. Il affirme ainsi que "*la bonne foi suppose la sincérité, la bonne foi suppose un but légitime, la bonne foi suppose que l'imputation diffamatoire est proportionnée au but légitime, la bonne foi suppose la prudence.*"

La liberté d'expression, et toute la violence qu'elle peut engendrer pour le sujet qui en est la victime, est subordonnée à trois régimes juridiques selon qu'elle concerne *la polémique politique, l'humour* ou *le respect des croyances* :

- La *polémique politique* est aujourd'hui régie par une notion inspirée de la Cour européenne des droits de l'homme : l'intérêt général, qui remplace la bonne foi dans les affaires politiques. C'est ce critère qu'il appartient au juge d'apprécier.
- Les juridictions françaises se refusent traditionnellement à limiter l'expression dans le cadre de *l'humour*, considérant à l'instar du tribunal de grande instance de Paris que "*le bouffon remplit une fonction sociale éminente et salutaire et participe à sa manière à la défense des libertés. On ne peut exiger de l'humoriste la prudence dans l'expression dès lors que l'excès est la loi du*

*genre*” (*Bedos c. Front National*, 17<sup>ème</sup> chambre correctionnelle, 9 janvier 1992).

- C’est peut-être le *respect des croyances* qui complexifie particulièrement les problématiques de liberté d’expression. Dans le cadre de conflits de fondamentalisme, entre les articles 10 et 11 de la DDHC, il est particulièrement difficile d’identifier une ligne conductrice aux jurisprudences françaises depuis 1905.

Cette question peut être rapportée à des thématiques d’une actualité brûlante et à la limitation de la liberté d’expression face au risque terroriste. En guise de conclusion, Maître Massis nous laisse réfléchir sur les conséquences de l’interdiction de l’apologie du terrorisme et de l’incitation à la violence.

Vincent Berger, dans son analyse plus tournée vers la pratique juridique de la Cour européenne des droits de l’Homme, a choisi d’évoquer la protection du sentiment religieux dans les textes internationaux. Rappelant que leur application est limitée, Maître Berger insiste sur le fait que les Etats européens ont dû progressivement renoncer à la criminalisation du blasphème, présent dans les droits nationaux jusqu’au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle. La Cour de Strasbourg entrant en dernier recours, sa jurisprudence est peu abondante et très récente concernant la protection du sentiment religieux. Les articles 9 et 10 de la Convention européenne des droits de l’Homme, voisins et de structure similaire décrivant droits et exceptions, manquent de définitions clairement applicables par les magistrats, ce qui laisse au juge une grande liberté d’appréciation.

Ainsi, ont pu être définies deux attaques contre les pratiques religieuses : *dénigrement* et *discours de haine*.

- Le *dénigrement* d’un groupe, c’est-à-dire la critique de ses croyances, ne peut être limité par la Cour de Strasbourg. Dans une décision de rejet pour défaut de fondement en 1980 (*Church of Scientology v. Sweden*), la Cour a rappelé que d’une croyance ne peut être tiré un droit à l’absence de critique. Cette appréciation a été réitérée par la Cour en 2003 (*Djavit an v. Turkey*) et en 2008 (*Leela Förderkreis e.v. et autres c. Allemagne*).
- Le *discours de haine* contre un groupe religieux concerne une unique affaire dans la jurisprudence de la Cour : *Norwood v. The United Kingdom* (2004). Une affiche dénigrant les musulmans avait été retirée par la police et son propriétaire avait attaqué le gouvernement pour atteinte à sa liberté d’expression. Strasbourg avait soutenu les juges anglais, arguant que la Cour européenne des droits de l’Homme avait pour valeurs la “*tolérance, la paix sociale, et la non-discrimination*” dans une jurisprudence d’une grande souplesse.

Ces jurisprudences ont, d’après Maître Berger, pour intérêt d’être facilement transposables, nationalement et dans d’autres domaines - et selon lui, ces jurisprudences seront de plus en plus nécessaires : l’équilibre entre violence et liberté d’expression continue, en effet, de questionner.

## *Compte-rendu de la conférence « Criminalité environnementale : le droit pénal au secours de l'environnement » (tenue le 8 décembre 2015)*

*Par Agathe de Marcillac, membre du Comité de rédaction de la Revue des juristes de Sciences Po*

---

### **Intervenants**

- **Laurent Neyret** : modérateur du panel et juriste français, spécialiste du droit de l'environnement et du droit de la santé. Il est actuellement professeur en droit privé à l'Université de Versailles Saint-Quentin après avoir enseigné à l'Université d'Artois. Il enseigne le droit économique de l'environnement à l'Ecole de droit de Sciences Po.
- **Yann Aguila** : ancien conseiller d'État, actuellement avocat au barreau de Paris. Membre du Conseil d'État, Yann Aguila en a été le secrétaire général adjoint et a assuré les fonctions de commissaire du gouvernement.
- **Ioana Botezatu** : travaille dans l'unité responsable de la criminalité environnementale d'Interpol, basée à Lyon.
- **Valérie Cabanes** : juriste pour l'association *End Ecocide on Earth*.
- **Manon Garin** : chargée de relations avec la société civile au Ministère de l'écologie et auteure d'un rapport sur l'écocide dans le cadre de la clinique Human Rights, Economic Development and Globalization (HEDG) de l'Ecole de droit de Sciences Po, sous la direction de Laurent Neyret.
- **Jean-Philippe Rivaud** : substitut du procureur général, co-fondateur du Réseau des procureurs européens pour l'environnement, et magistrat référent des affaires d'atteinte à l'environnement à la Cour d'appel d'Amiens.

La criminalité environnementale se place au quatrième rang des activités illicites dans le monde, représentant 270 milliards de dollars annuels, notamment du fait des faibles risques pénaux encourus par les responsables.

Elle représente un réseau de crimes croisés, lié aux trafics de drogues et d'êtres humains au niveau global, impliquant la santé, l'environnement et la sécurité internationale. C'est ainsi que l'organisation terroriste Al Shabab organise un trafic de charbon dans la Corne de l'Afrique. Pourtant, les sanctions restent faibles et lacunaires, et n'impliquent pas de modification majeure du droit international.

Interpol, nous explique Ioana Botezatu, dispose d'une cellule de lutte contre la criminalité environnementale qui cherche à allier les efforts policiers au niveau mondial à la densification du droit de l'environnement. Elle note que la pression internationale fonctionne pour faire agir les Etats, comme ce fut le cas avec

*l'airpocalypse* de Pékin ces derniers jours.

Il faut réconcilier les intérêts économiques et politiques des Etats pour arriver enfin à promouvoir les efforts de police partout dans le monde.

Il convient aussi de rappeler que les premiers criminels environnementaux sont les entreprises, comme le montre l'exemple du bateau de pêche Tador qui a, pendant des années, pêché des espèces protégées illégalement dans les eaux internationales avec des cargaisons pouvant atteindre de 3 à 6 milliards de dollars. En facilitant des alertes aux polices nationales dans plus de 190 pays, Interpol a permis la capture du bateau dans les eaux de Sao Tome et Principe.

Il est donc essentiel, d'après Manon Garin, de considérer la protection de l'environnement comme un bien juridique essentiel. Cet objectif n'est présent que dans quelques constitutions d'Amérique centrale mais semble de plus en plus reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, la simple mise en danger des personnes devient, en Europe, une négligence grave, qui peut être sanctionnée par la justice. Cette responsabilité qui se développe partout dans le monde, implique à la fois les personnes physiques et morales. Il est à noter que le Canada a étendu cette responsabilité aux fonctionnaires.

Cependant, aucun droit national ne s'est attaqué à la question de l'écocide en tant qu'activité criminelle globale. Pour répondre à ce besoin, la priorité est à la coordination des différentes actions étatiques, qui manquent cruellement d'experts et à l'harmonisation des sanctions, afin de pouvoir poursuivre les criminels dans toutes les juridictions.

D'après Jean-Pierre Rivaud, la criminalité environnementale est moins importante en France que dans de nombreux pays européens, particulièrement l'Italie. Elle est essentiellement portée par les entreprises industrielles et agricoles, mais l'impact des particuliers ne doit pas être ignoré. Le pénal de l'environnement se développe, et connaît une trajectoire comparable à celle du pénal des affaires dans les années 1980. Ce n'est encore que le début, mais la pollution des eaux, des sols et de l'air devient un problème clé dont les tribunaux commencent à être saisis. Il y a urgence à ordonner la justice pénale de l'environnement, qui trouve sa source dans plus d'une trentaine de codes et plus de 300 conventions internationales. Elle doit être clarifiée pour augmenter son effectivité, bien trop faible. Christiane Taubira, ancien ministre de la Justice, a introduit en avril 2015 une réforme bienvenue : des référents environnement du Parquet ont été nommés. Cependant, il faut encore nommer et coordonner une police de l'environnement qui pourrait être conçue sur la base de la police espagnole, très efficace.

Valérie Cabanes, juriste de l'association *End Ecocide on Earth*, rappelle que la criminalité environnementale au niveau global menace les écosystèmes terrestres dans leur entièreté. Le droit doit donc s'appuyer sur la science pour empêcher que les seuils du GIEC ne soient dépassés, détruisant les conditions nécessaires à la vie humaine. Rendre réalité le crime d'écocide est donc un projet de long terme, afin d'éviter une sixième extinction des espèces, marquée déjà par une augmentation de 25% de l'acidité des océans, la disparition de 90% des poissons, et l'incapacité des océans à absorber le CO<sub>2</sub> dégagé par l'activité humaine. Rappelant que l'état des accords environnementaux aujourd'hui place l'augmentation de la température

terrestre à 3,1°C, et que les îles du Pacifique disparaîtront à 1,5°C, il faut s'attendre à près d'un milliard de déplacés climatiques. La réponse du droit est essentielle pour organiser les violences qui risquent d'accompagner le dérèglement climatique.

Dernier intervenant du panel, Yann Aguila a abordé la valeur et l'efficacité juridique des accords internationaux. Il existe un décalage important entre les territoires écologiques (globaux) et les espaces de formation des normes (nationaux). C'est pourquoi deux défis apparaissent dans la construction juridique d'une réponse au changement climatique : la faiblesse des négociations et l'absence de sanctions rigides et d'application de celles-ci. En effet, les comités de suivi ont peu de pouvoir et nombreux sont les pays qui ne reconnaissent pas systématiquement la compétence des cours supra-étatiques, comme c'est le cas de la France avec la Cour pénale internationale.

Ainsi, le droit de l'environnement, en particulier en matière pénale, représente un outil non négligeable mais encore trop peu développé pour lutter contre la criminalité environnementale, aux échelles nationales comme internationales.

## *Compte-rendu de la conférence « Terrorisme : nouvelles menaces, nouvelles réponses » (tenue le 16 février 2015 à Sciences Po)*

*Par Agathe de Marcillac, membre du Comité de rédaction de la Revue des juristes de Sciences Po*

---

### **Intervenants**

- **Philippe Hayez**, enseignant à Sciences Po, magistrat à la cour des comptes, ancien directeur adjoint de la DGSE.
- **David de Pas**, juge d'instruction au Pôle antiterroriste du TGI Paris.
- **Edward Huylebrouck** et **Alexandre Luc-Walton** : avocats et anciens secrétaires de la conférence (2015). Ils ont eu l'occasion de défendre plusieurs djihadistes.
- **Stéphane Scotto**, Directeur du centre pénitentiaire de Fresnes et initiateur de l'isolation des détenus islamistes.

La conférence a été introduite par Frédéric Mion, directeur de Sciences Po. Après avoir remercié les intervenants pour leur présence, M. Mion a souligné le danger sécuritaire ainsi que l'importance des libertés individuelles en cette période de peur généralisée.

La conférence a ainsi commencé sur les questions suivantes :

- Le droit doit-il privilégier liberté ou sécurité et quel pouvoir faut-il accorder aux services de renseignement ?
- Quelle politique pénale ou carcérale convient-il de privilégier dans la lutte contre le terrorisme ?

Les représentants de l'Association des juristes de Sciences Po (« AJSP ») ont introduit les intervenants et lancé la première partie de la conférence.

*Question: M. Philippe Hayez, pouvez-vous nous brosser un portrait de fond du djihadiste ? Le djihadiste est-il le loup solitaire qu'on a pu voir décrit dans les médias ?*

*M. Philippe Hayez : On ne peut pas analyser le phénomène du terrorisme de façon globale. Néanmoins, il convient d'analyser le terrorisme islamiste transnational en France. Une menace qui n'a rien de nouveau. La France a été frappée dans les années 1970 et 1980 par le terrorisme et a connu le début de l'appareil de répression.*

Dans cette décennie, avec la Rue des Rosiers, la France a connu une série d'attentats de terrorisme étatique, sponsorisé par l'Iran ou la Syrie. Ces attentats cherchaient à punir la France et ont marqué le début du plan *Vigipirate*. Dans les années 1990, les attentats de 1995 et 1996 ont transposé en France les conflits d'Algérie. La lutte algérienne s'est en effet transportée sur le territoire français – nous étions alors toujours dans un terrorisme d'état.

Depuis le 11 septembre, on évolue vers un terrorisme qui n'émane plus des Etats (*cf.* attentats de Madrid, Londres). La France a été épargnée pendant quelques années, entre 1996 (attentats d'Algérie) et 2012 (Merah). La posture organisationnelle française date des années 1980 mais s'est adaptée. En 2005, Nicolas Sarkozy (alors ministre de l'Intérieur) parraine l'écriture d'un *Livre Blanc sur la Sécurité Intérieure face au Terrorisme* qui analyse la menace et la réponse à cette menace. De l'affaire Merah, on a implanté dans l'imaginaire populaire l'idée du *loup solitaire*. On sait maintenant que ce n'était pas le cas et qu'on se situe davantage dans le cadre de projets collectifs d'attentats - ce qui a été confirmé en janvier et novembre 2015.

*Daech* a changé la menace terroriste car il s'inscrit dans un théâtre géographique plus proche, lui-même inscrit dans une logique d'affrontement entre chiïtes et sunnites. Selon Pierre Manent, il convient d'analyser l'Etat islamique au sein d'un triangle, au sein duquel il faut penser la réponse au terrorisme. En effet, *Daech* dispose d'un territoire, de communautés d'origine étrangère, en France et ailleurs, socialement fragiles, et de nombreux sponsors - Etats, et milieux qui leur sont proches.

*Question: M. David de Pas, comment faire face judiciairement à cette nouvelle forme de menace ?*

*David de Pas :* Je viens du pôle crimes de guerre et crimes contre l'Humanité. En tant que magistrats, nous n'avons que peu de recul pour analyser le terrorisme. Certes, on peut observer une adhésion idéologique individuelle et spontanée, et des passages à l'acte individuels, mais il y a nécessairement une identification politique et idéologique à un groupe, et une obéissance à des consignes qui sont difficilement quantifiables juridiquement.

C'est pourquoi il est essentiel d'apporter une réponse individuelle - c'est le rôle du juge – mais aussi une réponse collective.

A l'Ecole Nationale de la Magistrature (« ENM »), un groupe a travaillé sur la réponse du droit à la barbarie – la question étant de savoir dans quelle mesure les juges peuvent-ils constituer un rempart aux crimes contre l'humanité, aux pires barbaries ?

Cette question trouve un écho dans la lutte contre le terrorisme : il faut à la fois universaliser les moyens d'enquête pour plus d'efficacité et garantir la proportionnalité de la réponse.

Pour ce qui est de l'état du droit, dix-neuf articles du code pénal concernent les infractions terroristes. Ce sont toutes des infractions de droit commun qui ont la particularité d'être « *intentionnellement en relation avec une entreprise ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* » (phrasé repris par la Cour de cassation).

La véritable originalité française est la qualification d'*association de malfaiteurs à visée terroriste* (Livre IV, titre II du code pénal) qui a pu être reprise à l'étranger.

L'article 421-2-3 est particulièrement débattu car il pourrait permettre de condamner une personne pour un fait qui ne s'est pas produit. Ce n'est heureusement pas le cas puisqu'il faut caractériser minutieusement la préparation de l'infraction. En effet, il faut à la fois la preuve d'actes préparatoires précis et un faisceau d'indices. Cependant, le juge trouve souvent très difficile de qualifier précisément la nature du projet terroriste que l'on entend empêcher.

Aujourd'hui, certains articles du code de procédure pénale prévoient la mise en place d'une procédure dérogatoire exceptionnelle face à des menaces d'envergure. Ces articles permettent des gardes à vue dérogatoires, des mesures de surveillance etc. Ce sont des pouvoirs importants mais non choquants car ils visent un danger réel et se déploient sous le contrôle du juge.

A l'inverse, le projet de loi actuel tend à mettre le juge à l'écart des procédures, ce qui pose un risque important en terme de contrôle constitutionnel des libertés publiques. Or, dans un long mouvement depuis les années 1970, on a construit une justice spécialisée dotée d'un parquet spécial, de juges à compétence nationale (ce qui permet de mutualiser les enquêtes dans les mêmes locaux et par des cosaisines systématiques etc.), une chaîne judiciaire spécialisée. Cette dernière est d'ailleurs critiquée pour son entre-soi judiciaire, avec des formations de jugement spécialisées, des avocats spécialisés etc. Ces acteurs travaillent par ailleurs en lien étroit avec trois grands services : l'antenne antiterroriste de la brigade criminelle, la Direction générale de la sécurité intérieure (« DGSJ »), qui devient un acteur majeur, et la sous-direction antiterroriste de la Police Judiciaire.

La déradicalisation est par ailleurs un sujet qui mérite une attention particulière du fait du besoin d'individualisation de la réponse judiciaire. Or, on comprend aujourd'hui mal le passage à l'acte. Il convient donc de donner les moyens d'une enquête pluridisciplinaire afin d'évaluer le niveau de radicalité des personnes et de mieux comprendre leur dangerosité.

*Question: Maître Edward Huylebrouck, quelle relation avocat-client se crée pour organiser la défense pénale des terroristes djihadistes ?*

*Edward Huylebrouck :* Nous sommes avocats avant tout, et pas nécessairement des avocats militants. Nous travaillons pour la défense des libertés. Or, dans la procédure anti-terroriste, il y a beaucoup de choses à défendre, la nécessité du rôle de l'avocat se ressent de plus en plus à mesure que les moyens de l'accusation s'hypertrophient de jour en jour.

Il convient de mener un combat contre l'assimilation et l'amalgame : il y a une grande diversité, une mosaïque de profils.

La Justice ne peut pas apporter de réponse univoque à des questions plurielles.

On a aujourd'hui 143 dossiers de syriens. Les dossiers se ressemblent beaucoup, avec toujours la même qualification et trois scénarios qui se répètent. Ce sont des départs avortés, des retours de Syrie, des non départs avec la préparation en France d'actes

qui représentent environ 5% des cas.

Les auteurs des dossiers sont les mêmes mais les personnes sont différentes. Le parcours religieux est variable, tout comme les parcours éducatifs ou socio-professionnels. Il y a des conversions et des reconversions, des crises identitaires etc.

Les individus que nous voyons trouvent un refuge dans la religion comme contrepied à leur éducation - ils sont victimes de la propagande des mosquées (en particulier de prédicateurs contre la petite délinquance). Mais une majorité est autoradicalisée par la propagande sur les réseaux sociaux.

On voit des hommes comme des femmes, qui perdent leurs repères et leur estime d'eux-mêmes. On constate des visions du corps problématiques, des historiques d'abus sexuel et de traumatismes.

L'avocat doit convaincre qu'il est là pour défendre et tisser des liens avec l'accusé. Il doit aussi absolument circonscrire son rôle de façon très précise. Il ne représente qu'une garantie de la défense aux différentes étapes de la procédure. La religion peut aider à créer ce lien. On entend régulièrement de la part des clients « *Allah veut que tu me défendes, Il t'a mis sur mon chemin* » - ce qui permet de créer un lien de confiance. Seulement 16% des incriminés ont déjà été incarcérés : il y a un travail de pédagogie à faire pour enseigner les rouages du système judiciaire.

La qualification d'*association de malfaiteurs à visée terroriste* (art. 421-2-1 code pénal) peut être très artificielle. Elle est souvent caractérisée simplement par un retour de Syrie. Comment alors changer l'image du tyran français pour les personnes incriminées ? Du point de vue juridique, cette qualification est retenue très rapidement. Or, la lutte contre Bachar Al-Assad ne doit pas être écartée des motivations.

Il y a aussi un problème dans la longueur de l'instruction qui peut intervenir un an, voire deux ans et demi après leur retour. Certaines personnes ayant repris une vie normale sont arrêtées. On a tendance à dire aujourd'hui qu'ils ont intérêt à ce que la procédure dure, car depuis janvier 2015 et plus encore, depuis le 13 novembre, les peines sont particulièrement dures. A terme, il pourrait peut-être y avoir un adoucissement.

Ces procédures présentent une série de défis, dont le plus important est le fond. Il faut offrir une explication crédible et sincère au juge. On s'interroge sur comment expliquer un séjour en Syrie, des agissements, et les raisons du retour au juge. Il faut également effectuer un travail de pédagogie avec le client pour faire comprendre ce qui est défendable et ce qui ne l'est pas. Par exemple, les motifs humanitaires sont à bannir des lignes de défense et ne sont pas acceptés par les juges.

Pourtant, des gens sont partis en 2013 dans l'indignation contre Bachar Al-Assad. Que faire de ces personnes ? Ou de celles qui partent en 2015 pour « vivre en terre d'Islam » (*hijra/hégire*), convaincues de l'avenir de ces projets. Il faut leur faire comprendre, en tant qu'avocat, l'absurdité de leurs projets. En cela, l'avocat qui amorce une prise de recul chez son client participe au processus de déradicalisation – il s'agit d'un rôle clé dans les dossiers.

*Question: M. Stéphane Scotto, vous êtes le seul en France à séparer les détenus radicaux des autres à Fresnes. Pouvez-vous nous en dire plus ?*

*Stéphane Scotto :* Je suis directeur depuis quatre ans de Fresnes, et administrateur pénitentiaire depuis 20 ans. Je suis spécialiste des questions de sécurité. Fresnes est un établissement particulier avec 2900 personnes écrouées pour 1500 places, ce qui signifie un manque criant de places. La majorité du public est constituée d'hommes entre 25 et 35 ans - nous n'hébergeons que 125 femmes -, d'une centaine de nationalités différentes, pour tout type d'affaires.

En 2014, avant la prise de conscience de janvier 2015, des détenus à Fresnes ont exprimé faire l'objet de pressions de la part d'autres codétenus. Ceux-ci avaient rapporté, entre autres, qu'ils ne pouvaient pas écouter de musique « profane », parler de femmes ou se dénuder. Or, il s'agissait de contraintes illégitimes constituant une sorte de « double peine » insupportable. Il a donc fallu identifier les personnes exerçant ces contraintes. Dans un environnement où la délation est mal vue, il a fallu exercer une présomption grâce au traceur judiciaire – c'est-à-dire au motif de l'incarcération – en l'occurrence, « *entreprise terroriste liée à l'islam radical* ». C'est un critère non présent dans le code pénal mais assez aisé pour identifier les personnes se réclamant de l'islam radical.

A l'automne 2014, Fresnes a lancé une mise à l'écart pour cantonner la menace exercée par certains détenus loin de la majorité. En procédant à cette démarche, s'est rapidement posée la question de l'opportunité de rassembler ces publics entre eux et du risque de « *sur-radicalisation* ». Or, nous avons estimé qu'il s'agissait d'un vieux débat qu'il convenait d'écarter. La prison, dans l'imaginaire populaire a été tour à tour, l'école du crime et de la radicalisation. Or, en prison, on a effectivement un risque naturel de conversation autour des motifs d'incarcération.

Si la situation actuelle n'est pas positive, c'est en tout cas la « moins pire » compte tenu de la surpopulation carcérale. Elle permet aussi de travailler spécifiquement avec les publics qui nous sont confiés.

Cet engagement et ce travail sur le sens critique et la distanciation des actes qui les ont amenés en prison doit dépasser deux difficultés : les stratégies de dissimulation et la présomption d'innocence/contestation des faits. Ce travail semble produire des effets positifs. Nous avons noté une baisse des plaintes de détenus, une pacification des tensions mesurée par les agents pénitentiaires. Depuis la semaine dernière, deux autres établissements (et bientôt un troisième) ont lancé le même projet.

*Question: Maître Alexandre Luc-Walton, comment les détenus réagissent-ils à leur mise à l'écart ? Quel est le rôle de l'avocat dans ce processus ?*

*Alexandre Luc-Walton :* En droit pénal, le premier objectif du client est sa liberté. Dans ces dossiers, la liberté n'est pas envisageable. Quelle que soit la personne, la prison est garantie et les peines sont longues. Cela pose deux problématiques différentes.

D'abord, le regroupement. En tant qu'avocats, on remarque des tendances à la marge qui entraînent des restrictions des droits des clients - mais on va dans le bon sens. La France a compris son retard sur les questions de radicalisation dans les prisons.

Il reste, néanmoins, un manque dans l'appréciation de la radicalité d'une personne. Cet élément conditionne la réponse, la défense et la peine. Il y a dans le regroupement des détenus radicalisés un problème d'absence de recours et d'absence de texte encadrant la mise en place du dispositif. Or, ces regroupements peuvent orienter le juge de l'application des peines vers un établissement pénitentiaire. Il existe des approches très différentes selon les clients qui vont de l'indifférence, de la peur des radicalisés, au désir d'être avec des personnes radicalisées. Un mélange des genres dangereux. Et pourtant, les conditions carcérales sont meilleures dans les cellules de personnes radicalisées. Par contre, c'est au détriment de l'image que vont avoir ces détenus. On y mélange des détenus incarcérés et des détenus provisoires primo-délinquants. Le contrôleur général des prisons s'y est d'ailleurs opposé.

Par ailleurs, en ce qui concerne les programmes de déradicalisation, la réalité de la mise en place de ces programmes néglige d'inclure les publics concernés dans la réflexion. Ce sont des programmes très récents. Un détenu ou un prévenu placé en détention provisoire sera placé en évaluation pendant quelques semaines dans des établissements comme Fresnes, Fleury-Mérogis puis envoyé dans des maisons d'arrêt où sont lancés des programmes menés par des spécialistes (sociologues, psychologues). Cependant, il y a une absence totale de contradictoire et de prise en compte de la volonté du détenu de participer au programme. Les avocats ne sont pas informés, ni même les familles, et les délais d'appel sont d'une année sur cette question pour un programme dont les résultats ne sont pas garantis. Cela crée une confusion des clients et le traitement différencié des détenus djihadistes renforce le manque de confiance des personnes incarcérées dans le système judiciaire et carcéral.



# ÉCOLE DE DROIT

---

## Actualités de l'École de droit

---

### ÉCOLE DE DROIT

Pour l'année 2015-2016, l'École de droit de Sciences Po compte 523 étudiants. L'École a eu le plaisir d'accueillir 206 nouveaux élèves. 172 d'entre eux ont intégré le master Droit Economique et 34 ont rejoint le Master Carrières Juridiques et Judiciaires. Actuellement, 169 étudiants continuent leur formation en deuxième année du Master Droit Economique, 30 poursuivent en Carrières Juridiques et Judiciaires et 118 sont en césure.

### RÉSULTATS

**Concours d'entrée à l'École Nationale de la Magistrature** : Trois ans après sa création, la préparation pour l'École Nationale de la Magistrature ouverte par l'École de droit de Sciences Po a enregistré de spectaculaires résultats au concours 2015, avec 90 admissibles et 69 admis pour 117 candidats présentés. Soit un taux de réussite de 60%. Les deux majors du concours sont également issus de la prépa Sciences Po.

**Examen d'entrée au CRFPA** : 52 des 58 diplômés 2015 ayant passé l'examen d'entrée à l'École de formation professionnelle des barreaux de la cour d'appel de Paris ont été admis. Soit un taux de réussite de 89%.

### ÉVÉNEMENTS

#### **10 septembre 2015 : Conférence « Migrants, réfugiés : quelles solutions face à la crise ? »**

Face à la crise liée à l'afflux massif de migrants et de réfugiés à laquelle est confrontée l'Europe, l'École de droit a réuni une table-ronde composée de chercheurs, enseignants et acteurs de la société civile pour appréhender ce nouvel enjeu. Les intervenants – **Charles Gosme**, enseignant à Sciences Po, **Virginie Guiraudon**, directrice de recherche CNRS, Centre d'études européennes (CEE) de Sciences Po, **Pierre Henry**, directeur général de l'association France terre d'asile, **Hélène Thiollet**, chargée de recherche CNRS, Centre de recherches internationales (CERI) de Sciences Po, **Claire Rodier**, juriste au Gisti (Groupe d'information et de soutien des immigrés), **Catherine Withol de Wenden**, directrice de recherche CNRS, Centre de recherches internationales (CERI) de Sciences Po et **Jérémy Perelman**, *assistant professor* et directeur de la Clinique de l'École de droit de Sciences Po – se sont interrogés notamment sur la distinction entre migrants et réfugiés, sur les résistances rencontrées au sein de l'opinion publique et des institutions européennes ou encore sur les concepts de frontière et de citoyenneté. Ce débat fut l'occasion de confronter les points de vue et d'envisager des solutions.

#### **25 septembre 2015 : Journée d'étude « Paul Viollet, un grand savant assoiffé de justice »**

L'École de droit, en partenariat avec la bibliothèque Cujas et le centre Jean-Mabillon

(Ecole nationale des chartes), a organisé une journée d'études sur le bibliothécaire, professeur et historien de droit, Paul Viollet, qui s'est tenue à l'Ecole nationale des chartes.

### **2 octobre 2015 : Exposition Paul Viollet**

En complément de la journée d'étude Paul Viollet, la bibliothèque de Cujas a réalisé une exposition virtuelle.

### **16 octobre 2015 : Séminaire Pilagg**

Le Professeur **Horatia Muir Watt** a invité le Professeur **Alexander Panayotov** (New York University) à l'occasion d'un séminaire *Private international law as global governance* (« PILAGG ») sur le thème « *Jurisdictional politics and social mechanisms : an interdisciplinary synthesis ?* ». Ont également participé à la discussion le Professeur **Véronique Champeil-Desplats** (Université Paris X) et le Professeur **Jérôme Sgard** (Sciences Po – CECI, Professeur d'économie politique).

### **29 octobre 2015 : Séminaire des doctorants**

Les doctorants de l'Ecole de droit nous ont conviés au séminaire des doctorants pour une discussion informelle avec **Oona Le Meur**, doctorante en première année de thèse, autour d'une présentation intitulée *Legal Pluralism and Multiculturalism in New Caledonia : the role of law for identity, sovereignty and citizenship in a society-making/nation-building process*.

### **23 novembre 2015 : Conférence « L'Afrique et les Afriques : enjeu d'une harmonisation du droit des affaires »**

La conférence annuelle de l'AJSP en partenariat avec CMS Bureau Francis Lefebvre a porté sur une discussion autour des enjeux du droit des affaires en Afrique. Les intervenants – M<sup>e</sup> **Jean-Jacques Lecat**, avocat associé du cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre et codirigeant de l'African Desk, M<sup>e</sup> **Deana d'Almeida**, avocate collaboratrice de l'African Desk de CMS et spécialisée en fiscalité, **Laurent Demey**, fondateur et codirigeant du fonds d'investissement Amethis Finance – ont cherché à tracer les contours de la carte du droit des affaires en Afrique en soulignant la diversité des systèmes juridiques liés à des héritages historiques et politiques variés. Ils ont également souligné que les principaux objectifs des décideurs politiques et économiques africains consistaient à attirer les investissements étrangers et à créer des marchés communs plus attractifs. Face à ces enjeux, les intervenants ont expliqué que l'harmonisation du droit des affaires en Afrique était en gestation grâce, notamment, au travail d'organisations comme l'OHADA qui cherche à créer un droit uniforme, en tentant, par exemple, de faire abroger les dispositions nationales contraires aux accords passés au sein des organisations régionales. Concernant les problématiques de corruption, les intervenants ont tenu à souligner que ces questions se posaient de moins en moins aujourd'hui. **Nicolas Teisserenc**, consultant pour 35° Nord, a modéré le débat. La conférence a été suivie de la remise des pulls de l'Ecole de droit.

**4 décembre 2015 : Atelier Bentham**

Dans le cadre du projet de recherche CODEBENTHAM qui associe l'Ecole de droit de Sciences Po, le Centre d'Etudes et de Recherches sur la Littérature Italienne Médiévale, Moderne et Contemporaine de l'Université Paris III et le Centre de recherches sur l'action locale de l'Université Paris XIII, s'est tenue une conférence de Peter Niesen de l'Université de Hambourg sur le thème « *Roots of Mill's Radicalism* ».

**9 décembre 2015 : Conférence « Arbitration in Africa »**

La conférence annuelle ICDR Y&I s'est tenue en partenariat avec l'Ecole de droit de Sciences Po et l'Université de Queen Mary (*School of International Arbitration*) sur le thème de l'Arbitrage en Afrique.

**14 décembre 2015 : Petit-déjeuner Arbitrage**

L'Ecole de droit a organisé un petit-déjeuner arbitrage autour de M<sup>e</sup> **Samir A. Saleh**, Vice-Président de la Cour d'arbitrage (ICC Paris 1882-1988), avocat à la cour au Liban et *Law consultant* à Londres. Ont été discutées les différentes formes de commercialisation de l'arbitrage international.

**15 janvier 2016 : Séminaire Bentham « Le deon selon Leibniz »**

Dans le cadre du projet de recherche CODEBENTHAM qui associe l'Ecole de droit de Sciences Po, le Centre d'Etudes et de Recherches sur la Littérature Italienne Médiévale, Moderne et Contemporaine de l'Université Paris III et le Centre de recherches sur l'action locale de l'Université Paris XIII, s'est tenue une conférence autour d'Aude Zaradny, maître de conférences en droit public à l'Université Versailles Saint-Quentin, Directrice adjointe de l'Institut d'études judiciaires de cette même université, sur le thème *Le deon selon Leibniz*.

**19 février 2016 : Colloque « A qui appartient le droit ? »**

Pour son deuxième événement de la nouvelle année civile, l'Ecole de droit de Sciences Po, en partenariat avec l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, avec le soutien de la Fondation Anthony Mainguené, a organisé le deuxième colloque du réseau des cliniques juridiques francophones. Le réseau des cliniques francophones a souhaité entamer une réflexion autour de deux entrées : l'action des cliniques et les professionnels du droit ; l'action des cliniques et l'accès au droit. Ces deux thèmes ont été examinés lors des deux demi-journées du colloque structurées autour de deux tables-rondes réunissant un grand témoin, des membres du réseau des cliniques juridiques francophones ainsi que des personnalités issues des professions juridiques, de l'enseignement supérieur, de la société civile et du monde associatif.

**LES PETITS-DEJEUNERS DE L'AJSP****8 octobre 2015 : Fusions-acquisitions, droit des sociétés**

Pour ce premier petit-déjeuner de l'année, l'Association des juristes de Sciences Po a organisé une rencontre avec **M<sup>e</sup> Arnaud Fayolle** pour discuter de la pratique du droit des sociétés et des fusions-acquisitions au sein du cabinet Altana.

**9 octobre 2015 : Droit pénal des affaires**

Le cabinet Deprez Perrot a accueilli les étudiants de l'Ecole de droit au sein de ses locaux. Ce fut l'occasion pour **M<sup>e</sup> Eric Deprez** et **M<sup>e</sup> Laetitia Avia** d'échanger avec les étudiants sur leurs parcours ainsi que sur la pratique pénale et le contentieux des affaires.

**13 octobre 2015 : Droit de la concurrence et de la régulation**

A l'occasion de ce troisième petit-déjeuner, **M<sup>e</sup> Olivier Fréget** a échangé avec les étudiants intéressés sur son parcours ainsi que sa pratique du droit de la concurrence et de la régulation au sein du cabinet Fréget – Tasso de Panafieu.

**16 octobre 2015 : Corporate**

Ce petit-déjeuner a eu lieu au sein des locaux du cabinet Vivien & Associés. **M<sup>e</sup> Nicolas Vivien** et **M<sup>e</sup> Louise Rials** ont éclairé les étudiants de l'Ecole de droit sur la pratique Corporate / M&A du cabinet.

**27 octobre 2015 : Concurrence**

Pour son cinquième petit-déjeuner de l'année, l'Association des juristes de Sciences Po recevait **M<sup>e</sup> Edward Huylebrouck**, Secrétaire de la Conférence 2015 et collaborateur au sein du département Competition / Antitrust (droit de la concurrence) de Linklaters LLP.

**29 octobre 2015 : Fusions-acquisitions, droit boursier, droit fiscal**

L'Association des juristes de Sciences Po a accueilli, dans les locaux de Sciences Po, **M<sup>e</sup> Nicolas de Boynes** et **M<sup>e</sup> Arnaud Berdou**, tous deux avocats au sein du cabinet Sullivan & Cromwell, afin de présenter le cabinet aux étudiants et de faire le point sur la pratique des fusions-acquisitions, du droit boursier et du droit fiscal.

**30 octobre 2015 : Droit de l'environnement, santé et travail**

L'Association des juristes de Sciences Po a donné rendez-vous aux étudiants de l'Ecole de droit pour une rencontre avec **M<sup>e</sup> François Lafforgue**, avocat chez TTLA Avocats, cabinet spécialisé dans les affaires de santé au travail, de catastrophes sanitaires, de pollution et d'accidents industriels. M<sup>e</sup> François Lafforgue a partagé son expérience et sa pratique du droit de l'environnement, de la santé publique et du travail.

**3 novembre 2015 : Droit social**

**M<sup>e</sup> Ludovique Clavreul** a reçu les étudiants de l'École de droit au sein des locaux du cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre pour échanger avec eux sur sa pratique du droit social.

**4 novembre 2015 : Droit pénal et droit pénal des affaires**

Les étudiants de l'École de droit ont été reçus par le cabinet Allen & Overy pour une présentation du cabinet et de l'activité droit pénal et droit pénal des affaires. Une vingtaine d'étudiants ont pu profiter des parcours et expériences de **M<sup>e</sup> Aurélien Hamelle**, **M<sup>e</sup> Delphine Dendievel** et **M<sup>e</sup> Constance Ascione Le Dréau**.

**6 novembre 2015 : Droit de l'environnement**

Le cabinet UGGC a ouvert ses portes aux étudiants de l'École de droit pour discuter droit de l'environnement autour de **M<sup>e</sup> Jean-Nicolas Clément**.

**10 novembre 2015 : Petit-déjeuner chez Baker & Mackenzie**

L'Association des juristes de Sciences Po a eu la chance d'être invitée par **M<sup>es</sup> Arnaud Cabanes** (*managing partner*), **Olivier Vasset** et **Alain Sauty de Chalon** du cabinet Baker & Mackenzie pour une présentation détaillée des différentes « practices » du cabinet.

**12 novembre 2015 : Droit public**

Le cabinet Bredin Prat a accueilli les étudiants de l'École de droit pour un petit-déjeuner autour de **M<sup>e</sup> Yann Aguila** et ses deux collaborateurs, **M<sup>es</sup> Guillaume Froger** et **Arthur Helfer**, qui ont présenté le métier d'avocat publiciste dans un grand cabinet d'affaires.

**13 novembre 2015 : Conformité**

L'Association des juristes de Sciences Po a invité **Christelle Perrin**, Responsable Conformité Banque de Détail et Assurances chez Crédit Agricole, à échanger avec les étudiants sur les problématiques de conformité au sein de l'entreprise.

**20 novembre 2015 : Projets d'infrastructures et concessions minières**

**M<sup>es</sup> Alhassane Barry** et **Victor Dominiak** ont accueilli les étudiants au sein des locaux parisiens du cabinet Clifford Chance pour partager leurs expériences et parler de leur pratique et expertise des projets d'infrastructures et concessions minières.

**26 novembre 2015 : Contentieux**

Le cabinet Weil, Gotshal & Manges a reçu les étudiants de l'École de droit autour d'un petit-déjeuner en présence de **M<sup>es</sup> Kyum Lee** et **Alexandre Vermynck** pour discuter de leur pratique du contentieux des affaires au sein d'un grand cabinet américain.

### **30 novembre 2015 : Droit social**

Ce petit-déjeuner a réuni les étudiants de l'École de droit et **M<sup>e</sup> Emmanuelle Barbara** qui a pu parler de son parcours ainsi que de sa pratique du droit social au sein du cabinet August & Debouzy.

### **11 janvier 2016 : Restructuring & Insolvency**

Pour ce premier petit-déjeuner de l'année 2016, **M<sup>es</sup> Reinhard Dammann** et **Gilles Podeur**, du cabinet Clifford Chance, ont accueilli les étudiants de l'École de droit pour une présentation détaillée et enthousiaste de la pratique « Restructuring » du cabinet.

### **12 janvier 2016 : Droit pénal des affaires**

Le cabinet Hogan Lovells a accueilli les étudiants de l'École de droit pour un petit-déjeuner sur les toits de Paris. **M<sup>es</sup> Antonin Lévy, David Apelbaum** et **Joris Monin de Flaugergues** ont renseigné les étudiants sur la pratique du droit pénal et du droit pénal des affaires.

### **26 janvier 2016 : Propriété intellectuelle**

L'Association des juristes de Sciences Po, en partenariat avec Sciences Pi<sup>1</sup>, a organisé un petit-déjeuner au sein du cabinet Hogan Lovells autour de **M<sup>es</sup> Marie-Aimée de Dampierre** et **Camille Pecnard**, pour échanger sur leur pratique dans le domaine de la propriété intellectuelle.

### **29 janvier 2016 : Alliance des avocats pour les droits de l'Homme**

Ce petit-déjeuner fut l'occasion pour les étudiants de l'École de droit de découvrir l'activité de l'Alliance des avocats pour les droits de l'Homme et de recevoir les conseils professionnels de **Noanne Tenneson** et **Benjamin Pitcho**.

### **4 février 2016 : Contentieux international et arbitrage**

L'Association des juristes de Sciences Po a convié les étudiants intéressés à un petit-déjeuner au sein du bureau parisien de Brown Rudnick pour discuter contentieux international et arbitrage et profiter des expériences de **M<sup>es</sup> Hervé Le Lay** et **Jean-François Le Gal**.

### **9 février 2016 : Droit public des affaires**

Le cabinet Orrick Rambaud Martel a ouvert les portes de ses locaux parisiens pour accueillir les étudiants de l'École de droit autour d'un petit-déjeuner sur la pratique du droit public. **M<sup>es</sup> Geoffroy Berthon** et **Quirec de Kersauson** ont présenté leur pratique du droit public et ont pu fournir de précieux conseils aux étudiants.

---

<sup>1</sup> Sciences Pi est l'association des étudiants en propriété intellectuelle de Sciences Po.

## **11 février 2016 : Contentieux et droit pénal des affaires**

August & Debouzy a reçu les étudiants de l'École de droit pour un petit-déjeuner autour de la pratique du contentieux et du pénal des affaires. **M<sup>e</sup> Kami Haeri** a partagé son expérience et donné aux étudiants de précieux conseils en matière de développement personnel.

## **11 février 2016 : Grands contentieux**

Pour ce petit-déjeuner, l'Association des juristes de Sciences Po a convié les étudiants à une rencontre avec **Anne-Marie Guillaume** de l'entreprise Total pour échanger autour de la pratique du Contentieux au sein de l'entreprise.

## **MOOTS**

### **Bilan 2011-2015 :**

#### **Frankfurt Investment Arbitration Moot Court**

En 2011 : l'équipe de l'École de droit a atteint les quarts de finale.  
En 2014 : l'équipe de l'École de droit est arrivée 1<sup>ère</sup> de la compétition.

#### **Competencia Internacional de Arbitraje Moot**

En 2013 : l'équipe de l'École de droit a fini 1<sup>ère</sup> sur 44 équipes, toutes issues de pays hispanophones. L'équipe de l'École de droit a également remporté le prix de la meilleure oratrice.

#### **Jessup Moot Court**

En 2013 et 2014 : l'équipe de l'École de droit a remporté la finale française et a participé aux *international rounds* à Washington dont elle a atteint les seizièmes de finale en 2014.

En 2015: l'équipe de l'École de droit s'est qualifiée pour la finale à l'issue de quatre tours éliminatoires et une demi-finale contre l'Université Paris II Panthéon-Assas. L'équipe de l'École de droit a remporté le prix du meilleur mémoire ainsi que le prix du meilleur mémoire du demandeur. Omar El-Khattabi et Silvia Marroquín González ont été désignés respectivement 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> meilleurs plaideurs de la compétition. Alexandra Lutz a été désignée meilleure plaideuse de la finale.

#### **Willem C. Vis Moot**

En 2014 : l'équipe de l'École de droit a fini 9<sup>ème</sup> sur un total de 290 équipes. Elle a reçu la *Honorable Mention for the Frédéric Eisemann Award for Team Orals*. En outre, un membre de l'équipe a reçu l'*Honorable Mention for the Martin Domke Award for Individual Oralists*.

En 2015 : l'équipe a été sélectionnée parmi les 64 meilleures équipes pendant les *final rounds* et est arrivée 33<sup>ème</sup> sur 299 équipes pendant les *general rounds*.

## *Appel à contributions*

### *Numéro 12 : les crises de l'Europe*

---

Le thème *Les crises de l'Europe* sera l'objet de notre prochain numéro. Nous publierons très prochainement un appel à contributions plus détaillé, n'hésitez pas en attendant à nous contacter à l'adresse suivante [revue.ajsp@gmail.com](mailto:revue.ajsp@gmail.com).

« *Les crises* » ? Le terme est par trop usité et semble de ce fait perdre la force et la précision de son sens originel. Nous nous intéressons en particulier à celles qui ont en commun de mettre à l'épreuve l'Union Européenne en tant que création juridique, sa capacité à résister, à s'adapter, ou à céder face aux crises institutionnelles («Brexit»), de gouvernance (monétaire, économique et budgétaire) et des libertés (flux migratoires).

*Le Comité de rédaction de la Revue des Juristes de Sciences Po*

**LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO**

**REVUE EDITEE PAR L'ASSOCIATION DES ELEVES ET DIPLOMES  
JURISTES DE SCIENCES PO (AJSP)  
ISSN 2111-4293**

**27, RUE SAINT-GUILLAUME - PARIS  
EMAIL : REVUE.AJSP@GMAIL.COM  
SITE : HTTP://AJSP.FR**

**SUPERVISION SCIENTIFIQUE :  
GREGOIRE ETRILLARD**

**REDACTRICE EN CHEF :  
KARIMA CHAÏB**

**DIRECTEUR DE LA PUBLICATION :  
AMBROISE FAHRNER**

**RESPONSABLE REDACTION :  
JEREMIE MICHEL**

**COMITE DE REDACTION :  
KARIMA CHAÏB, AGATHA BRANDA DE OLIVEIRA, AMBROISE  
FAHRNER, JOHN HENNENFENT, WESLEY LAINE, TANGUY  
LAURIOZ, AGATHE DE MARCILLAC, JEREMIE MICHEL, CLAIRE  
OUALID, ANNE-CLAIRE THERY**

**CITATION DE LA REVUE :  
RDJScpo, n° 11, Hiver 2016, p. X**