

Sous la direction de
Alain Supiot
Mireille Delmas-Marty

Prendre
la responsabilité
au sérieux

puf

Prendre la responsabilité au sérieux

Sous la direction d'Alain Supiot
et de Mireille Delmas-Marty

Prendre la responsabilité au sérieux



ISBN 978-2-13-073259-4

Dépôt légal — 1^{re} édition : 2015, novembre

© Presses Universitaires de France, 2015

6, avenue Reille, 75014 Paris

REMERCIEMENTS

Ce livre est issu d'un Colloque international organisé au Collège de France les 11 et 12 juin 2015 par la chaire « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités ».

Ce colloque, qui a reçu le label COP 21, a pu être organisé grâce au soutien de la Fondation Charles Léopold Meyer pour le progrès de l'Homme. Les recommandations qui en émanent ont été préparées au sein des réseaux « ID » (Internationalisation du droit) qu'anime Mireille Delmas-Marty et ont fait l'objet d'une rencontre doctorale internationale organisée et financée par la Fondation Institut d'études avancées de Nantes (Labex RFIEA+) avec le soutien de l'Université de Nantes. Nous tenons à remercier chaleureusement toutes ces institutions pour leur soutien et leur active participation aux recherches dont ce livre rend compte. Ces remerciements s'adressent plus spécialement à Pierre Calame, président honoraire de la Fondation Charles Léopold Meyer, Valérie Pironon, professeur à l'Université de Nantes, Samuel Jubé, directeur de l'Institut d'études avancées et Soizic Lorvellec, ingénieur de recherche.

Ce livre doit beaucoup à toutes les personnalités qui ont participé aux réunions préparatoires des réseaux « ID », et tout spécialement à Vivian Curran, Emmanuel Decaux, William Fletcher, Li Bin, Sandrine Maljean-Dubois, Claudia Perrone Moisés, Jean-Bernard Racine, Leandro Varison et Camila Perruso, sans oublier Deisy Ventura et Danielle Rached, dont le texte "Accountability,

Prendre la responsabilité au sérieux

Institutional Design and the Climate Change Regime” a éclairé le débat mais n’a pu être incorporé au livre.

Nous souhaitons aussi exprimer notre vive reconnaissance à M. Stephen Breyer, membre de la Cour suprême des États-Unis, qui a contribué au colloque par un entretien audiovisuel sur « l’Actualité de l’Alien Tort Act » (disponible sur le site du Collège de France), ainsi qu’à M. Guy Canivet, membre du Conseil constitutionnel, qui après avoir participé à nos travaux préparatoires, a bien voulu présider la seconde session du Colloque.

Luca d’Ambrosio, Kathia Martin-Chenut et Caroline Devaux ont œuvré à la mise au point des recommandations discutées dans la quatrième partie. La préparation éditoriale de ce livre a été assurée par Natacha Cauvin avec le concours de Sylvie Sportouch. Sa publication rapide est due à l’accueil bienveillant que lui a réservé Monique Labrune, directrice éditoriale des Presses universitaires de France. Que tous veuillent bien trouver ici l’expression de notre gratitude.

Alain Supiot & Mireille Delmas-Marty

INTRODUCTION

Face à l'insoutenable : les ressources du droit de la responsabilité

par Alain Supiot

« Chacun se bat pour ce qui lui manque » aurait répliqué Surcouf à un capitaine anglais se vantant de combattre pour l'honneur et non pour l'argent. L'invocation à tout propos des valeurs de la République ou de la Démocratie est un symptôme de leur affaiblissement, car on n'éprouverait guère le besoin de clamer chaque jour des principes dont la pratique politique serait une expérience quotidienne. Il en va de même de la « responsabilité sociétale », aujourd'hui brandie tel un étendard par les grandes entreprises ou par les dirigeants politiques. Son omniprésence dans le champ politique et économique est un symptôme de la crise juridique de la responsabilité. L'expression du sentiment diffus que l'effacement des frontières du commerce et l'affaiblissement de la chose publique conduisent à une irresponsabilité généralisée¹.

Il y a plus d'un siècle, l'État social naquit d'une crise de ce genre. La multiplication d'accidents industriels dont nul n'assumait la responsabilité déclencha une révolution juridique de grande ampleur. Dans le code civil, la responsabilité était essentiellement individuelle et conditionnée par la faute. Le responsable y avait le visage de celui qui, majeur et sain d'esprit, doit réparer les conséquences dommageables de ses agissements fautifs ou de sa négligence ou son

1. Voir P. Calame, *Essai sur l'Economie*, Paris, éd. Charles Leopold Meyer, 2009, préf. J. Galbraith, p. 96.

Prendre la responsabilité au sérieux

imprudence¹. Ce n'est qu'exceptionnellement que la responsabilité d'un individu pouvait être engagée, sans faute de sa part, du fait de certaines choses « placées sous sa garde » (ses immeubles en ruine ou ses animaux) ou de certaines personnes « dont il doit répondre » (ses enfants, ses élèves ou ses préposés)². Il s'agissait d'exceptions, limitativement énumérées, à la règle de l'irresponsabilité du fait des choses ou du fait d'autrui. Pour faire face aux dommages dont personne n'était jugé responsable – notamment à l'altération ou la perte de la capacité de gagner sa vie – on ne pouvait guère compter que sur soi-même, c'est-à-dire sur la prévoyance individuelle ou à défaut sur ses ascendants ou descendants ou sur la charité. Notamment sur un type de charité qu'on nommait alors le paternalisme et qui fait donc aujourd'hui un retour en force sous le nom de « responsabilité sociale des entreprises » (RSE)³. Comme le laisse entendre la notion de « patronat »⁴, répudiée depuis peu par les chefs d'entreprises⁵, certains employeurs, animés par la foi ou la morale, estimaient avoir à l'égard de leurs ouvriers des responsabilités comparables à celles d'un père vis-à-vis de ses enfants. Ils veillaient donc sur eux comme sur des enfants, en surveillant leur conduite et en leur apportant en tant que de besoin secours et assistance. Cette responsabilité sociale était volontaire et n'avait d'autre garant que Dieu.

Les limites ainsi posées au domaine de la responsabilité civile n'ont pas résisté au choc de la révolution industrielle et à la mul-

1. Voir Code civil, art. 1382 et 1383.

2. Voir Code civil, art. 1384 à 1386.

3. Parmi une bibliographie très abondante, voir I. Daugareilh, *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 863 p. ; T. Berns et al., *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 230 p.

4. La notion de patronat vient du droit romain, où elle désignait les liens d'obligations unissant un affranchi à son ancien maître, celui qui l'avait fait naître à la vie civile et dont il portait depuis le nom. L'ancien maître ainsi devenu patron devait aide et assistance à son affranchi qui devait lui rendre en retour respect (*obsequium*) et certains services (*operæ*).

5. En 1998, le Conseil national du patronat français (CNPFP) a changé de nom pour devenir le Mouvement des entreprises de France (Medef). Ce changement a correspondu à la prise de contrôle de cette organisation par le secteur des services et de la finance.

Introduction

tiplication des dommages causés par les machines. C'est ce choc qui a entraîné l'élargissement de la responsabilité au fait des choses qu'on a sous sa garde. Le point de départ de cet élargissement a été dans tous les pays industriels l'instauration à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle d'un régime spécifique de réparation des accidents du travail. Ce tournant juridique a conduit non seulement à une généralisation de la responsabilité du fait des choses, mais aussi à l'extension corrélative des mécanismes de l'assurance des risques¹. D'abord volontaire, cette assurance de la responsabilité du fait des choses a été rendue obligatoire pour les risques les plus graves pesant sur la classe ouvrière : les accidents, mais aussi la maladie, la vieillesse et le chômage. La combinaison d'une responsabilité élargie et d'une assurance obligatoire a été le ciment du premier pilier de l'État social, i.e. d'un État garant de la solidarité face aux risques. Cette révolution juridique a entraîné le déclin du paternalisme : dès lors qu'elles s'acquittaient de leurs obligations d'assurance par le versement de cotisations sociales, les entreprises n'avaient plus à se soucier des malheurs affligeant leurs salariés. Une évolution comparable a marqué les solidarités familiales, la montée en puissance des régimes de retraite dispensant les actifs d'avoir à prendre financièrement en charge leurs vieux parents. Autrement dit, un devoir impersonnel de solidarité, imposant le versement d'impôts et cotisations, s'est pour une large part substitué aux devoirs personnels de secours et d'assistance qui assurent la cohésion des sociétés traditionnelles. L'extension du capitalisme a ainsi été facilitée par le transfert aux assurances sociales de la responsabilité des risques pesant sur les salariés. Les employeurs ont pu légitimement se désintéresser du temps long de la vie des travailleurs, de leur éducation, de leur santé, de leur sécurité économique et de leurs charges de famille et traiter le travail comme

1. Voir sur ce tournant F. Ewald, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, 608 p. ; et pour une approche comparative P. Köhler, P.-J. Hesse et H. Zacher, *Un siècle de sécurité sociale : 1881-1981 : l'évolution en Allemagne, France, Grande-Bretagne, Autriche et Suisse*, Nantes-München, CRSH-Univ. Nantes et Max Planck Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, 1982, 612 p.

Prendre la responsabilité au sérieux

une ressource économique disponible sur un marché régi par le seul calcul d'utilité. Plus généralement, ce transfert de responsabilités a nourri dans l'ensemble de la population l'illusion de n'être responsable ni d'avoir besoin de personne, c'est-à-dire l'illusion d'un sujet capable de se fonder lui-même¹.

L'ensemble de cette construction institutionnelle est aujourd'hui ébranlée dans le contexte de ce qu'on nomme la globalisation, c'est-à-dire l'instauration d'un Marché total à l'échelle du globe². La libre circulation des capitaux et des marchandises engage tous les États dans une compétition globale, où chacun doit, conformément aux thèses libérales de David Ricardo, cultiver son « avantage comparatif »³. Cet avantage comparatif peut résider dans des ressources naturelles ou dans une « ressource humaine », que les États sont ainsi incités à surexploiter pour maintenir leur « compétitivité » à l'échelle mondiale. Ils se trouvent tous engagés bon gré mal gré dans ce que le Premier ministre britannique a récemment nommé un *Global race*⁴, c'est-à-dire une course mortelle dont la loi d'airain est la baisse du coût du travail, devenue l'*alpha* et l'*omega* des politiques économiques suivies par tous les partis de gouvernement en Europe⁵. En recourant aux délocalisations, à la sous-traitance

1. Sur cette illusion, voir P. Legendre, *Les Enfants du Texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Paris, Fayard, 1992, p. 352.

2. On trouvera ce point développé in A. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au Marché total*, Paris, Seuil, 2010, 182 p.

3. D. Ricardo, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, London, 1817. De façon significative, le concept d'avantage comparatif n'apparaît en toutes lettres qu'une fois dans cet ouvrage : pour mettre en garde contre les hausses des impôts, susceptibles de le faire perdre : "A new tax may destroy the comparative advantage which a country before possessed in the manufacture of a particular commodity" (ch. 19).

4. "The truth is this. We are in a global race today. And that means an hour of reckoning for countries like ours. Sink or swim. Do or decline. [...] These are difficult times. We're being tested. How will we come through it? Again, it's not complicated. Hard work." David Cameron, Discours au Congrès du parti conservateur, (*The Telegraph*, 9 October, 2012).

5. Souvent attribuée à Marx, la « loi d'airain des salaires » a été d'abord formulée par Ferdinand Lassalle, qui s'inspirait lui-même (pour les critiquer) des idées de Ricardo et Malthus (Voir F. Lassalle, *Offenes Antwortschreiben An das Zentralkomitee zur Berufung eines Allgemeinen Deutschen Arbeiterkongresses zu Leipzig*, 1^{er} mars 1863,

Introduction

internationale ou aux détachements, une entreprise peut opérer sur un marché tout en échappant largement aux impôts et cotisations sociales. L'instauration de ce Marché total a pour corollaire la montée de risques systémiques. Risque financier, avec l'abandon en 1971 du système de parités fixes au profit de monnaies « flottantes », considérées comme des marchandises comme les autres et dont la valeur n'a plus de garantie internationalement reconnue. Risque écologique, dont le réchauffement climatique n'est que l'une des multiples facettes, avec la surexploitation de « ressources naturelles », que l'on continue de traiter comme des marchandises alors qu'elles participent des milieux vitaux dont dépend la survie de nos sociétés. Ces nouveaux risques s'ajoutent au retour des risques sociaux qu'avait jugulés l'État social. La leçon tirée des deux guerres mondiales, selon laquelle « une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale »¹ est oubliée et l'abandon de tout objectif de justice sociale à l'échelle internationale s'accompagne sans surprise d'une montée vertigineuse des inégalités, du chômage, des migrations économiques, du retour aux fureurs religieuses, nationalistes et identitaires et plus généralement de la violence.

La montée de ces périls se conjugue avec l'affaissement de la capacité des États de demeurer garants du principe de responsabilité, c'est-à-dire de leur capacité d'obliger ceux qui détiennent le pouvoir économique de répondre des conséquences de leurs décisions. Cette dissociation des lieux de pouvoir et des lieux d'imputation de la responsabilité conduit à faire peser les risques sur ceux qui ne sont pas en état de les prévenir². D'un point de vue juridique, la question se pose donc de « reconnecter » pouvoir et responsabilité pour éviter

in *Gesammelte Reden und Schriften* (hrsgb. von Eduard Bernstein) Bd. 3, Paul Cassirer, Berlin, 1919, p. 41-107).

1. Voir le premier attendu du Préambule de la Constitution de l'OIT [1919] réaffirmée en 1944 par la Déclaration de Philadelphie.

2. Voir sur ce point U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, Suhrkamp, 1986, trad. fr. *La Société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2008, 521 p.

Prendre la responsabilité au sérieux

le transfert des risques sur les plus faibles. Il faut pour y répondre « prendre la responsabilité au sérieux », c'est-à-dire la prendre dans son sens juridique. Inspirée du titre d'un livre fameux de Ronald Dworkin¹, cette question a fait l'objet du colloque international dont cet ouvrage est issu. Elle conduit à entendre le principe de responsabilité dans un sens large, comme obligation de prévenir ou réparer les conséquences dommageables de ses agissements, sans préjudice du point de savoir s'il s'agit de responsabilité civile ou pénale, délictuelle ou contractuelle, pour faute ou pour risque.

Pour conduire cette réflexion collective, nous avons privilégié la question des responsabilités à l'égard de ce que Karl Polanyi a nommé les « marchandises fictives »², c'est-à-dire de la nature, du travail et de la monnaie. Fictives, car le capitalisme conduit à les traiter comme des marchandises alors qu'elles ne sont pas des produits de l'activité économique, mais les conditions préalables à toute activité marchande. Les fictions ici à l'œuvre sont des fictions juridiques, c'est-à-dire des techniques immatérielles ayant pour fonction de rendre humainement vivable une certaine représentation mentale du monde. Pour remplir cette fonction, les fictions juridiques doivent – à la différence des fictions romanesques – tenir compte du principe de réalité. Le droit de propriété, par exemple, donne forme et force juridique à l'imaginaire de l'homme « maître et possesseur de la nature ». Mais pour que cette représentation soit durablement soutenable, il faut bien tenir compte de la réalité, qui est aussi celle de la dépendance de l'homme vis-à-vis de la nature³. Autrement dit, il faut réglementer l'usage du droit de propriété dans un sens qui évite la destruction de notre milieu vital. C'est tout l'objet du droit de l'environnement. Moyennant des dispositions

1. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, trad. fr. *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Puf, coll. « Léviathan », 1995, 515 p.

2. Voir K. Polanyi, « Le marché régulateur et les marchandises fictives : travail, terre et monnaie » in *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps* (1944), Paris, Gallimard, 1983, p. 102-112.

3. Je me permets de renvoyer sur ce point à A. Supiot, « L'inscription territoriale des lois », *Esprit*, novembre 2008, p. 151-170.

Introduction

juridiques garantissant la protection de la nature, on pourra faire *comme si* la terre était une marchandise. De même, moyennant un droit social assurant le temps long de la formation et de la reproduction de la force de travail, on pourra faire *comme si* le travail était une marchandise et instituer ainsi un *marché* du travail. Et moyennant des institutions garantes de la valeur de la monnaie, on pourra faire *comme si* la monnaie était une marchandise comme une autre, négociable sur les *marchés* financiers.

Le danger de ces montages est qu'ils incitent à prendre ces fictions pour la réalité et à oublier ces états juridiques sur lesquels repose le capitalisme. Faute d'être soutenu, il n'est plus « soutenable ». Un tel oubli est largement répandu par la vulgate économique qui sert de credo au processus de globalisation et engage tous les États dans une course à la déréglementation de l'usage de la nature, du travail et de la monnaie. Traiter *réellement* et non plus *fictivement* la nature, le travail et la monnaie comme des marchandises expose évidemment à un retour brutal du principe de réalité. Il était par exemple prévisible que les marchés financiers, qui ont été les plus systématiquement déréglementés, seraient ceux où ce principe ferait d'abord retour. Mais leur implosion en 2008 n'a pas suffi à tirer le monde, ou plus exactement ceux qui le dirigent, du sommeil dogmatique où ils se trouvent plongés. Au lieu de s'employer à re-réglementer des marchés financiers en faillite, tous les partis de gouvernement en Europe ont fait de la déréglementation des marchés du travail la priorité politique absolue. L'effacement des frontières du commerce ayant substitué le *law shopping* au *rule of law* à l'échelle du globe, chaque État s'efforce d'acquérir ou de conserver « l'avantage comparatif » que représente une réglementation plus laxiste et donc « plus attrayante » pour les investisseurs. Un tel système sape les bases financières de l'État social là où il était le plus développé, et freine sa construction dans les pays émergents, toujours menacés de perdre leur « avantage comparatif » s'ils s'avisent d'encherir le coût du travail, d'augmenter le montant des impôts ou de protéger la nature. Il fragilise aussi les entreprises elles-mêmes. Leur organisation réticulaire les expose à des risques nouveaux,

Prendre la responsabilité au sérieux

dans la mesure où elles n'exercent plus qu'un contrôle indirect sur la chaîne de fabrication de leurs produits. Et elles se trouvent soumises à des exigences de rentabilité à court terme toujours plus élevées, nonobstant la sécurité de leurs activités et leurs besoins d'investissement à long terme.

Compte tenu de leur importance cruciale pour l'avenir commun de l'humanité, les marchandises fictives sont tout à la fois celles à l'égard desquelles les comportements irresponsables sont les plus dangereux et celles où il est le plus difficile de mettre en œuvre le principe de responsabilité. C'est pourquoi nous avons axé nos travaux sur les responsabilités face aux risques écologiques, sociaux et financiers. Chacun de ces risques soulève des questions spécifiques, qu'il ne faut pas négliger, mais ils sont aussi interdépendants et il faut donc également tenir compte des liens qui les unissent. Les exemples de ces liens sont nombreux. La crise financière de 2008 a donné une idée des catastrophes sociales que pouvait engendrer un effondrement de marchés financiers déréglementés. Plus généralement, un système qui incite à privilégier des approvisionnements lointains au détriment des circuits courts pour des raisons purement financières tenant à « l'avantage comparatif » de moindres contraintes sociales et environnementales est un système qui engendre l'irresponsabilité dans tous ces domaines en même temps. Par exemple, le démantèlement récent des barrières douanières qui continuaient de protéger l'agriculture vivrière ou l'élevage artisanal dans les pays africains pour augmenter les profits de firmes agroalimentaires européennes est une décision grosse aussi bien de malheur social (chômage et émigration de masse en Afrique, prolétarisation du travail agricole en Europe) que de préjudices écologiques (pollutions et nuisances de toutes sortes engendrées par l'élevage industriel)¹. Les risques liés aux marchandises fictives ne sont donc pas seulement systémiques, ils sont inter-systémiques.

1. Voir les Accords de partenariat économique (APE) conclus en juillet 2014 entre l'Union européenne et la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (Cedeao), l'Afrique australe et le Cameroun. Seuls les pays d'Afrique de l'Est ont refusé de céder à cette totale libéralisation des échanges prévue depuis 2000 par les accords de Cotonou.

Introduction

Ces considérations éclairent le plan suivi par nos travaux. Suivant une méthode qui s'impose dans la perspective de la mondialisation¹, la première partie de cet ouvrage a pour objet d'examiner la notion de responsabilité au prisme de la diversité des civilisations². Nos concepts juridiques ne sont pas intemporels et universels. Ils ont une histoire et ne se retrouvent pas nécessairement partout à l'identique. Il convenait donc de prendre la mesure de cette profondeur historique et d'adopter pour un moment des points de vue extérieurs sur ce que nous nommons « responsabilité ». Cette exploration est riche de nombreux enseignements. Elle montre à la fois la singularité et la diversification de notre propre tradition juridique en rameaux distincts³ et son appropriation par d'autres civilisations, sous forme de néologismes ayant leur tonalité propre⁴. Elle montre aussi que ces civilisations partagent une idée chez nous masquée par le poids écrasant du concept de propriété : l'idée que toute société humaine a besoin pour durer de gardiens de son écoumène, de garants des liens entre les hommes et leur milieu vital. Telle est la fonction des Gardiens de la Terre étudiés par Danouta Liberski-Bagnoud dans la tradition africaine⁵ ; des *bhūpāla* qui, dans la tradition indienne évoquée par Charles Malamoud, sont responsables non pas seulement de leur territoire, mais de la terre dans son ensemble⁶ ; ou encore, dans la tradition chinoise, de l'administration impériale, dont Jérôme Bourgon montre qu'elle était responsable de l'équilibre à opérer et à maintenir entre les hommes et la terre qu'ils cultivent⁷. Leçon importante qui nous invite à concevoir la responsabilité en termes de

1. À la différence de la *globalisation*, qui a pour horizon l'uniformisation du monde sous l'égide d'un marché devenu total, la *mondialisation* a pour horizon un monde rendu humainement vivable par l'intelligence de la diversité des civilisations et de leur interdépendance croissante.

2. Voir déjà sur ce sujet E. Sizoo, *Responsabilité et cultures du monde : Dialogue autour d'un défi collectif*, Paris, Éd. Charles Léopold Mayer, 2008, 328 p.

3. Voir *infra*, Olivier Descamps, chapitre 1, p. xx.

4. Voir *infra*, Jean-Noël Robert, chapitre 5, p. xx.

5. Voir *infra*, chapitre 2, p. xx.

6. Voir *infra*, chapitre 3, p. xx.

7. Voir *infra*, chapitre 4, p. xx.

Prendre la responsabilité au sérieux

charge à assumer, de conduite à tenir et d'équilibres à préserver, et non pas seulement comme le devoir de répondre après-coup de faits dommageables. Leçon qui pose aussi une question béante et sans réponse : qui sont les Gardiens de la Terre à l'ère de la globalisation ?

Dans une deuxième partie, la responsabilité des marchandises fictives est abordée de façon thématique, par l'examen de questions propres à la responsabilité écologique, à la responsabilité sociale et à la responsabilité financière. Elle combine une approche comparative (par l'examen de cas nationaux particulièrement significatifs, tels ceux des États-Unis, de la Chine, du Brésil ou de l'Inde) et une approche internationale des instruments juridiques destinés à promouvoir une responsabilité plus grande dans les domaines de l'écologie, de la santé et de la finance. De ce panorama ressort un tableau contrasté, où les ombres l'emportent sans surprise sur les lumières. La crise de l'Ebola a révélé les effets mortifères des politiques d'ajustement structurel imposées par le FMI, en même temps que les graves défaillances de l'Organisation mondiale de la santé¹. Lorsqu'elle ne relève pas de la publicité mensongère, la « responsabilité sociale des entreprises » se présente comme un néo-paternalisme, certes louable mais sans portée juridique significative². Faute d'avoir été sérieusement réformés, les marchés financiers sont en train de s'emparer de la crise écologique comme d'une nouvelle table de jeux, où engranger des profits sans offrir en contrepartie la moindre prévention contre les risques³. De ce tableau ressortent aussi quelques lueurs plus encourageantes, propres à éclairer le chemin de réformes à venir. C'est le cas notamment des progrès de la notion de « responsabilité écologique » qui se déploie à la fois au plan civil et pénal⁴. Ce progrès juridique va de pair avec

1. Voir *infra*, Deisy Ventura, chapitre 11, p. xx. Adde l'enquête de D. Stuckler et S. Basu, *The Body Economic ; Why Austerity Kills*, Basic Books 2013, trad. fr. *Quand l'austérité tue*, Paris, Autrement, 2014, 334 p.

2. Voir *infra*, Isabelle Daugareilh, chapitre 10, p. xx.

3. Voir *infra*, Janis Sarra, chapitre 12, p. xx. Adde S. Feydel et Chr. Bonneuil, *Prédation. Nature, le nouvel eldorado de la finance*, Paris, La Découverte, 2015, 213 p.

4. Voir *infra*, Laurent Neyret, chapitre 6, p. xx.

Introduction

une prise de conscience politique, comme le montrent les initiatives réglementaires soutenues aux États-Unis pour freiner le réchauffement climatique¹. Enfin des signes de plus en plus nombreux attestent que la responsabilité sociale des entreprises tend à acquérir une certaine force juridique, comme le montre en France la loi en cours d'adoption sur les devoirs de vigilance des entreprises multinationales² ou les réformes les plus récentes du droit des sociétés en Inde³ et en Chine⁴.

La troisième partie aborde la responsabilité des marchandises fictives de façon transversale, à partir de trois questions incontournables pour qui prend la responsabilité au sérieux : Qui sont les responsables ? Qui peut déclencher l'action en responsabilité ? Et enfin qui est juge de la responsabilité ? La première question revêt une importance particulière dès lors qu'il s'agit de mettre en cause la responsabilité des entreprises. Le recours à la personnalité morale, c'est-à-dire à des masques juridiques⁵, ouvre aux décideurs économiques la possibilité d'avancer masqués sur la scène des échanges. En sorte que la responsabilité de leurs actes est imputée à ces autres personnes qu'ils contrôlent ou font naître à la vie juridique. La limitation de la responsabilité a été dès l'origine l'un des plus puissants ressorts et l'un des plus grands dangers du recours à ces grands instruments du capitalisme que sont le trust ou la société anonyme⁶. De nos jours, l'internationalisation et l'organisation réticulaire des entreprises permettent d'en faire les instruments de ce que Pierre Calame a nommé durant nos travaux une « société à irresponsabi-

1. Voir *infra*, William Fletcher, chapitre 7, p. xx.

2. Voir *infra*, Isabelle Dugareilh, chapitre 10, p. xx et William Bourdon, chapitre 19, p. xx.

3. Voir *infra*, Supriya Routh, chapitre 13, p. xx.

4. Voir *infra*, Linxin He, chapitre 9, p. xx.

5. Sur ce sens premier de la *persona*, d'où est issue la notion de personnalité juridique, voir M. Mauss, *Une catégorie de l'esprit humain : la notion de personne, celle de "moi"* (1938), repris in *Sociologie et anthropologie*, Paris, Puf, 8^e éd. 1983, p. 333 ; I. Meyerson (dir.), *Problèmes de la personne*, Paris/La Haye, Mouton, 1973, 494 p.

6. Voir M. Schmöckel, in A. Supiot (dir.), *L'Entreprise dans un monde sans frontières*, Paris, Dalloz, 2015, chapitre 3.

Prendre la responsabilité au sérieux

lité illimitée ». Faute de dispositifs juridiques permettant de mettre bas ces masques, c'est toujours en fin de compte les États qui se trouvent devoir répondre en dernier ressort des désastres écologiques, sociaux ou monétaires engendrés par cette irresponsabilité¹. D'où l'intérêt qu'il y aurait pour eux à imposer aux grandes entreprises une responsabilité sociale et environnementale digne de ce nom, c'est-à-dire dotée de force juridique et susceptible d'atteindre leurs dirigeants. Quelques pas ont été faits en ce sens, comme le montre la juridisation de la RSE en Inde² ou encore les lois américaines organisant la responsabilité personnelle des dirigeants dans le domaine comptable et financier³. Mais la concurrence normative qui caractérise le processus de globalisation pousse plutôt les États à la complaisance, quand ce n'est pas à la complicité avec les agissements irresponsables de « leurs » grandes entreprises. D'où la question montante de la protection des « lanceurs d'alerte », qui prennent l'initiative de dénoncer ces agissements⁴, et plus généralement de l'action civique et de l'action syndicale⁵. Le troisième défi à relever, pour que la responsabilité des marchandises fictives soit prise au sérieux, est celui des instances compétentes pour en juger. L'institution d'un juge est la pierre angulaire de tout ordre juridique. Nos travaux ont montré que des voies existaient pour attirer les responsables de désastres écologiques, sociaux ou monétaires devant

1. Voir *infra*, François Brunet, chapitre 14, p. xx.

2. Voir *infra*, Supriya Routh, chapitre 13, p. xx.

3. Voir la loi Sarbanes-Oxley (2002) applicable à toute entreprise américaine cotée sur le marché. Le contraste est grand avec l'Union européenne où l'impunité des dirigeants est de règle, lors même qu'ils ont conduit leurs entreprises à des catastrophes de grande ampleur. Voir par ex. le cas de la faillite de la banque franco-belge Dexia, dont le montant estimé pour les finances publiques est de 18 milliards d'euros... dont 11 millions de provision pour la « retraite chapeau » du dirigeant qui l'a conduite au naufrage (Voir Cour des comptes, *Dexia : un sinistre coûteux, des risques persistants*, Rapport public, juillet 2013, 236 p. ; Chambre des représentants de Belgique, *Examen des circonstances qui ont contraint au démantèlement de la Dexia SA*, Rapport DOC 53 1862/002 du 23 mars 2012, 421 p. ; M. Orange, « La faillite de Dexia », *Mediapart*, 24 fév. 2012).

4. Voir *infra*, René de Quenaudon, chapitre 15, p. xx.

5. Voir *infra*, Philippe Pochet, chapitre 19, p. xx.

Introduction

des instances judiciaires nationales¹ ou internationales². Si elles sont peu empruntées, c'est souvent par manque d'audace ou en raison de la collusion des États avec les responsables. On ne peut de ce point de vue qu'être frappé par le contraste entre États-Unis et Europe. Aux États-Unis, le « Department of Justice » américain s'est doté, pour mettre au pas les multinationales en matière de corruption, de dispositifs d'application extraterritoriale de la loi américaine si audacieux qu'ils en sont inquiétants³. En Europe, nul ne semble oser évoquer en revanche la responsabilité dans la faillite de l'État grec de la Banque Goldman Sachs, qui l'avait aidé à maquiller ses comptes pour entrer dans la zone euro⁴. Alors même que le « pouvoir de marché » dont disposerait l'Union européenne au soutien de telles recherches de responsabilités serait équivalent à celui des États-Unis.

Le droit est comme la médecine. On observe ce qui ne va pas pour poser des diagnostics et identifier des remèdes. Notre analyse juridique des facteurs d'irresponsabilité se devait donc de déboucher sur des recommandations susceptibles de nourrir le débat public, et notamment la réflexion des participants à la conférence sur le climat réunie à Paris à l'automne 2015. La quatrième partie de cet ouvrage est consacrée à la présentation et la discussion d'une série de recommandations, dont l'avant-projet avait été élaboré sous l'égide du professeur Mireille Delmas-Marty dans le cadre des réseaux « Internationalisation du droit » (ID) antérieurement à notre colloque. Cette discussion a donné lieu à deux tables rondes : la première consacrée plus spécialement aux dispositifs juridiques susceptibles de répondre

1. Voir *infra*, Vivian Curran, chapitre 16, p. xx.

2. Voir *infra*, Claudia Perrone Moisés, chapitre 17, p. xx.

3. Voir A. Garapon, P. Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, Puf, 2013, 200 p.

4. L'accord conclu entre l'Eurozone et la Grèce le 12 juillet 2015 stipule que si des « doutes planent sur le caractère soutenable de la dette grecque, cela est dû au relâchement des politiques au cours des douze derniers mois ». Affirmation proprement extravagante quand on connaît l'historique de cette dette, mais qui a l'avantage de faire peser toute la responsabilité sur le gouvernement grec élu en janvier 2015 et d'exonérer par là même la responsabilité des gouvernements précédents, des institutions européennes, des autres États et des banques privées.

Prendre la responsabilité au sérieux

aux défis du réchauffement climatique et la seconde de portée plus générale sur les remèdes à l'irresponsabilité en matière sociale, environnementale et monétaire. Les recommandations présentées à la fin de cet ouvrage sont le fruit de cet important travail collectif et il reste à espérer qu'elles ne soient pas sans lendemain.

Nous assistons à un tournant du droit de la responsabilité comparable à celui qui a donné le jour à l'État social. À certains égards, ce tournant pourrait apparaître comme un demi-tour : les États ne parvenant plus à assumer leur rôle de garants d'une responsabilité objective face aux risques nés de la dynamique du capitalisme, les techniques prônées par le libéralisme d'antan ressurgissent : l'épargne, le paternalisme d'entreprise et la charité privée ou publique. Mais cette résurgence n'est pas une répétition, car ces techniques se déployant à l'échelle globale ont pris un nouveau visage. L'épargne a aujourd'hui le visage des fonds de pension et de la bancassurance, riches de la promesse d'une sécurité financière qui pourrait se passer de la figure d'un garant de la valeur de la monnaie. Le paternalisme a pris le visage de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises, riche de la promesse d'une autorégulation qui, par la vertu procédurale de programmes de *compliance*, dispenserait de toute figure de l'hétéronomie. La charité publique a pris le visage du *workfare* ou de l'*État social actif*¹, riches de la promesse d'une responsabilisation des indigents et de la maîtrise de la dépense publique, tandis que la sécurité sociale universelle est convertie à bas bruit en un « socle minimal de droits sociaux »². La charité privée, enfin, a pris le visage d'organisations non gouvernementales (ONG) et de fondations sociales, dont la croissance va de pair avec le retrait des États³. Sauf cas extrêmes,

1. Voir D. Dumont, *La Responsabilisation des personnes sans emploi en question*, Bruxelles, La Chartre, 2012, 613 p.

2. Voir le discours de clôture de la conférence « Un nouvel élan pour le dialogue social » par le président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4607_fr.htm>

3. Voir l'exemple de la fondation Bill Gates, étudié *infra* par Deisy Ventura, chapitre 11, p. xx.

Introduction

ces derniers ne s'effacent pas mais abandonnent à des entités privées une part importante de leurs pouvoirs en matière sociale, environnementale et monétaire. Ce reflux devrait aller de pair avec une responsabilité plus grande de ces entités, au premier rang desquelles les entreprises transnationales¹, dont les choix contribuent à régler le sort des hommes et de la nature ou la valeur de la monnaie. Mais force est de constater que ce transfert des pouvoirs ne s'est pas accompagné d'un transfert corrélatif des responsabilités, ou plus exactement d'une ré-articulation des responsabilités publiques et privées, tenant compte de cette nouvelle distribution des pouvoirs.

Si une telle ré-articulation est difficile à concevoir, c'est parce que nous continuons de raisonner dans le paradigme d'un ordre juridique régi par le règne de la loi. Dans un tel ordre, qui correspondait à celui d'une société d'États souverains, ces derniers sont responsables de la préservation sur le long terme des hommes, de la nature et de la monnaie. Cette préservation ne relève pas d'un calcul économique, car elle est la condition de possibilité d'un tel calcul. Tant que ces valeurs incalculables sont du ressort des États, les entreprises n'ont pas d'autre responsabilité vis-à-vis d'elles que d'obéir aux lois par lesquelles les États en organisent la protection. Dès lors qu'elles paient leurs impôts et cotisations et respectent le droit du travail et de l'environnement, elles sont libres de se concentrer sur de purs calculs d'utilités. Dans un tel contexte, la fameuse déclaration de Milton Friedman, selon laquelle « l'unique responsabilité sociale de l'entreprise est celle de faire des profits »², témoignait sans doute d'une conception très primitive de l'entreprise³, mais n'avait rien de scandaleux.

La situation est différente dans un univers juridique où la libre circulation des marchandises et des capitaux permet aux entreprises

1. Sur cette question, voir déjà les contributions réunies in A. Supiot, *L'Entreprise dans un monde sans frontières*, op. cit.

2. M. Friedman, "The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits", *The New York Times Magazine*, 13 September, 1970.

3. Voir O. Faverau, « La "fin" de l'entreprise privée », in A. Supiot, *L'Entreprise dans un monde sans frontières*, op. cit., p. 303 ; et *infra*, Supriya Routh, chapitre 13, p. xx.

Prendre la responsabilité au sérieux

de s'émanciper de la tutelle des États en pratiquant le *law shopping*. À cette échelle globale, il n'y a plus d'instance hétéronome assumant les responsabilités sociale, environnementale ou monétaire, lesquelles retombent donc nécessairement sur les entreprises. Elles y font face par des moyens divers. Concernant les risques monétaires, elles ont recours aux produits financiers dérivés, dont on sait la croissance monstrueuse depuis trente ans. Le montant des encours des produits dérivés, détenus hors bilan par les banques dites systémiques, a atteint en 2012 le montant inimaginable de 720 324 milliards de dollars, soit 15 fois celui de leurs bilans et 10 fois le PIB mondial¹. L'implosion financière de 2008 a pourtant montré que ces garanties horizontales, loin de pallier l'absence d'un Garant international de la valeur de la monnaie, conduisaient plutôt à une dissémination incontrôlable des risques, renforçant l'irresponsabilité plutôt que la responsabilité en ce domaine.

Concernant les ressources humaines et naturelles, la « responsabilité sociale et environnementale » (RSE), à l'instar du paternalisme d'antan, a une base purement volontaire et les entreprises qui s'en réclament cherchent à la maintenir autant que possible hors du champ juridique. Prendre la responsabilité au sérieux implique au contraire de donner force et cohérence juridique à ces engagements. Cela peut être ponctuellement le fait d'un législateur, d'un juge national ou d'une négociation collective internationale². Mais posée en termes généraux, la question de la ré-articulation de la responsabilité des entreprises et des États en matière sociale et environnementale ne peut être comprise indépendamment des mutations profondes qui affectent les liens de droit dans le monde post-industriel.

L'imaginaire de la gouvernance par les nombres, qui accompagne la révolution numérique et le projet d'instauration d'un Marché

1. F. Morin, *L'Hydre mondiale. L'oligopole bancaire*, Montréal, Lux, 2015, p. 37-38.

2. Voir *infra* les contributions d'Isabelle Daugareilh, Supriya Routh, Philippe Pochet et William Bourdon.

Introduction

total, a pour double effet de renverser le règne de la loi et de faire ressurgir les liens d'allégeance comme paradigme du lien de droit. Ce nouveau paradigme est celui de l'inféodation d'un sujet aux objectifs d'un autre, qui tout à la fois le contrôle et lui concède une certaine autonomie et une certaine protection. Il rend compte aussi bien des nouvelles formes de relations individuelles de travail (salarié ou non) que des nouvelles formes d'organisation des entreprises (en chaînes de production et en réseaux) ou des nouvelles formes d'inféodation de certains États, via leur adhésion volontaire à des traités inégaux ou à des plans d'ajustement structurel qui les privent d'une part de leur souveraineté. Au lieu d'être peuplée de sujets agissant librement sous l'égide d'une *loi* commune qui fixe les responsabilités de chacun, la scène juridique se peuple donc de sujets inscrits dans de multiples *liens* d'allégeance¹.

Ce reflux de la loi au profit des liens éclaire les impasses actuelles de la responsabilité sociale, environnementale et monétaire. Le lien d'allégeance permet à la partie dominante (suzeraine) de faire peser sur la partie dominée (vassale) la responsabilité des décisions qu'elle lui impose de prendre dans la gestion de ses affaires. L'État guinéen ou l'État grec seront ainsi tenus responsables de la dégradation de la situation sanitaire de leur population alors même que cette dégradation résulte en fait des consignes que leur ont données le FMI ou la Troïka. L'entreprise sous-traitante, l'éleveur intégré à l'industrie alimentaire ou la filiale d'une multinationale seront jugés seuls responsables des pollutions ou des accidents du travail qui résultent des conditions économiques qui leurs sont en fait imposées par leurs donneurs d'ordre. Mais la structure du lien d'allégeance éclaire aussi les moyens d'éviter cet effet pervers. Le pouvoir de contrôle qu'il confère à la partie dominante est à la fois un droit de surveillance et un devoir de prendre soin des intérêts à long terme de celui qui s'est placé sous sa dépendance. Ressurgit ainsi ce que le droit allemand nommait le *Sorgenpflicht*, un devoir d'attention qui

1. On trouvera ce processus détaillé in A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015, 520 p.

Prendre la responsabilité au sérieux

mêle surveillance et protection, contrôle et soutien, et que le droit moderne redécouvre sous le nom de « devoir de vigilance ». L'évolution du contrat de travail est comme toujours un bon révélateur de cette résurgence. La « flexibilité » désormais exigée du salarié appelle en contrepartie le devoir de l'employeur de veiller sur le maintien de ses capacités professionnelles ainsi qu'une obligation de sécurité de résultat. La logique d'un lien personnel à plus ou moins long terme déborde ainsi celle d'un simple échange de prestations.

Cette évolution ne se borne évidemment pas au contrat de travail et se manifeste aussi dans les réseaux d'entreprises et plus généralement dans ce qu'on nomme aujourd'hui les contrats relationnels¹. Elle conduit évidemment à une dissémination des responsabilités dans des réseaux de dépendance, qui reposent non sur l'obéissance, mais sur la programmation des entités qu'ils relient. Avec le risque de permettre à ceux qui tissent ces réseaux et en tirent profit de se défaire de leurs responsabilités sur des lampistes. Pour faire face à ce risque divers instruments juridiques ont vu le jour, auxquels manquent encore une base théorique solide et un cadre cohérent.

Nombre de ces dispositifs visent à permettre de « lever le voile » de la personnalité morale pour rechercher la responsabilité de celui qui est à l'origine du dommage. Ils concernent aussi bien le droit de la concurrence², le travail dissimulé³, le droit du licenciement⁴, la sécurité dans l'entreprise⁵, le détachement international de sala-

1. La notion a été avancée par Ian R. MacNeil. Voir *The Relational Theory of Contracts. Selected Works of Ian MacNeil*, London, Sweet & Maxwell, 2001, 412 p. Et pour une présentation en langue française, C. Boismain, *Les Contrats relationnels*, PUAM, 2005, 526 p. ; Y.-M. Laithier, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *Recueil Dalloz*, 2006, 1003.

2. CJCE, 10 septembre 2009 (Affaire C-97/08 P – *Akzo Nobel*)

3. C. trav. art. L.8222-5 (travail dissimulé).

4. Soc. 18 janvier 2011, n° 09-69.199, *Sté Jungheinrich finances holding* (coemployeurs). Voir C. Hannoun et S. Schiller, « Quel devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ? » *Revue de droit du travail*, 2014, p. 441 ; F. Géa, « Pouvoir et responsabilité en droit du travail », in A. Supiot, *L'Entreprise dans un monde sans frontières*, op. cit., ch. XIV.

5. Voir en droit anglais : Court of Appeal (Civil Division) [2012] EWCA CIV 525, *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 632, obs. Horatia Muir-Watt.

Introduction

riés¹, que le droit de l'environnement². En France, l'avant-projet dit Catala de réforme du droit des obligations proposait en 2005 de donner une portée générale à ce type de responsabilité, en prévoyant que « celui qui encadre ou organise l'activité professionnelle d'une autre personne et en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de cette activité ». Une règle semblable était prévue pour « celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle »³. L'adoption de cette proposition audacieuse aurait donné une base légale à l'adage *ubi emolumentum ibi onus* (où est le profit doit être la charge) en étendant les conséquences dommageables d'une activité économique à celui qui la contrôle et en tire profit⁴. Elle aurait été de nature à prévenir par exemple l'implication d'entreprises françaises dans le drame du Rana Plaza. Le Parlement avait reculé à l'époque face aux menaces de délocalisations⁵, mais l'idée ressurgit périodiquement, en dernier lieu sous la forme d'une proposition de loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères⁶.

1. Directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014, article 12. Voir É. Pataut, « Détachement et fraude à la loi. Retour sur le détachement de travailleurs salariés en Europe », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 23.

2. Code de l'environnement, art. L.512-17 (responsabilité de la société mère dans la remise en état des lieux pollués par une filiale en faillite)

3. Avant-projet Catala de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) Rapport au Garde des Sceaux, 22 septembre 2005 (projet d'art. 1360).

4. Voir sur ce sujet la thèse de référence de C. Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, 1997, préf. F. Collart Dutilleul et G. Martin, 400 p.

5. Voir sur ces menaces de délocalisation des entreprises implantées en France, Rapport d'information n° 558 de MM. Anziani et Béteille, Travaux Parlementaires, Sénat, 2008-2009, p. 64 *sq.*

6. Proposition de loi n° 2628 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, adoptée en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 30 mars 2015. Voir le dossier *Le Big Bang des devoirs de vigilance ESG : les nouveaux enjeux de RSE et de droits de l'homme*, in *Revue Lamy de droit des affaires*, n° 104, mai 2015, p. 66-94. Pour une approche comparative, voir I. Tchotourian et J.-C. Bernier, *Devoir de prudence et de diligence des administrateurs et RSE*, Montréal, Yvon Blais, 2014, 432 p.

Prendre la responsabilité au sérieux

À la fin du XIX^e siècle, c'est le juge qui, face à la carence du législateur, avait le premier découvert les principes fondateurs de la responsabilité du fait des choses¹. Aujourd'hui encore, il pourrait trouver dans le droit de la responsabilité civile des réponses aux questions nouvelles suscitées par les liens d'allégeance. Suivant le modèle de la « tenure-service », ces liens mêlent un élément réel et un élément personnel. Une partie dominante concède à une partie dominée l'exploitation d'un bien (élément réel), à charge pour ce tenancier d'atteindre les objectifs fixés par son donneur d'ordres (élément personnel). L'allégeance combine ainsi des techniques de concession des choses et d'inféodation des personnes². Or les perfectionnements de la notion de gardien en droit de la responsabilité civile permettraient d'opérer une juste distribution des responsabilités en cas de concession des choses, tandis que le principe général de responsabilité du fait d'autrui permettrait de faire de même en cas d'inféodation des personnes.

La responsabilité du fait des choses ouvre des possibilités encore sous-exploitées de levée du voile de la personnalité morale en cas de transfert de la garde. Selon une jurisprudence constante, « la responsabilité du dommage causé par le fait d'une chose est liée à l'usage et aux pouvoirs de direction et de contrôle qui caractérisent la garde ». La Cour de cassation en a déduit pour la première fois en 1993 que « le propriétaire de la chose, bien que la confiant à un tiers, ne cesse d'en être responsable que s'il établit que ce tiers a reçu corrélativement toute possibilité de prévenir lui-même le préjudice qu'elle peut causer »³. Le litige concernait une pollution des eaux causée par des déblais d'orge, mis à la décharge par l'entreprise

1. Cass. Civ. 16 janvier 1896, Teffaine, *Dalloz Périodique* 1897, I, 433, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, par H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, t. 2, 12^e éd. 2008, (ci-après : GAJC), suivi de Ch. réunies, 13 février 1930, GAJC, n° 193 ; *Dalloz Périodique* 1930, I, 57, rapp. Le Marc'Hadour, concl. Matter, note Ripert ; Sirey, 1930, I, 121, note Esmein.

2. Voir A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 304 *sq.*

3. Civ. 1^{ère}, 9 juin 1993, n° 91-11216, *Semaine juridique*, éd. G, 1994, II 22202 note G. Viney.

Introduction

chargée de la démolition et de l'évacuation d'un bâtiment industriel appartenant à la société La Malterie de la Moselle. La Cour retient la responsabilité de cette dernière,

[qui] ne pouvait ignorer, en sa qualité de professionnel, le risque présenté par l'orge, matière susceptible de créer une fermentation dangereuse, et n'avait pas attiré l'attention de la société [chargée de son évacuation] sur le risque que celle-ci ne pouvait normalement envisager, ce dont il résultait que la société La Malterie de la Moselle avait conservé la garde de la chose, instrument du dommage.

Cette règle générale permet de rechercher la responsabilité de celui qui a le savoir et le pouvoir de prévenir le dommage¹. Elle concerne toutes les hypothèses où l'allégeance d'une partie au pouvoir d'une autre s'accompagne du transfert par cette dernière de la garde de choses dangereuses. Elle serait notamment applicable en matière de propriété intellectuelle. Celle-ci fait ressurgir la division médiévale du droit de propriété sur une chose entre un *domaine éminent*, que conserve le propriétaire intellectuel, et un *domaine utile*, dévolu au possesseur de la chose. Avec ce résultat de créer entre eux un lien d'allégeance, le possesseur ne pouvant user de son bien que dans les conditions et limites qui lui ont été concédées et qui suivent la chose en quelque main qu'elle se trouve². Les bien nommés « systèmes d'exploitation » des ordinateurs nous donnent quotidiennement l'expérience d'une dépendance de ce type à l'égard des géants de l'informatique qui nous en ont concédé l'usage. Un autre exemple de grande portée est celui des organismes génétiquement modifiés (OGM), vendus par leurs fabricants à des agriculteurs qu'ils placent ainsi dans un rapport durable d'allégeance à leur égard³. Dans ces différentes hypothèses, on devrait considérer que ces propriétaires

1. Sur la montée en puissance de cette fonction préventive de la responsabilité civile, voir C. Thibierge, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 565 ; Y. Lequette, N. Molfessis (dir.), *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, Paris, Dalloz, 2015, 146 p.

2. Voir A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 315-316.

3. La Cour suprême des États-Unis a ainsi jugé qu'à partir du moment où la loi étend à des organismes vivants le champ d'application de la propriété intellectuelle, la

Prendre la responsabilité au sérieux

intellectuels demeurent les gardiens et donc les responsables des produits qu'ils commercialisent. Une telle responsabilité objective devrait être encourue à chaque fois que la propriété intellectuelle va de pair avec la maîtrise technologique de l'objet commercialisé. La responsabilité des produits défectueux aujourd'hui réglementée par le droit européen¹ n'est qu'un cas particulier de ce principe général de responsabilité objective du gardien. Ce principe devrait donc trouver à s'appliquer lorsque, comme en l'espèce jugée par la Cour de cassation en 1993, les conditions d'application de cette directive ne sont pas réunies.

De nombreux outils existent donc pour mettre en œuvre la responsabilité de ceux qui mettent en circulation des choses dangereuses. Par exemple celle des fabricants des produits financiers, notamment des produits dits « structurés », dont on a découvert en 2008 la dimension explosive. L'idée de leur appliquer la responsabilité des produits défectueux a été avancée durant nos travaux préparatoires par M. Jean-François Gayraud, Commissaire divisionnaire spécialiste de la criminalité financière². Elle est particulièrement intéressante, car il n'y a pas de raison en effet que ce type de produits échappe à la directive européenne, aux termes de laquelle « Un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre »³. On pourrait arguer cependant (les organismes financiers mis en cause ne manqueraient pas de le faire), que la directive ne prévoit de réparation que des dommages corporels ou de ceux « *causés à une chose* autre que le produit lui-même »⁴, ce qui risquerait d'exclure les dommages purement financiers. Dans l'hypothèse où ils seraient ainsi exclus du champ de la directive,

capacité de reproduction propre à ces organismes est transmise aux brevets dont ils sont l'objet : 13 mai 2013, *Bowman c/Monsanto* (569 U.S.) [2013]

1. Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985.

2. Voir son ouvrage *Le Nouveau Capitalisme criminel. Crises financières, narco-banques, trading de haute fréquence*, Paris, Odile Jacob, 2014, 368 p.

3. Directive 85/374/CEE préc., art. 6 ; C. civ. art. 1386-4.

4. Directive 85/374/CEE préc., art. 9. La transposition en droit français est plus large et vise les atteintes aux biens et pas seulement aux choses (C.civ. art.1386-2)

Introduction

une autre possibilité serait de mettre en œuvre la responsabilité des fabricants de produits financiers au titre de la « garde de la structure » qui, à la différence de la « garde du comportement », ne se transmet pas nécessairement avec la propriété d'un bien¹. La figure du « gardien de la structure » a aussi l'intérêt de mettre en œuvre une conception active de la responsabilité, comme obligation d'agir de façon responsable, et pas seulement comme obligation de réparer les dommages après qu'ils soient survenus.

C'est en second lieu *la responsabilité du fait d'autrui* qui offre les moyens d'une juste répartition des responsabilités au sein d'un rapport d'allégeance. Comme elle l'avait fait un siècle plus tôt pour la responsabilité du fait des choses, la Cour de cassation a découvert en 1991 dans l'alinéa 1^{er} de l'article 1384 du Code civil un principe général de responsabilité du fait d'autrui². Il s'agit pareillement d'une responsabilité de plein droit, dont on ne peut s'exonérer en prouvant n'avoir commis aucune faute³. Le champ d'application de ce principe général n'est pas encore précisément fixé en jurisprudence. Originellement, il était restreint à des institutions ayant la charge d'organiser et contrôler à *titre permanent le mode de vie* d'autrui (en pratique des mineurs ou des handicapés). Mais ces références à la permanence et au mode de vie ont disparu dans la jurisprudence ultérieure, qui a fait peser cette responsabilité sur des associations – le plus souvent sportives – se chargeant à titre professionnel d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres⁴.

1. On doit cette distinction à B. Goldman, *La Détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, Sirey, 1947, préf. P. Roubier ; et du même auteur « Garde de la structure et garde du comportement », in *Mélanges Roubier*, t. II, 51. Elle a été accueillie pour la première fois en jurisprudence dans l'arrêt « Oxygène liquide » : Civ. 2^e, 5 janv. 1956, n° 56-02126 et 56-02138 ; GAJC, 195-196. Voir aussi : Civ. 2^e, 16 janv. 1991, n° 89-18525 ; Civ. 2^e, 14 janv. 1999, n° 97-11527 ; Civ. 1^{re}, 27 févr. 2007, n° 03-16683.

2. Cass. Ass. Plénière, 29 mars 1991, *Blieck*, n° 89-15231, GAJC, n° 218-219, I

3. Cass. Crim. 26 mars 1997 (3 arrêts), n° 95-83956, 95-83957 et 95-83606, *Semaine Juridique* 1997, éd. G., II, 22868, Rapp. Desportes.

4. Civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, n° 92-21197 et 92-21871 ; 12 déc. 2002, n° 00-13553 ; 21 oct. 2004, n° 03-17910 et 03-18942 ; Sur cette évolution, voir M. Fabre-Magnan,

Prendre la responsabilité au sérieux

Le pouvoir d'organisation, de direction et de contrôle est ainsi la source d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui qui excède les cas particuliers déjà reconnus par la loi (i.e. la responsabilité du fait de ses préposés, de ses enfants ou de ses élèves). Ainsi qu'il a été remarqué, la découverte de ce principe général répond à la nécessité de réparer les dommages qui résultent des marges de liberté laissées aux personnes sur lesquelles cette autorité s'exerce¹. Cette considération trouverait pleinement à s'appliquer aux liens d'allégeance qui se tissent dans la sphère économique. Ces liens impliquent à la fois l'exercice d'un contrôle par une entité dominante, une marge d'autonomie laissée à des entités dominées et la dissémination de risques. La détention ou la propriété des moyens matériels de production est confiée à des filiales, des fournisseurs ou des sous-traitants, c'est-à-dire à des tenanciers jouissant d'une autonomie dans une organisation qu'ils ne contrôlent pas mais qui les contrôle. La façon de concevoir ces liens et de les agencer en réseaux est au cœur des nouvelles formes d'organisation des grandes entreprises, dont la valeur dépend moins de la propriété matérielle des moyens de production que de la conception et du contrôle du système d'informations qui structure ces réseaux². Source de valeur pour l'entreprise, cet agencement des réseaux d'allégeance est aussi la source d'un nouveau type de risques, des *risques organisationnels*, nés de la dilution des responsabilités le long de la chaîne de création de valeur.

On comprend mieux ainsi les potentialités du principe général de responsabilité du fait d'autrui. La responsabilité du fait des pré-

Droit des obligations. Tome 2 : *Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, Puf, 3^e éd., 2013, p. 393-414.

1. Voir M. Fabre-Magnan, *ibid.*, p. 405, qui attire l'attention sur l'attendu de la Cour d'appel dans l'affaire *Blieck*, selon lequel « la pratique de la liberté, s'intégrant dans le mode de traitement des handicapés et génératrice d'un risque tant pour les biens que pour les personnes, ne saurait avoir pour conséquence des dommages non réparables ».

2. Voir P. Musso, « Démythification et prospective des territoires augmentés », in F. Rowe (dir.), *Sociétés de la connaissance et prospective. Hommes, organisations et territoires*, Université de Nantes, 2009, ch. 7, p. 133-157.

Introduction

posés correspond à des systèmes intégrés et hiérarchisés, dont les membres sont tenus d'obéir aux ordres qu'ils reçoivent. Dans de tels systèmes, typiques du monde industriel fordiste, la responsabilité échoit au dirigeant et conduit à l'immunité civile de ses préposés dans l'exécution de leur mission. À la différence de ces liens de préposition, les liens d'allégeance font place à une certaine liberté des tenanciers. Liberté programmée et surveillée, mais liberté tout de même, qui emporte donc une part nécessaire de responsabilité de chaque opérateur inscrit dans le réseau d'allégeance. Lorsqu'un dommage déterminé peut être imputé à la responsabilité exclusive de l'un d'eux, point n'est besoin de mobiliser la responsabilité du fait d'autrui. Il en va différemment lorsque ce dommage a totalement ou partiellement pour cause la façon dont a été conçu et coordonné le réseau d'approvisionnement, de fabrication ou de distribution dans son ensemble. Dans une telle hypothèse, qui était celle de l'affaire du Rana Plaza¹, la faute manifeste d'un des membres du système de production (en l'espèce l'entreprise bangalaise de confection) n'exonère pas de leurs responsabilités les grandes entreprises qui ont organisé ce système (i.e. les grandes marques européennes et américaines).

Il peut aussi arriver qu'aucune responsabilité individuelle ne puisse être identifiée, car le dommage résulte d'un risque inhérent à l'organisation de l'activité. C'est un cas de ce genre qui a conduit la jurisprudence à élargir le périmètre du principe général de responsabilité du fait d'autrui : le cas d'un match de rugby ayant entraîné la mort d'un des membres du club l'ayant organisé². Le coup mortel ne pouvant être imputé à un joueur déterminé, la responsabilité du club s'est trouvée engagée. Il n'est pas besoin de faire appel à la théorie des jeux ou aux métaphores sportives en vogue dans le vocabulaire managérial, pour comprendre qu'une entreprise multinationale qui a organisé une chaîne de création de valeur pour gagner des parts de marché se trouve dans une situation

1. Sur cette affaire, voir *infra*, Isabelle Daugareilh, chapitre 10, p. xx.

2. Civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, préc.

Prendre la responsabilité au sérieux

semblable. Elle doit être jugée responsable des dommages causés par cette organisation, lorsqu'ils ne peuvent être exclusivement imputés à l'une ou l'autre des maillons de cette chaîne. Autrement dit le principe général de responsabilité du fait d'autrui est une réponse adaptée aux risques spécifiques engendrés par ces nouvelles formes d'organisations fondées sur l'allégeance. Lorsque la réalisation de ces risques ne peut être imputée à la seule faute de la filiale, du fournisseur ou du sous-traitant d'une entreprise dominante, cette dernière devrait donc en être en principe totalement ou solidairement responsable. Et il devrait en aller de même en cas de mise sous tutelle de la politique économique d'un État par des instances internationales comme le FMI ou les autres membres de la Troïka.

Au terme de cette longue entrée en matière, il est donc possible d'affirmer que les instruments juridiques ne manquent pas pour « prendre la responsabilité au sérieux ». Les vraies difficultés sont ailleurs : dans le poids écrasant de l'idéologie économique qui conduit juges et législateurs à penser que toute initiative audacieuse risquerait de porter atteinte à « l'avantage comparatif » de leur pays sur une scène globale dominée par la *law shopping*. Autrement dit, dans la force des illusions entretenues par l'idéologie du Marché total qui, considérant la Terre, le travail et la monnaie comme des marchandises comme les autres, est condamnée à rencontrer tôt ou tard sa limite catastrophique. Comme le notait Paul Valéry :

La Société ne vit que d'illusions. Toute société est une sorte de rêve collectif. Ces illusions deviennent des illusions dangereuses quand elles commencent à cesser de faire illusion. Le réveil de ce genre de rêve est un cauchemar¹.

Pour éviter que les illusions de la globalisation et du Marché total ne tournent au cauchemar, il faudrait rompre avec ce que Karl Polanyi a appelé le « solipsisme économique »². Ce qui impo-

1. P. Valéry, *Mauvaises pensées et autres* (1942), in *Œuvres*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », t. II, 1960, p. 854.

2. K. Polanyi, *The Livehood of Man* [1977], trad. fr. *La Subsistance de l'homme. La place de l'économie dans l'histoire et la société*, Paris, Flammarion, 2011, p. 50 sq.

Introduction

serait au plan juridique de réglementer les marchés financiers et de soumettre à des conditions sociales et environnementales la libre circulation des capitaux et des marchandises. Comme le montre l'expérience centenaire de l'OIT, il est vain d'espérer que tous les États du monde s'accordent sur des règles internationales ambitieuses et respectées de tous. Mais il est réaliste de penser que certains États, décidés à faire respecter sur leurs territoires des règles sociales et environnementales exigeantes, subordonnent l'accès à leurs marchés au respect de règles d'un niveau comparable¹, engageant ainsi un mouvement d'émulation positive. Les ressources juridiques existent, qui permettraient de substituer au rouleau compresseur de la globalisation, une mondialisation respectueuse de la diversité des peuples et de leurs milieux d'existence.

1. Voir en ce sens *infra*, Antoine Frérot, chapitre 18, p. xx.

Première partie

La responsabilité
au prisme des civilisations

CHAPITRE 1

Histoire du droit de la responsabilité dans le monde occidental

par Olivier Descamps

La responsabilité est la condition de notre humanité. Saint-Exupéry s'en fit l'écho en soulignant qu'« être homme, c'est précisément être responsable » dans son ouvrage *Terre des Hommes*¹. Présenter une histoire de la responsabilité en Occident constitue sans doute une gageure. C'est pourquoi les quelques remarques qui vont suivre ont pour but de dresser un tableau général dans le monde occidental, dont une approche géographique restreinte sera retenue. En effet, il s'agira de préciser comment la responsabilité a été conçue dans les États de l'Europe de l'Ouest partageant un fonds commun culturel qui inclut les apports gréco-romains et germaniques. La place de la responsabilité a toujours été prégnante dans toutes les sociétés. Il faut cependant préciser ce que l'on insère sous ce substantif. Si l'on s'en tient à une définition générale donnée par les dictionnaires, l'idée qui prédomine est celle d'une obligation de répondre de l'acte qui a causé un dommage à autrui et d'en assumer les implications.

Le substantif responsabilité est d'apparition récente. En effet, il n'a été consacré par le *Dictionnaire de l'Académie française* qu'en 1798. L'adjectif lui est nettement antérieur. Il est instructif d'en rechercher l'étymologie. Elle est issue de la racine latine *respons* dont

1. A. de Saint-Exupéry, *Terres des Hommes*, in *Œuvres complètes*, t. I, édition publiée sous la direction de M. Atrand et de M. Quesnel, Paris, Gallimard, 1994, p. 197.

Prendre la responsabilité au sérieux

la matrice est le verbe *respondere*. Ce dernier suppose une réponse et renvoie ainsi à un autre verbe : *spondere*. Cet échange, qui passe par la parole, fait référence à une notion romaine importante qui est la *sponsio*. Ce contrat verbal, qui repose sur la congruence des paroles, constitue une promesse solennelle. Le *responsor* est celui qui prend l'engagement de répondre de la dette principale d'autrui par un second échange de paroles. S'il n'existe pas de lien avec la responsabilité, une idée prédomine dans cette convention, celle de la garantie. À la racine *respons* a été adjoint le suffixe *able* qui fait référence à la capacité. Le vocable responsable est attesté en 1284 et avait alors trois significations. La première rejoint le thème de la garantie ; la seconde concerne la procédure et suppose l'admissibilité en justice d'une demande ; la troisième a davantage trait au contexte seigneurial et permet de désigner une capacité de résistance. Toutefois, la définition va progressivement se cristalliser sur l'obligation de répondre. Si l'on trouve le terme dans les langues romanes, il est notable de relever que le vocabulaire anglais s'y réfère également (*responsability*). C'est dans le domaine politique que le terme prend toute son importance. En France, on constate l'emploi isolé d'un premier substantif « responsion » précédant le mot responsabilité.

La question terminologique soulève une interrogation : de quelle responsabilité s'agit-il ? Plusieurs types de responsabilité peuvent être distingués : responsabilité morale, responsabilité juridique ou encore responsabilité sociale. Dans la seconde, on peut également séparer les responsabilités pénale, civile, contractuelle et administrative. Il ne s'agira pas d'évoquer dans cet exposé toutes les formes de la responsabilité mais de centrer l'analyse sur les responsabilités pénale et civile. La seconde est née dans l'ombre de la première dont elle va peiner à s'affranchir¹.

L'intérêt d'une histoire de la responsabilité en Occident est d'ordre théorique et pratique. Sur le plan théorique, la responsabilité soulève diverses questions afférentes aux conditions de sa mise en

1. O. Descamps, *Les Origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005.

Histoire du droit de la responsabilité

œuvre et de ses effets. Les éléments requis pour la mise en œuvre de l'action et l'obtention d'une indemnisation suscitent elles-mêmes des interrogations quant aux notions de faute, de dommage et de causalité. Les effets soulèvent aussi des problèmes au sujet de la nature de la sanction et son étendue. Au sein de ces notions, on peut encore examiner leur définition, leur nature et leur régime. Sur le plan pratique, le rôle du juge dans l'application des normes pose des difficultés qui peuvent tenir à des époques et des contextes différents. Plus précisément, les questions majeures auxquelles les magistrats doivent répondre sont : qui est responsable ? De quoi est-on responsable ? Une quête d'un patrimoine solvable va bien souvent intervenir afin de favoriser le versement d'une indemnisation. D'autres aspects revêtent une importance quant aux finalités et aux modèles de responsabilité. En effet, il est question de punir, de réparer et de prévenir. Du reste, un rapport au temps a toujours été présent dans la mise en œuvre d'une action en vue d'une sanction. Lorsqu'un dommage est survenu, la responsabilité aura un but curatif. Cependant, la survenance d'un préjudice imminent a également justifié des cas de responsabilité préventive. Il existe un rapport au futur qui détermine une responsabilité de nature objective.

Au cours de l'histoire de la responsabilité, deux tendances vont s'opposer ou coexister. L'une est celle de la casuistique où l'on conçoit une multitude d'actes dommageables pour lesquels on précise l'action et la sanction. L'autre consiste à énoncer une clause générale qui permettra de poursuivre le plus largement possible les faits ayant causé un préjudice. Ces diverses approches vont déterminer des modèles qui coexisteront en Occident entre les systèmes fondés sur un principe général à l'instar de la France et ceux qui visent à protéger des intérêts juridiquement précisés. Quoi qu'il en soit, ces modèles procèdent des mêmes matrices. En effet, les origines des systèmes de responsabilité en Occident sont à rechercher dans le droit de la Rome antique et dans le droit médiéval (I). Des évolutions vers une systématisation de la responsabilité se précisent progressivement au cours de la période moderne avec un mouvement de codification commun à plusieurs pays (II).

Prendre la responsabilité au sérieux

I. LA MATRICE ROMAINE ET MÉDIÉVALE DE LA RESPONSABILITÉ

La responsabilité des modèles occidentaux trouve ses fondements anciens dans le droit romain (A). Avec la renaissance des *leges* romaines au XI^e siècle et l'essor des droits propres, des évolutions notables affectent les notions et les conditions de mise en œuvre des actions en vue d'une indemnisation des victimes (B).

A. *Les origines romaines*

Trois principes fondamentaux sont à rappeler en droit romain dont un intéresse particulièrement la responsabilité. Le premier est un principe déjà connu des droits antiques et suppose de ne pas nuire à autrui (*neminem laedere*), le second invite à vivre honnêtement (*vivere honeste*) et, enfin, le dernier revêt une importance notable en matière de justice : rendre à chacun ce qui lui revient (*suum cuique tribuere*). Dans le système romain, une distinction initiale est établie entre les crimes (*crimina*) et les délits (*delicta*). Les premiers intéressent l'intérêt public tandis que les seconds concernent les intérêts privés. La différence conditionne la procédure qui est décisive à Rome. Deux ordres de procès se font jour : l'ordre des procès publics et l'ordre des procès privés. Une caractéristique spécifique de la procédure romaine, distincte de nombre de systèmes actuels, suppose que l'action (i.e. le droit d'agir en justice, de saisir le juge) précède le droit. Ce point décisif signifie qu'en l'absence d'une action, il n'était pas possible de demander la sanction d'un comportement fautif.

L'ordre des procès privés est le cadre de naissance des fondements anciens des divers aspects de la responsabilité, notamment civile. Dans l'ordre des procès privés, deux actions revêtent un caractère déterminant : l'action *iniuriarum* qui sanctionne le dom-

Histoire du droit de la responsabilité

mage causé aux personnes, qu'il s'agisse d'injures physiques ou verbales ; l'action *legis Aquiliae* qui vise le dommage causé sans droit portant atteinte aux biens d'autrui¹. La responsabilité aquilienne connaît une extension constante de son domaine d'application, une dépenalisation, un essor d'une subjectivation qui prend en compte les conditions physico-psychiques de l'auteur de l'acte dommageable. Cependant, on constate l'inexistence d'un principe général. En effet, l'un des traits majeurs du système juridique romain est son approche casuistique des faits dommageables. Les contours des notions de faute, de dommage, de causalité et d'indemnisation sont précisés sans aboutir à une définition théorique pour chacune d'entre elles.

Dans le cadre de l'Empire romain, le christianisme a connu plusieurs phases de sa condamnation à sa reconnaissance comme religion d'État. Il faut nuancer l'influence du christianisme sur le droit romain, notamment sur les questions pénales. En effet, les conceptions chrétiennes tendent à privilégier la miséricorde tandis que l'évolution du système répressif romain se caractérise par un renforcement de la sévérité. Dans les textes scripturaires, le *neminem laedere* est présent dans l'Ancien Testament² tout autant que dans le Nouveau³. Les auteurs chrétiens vont assimiler le délit au péché. Le sens initial du mot *peccatum*, qui évoque le franchissement des lignes, est orienté vers la transgression des lois divines⁴. Ils vont également affirmer deux principes qui n'avaient pas toujours eu les faveurs des sociétés anciennes. Il s'agit tout d'abord de l'individualisation de la responsabilité. Elle est reprise à la tradition hébraïque qui contrastait avec les législations antiques qui

1. J. Gaudemet, E. Chevreau, *Droit privé romain*, Paris, Lextenso Éditions, 2009, p. 294-295.

2. Tobie, 4, 15 : « Ne fais à personne ce que tu n'aimeras pas subir »

3. Mathieu, 7, 12 : « Ainsi tout ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le vous même pour eux. » L'apôtre Luc 6, 31 reprend le principe.

4. O. Descamps, « Modèles théoriques et modèles méthodologiques en matière de responsabilité civile : l'héritage fondateur du droit canonique naissant et du droit vulgare-franc », in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, a cura di Roberto Fiori, Napoli, Jovene, 2008, p. 140-191.

Prendre la responsabilité au sérieux

lui étaient contemporaines, comme le droit mésopotamien. On ne peut pas faire porter la faute des parents sur les enfants, celle de la femme sur le mari. La philosophie grecque s'en fait aussi l'écho, influençant la pensée romaine. Platon évoque ainsi l'individualisation de la responsabilité et affirme que les mauvais comportements du père ne rejailliront pas sur ses enfants. Si les Pères de l'Église reprennent ces idées, cela ne suffit pas. Il faut que l'acte répréhensible soit imputable à son auteur. Une analyse de la faute permet une convergence du droit et de la morale. Une étude psychologique conduit à une analyse de l'intelligence et de la volonté. On ne peut pas imputer un comportement fautif à celui qui ne sait pas. Cependant l'ignorance ne fait qu'atténuer la responsabilité, mettant l'accent sur l'importance de la conscience du délit. Le christianisme va opérer un renversement par rapport à la perspective grecque essentiellement déterministe. Les auteurs grecs ne sont pas parvenus à résoudre le problème de l'indétermination de la volonté. La religion chrétienne, elle, prône une liberté intérieure dont le moteur n'est autre que la volonté. Créature de Dieu, l'homme doit respecter et assurer le maintien de l'ordre divin. Il ne subit pas sa loi mais participe à son accomplissement. Cette coopération repose sur un pouvoir décisionnel dont la cause première est le libre arbitre. Sur ce thème, Augustin d'Hippone livre des pages fondatrices dans lesquelles il s'interroge sur les origines du mal. En d'autres termes, il recherche les raisons pour lesquelles l'homme se détache du bien. Ce que l'homme a de supérieur en lui ne peut vouloir son asservissement, sauf par un mouvement propre résidant dans le libre arbitre. La perversité de la volonté conduit au mal agir et à la faute. L'imputabilité conduit à la culpabilité : elle dénote un acte commis librement en connaissance de cause. Il s'agit ensuite du principe de l'individualisation de la peine. Il découle logiquement du choix d'une responsabilité individuelle. D'une manière constante, les Pères de l'Église insistent donc sur l'aspect moral de la responsabilité et mettent l'accent sur l'imputabilité et la culpabilité. La confusion entre le péché et le crime ne permet pas de donner une définition précise des infractions. Cette doctrine n'hésite pas à renvoyer au

Histoire du droit de la responsabilité

droit romain, à l'instar d'Augustin d'Hippone, affichant ainsi leur attachement aux *leges* classiques.

Dans le droit canonique naissant, la prise en compte de la volonté apparaît nettement dans la distinction entre l'homicide volontaire et l'homicide involontaire, reconnue dans un concile oriental du IV^e siècle. Elle va circuler en Occident dans les collections canoniques à partir du VI^e siècle. L'acte fautif suppose une sanction et une réparation. Dans le christianisme, cela se fonde sur le sacrement de la pénitence qui suppose une peine afin d'être réconcilié et réintégré au sein de la communauté. C'est sous la forme d'une pénitence publique rigoureuse que la réparation de la faute s'opère. Celui qui souhaite être relevé doit demander son intégration au sein de l'ordre des pénitents. Fondé sur un aveu révélateur d'une responsabilité personnelle, s'il y est autorisé par le chef de la communauté, il porte un vêtement spécifique et occupe une place à part dans l'église. Divers actes lui sont interdits comme témoigner ou contracter. Ceux qui transgresseraient cet interdit, comme ceux qui seraient ses complices, risquent l'excommunication. La rigueur de la pénitence, qui à l'instar du baptême unique ne peut intervenir qu'une seule fois dans la vie du chrétien, conduit à un effet contre-productif. En effet, il est constant que chacun évite d'avouer ses fautes et de demander à entrer dans l'ordre des pénitents. On n'y trouve guère que les vieillards, les veufs âgés. La pratique fréquente est d'attendre d'être sur son lit de mort pour demander une pénitence *in extremis*¹. Le sacrement de la pénitence favorise l'émergence d'une distinction qui va marquer l'Occident séparant le for interne, sphère de la conscience, du for externe. La pénitence publique intéresse les deux domaines avec une extériorité de la culpabilité mise en lumière par l'aveu public et la stigmatisation par des rites. Si Rome connaît une éclipse, l'Empire d'Orient poursuit son histoire avec un moment déterminant pour la culture juridique européenne. En effet, l'empereur Justinien I^{er} décide de

1. J. Gaudemet, *L'Église dans l'Empire romain (IV^e-V^e siècle)* (1958), Paris, Sirey, 1989, p. 78-86.

Prendre la responsabilité au sérieux

la réunion de tout le droit romain dans des compilations. Dans trois des quatre monuments (*Digeste, Institutes, Code*), des fragments reprennent les actions d'injures et du dommage causé sans droit. Au moment où Rome s'efface, des royaumes dits barbares se constituent, ouvrant une ère nouvelle.

B. Les apports du droit médiéval à la responsabilité

Les peuples marqués par la tradition germanique s'éloignent sur de nombreux aspects du droit élaboré par les Romains. Il s'agit dans ce cadre de responsabilités essentiellement objectives puisque le fait juge l'homme. La sanction consiste en des compositions pécuniaires prédéterminées afin de neutraliser la pratique de la vengeance privée. Il est difficile de distinguer dans ces lois dites barbares ce qui relève de la peine et ce qui est afférent à la réparation. Cependant, il est certain que l'idée d'indemnisation est tout de même présente. Le système d'inspiration germanique est un des sièges historiques de la notion de dommages et intérêts. Avec la redécouverte du droit romain au XI^e siècle, une nouvelle période débute, marquée par la naissance de deux droits : le *jus commune*, droit doctrinal qui repose sur le développement des universités juridiques (Faculté de droit romain et Faculté de droit canonique) dans lesquelles les professeurs commentent les textes romains redécouverts et les textes de droit canonique¹ ; les *jura propria*, droits propres qui se développent progressivement et qui vont donner naissance aux droits nationaux. Professeurs et étudiants circulent abondamment dans toute l'Europe, ce qui permet la naissance d'une culture juridique commune universitaire qui sera mobilisée dans les fonctions occupées par les diplômés dans les administrations naissantes des divers pays européens. Quant à la responsabilité, le *jus commune* cherche à s'abstraire de la casuistique romaine sans parvenir à établir un principe général de la responsabilité civile. Les docteurs médiévaux

1. P. Grossi, *L'Europe du droit*, Paris, Seuil, 2011, p. 60 sq.

Histoire du droit de la responsabilité

repreignent chaque question et s'efforcent de réunir sous forme de distinctions des éléments jusque-là isolés. Sur la notion de dommage, outre une extension de l'application de la responsabilité aquilienne au meurtre et à la blessure de l'homme libre, divers auteurs classent les faits selon leur nature, les modalités ayant conduit à leur réalisation. Un travail d'analyse important est effectué sur les notions d'imputabilité et de culpabilité. Les canonistes et les théologiens partent des analyses développées par Augustin d'Hippone. Le Père de l'Église précisait qu'il ne peut exister d'acte peccamineux que s'il a été volontaire. Cette idée, reprise dans une des sources majeures du droit canonique du XII^e siècle, le *Décret de Gratien*, permet aux juristes médiévaux d'indiquer que la volonté suppose un acte traduisant un consentement à un fait étranger. Le péché est ainsi le vecteur d'une mauvaise intention. Les canonistes poussent leur raisonnement jusqu'à affirmer que la négligence suppose un mouvement de la volonté vers le non-agir. Cela signifie que ne pas vouloir équivaut à vouloir ne pas agir. C'est pourquoi l'une des conséquences notables d'une telle assertion est le renforcement de la pénalité. En effet, tout délit est nécessairement commis volontairement. Dès lors, il importe que l'auteur de l'acte dommageable soit volontairement capable et qu'il ait opéré un acte intérieur. Les canonistes vont plus loin en s'intéressant au contenu de la volonté qui s'ordonne autour de la liberté et de l'intention. Une étude sur la place du libre arbitre, de la force de la contrainte intérieure et du moment du choix rationnel accompagne ces développements sur la notion de volonté. Ces aspects vont permettre aux docteurs médiévaux de distinguer les cas de responsabilité, d'irresponsabilité et de responsabilité atténuée. Un travail théorique est engagé également sur la faute et ses degrés. Outre l'importance du dol (*dolus*) dans la responsabilité pénale tout autant que la responsabilité civile, le droit romain avait transmis une trilogie séparant la faute lourde (*culpa lata*), la faute légère (*culpa levis*) et la faute très légère (*culpa levissima*). Si les canonistes vont s'en tenir à ces trois degrés par souci de commodité pour le juge, certains docteurs, à l'image de Bartole (mort en 1357), vont compliquer singulièrement

Prendre la responsabilité au sérieux

la classification en portant à sept le nombre de degrés. Ce qui est certain, c'est que la faute devient un genre sous lequel sont rangés divers autres comportements, comme l'impéritie ou la négligence. L'appréciation de la faute tient compte d'une notion de référence, la diligence, qui doit être plus ou moins importante dans l'accomplissement des actes¹. La doctrine médiévale s'intéresse également à la causalité en dépassant l'approche romaine entre une causalité directe et une indirecte pour privilégier une causalité proche au détriment d'une causalité lointaine. Un des vecteurs de diffusion des thèses enseignées dans les universités est la pratique de la pénitence privée. En effet, l'obligation de la confession annuelle à Pâques imposée par le concile de Latran IV en 1215 suscite la rédaction de sommes de confesseurs. Ces ouvrages permettent ainsi aux prêtres de cerner avec précision les circonstances d'un acte dommageable, quelle que soit sa gravité, et de déterminer avec précision l'exacte sanction. Dans ces traités, les évolutions doctrinales les plus récentes figurent en bonne place, témoignant du lien opéré entre théorie et pratique. Ces sommes conduisent à mettre l'accent sur une morale de l'intériorité et à insister sur la culpabilité.

Les *jura propria* présentent l'intérêt de révéler des différences entre les systèmes, tant du point de vue de la procédure que des notions. Si un trait commun aux États en formation est l'importance de la terre et des délits affectant la propriété, procédure et conditions de mise en œuvre de la responsabilité diffèrent. Le système de *common law*, qui se fonde sur le développement des juridictions royales, voit naître un droit du *Tort*. L'action essentielle est l'action *of trespass*². Ce terme désigne un comportement fautif dont le domaine n'est pas nettement défini. Il recouvre deux idées : les affronts à l'honneur et le fait de causer une perte à autrui. L'action suppose d'obtenir

1. F. Cancelli, « Diligenza (dir.rom.) », *Enciclopedia del diritto*, t. 12, Milano, Giuffrè, 1964, p. 517 sq. ; A. Ravazzoni, « Diligenza », *Enciclopedia Giuridica Treccani*, t. 7, Roma, 1988, p. 1 sq. ; G.-P. Massetto, « Responsabilità extracontractuale », *Enciclopedia del diritto*, t. 39, Milano, Giuffrè, 1988, p. 1099 sq.

2. D. J. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligation*, Oxford, OUP, 1999, p. 39.

Histoire du droit de la responsabilité

un *writ*, acte nécessaire avant toute intervention d'une juridiction royale. Si l'on doit faire une comparaison avec le droit romain, on constate que l'action *of trespass* associe la responsabilité aquilienne avec celle résultant d'une injure physique ou verbale. Cette voie est progressivement précisée quant à ses conditions de mise en œuvre (nécessité d'un acte commis par la force et les armes et d'une rupture de la paix du roi), ce qui exclut certains actes dommageables ne remplissant pas les conditions requises. Cela pouvait priver du bénéfice des juridictions royales. S'est ainsi développée la pratique d'une action *of trespass on the case*. L'évolution de cette procédure est marquée par la reconnaissance de *torts* spécifiques. Dans le système du Saint Empire germanique, c'est le droit romain qui est repris avec les deux actions romaines contre les injures et contre les dommages causés aux biens. Le système français repose quant à lui sur des sources diverses. En effet, la renaissance de l'État royal, l'affirmation de la souveraineté du roi et de son pouvoir législatif, le triomphe progressif des juridictions royales et le rôle du Parlement de Paris coexistent avec le règne des coutumes dont certaines sont insérées dans des chartes. On constate d'une manière générale l'importance des délits ruraux dans une société éminemment tournée vers la terre et son exploitation. Il s'agit le plus souvent de responsabilités curatives mais l'on peut également constater des cas de responsabilités préventives, notamment en matière de dommage imminent. C'est le cas après des périodes troublées comme celle des multiples phases de la guerre de Cent Ans. Des maisons en mauvais état menacent de s'effondrer, ce qui conduit les autorités municipales et centrales à prendre des mesures. Le droit de grâce royal est le cadre de naissance d'une pratique qui va se développer au cours du XIV^e siècle : la rémission. L'auteur d'un acte pénalement répréhensible, spécialement l'homicide involontaire, peut solliciter la clémence du roi par l'intermédiaire d'une lettre de rémission qui doit être entérinée. Les circonstances sont rappelées et les faits justificatifs complètent l'exposé. Au terme de ce précieux document, le roi relève l'impétrant de sa responsabilité pénale mais il impose systématiquement – cela va devenir une clause de style de toute

Prendre la responsabilité au sérieux

lettre de rémission – l’indemnisation de la victime, maintenant la responsabilité civile qui trouve là un de ses vecteurs d’essor. À la veille d’une nouvelle révolution intellectuelle et culturelle, la responsabilité a connu des tentatives de généralisation qui n’ont pas nécessairement abouti. L’effort de systématisation ne produit pas les effets escomptés et l’empreinte casuistique romaine reste prégnante.

II. VERS UN PRINCIPE GÉNÉRAL DE RESPONSABILITÉ ET LE MOUVEMENT DE CODIFICATION

La Renaissance ouvre une période mêlée de renouveau et de tragédie. La résurgence des études antiques coexiste avec des guerres qui scindent l’Europe en deux parties sur fond de divergence religieuse. Le droit connaît une nouvelle étape de son développement. D’une part, la seconde renaissance du droit romain suscite un élan doctrinal avec des apports conséquents sur de nombreuses questions juridiques. D’autre part, les nouvelles méthodes d’analyse et d’interprétation favorisent la systématisation du droit. L’effort de codification, qui avait connu en France un premier mouvement dès l’époque de Louis XI, se propage dans plusieurs pays occidentaux. Autrement dit, un mouvement de systématisation du droit (A) prépare une ère de codification (B).

A. La systématisation de la période moderne (XVI^e-XVIII^e siècle)

La Renaissance culturelle suscite un retour de l’antiquité dans les arts mais aussi dans les sciences. Si l’on suit le sens originel du mot science, la *scientia juris* connaît une seconde révolution. En effet, un courant doctrinal, s’inspirant des travaux menés par les auteurs italiens, se fonde sur les approches étymologiques et historiques pour critiquer les analyses médiévales. Les juristes de

Histoire du droit de la responsabilité

l'humanisme juridique invitent alors à revenir au texte originel en prenant leur distance avec les gloses et les commentaires de leurs prédécesseurs médiévaux. Ils reprennent ainsi les sources pour en donner une lecture renouvelée et contextualisée. L'un d'entre eux exerce une influence considérable sur les conceptions futures du système allemand de responsabilité. Il s'agit d'Hugues Doneau (mort en 1591), qui est à l'origine de la notion de droit subjectif, mais a également posé les premiers contours des intérêts juridiquement protégés. Toutefois, lui comme les maîtres de l'époque moderne ne parviennent pas à s'abstraire d'une démarche casuistique. D'autres courants doctrinaux présentent des réflexions qui vont influencer les conceptions relatives à la responsabilité. Il s'agit notamment de la seconde scolastique, marquée par des théologiens-juristes espagnols pour nombre d'entre eux et hollandais à l'image de Léonard Lessius. Ces auteurs insistent sur la réparation et sur son étendue. Ils élargissent également le nombre des personnes autorisées à engager une action en responsabilité. Cependant, il faut attendre les tenants de l'École du droit naturel moderne pour qu'un effort théorique porte ses fruits. L'énoncé d'une clause générale revient à Grotius, connu comme un des pères du droit international public, et il intervient au début du XVII^e siècle. Pour la première fois, un principe général est établi à propos de la faute et du dommage dans des termes génériques¹. Dans le prolongement de cette affirmation, les successeurs de Grotius précisent certains aspects. C'est notamment le cas de Pufendorf qui met l'accent sur les fondements moraux du principe en invoquant les idées de *socialitas*, de devoir et d'imputabilité². En France, la formulation est plus tardive sous la plume de Jean Domat

1. H. Grotius, *Du droit de la guerre et de la paix*, II, 17, 1 : « Nous appelons maléfice toute faute, soit en faisant, soit en ne faisant pas, en opposition avec ce que les hommes doivent faire ou communément, ou à raison d'une qualité déterminée. D'une telle faute, s'il y a eu un dommage causé, naît naturellement une obligation, qui a pour objet de le réparer », trad. P. Pradier-Fodéré, D. Alland (dir), Paris, Puf, 1999, p. 414-415.

2. B. Kupisch, « La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale », in L. Vacca (dir.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica (Madrid, 7-10 ottobre 1993)*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 127-128.

Prendre la responsabilité au sérieux

(1689)¹. Transmise par l'intermédiaire de Michel Prévost de la Janès, elle n'a pas été reprise par Pothier et encore moins appliquée par la jurisprudence. Dans le système de *common law*, une notion connaît une progression remarquable avec une constante extension, il s'agit de la *negligence*. Dans le système germanique, la pratique de l'*Usus modernus Pandectarum* se fonde sur une reprise des textes romains. Cependant, on note une évolution vers l'affirmation d'une clause générale de responsabilité qui contraste avec la casuistique traditionnelle du système romain². Les efforts de systématisation peinent toutefois à définitivement s'affranchir d'une démarche casuistique.

B. L'achèvement de la systématisation et les codifications

Les XVIII^e et XVIII^e siècles sont le cadre d'un mouvement de codification. La codification française relative à la responsabilité se fonde pour la partie civile sur cinq dispositions connues (articles 1382 à 1386). Le choix opéré par les rédacteurs est celui d'une responsabilité subjective reposant sur la faute, ce qui n'était pas évident en raison de la responsabilité objective retenue dans les trois projets de Code civil de Cambacérès. L'influence de Domat est notable sur le principe consacré³ tandis que Pothier a donné deux définitions décisives des notions de délits et de quasi-délits. Les liens avec

1. J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1745, p. 184, I, 8, 4, 1 : « Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance, de ce qu'on doit savoir ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait quand même il n'aurait pas intention de nuire. Ainsi celui qui jouant par imprudence en mail dans un lieu où il pouvait y avoir du péril pour les passants vient à blesser quelqu'un, sera tenu du mal qu'il aura causé. »

2. J. Schröder, « Die zivilrechtliche Haftung für schuldhafte Schadenszufügung im deutschen usus modernus », in L. Vacca (dir.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, op. cit., p. 145.

3. D. J. Ibbetson, "Harmonisation of the Law of Tort and Delict : a Comparative and Historical perspective", in *Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts*, hrsg. R. Zimmermann, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 91.

Histoire du droit de la responsabilité

la responsabilité pénale restent ténus. On peut s'en convaincre en comparant les travaux préparatoires des articles 1382 et 1383 avec ceux des articles 319 et 320 du Code pénal de 1810. En effet, les exemples utilisés dans les deux cas pour illustrer les principes sont pratiquement les mêmes et proviennent de la loi Aquilia. Le choix d'une clause générale ne va pas sans difficultés, notamment à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle. La révolution industrielle et les progrès techniques rendent délicate la preuve de la faute. De nouveaux fondements sont recherchés pour aider les victimes à être correctement indemnisées. La notion de risque et l'assurance connaissent un essor notable. Ces problèmes n'échappent pas à la vigilance des rédacteurs du Code civil allemand (BGB) qui font le choix d'associer une clause générale complétée par un système d'intérêts juridiquement protégés et hiérarchisés. Ils sont également préoccupés par deux points qui leur paraissent incontournables et justifient leur choix. D'une part, une clause générale comme celle du Code civil français¹ peut laisser libre cours à l'interprétation des tribunaux et à l'essor de leur puissance. C'est un aspect que les rédacteurs veulent éviter. D'autre part, le Code civil allemand a pour finalité d'uniformiser le droit de l'Empire. Un principe général pourrait être la source d'une divergence de jurisprudence. Dans le système de *common law*, et particulièrement en Angleterre, le Common law Procedure Act de 1852 supprime la distinction entre *action of trespass* et *action on the case*. Au cours du XIX^e siècle, avec une nette progression au début du XX^e siècle, le *tort of negligence* connaît une consécration et une extension de son domaine d'application². Ce tort est composé de trois éléments : le *duty of care*, l'irrespect de ce devoir de diligence et le dommage qui en résulte³.

1. Article 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

2. D. J. Ibbetson, "The Tort of Negligence in the Common Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries", in E. J. H. Schrage (ed.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*, Berlin, Duncker und Humblot, 2001 (*Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, t. 22), p. 234.

3. C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford, OUP, 2013, p. 102 *sq.*

Prendre la responsabilité au sérieux

Au cours du xx^e siècle, la responsabilité a connu de nouvelles transformations avec la prise en compte plus nette du risque, la généralisation de l'assurance qui soulève la question de la déresponsabilité, le développement de nouveaux dommages, avec notamment pour certains d'entre eux des conséquences incommensurables, remettant en cause ses fondements et ses effets. On connaît un changement de paradigme puisque de la prévention, qui avait été le modèle jusqu'au xx^e siècle, on évolue vers la précaution, qui est une responsabilité par anticipation pour un risque indéterminé. Cela a conduit à diverses réformes dans les droits continentaux, à l'instar de l'Allemagne en 2002. Divers projets ont été rédigés en France avec des approches différentes. Enfin, différents groupes de travail se sont efforcés de proposer une harmonisation voire une codification au niveau européen.

CHAPITRE 2

Les Gardiens de la Terre. La notion de responsabilité dans les systèmes rituels voltaïques

par Danouta Liberski-Bagnoud

Dans son œuvre magistrale sur *La responsabilité* parue en 1920¹, Paul Fauconnet convoquait déjà l'ethnologie, au côté de l'histoire, contre l'universalité et l'éternité des formes occidentales de la responsabilité. Durkheimien du premier cercle, Fauconnet construit son travail en opposition aux doctrines philosophiques et juridiques de l'époque dont les auteurs, raisonnant à partir d'une conception de la responsabilité qui leur paraît vraie, « ignorent systématiquement toute règle de responsabilité étrangère au droit et à la moralité des sociétés où vivent les auteurs de ces études »². Il y a des faits de responsabilité, ce sont des faits sociaux, et ce sont eux qu'il faut étudier et non s'attacher à l'idée de responsabilité³. Sur cette assise ferme, il établit que la responsabilité individuelle et subjective, fondée sur la notion de faute, qui caractérise la forme « moderne » de l'institution, n'est qu'un « moment fuyant du devenir historique »⁴ : exténuée, cette forme de responsabilité serait même en voie de disparaître⁵. Bien loin

1. P. Fauconnet, *La Responsabilité : Étude de sociologie* (1920), Paris, Alcan, 1928.

2. *Ibid.*, p. 175.

3. *Ibid.*, p. 33.

4. J. Carbonnier, *Droit civil*, p. 2260, cité par F. S. Nisio, « Carbonnier. Expérience mystique et droit », in R. Verdier, *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2012, p. 129-143.

5. P. Fauconnet, *La Responsabilité : Étude de sociologie*, *op. cit.*, p. 318.

Prendre la responsabilité au sérieux

de voir dans cette forme moderne la pointe d'une évolution positive, il cherche à démontrer que les forces qui tendent à diminuer le champ d'extension de la responsabilité sont antagonistes à sa nature qui est d'être collective et solidaire et que cette subjectivation a eu pour conséquence négative d'augmenter le champ de l'irresponsabilité¹. L'examen comparatif minutieux qu'il conduit à propos des systèmes de sanctions religieuses et pénales dans les sociétés anciennes et traditionnelles l'aura amené à démontrer la rationalité contenue dans ces systèmes et à faire apparaître la figure de la *responsabilité objective pure* – le seul fait de l'acte sans que nulle intention ne soit requise pour le constituer en « crime » ou en « faute rituelle » – à laquelle, comme le souligne Bruno Karsenti, il est possible d'attribuer une portée heuristique générale².

C'est sous cette égide que je placerais l'examen d'une forme africaine de responsabilité que l'on pourrait définir, suivant les critères de Paul Fauconnet, comme « responsabilité solidaire de la société dans le crime »³. Cette forme est née dans des sociétés où le juridique n'est pas distinct du religieux, où les règles et les interdits fondamentaux sont donnés à voir dans les mises en scène des rites, où le façonnage du sujet est inséparable d'un ordre du rituel qui donne forme à et fait tenir debout la société. Au tournant du siècle dernier, ce sont des sociétés de ce type que le Colonisateur a rencontrées alors qu'il pénétrait au cœur de l'Afrique de l'Ouest, dans la région du bassin de la Volta, que se partagent les actuels pays du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Ghana, du Togo et du Bénin. Les peuples rencontrés, de noms et de langues différents, bien loin de constituer une mosaïque où chaque tessou aurait été d'une nature différente, forment les différents segments d'un vaste ensemble culturel et linguistique qui a été appelé « voltaïque », par référence au lieu de leur implantation. Les faits sur lesquels je m'ap-

1. *Ibid.*

2. B. Karsenti « Nul n'est censé ignorer la loi », *Archives de philosophie*, 2004/4, tome 67, Paris, Centre Sèvres, p. 557-581.

3. P. Fauconnet, *La Responsabilité : Étude de sociologie*, *op. cit.*, p. 319.

Les Gardiens de la Terre

puie proviennent, d'une part, des premiers grands inventaires ethnographiques qui ont été dressés dans cette région du monde avant 1930¹ et, de l'autre, de mes propres enquêtes de terrain menées à partir de 1980 auprès d'un peuple qui se donne pour nom celui de Kasena (kasina). Entre ces deux moments de l'observation, la vaste entreprise de « modernisation » de l'Afrique par le Droit a eu le temps de bouleverser quelque peu le paysage.

La « rencontre » entre les cultures juridiques occidentales et les systèmes rituels africains a donné le jour à ce que les experts appellent généralement « un pluralisme juridique ». Selon Vincent Mbambi, il s'agit là d'un euphémisme qui permet de méconnaître ce qu'il n'hésite pas, quant à lui, à qualifier de « guerre des normes »². Ce n'est pas le lieu de déplier les arguments qui viennent à l'appui de cette métaphore guerrière. Il suffit de retenir que les systèmes normatifs endogènes n'eurent droit, de la part de l'Administration coloniale, qu'à une « reconnaissance en trompe l'œil ». Vincent Mbambi rappelle notamment que la « coutume » – puisque tel est le nom donné aux systèmes normatifs non écrits dans notre Droit – ne pouvait s'appliquer que dans les cas de « silence de la loi écrite » et pour autant qu'elle ne soit pas contraire à l'esprit de celle-ci. Au nom du respect de l'ordre public colonial, bien des « coutumes » ont ainsi été purement et simplement proscrites³. Et, de façon générale, en matière de « crimes et délits », c'est le droit pénal occidental qui a partout été imposé. De cette guerre des normes, le système des règles et des interdits qui fondent l'ordre rituel des sociétés traditionnelles n'est pas sorti indemne. Au nom de la civilisation, des pans entiers de l'ordre rituel ont été frappés par la censure coloniale

1. Sans les citer tous, retenons les travaux de R.S. Rattray, *The Tribes of the Ashanti Hinterland*, Oxford, Clarendon Press, 2 vol., 1932 ; H. Labouret, *Les Tribus du rameau Lobi*, Paris, Institut d'ethnologie, 1931 ; A.S. Cardinall, *The Natives of the Northern Territories of the Gold Coast*, London, E.P. Dutton, 1920.

2. Voir V. K. Mbambi, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », *Les Cahiers de droit*, 2005, vol. 46, n° 1-2, p. 318.

3. *Ibid.*, p. 325.

Prendre la responsabilité au sérieux

et, dès lors, le plus souvent, ont fini par tomber en désuétude. En 1950, dans certaines régions d'Afrique, il n'était déjà plus possible pour un anthropologue de se faire une idée précise des processus traditionnels d'imputation de la responsabilité et des mécanismes de réparation que déclenchait l'acte homicide, tant les croyances et les rites liés à l'homicide avaient déjà fait l'objet d'une ré-institutionnalisation sur le modèle d'un Droit importé¹. À rebours de l'opinion largement partagée par les juristes et les anthropologues juridiques, les catégories du Droit occidental sont loin d'être de simples formes neutres, susceptibles d'absorber n'importe quel contenu historique, n'importe quelles traditions. Comme y insiste à juste titre Alain Supiot, le Droit emporte avec lui une manière proprement occidentale de lier les dimensions biologiques et symboliques constitutives de l'être humain. Ce faisant, il impose une façon propre d'instituer la raison².

Dans les régions qui nous occupent, cette « modernisation » par le Droit pénal n'a pas été nécessairement dans le sens d'un progrès, précisément en matière de responsabilité. On en donnera un bref aperçu à partir de la question de l'homicide. Les sociétés voltaïques ont élaboré une réponse extrêmement complexe, circonstanciée, qui prend en charge des aspects de l'acte meurtrier qu'ignorent totalement nos constructions juridiques et pénales. Nous laisserons ici de côté le mécanisme souvent décrit de la vendetta qui a tant fasciné les esprits occidentaux, comme celui du bannissement, dans les cas du meurtre d'un « frère » lignager. Ces deux types de « sanctions » étaient, certes, connus des sociétés en question, mais le discours qu'elles tiennent sur la question de l'interdit du meurtre ne s'y limite pas.

1. Voir P. Bohannan « Homicide among the Tiv of Central Nigeria », *African Homicide and Suicide*, Princeton, Princeton University Press, p. 30-64. Cité par Michel Cartry, « La dette sacrificielle du meurtrier d'après quelques récits d'administrateurs ethnologues (Afrique de l'Ouest) », in M. Cartry, M. Detienne, *Destins de meurtriers*, numéro spécial de la revue *Systèmes de pensée en Afrique Noire*, 1996, cahier 14, Paris, CNRS-EPHE, p. 253.

2. A. Supiot, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005.

Les Gardiens de la Terre

Tout d'abord, à rebours de l'idée reçue selon laquelle ces sociétés ne connaîtraient qu'une forme de responsabilité collective, on retiendra que tout auteur d'un homicide, quelles que soient les circonstances de son acte, y compris s'il était perpétré dans le cadre d'une guerre contre un ennemi, devait faire l'objet d'un traitement rituel particulier. Aussitôt son acte porté à la connaissance de ses proches, l'homicide était pris en charge par des spécialistes d'une « médecine du meurtre ». Au terme d'un long et complexe processus rituel, ces spécialistes installaient dans la maison de l'homicide un autel dédié à la victime, auprès duquel il allait devoir rendre un service sacrificiel. Des données dont on dispose sur le déroulé de ces prises en charge rituelles, il ressort qu'elles avaient pour objet de traiter la sorte d'intrication des corps et des individualités respectives de l'homicide et de sa victime qu'avait suscitée le geste meurtrier. Chercher à délier ce premier nouage impossible en lui substituant un lien de type culturel, telle était la tâche des spécialistes. La croyance partagée est qu'en l'absence de ce rite de désintrication, l'homicide, à jamais aliéné à sa victime, finissait par succomber¹.

Cette « dette sacrificielle »² du meurtrier, qui ne s'éteint qu'avec sa mort, est la façon dont ces sociétés imputent à l'auteur d'un homicide la responsabilité d'avoir ôté une vie, en provoquant une forme de mort qui, dans la symbolique du groupe, confère à la victime un statut de « mauvais mort ». On mesure l'écart entre cette forme rituelle de la responsabilité et celle, pénale, élaborée par nos systèmes juridiques. En regard du type de rationalité que ces derniers mettent en œuvre, il peut paraître excessif, voire effrayant, que l'acte d'homicide puisse ainsi engager son auteur dans un processus sacrificiel qui n'a d'autre terme que sa propre mort. Mais

1. Voir *Destins de meurtriers*, numéro spécial de la revue *Systèmes de pensée en Afrique Noire*, op. cit. En particulier S. Dugast, « Meurtriers, jumeaux et devins (Bassar, Togo) » ; M. Cartry, « La dette sacrificielle du meurtrier d'après quelques récits d'administrateurs ethnologues (Afrique de l'Ouest) » ; D. Liberski-Bagnoud, « La lame du couteau et la mort amère » (Kasena, Burkina Faso).

2. L'idée que l'homicide doit s'acquitter d'une dette de nature sacrificielle a été développée par Michel Cartry dans le texte déjà cité.

Prendre la responsabilité au sérieux

on peut aussi y voir la reconnaissance sociale d'une dimension de l'acte homicide que nos sociétés refoulent, en laissant la personne qui a ôté la vie d'un semblable (y compris dans le cadre légal de la guerre) surmonter seul – dans le secret du cabinet du psychanalyste ou d'un service de psychiatrie – les effets psychiques de son acte.

Ce pan du discours sur l'interdit du meurtre s'est trouvé fragilisé par l'instauration de juridictions pénales régionales et la prise en main des crimes et délits par l'appareil juridico-policier moderne. La privation de liberté, quant elle est immédiate, retarde le moment du rite de plusieurs années, rendant par là même son exécution plus aléatoire. D'autre part, si certains interlocuteurs affirment qu'il est toujours exécuté suite à un homicide, il a perdu toute publicité et se déroule, s'il a lieu, à l'abri des regards inquisiteurs des forces de l'ordre. Aléatoire et secret, le traitement rituel du meurtrier n'a plus l'efficacité d'un discours venant soutenir l'interdit du meurtre¹.

Il est cependant un autre pan de ce discours qui s'est maintenu, et dont des faits récents attestent la vigueur. Verser le sang d'un autre sur le sol est un acte qui, en la majorité de ces peuples du bassin des Volta, tombe sous le coup d'un interdit de type religieux qui frappe différentes catégories de sangs versés sur la terre. La rupture d'un tel interdit engage une toute autre procédure rituelle que celles qui viennent d'être évoquées et nécessite des opérations sacrificielles menées sur le lieu même où a coulé le sang humain. Ces opérations sacrificielles sont conduites par le Gardien de la Terre, qui veille à la présence du meurtrier, ou à celle de ses proches, ainsi qu'à celle de la famille de la victime. Ce rite sacrificiel reçoit différentes dénominations, selon les groupes : « ramasser le sang », « aplanir le sol », ou encore « raser le sanctuaire de la terre ». Son enjeu est de taille, puisqu'il s'agit de conjurer une forme de dété-

1. La relation entre l'interdit du meurtre et le traitement rituel de l'homicide est explicite dans le cas du meurtre d'une femme, dans la société kasena d'avant la rencontre avec l'administration coloniale. Les exigences du rite dans ce cas singulier du meurtre d'une femme par un homme sont telles qu'il était « devenu interdit » de tuer les femmes lors de raids guerriers contre un autre village, ou d'une vendetta contre un autre clan. (Propos recueillis en 1994, dans l'est de la région kasena).

Les Gardiens de la Terre

rioration de la portion de terre où le sang a coulé. Menacée par le dessèchement et la stérilité qui peuvent s'étendre à toute l'aire rituelle ainsi « frappée par le sang », la terre en question ne peut plus s'offrir comme territoire à la communauté qui vit sur son sol. Cette nouvelle facette de la question de l'interdit du meurtre révèle l'existence d'une autre forme de responsabilité que celle imputée à l'homicide et le rôle qu'y tient la figure du Gardien de la Terre, clef de voûte du système des interdits fondamentaux.

À de rares exceptions près, qui toutes s'expliquent par l'histoire, l'institution du Gardien de la Terre est attestée, sous des formes comparables, dans toute l'aire voltaïque. Le titre conféré à cette figure de l'autorité – remarquablement stable à travers toutes les langues de l'aire en question – donne à entendre la nature de la responsabilité qui est la sienne. Construit sur le schème des titres qui servent à désigner une charge dans l'ordre rituel, il se compose d'un premier terme qui désigne la terre, dans les différentes acceptions que ce terme reçoit en ces langues : aussi bien le sol que la matière, le territoire villageois que la Terre construite comme instance à laquelle on s'adresse dans les prières et les rites. Le second terme, qui entre en composition avec le premier, indexe toujours une relation d'appartenance singulière entre un homme (ou une femme) et une chose, un lieu, un animal, une fonction, d'autres humains, une maladie. Selon le mot avec lequel il entre en composition, il peut se voir différemment traduit, mais quand il sert à désigner le détenteur d'une charge rituelle, il acquiert le sens de « responsable de »¹, « dépositaire de »², avec une nuance de « vocation à »³, ou de « présence à »⁴. Ce second terme a longtemps déjoué la sagacité des linguistes et des observateurs qui, projetant leurs

1. Dictionnaire bilingue, SIL, 2007 ; Dictionnaire Kasem-Français-English, Urs Niggli, 2015.

2. R.S. Rattray, *The Tribes of the Ashanti Hinterland*, *op. cit.*

3. M. Cartry, « Résumé de la conférence Religions d'Afrique noire », *Annuaire de l'École pratique des hautes études*, Paris, 1983.

4. M. Izard, « Remarque sur le vocabulaire politique mossi », *L'Homme*, 1973, vol. 13.

Prendre la responsabilité au sérieux

propres catégories de pensée sur ce qu'ils rencontraient, prirent le pli de le traduire par : « chef », « seigneur », « maître », voire même « propriétaire ». Cette mésinterprétation originelle trouble encore de nos jours les analyses qui sont conduites sur ces personnages, qu'en regard de la nature de leur charge, mais aussi d'un point de vue strictement linguistique, il est plus exact d'appeler « Gardiens de la Terre ».

Qu'il soit figure unique de l'autorité ou qu'il coexiste avec ces autres figures du pouvoir que sont le chef de village ou le roi, le Gardien de la Terre n'a pas pour mission de commander mais de « tracer la limite ». Lui seul peut prendre en charge les gestes du partage et du don de terre. Lui seul peut déterminer « ce qui est droit » dans les situations où se trouve engagée la terre du village – et par suite tous les habitants – suite à la rupture par l'un d'entre eux d'un interdit fondamental. Lui seul peut conduire les rituels sacrificiels de réparation pour rétablir dans son état antérieur la terre et la communauté qu'elle porte¹.

Dans sa longue étude consacrée au traitement rituel du meurtrier dans le bassin des Volta, Michel Cartry a proposé de rapprocher ce personnage de la figure du *rex*, en sa forme archaïque, tel que Émile Benveniste en a dessiné les contours à partir de l'étude d'un ensemble de termes, tous issus du droit et de la religion, dans les langues indo-européennes². Comme le *rex* « plus prêtre que roi au sens moderne [...] qui avait autorité pour tracer l'emplacement des villes et de fixer les règles, de déterminer ce qui est, au sens propre, "droit" »³, le Gardien de la Terre est tout à la fois le garant des limites et des interdits.

1. Par souci de clarté, nous laissons volontairement de côté la complexité du système territorial villageois qui comporte des subdivisions en plusieurs aires rituelles, chacune placées sous l'autorité d'un « Gardien de sanctuaire boisé », lequel partage avec le Gardien de la Terre quelques-unes des responsabilités concernant la « réparation sacrificielle », mais seulement dans les limites de l'aire rituelle dont il a la charge.

2. M. Cartry, « La dette sacrificielle du meurtrier d'après quelques récits d'administrateurs ethnologues (Afrique de l'Ouest) », art. cit.

3. É. Benveniste, *Le Vocabulaire des institutions indo-européennes, II. Pouvoir, droit, religion*, Paris, Éditions de Minuit, 1969, p. 15.

Les Gardiens de la Terre

La relation du Gardien de la Terre au domaine où il exerce son autorité n'est pas celle d'un possédant, encore moins celle d'un propriétaire. Le Gardien de la Terre « est » la Terre. Lorsqu'il est revêtu des insignes de sa charge, c'est l'instance Terre elle-même qui se trouve comme « rafraichie ». On ne peut pas posséder ou être propriétaire de ce que l'on est. La propriété n'émerge que dans une forme de déterritorialisation, lorsque l'homme tient la terre pour *une chose* distincte de lui¹. Cette identification entre le tenant de la charge rituelle et la Terre, la casuistique rituelle la dévoile plus fermement encore : de tous les habitants, le Gardien de la Terre est le seul qui n'a pas l'obligation rituelle d'assurer un fond à sa maison pour que la Terre reconnaisse et protège ses occupants². Là où le Gardien de la Terre se tient avec les siens, là est sa demeure.

Le champ de ses interventions peut se définir en ces quelques mots : il est celui qui fait habiter. Il fait du territoire à partir de sanctuaires boisés, il les « pose » et les donne aux différents lignages qui viennent s'installer sur le domaine où il exerce une autorité rituelle. À chaque lignage, son sanctuaire. C'est le lieu où « il respire », le lieu où « il pousse telle une plante ». Il donne aux maisons leurs assises, aux champs leur commencement. Si l'on suit de près ses gestes rituels qui instituent les lieux des dieux comme les lieux des hommes, on s'aperçoit que les limites qu'il trace sont des formes libres : elles suivent le contour d'un arbre, d'une petite forêt, elles marquent l'emplacement d'un futur autel d'ancêtre. C'est que le Gardien de la Terre n'est ni un architecte, ni un géomètre : ce qu'il

1. « La propriété est précisément le rapport déterritorialisé de l'homme avec la terre », G. Deleuze et F. Guattari, *Capitalisme et schizophrénie 2 : Mille plateaux*, Paris, Éditions de Minuit, 1980, p. 483 ; G. Madjarian, *L'Invention de la propriété. De la terre sacrée à la société marchande*, 1991, Paris, L'Harmattan, p. 187.

2. Il n'est pas d'installation d'une nouvelle maison qui ne soit précédée d'un rite de fondation que conduit le Gardien de la Terre ou, le cas échéant, le Gardien du sanctuaire boisé. Ce rite qui permet de « transformer un champ en une maison » a pour visée de prévenir l'instance Terre qu'en ce lieu une maisonnée désire placer sous sa protection son projet de vie. Pour de plus amples précisions, voir M. Cartry et D. Liberski, « D'une fondation sans fondateur » in M. Detienne (dir.) *Tracés de fondation*, Louvain-Paris, Peeters (Bibliothèque de l'EPHE), 1990, p. 85-140.

Prendre la responsabilité au sérieux

cherche à faire apparaître ce ne sont pas les plans du village, des champs ou de la maison, mais leurs ombilics, les lieux circonscrits où un commerce sacrificiel avec les dieux sera possible. Le Gardien de la Terre, en ses fonctions, établit les points d'ancrage du réseau des liens sacrificiels entre les hommes, la Terre et le Ciel. Dit autrement, il rassemble sur lui les gestes et les rites par lesquels des lieux sont aménagés à la surface de la terre de manière telle qu'ils s'offrent aux humains comme autant de territoires où pourront croître et se multiplier les lignées humaines, les cheptels, les récoltes.

Ce qui donne autorité à son dire comme à ses gestes, c'est le statut que lui assigne le mythe d'être le descendant d'une créature céleste issue d'un monde de l'origine où la Terre et le Ciel n'étaient pas encore séparés. Témoin de cette séparation, l'ancêtre des Gardiens de la Terre est un commencement absolu. Né sans qu'aucun ventre de femme ne l'enfante, il n'a « ni père ni mère ». Par un sacrifice inaugural, cet ancêtre mythique a transformé les semences, alors en germes dans la terre des commencements, en toutes les choses qui peuplent le monde (les différentes variétés de céréales et de plantes cultivées, les espèces animales domestiquées, les enfants, les femmes qui enfantent, etc.). Cette capacité reconnue au Gardien de la Terre de faire exister par la vertu de gestes et de paroles sacrificielles les choses indispensables à l'homme ne peut manquer d'être rapprochée de l'*auctoritas* dont il fallait être investi dans le monde romain pour que la parole proférée ait force de loi. Comme nous l'enseignent les précieuses enquêtes d'Émile Benveniste sur le vocabulaire des institutions indo-européennes, à la racine de l'*auctoritas* se tient toujours un « dit », *augeo*, « qui a le pouvoir de faire surgir quelque chose et, à la lettre, de produire à l'existence »¹. Plus que le pouvoir de faire croître (*augere*) avec lequel les auteurs avaient pris le pli de l'identifier, l'*auctoritas* est « la force, divine en son principe, de faire exister »². À mille lieux de la figure du « propriétaire terrien » et du « maître du cadastre »

1. É. Benveniste, *Le Vocabulaire des institutions indo-européennes*, op. cit., p. 151.

2. *Ibid.*, p. 143.

Les Gardiens de la Terre

où l'enferment les recherches expertes en « gestion du foncier », le Gardien de la Terre est investi de l'*auctoritas* qui garantit la vérité de sa parole comme de ses actes.

Ainsi qu'il a déjà été dit, il lui revient de veiller au respect des « interdits » comme à l'observance des rites. Non pas tous les rites, ni tous les interdits, mais tous ceux dont la transgression vient mettre en péril son inlassable travail rituel de territorialisation. C'est de ce noyau qui touche à l'essentiel – le meurtre, la reproduction humaine, la mort – que le Gardien de la Terre est tenu comptable.

La liste de ces « interdits », à peu près identique dans toute l'aire voltaïque, a longtemps dérouté les observateurs occidentaux, tant elle paraît hétérogène. Sont en effet placés sur le même plan des actes qui, selon les critères du Droit occidental, peuvent être qualifiés de crimes ou de délits (le meurtre, la bataille rangée, le vol) avec d'autres dont on ne voit pas quelle est au juste la nature transgressive (l'agriculteur qui se blesse avec un instrument aratoire pendant les récoltes, ou saigne du nez dans les mêmes circonstances, une femme qui accouche sur un chemin, des relations sexuelles « en brousse », un homme qui meurt dans son champ). Une autre série d'interdits a pour objet non plus des catégories de sang versé, mais des catégories d'épaves : des objets perdus, des animaux divagants, ou des catégories d'humains sans attache : le vagabond, le cadavre d'un inconnu. Le caractère transgressif dans ces situations est encore plus difficile à déterminer : il semble que ce soit le fait d'être « sans lien ni lieu », sans attache, ou plus juste, sans appartenance, qui soulève en soi la question de l'infraction religieuse¹.

Cet assemblage hétéroclite d'actes, de phénomènes et de choses reçoit dans la plupart des langues concernées l'appellation générique d'« interdits de la Terre » et se différencie d'autres types d'interdits religieux par le fait que la « sanction » en cas d'infraction est collective et se manifeste par des effets destructeurs sur l'œkoumène de

1. Les questions que soulèvent ces objets sans lieux ni liens ont été abordées de façon plus approfondie dans D. Liberski-Bagnoud, *Les Dieux du territoire. Penser autrement la généalogie*, Paris, Éditions du Cnrs, 2002.

Prendre la responsabilité au sérieux

l'ensemble ou d'une partie de la communauté villageoise : une perturbation du régime des pluies, la stérilité des champs, une invasion de sauterelles, des épidémies ou épizooties et autres calamités que nous qualifions de « naturelles » (dans les situations de sang versé ou de découverte d'un cadavre humain en brousse), la destruction de la maison par extinction partielle de la lignée (dans les situations d'appropriation d'une « épave »). Quant surviennent et, surtout, perdurent des phénomènes de ce type, il revient au Gardien de la Terre de chercher à identifier, auprès des devins, quel événement dans la communauté villageoise est susceptible d'avoir créé une situation de rupture d'interdit. Il aura alors à énoncer à nouveau la règle auprès du ou des agents (ou patients) de l'infraction et procéder aux sacrifices de « réparation » qui visent à rétablir le territoire dans son état antérieur.

Ces « interdits de la terre » mettent en œuvre une conception sacrificielle et généalogique du lien territorial¹. Les versements de sang humain sur le sol remettent en question la grande fiction rituelle du sacrifice², comme les choses déliées de toute appartenance ébranlent dangereusement la distinction des lignées. Ces événements sont autant d'accrocs dans la grande toile sacrificielle – selon l'image forte empruntée à Marcel Mauss³ – dont le Gardien de la Terre a

1. Les théories sur le tabou (Frazer, Jevons) ont longtemps pesé sur les interprétations de ces systèmes d'interdits de type religieux dont les objets paraissent bien éloignés de nos conceptions juridiques du crime et du délit. Des notions comme celle de « sacrilège », de « faute », de « rachat », « d'expiation » ou encore de « vengeance de la déesse Terre », « offensée » par le sang humain entré en contact avec elle, ont été utilisées sans que les faits décrits – ni dans la langue ni dans les discours – ne viennent les motiver, encore moins les justifier. Il a fallu la sagacité d'un Marcel Mauss pour écarter les préjugés des premiers ethnologues administrateurs et des historiens du droit, et reconnaître le caractère *pénal* des sanctions – réelles ou mystiques – que déclenche la transgression de l'un de ces interdits. Il ré-ouvrirait de la sorte les voies de l'interprétation, laissant le champ libre pour une lecture plus soucieuse de saisir la logique qui les sous-tend.

2. Le rite de réparation que conduit le Gardien de la Terre kasena à la suite d'un versement de sang humain sur le sol vise explicitement – ce sont les paroles du rite – à « remplacer le sang humain par le sang animal ».

3. M. Mauss, « Essai sur la nature et la fonction du sacrifice » in *Œuvres, vol. 1*, Paris, Éditions de Minuit, 1969, p. 226. Sur la version africaine d'un territoire conçu comme un tissu de liens sacrificiels, voir M. Fortes, *The Dynamics of Clanship among*

Les Gardiens de la Terre

établi les principaux points d'ancrage afin de transformer l'espace en des lieux habitables, où il est possible, pensable, de procréer, de vivre et de mourir en êtres du village. Par ces échancrures s'engouffrent les maux de la Terre : sécheresse, stérilité, maladies. Ce qui surgit alors, sous la toile sacrificielle déchirée, c'est l'autre face de la Terre, celle des commencements, la face sombre d'une chose qui avale les morts et vers laquelle s'engloutit tout ce qui n'a plus de « maître », plus de liens, plus d'appartenance. À terme, si la situation catastrophique se prolonge, l'assemblée des co-sacrifiants, dans l'enceinte boisée des sanctuaires, fera entendre aux dieux du territoire la menace d'un départ en masse et fera subir au Gardien de la Terre les souffrances qu'ils endurent : debout sous le soleil brûlant, sans boire ni manger de l'aube à la nuit tombante, il est rappelé à la responsabilité de sa charge, à savoir qu'il *est* Terre et que son corps se dessèche.

Il est toutefois deux actes, deux « interdits de la terre » pour lesquels il n'est pas de réparation possible, pensable, et dont la sanction est sans appel, hors de portée de la volonté humaine. Ces deux actes sont le traçage des limites d'un terrain que seul peut prendre en charge le Gardien de la Terre¹ et la vente de la terre. « Atteint par la flèche de la Terre », le transgresseur est voué à la mort, à plus ou moins brève échéance. La gravité particulière qui entoure ces interdits – encore en vigueur dans certaines campagnes – se justifie par l'enjeu qu'ils recouvrent. La terre n'étant pas en ces sociétés conçue comme un bien séparable des êtres humains qui l'habitent, vendre la terre c'est aussi vendre ses habitants, et se nourrir du produit de la vente revient à « manger les gens ». Cette métaphore anthropophage hante les discours actuels qui sont tenus dans certaines régions du Burkina Faso, en proie, comme ailleurs, à la nouvelle poussée de marchandisation de la terre déclenchée par

the Tallensi, Oxford University Press, 1945 ; M. Cartry, « La dette sacrificielle du meurtrier d'après quelques récits d'administrateurs ethnologues (Afrique de l'Ouest) », art. cit. ; D. Liberski-Bagnoud, *Les Dieux du territoire*, *op. cit.*

1. Les conflits portant sur les limites entre aires rituelles relèvent du même registre.

Prendre la responsabilité au sérieux

la spéculation financière mondiale sur les denrées alimentaires de base en 2007-2008.

Les faits ici succinctement rapportés nous mettent en présence de formes de responsabilité qui ont un tout autre fondement que ceux que l'on reconnaît généralement à la responsabilité dans les doctrines philosophiques occidentales¹. Ni la liberté ni le lien de causalité ne sont ici les générateurs d'une situation de responsabilité : aucune intention n'est requise pour que s'ouvre une créance de la Terre et il n'est point besoin d'être la cause ou d'être à l'origine de la rupture d'interdit pour avoir à « réparer ce qui a été gâté ».

Les violations de ces « interdits de la Terre », ainsi qu'il a déjà été dit, ne peuvent tous être ramenés, sauf abus de langage, à des crimes ou des délits ni même toujours à des *actes* (mourir en brousse, saigner du nez, croiser la route d'objets ou d'animaux perdus sont autant d'événements qui sont plus subis qu'agis). Seule la matérialité du fait compte. Il ne suffit pas toutefois d'avoir été le sujet (actif ou passif) de la rupture d'interdit pour s'en voir automatiquement imputer la responsabilité, et supporter la sanction. Le lieu où s'est produit l'événement et la nature des liens entre ce lieu et le ou les protagoniste(s) de l'affaire sont des éléments que le Gardien de la Terre doit prendre en considération lorsqu'il est appelé à juger d'une situation de rupture d'interdit. On ne peut être tenu comptable de la même façon des infractions produites sur des terres avec lesquelles aucun lien de parenté sacrificielle n'a été établi. Enfin, hors les actes de délimitation et de vente de la terre, dont la sanction – de nature mystique – frappe la personne qui soutient avec le fait sanctionné une relation directe et immédiate, l'imputation de la responsabilité ne se limite pas au seul agent (ou patient) de l'infraction. Le Gardien de la Terre, en qualité de garant de ce système d'interdits, veille à ce que la dette sacrificielle contractée auprès de la Terre du fait même de la violation de l'un de ses interdits soit payée. Mais il ne punit pas. Seule l'instance Terre est créditée de la puissance d'agir, qu'elle se dessèche et provoque la dislocation du territoire du village ou

1. Voir P. Fauconnet, *La Responsabilité : Étude de sociologie, op. cit.*, chapitre III.

Les Gardiens de la Terre

qu'elle tue le transgresseur, dans les cas d'atteinte les plus graves. En l'absence de l'agent (ou du patient) de la rupture d'interdit – ce qui ne peut manquer de se produire lorsque celle-ci est le fait d'habitants d'un autre village, mais aussi dans les cas où l'acte transgressif n'a pas de véritable agent, telle la découverte du cadavre d'un inconnu –, le Gardien de la terre a le devoir de faire prélever les animaux sacrificiels nécessaires « pour réparer le pays » dans les cheptels et les basse-cours des habitants du territoire menacé. Si sa vigilance venait à faire défaut, il aurait à répondre des manquements à sa charge en subissant en son corps la peine que lui infligent publiquement les habitants du territoire menacé. Autrement dit, le champ de la responsabilité s'étend le long de trois lignes distinctes : celle, individuelle, de la personne engagée dans une situation de rupture d'interdit qui a fait naître une « créance de la Terre » ; celle, collective et solidaire, de la communauté villageoise sur la terre de laquelle s'est produite la rupture d'interdit ; et enfin celle, institutionnelle, du Gardien de la Terre, qui est le répondant en dernier ressort des créances de la Terre, qu'elles aient ou non été ouvertes par les habitants du domaine relevant de son autorité. Certes, ces responsabilités ne jouent pas simultanément, mais elles s'enchâssent l'une dans l'autre de manière telle qu'aucune rupture d'un interdit de la terre ne puisse jamais échapper à la juste réparation qu'une telle situation exige.

Si on exclut toutes les explications en terme d'aberrations intellectuelles et morales, d'erreurs imputables aux superstitions religieuses, d'archaïsme ou de relativisme culturel, il convient de rechercher, comme y invitait Paul Fauconnet¹, si les situations génératrices de cette forme de responsabilité à la fois objective, solidaire et collective, ne tiennent pas leur fondement des représentations religieuses, et, en l'occurrence, de ces montages de représentations qui, dans les sociétés en question, président à la constitution d'un territoire comme espace corps.

Ainsi qu'il a déjà été évoqué, les « interdits de la terre » donnent à voir en creux – dans le temps même où ils donnent publicité à,

1. *Ibid.*, p. 214.

Prendre la responsabilité au sérieux

orientent l'opinion de chacun vers – les représentations d'un territoire du village rituellement construit comme prolongement du corps propre des habitants, comme espace rassurant où il est plausible de vivre « en humain » parce qu'en les lieux généalogiquement différenciés qui le composent, chaque groupe lignager peut obtenir, par les effets du sacrifice, sa part cosmique de substance germinale dont dépendra sa pérennité comme sa croissance (enfants, femmes, récoltes, cheptel). Ce que « condamnent » les interdits de la terre, c'est une série d'événements (actes, dires, phénomènes) dont la survenue vient mettre en péril la logique de ces élaborations symboliques et imaginaires. Ce que disent ces « inter-dits », c'est que les agissements des hommes et des femmes – il importe peu qu'ils soient ou non intentionnels – ne sont pas sans avoir des conséquences sur ce territoire corps qu'ils habitent en commun. L'entame faite au corps d'un seul d'entre eux est aussi une entame faite à cet espace corps. Le sang humain qui se répand sur le sol infirme le projet d'y faire croître le vivant dans l'ombre portée des sacrifices rendus en commun dans les sanctuaires boisés du village. Par la blessure d'un seul, c'est toute forme de vie qui risque ainsi de se voir anéantie dans un dessèchement catastrophique. Chaque interdit de la terre vient éclairer un pan singulier de cette pensée proprement africaine de l'habiter. On ne peut ici s'attarder à en faire la démonstration, mais ce qui précède suffit pour comprendre que la responsabilité de préserver de toute atteinte le territoire corps du village puisse incomber à chacun comme à l'ensemble des habitants.

Pour rendre raison de cette forme de responsabilité objective, solidaire et collective dont nous venons d'esquisser les contours, il n'est donc pas besoin d'invoquer une mystérieuse « loi de la participation » régissant la « mentalité prélogique » des « primitifs »¹. Cette forme de méconnaissance (qui se déguise sous divers habits) est au moins aussi tenace que le déni dans lequel se réfugient les

1. Jean Carbonnier semble prêter cette « explication » de la responsabilité objective à Paul Fauconnet, bien que ce dernier la range explicitement parmi les doctrines qu'il réfute. *Droit civil, op. cit.*, p. 2260.

Les Gardiens de la Terre

sociétés modernes à propos du réchauffement climatique global, tandis que la communauté scientifique enregistre minutieusement sa réalité depuis plus de quarante ans¹. Le rapprochement n'est pas incongru : en-dehors de toute psychologie, ces attitudes plongent leurs racines dans un même raisonnement « dissocié » qui permet de penser l'espace sans les corps qui y adhèrent par mille et un liens, d'envisager la terre comme « ressource » sans l'humanité qui l'habite.

Le pouvoir de la métaphore ne doit toutefois pas égarer la réflexion : la responsabilité du Gardien de la Terre, de nature rituelle, n'a pas de commune mesure immédiate avec la responsabilité écologique, de nature politique, dont il paraît urgent qu'elle soit enfin prise au sérieux. Les gestes et les paroles du Gardien de la Terre ont pour visée non pas la « sauvegarde de la Nature » – notion qui n'existe ni dans les langues ni dans les systèmes de pensées voltaïques² –, mais l'intégrité symbolique et imaginaire de l'espace corps du village. À l'instar des cités de la Grèce archaïque atteintes par la peste (*loimos*) déclenchée par les actes criminels d'un seul³, la hantise des communautés villageoises voltaïques est de voir se disloquer leur ancrage territorial sous les coups répétés de transgressions de règles religieuses qui relèvent autant du droit que de la morale. Cette hantise prend acte du fait qu'il est une manière proprement humaine d'habiter le monde. Elle trahit aussi la conscience de la dépendance fondamentale de l'homme à son milieu (régime des pluies, fertilité de la terre, épizooties et autres maladies sont au centre des préoccupations quotidiennes de ces sociétés agraires) et de la fragilité des abris édifiés par la grâce des

1. En 1972, lors de la conférence de Stockholm sur l'environnement humain, les scientifiques donnent pour la première fois l'alerte sur l'état de la biodiversité et la menace du changement climatique.

2. Voir P. Legendre (dir.), *Tour du monde des concepts*, Paris, Fayard/Institut d'études avancées de Nantes, 2014, p. 114-120.

3. Voir notamment J. Jouanna, « Famine et peste dans l'antiquité grecque : un jeu de mots sur Limos/Loimos », *L'homme face aux calamités naturelles dans l'Antiquité et au Moyen Âge*, Actes du 16^e colloque de la Villa Kérylos à Beaulieu-sur-Mer les 14 et 15 octobre 2005, *Cahiers de la Villa Kerylos*, Paris, 2006.

Prendre la responsabilité au sérieux

rites et des mythes pour tenter d'y suppléer. Les sociétés industrielles, longtemps protégées par un fantastique appareillage technique et scientifique, ont fini par croire qu'elles en avaient fini avec cette vulnérabilité de l'homme et que la promesse cartésienne de la maîtrise intellectuelle et de la domination du monde par l'homme était enfin réalisée.

L'affolement intellectuel que provoque, dans les sphères de la philosophie anthropologique¹, la prise de conscience sinon toujours de la vulnérabilité foncière de l'homme, du moins de l'existence de limites physiques inéluctables à un mode d'existence énergivore et démesurément prédateur, témoigne que la croyance en la toute puissance de l'homme est encore profondément chevillée au corps de la civilisation technoscientifique. Le gouffre qui la sépare de la philosophie des petites sociétés d'agriculteurs sédentaires de la savane ouest africaine ne semble pas prêt d'être franchi. Il était néanmoins nécessaire de faire entendre ici la voix de ces Gardiens de la Terre dont l'institution, garante des lois fondamentales du groupe, offre l'exemple d'une responsabilité objective solidaire et collective non négociable dès lors que sont mises en jeu les conditions de possibilité de vivre « d'une vie authentiquement humaine »².

1. Les discussions autour des thèses défendues par Hans Jonas (*Le Principe responsabilité*, 1979) font entendre parfois d'étranges positions critiques. Entre ceux qui, se réclamant de l'éthique jonassienne, défendent l'idée de droits pour les « non-humains », et ceux qui, comme Karl Otto Appel, reprochent à Jonas une réflexion « anthropocentrée » – le sentiment de responsabilité vis-à-vis de la crise écologique ne viserait à protéger *que* notre seule écosphère –, ce qui se maintient, c'est l'idée d'un homme maître du monde, qui a autant le pouvoir de « sauver la Nature » que de penser sereinement sa propre fin.

2. H. Jonas, *Le Principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique* (1979), Paris, Flammarion, 1995.

CHAPITRE 3

En quête de la responsabilité dans l'Inde brahmanique

par Charles Malamoud

Je parlerai, cette fois encore, de l'Inde brahmanique, telle que nous la connaissons par des textes composés en sanscrit. Je laisse donc de côté, d'une part l'Inde bouddhique et jaina et l'Inde musulmane, et d'autre part tout ce que peut nous apprendre l'observation sur le vif de la réalité sociale.

Dans l'Inde brahmanique, donc, ainsi circonscrite, ce qui frappe, à partir du VI^e ou du V^e siècle avant notre ère, dans les textes qu'on appelle les Upaniṣad anciennes, et tout au long des siècles jusqu'à nos jours, dans ce qui constitue l'orthodoxie brahmanique, c'est l'importance décisive, l'omniprésence du thème du *karman*, c'est-à-dire de l'« action ». Se poser la question de la responsabilité, c'est principalement, dans l'Inde brahmanique, se demander ceci : dans quelle mesure, par quelles voies suis-je responsable, entendons suis-je moi-même la cause de la condition dans laquelle je me trouve présentement et, plus généralement, de ce qui m'arrive ? Comment expliquer que je sois né garçon et intouchable plutôt que fille dans une famille de brahmanes ? Comment expliquer telle disposition physique ou mentale, tel événement qui affecte grandement le cours de mon existence présente ? Bien entendu, cette vie présente n'est que le point d'aboutissement provisoire d'une série infinie de vies et elle sera suivie d'une infinité d'autres. Quelle est donc la nature de cet invariant qui est moi et qui migre d'une forme d'existence à une autre ? Dans quelles conditions, selon quels processus se fait le

Prendre la responsabilité au sérieux

passage ? Comment distinguer, dans l'acte que j'accomplis présentement, ses conséquences immédiates, ou du moins les conséquences qui apparaîtront dès cette vie-ci, de ce reste mystérieux qui ne révélera ses effets que plus tard, dans une autre vie, mais s'attache à moi nécessairement ? Nécessairement en effet : tous les enfants apprennent cet adage que l'on trouve déjà dans le Mahābhārata :

De même qu'un veau sait retrouver sa mère parmi des milliers de vaches, de même un acte accompli autrefois s'attache aux pas de celui qui en est l'auteur (*yathā dhenusahasreṣu vatso vindati mātaram/tathā pūrvakṛtaṃ karma kartāram anugacchati*)¹.

Il faut introduire ici au moins une précision, une restriction qui met en jeu la question de la responsabilité : seuls les actes accomplis au cours d'une vie humaine ont des conséquences qui se manifesteront dans les vies ultérieures. Les actes que j'accomplis au cours d'une de mes vies d'animal n'ont pas d'incidence karmique : ils peuvent être l'effet de ce que j'ai fait dans mes vies antérieures, ils ne sont pas la cause de ce que je serai dans mes vies futures, ou plutôt ils n'ont d'effet sur le futur que dans la mesure où ils contribuent à régler les comptes du passé. Il semble même qu'au cours d'une existence humaine, les actes accomplis dans la petite enfance ne tirent pas à conséquence au-delà de leurs effets immédiats. Autrement dit, je ne suis pas responsable de ce que je fais quand je suis un animal ou un enfant, et pourtant c'est bien de moi qu'il s'agit. De même, si les conditions dans lesquelles j'accède présentement à une vie humaine résultent du reste de mes actions passées, il ne s'ensuit pas que tout ce que je fais présentement soit prédéterminé : j'ai la faculté d'agir, en tant qu'homme, au mieux, selon mon dharma, et donc d'accroître mon stock d'actes méritoires. En ce sens, dans cette mesure, je suis responsable de ce que je fais. La plupart des écoles de pensée de l'Inde brahmanique admettent ce schéma. Elles diffèrent grandement entre elles quand il s'agit d'en

1. Cité dans O. Böhtlingk, *Indische Sprüche* (St. Petersburg, 1873), vol. 3, n° 5114, Wiesbaden, 1966.

En quête de la responsabilité dans l'Inde brahmanique

expliquer le détail et de rendre compte de cela même qui constitue le sujet. Et quelle place faire au hasard ou au destin ? Et quelle est la puissance qui fait que ce système fonctionne ?

Une autre question se pose qui touche à ce qui nous occupe présentement. Comment se dessine le contour d'un acte ? Cela réglé, il faut bien voir que les actes sont évalués. C'est leur valeur, leur caractère bénéfique ou nocif qui détermine leur effet dans le système des renaissances. Peut-on concevoir une comptabilité, imaginer qu'un acte bon annule un acte mauvais de même poids ? La réponse varie selon les doctrines, mais normalement, on ne peut s'empêcher d'agir et donc de relancer indéfiniment le mécanisme. Les différentes écoles de pensée s'attachent bien entendu à définir les voies de la délivrance, les moyens d'échapper à la prégnance des actes.

Mais je reviens à la valeur inhérente aux actes : elle est fixée par le dharma. Un acte est bon, méritoire, producteur d'effets bénéfiques pour l'au-delà, quelle que soit la manière dont cet au-delà est envisagé, s'il est conforme au dharma, c'est-à-dire au système des devoirs tel qu'il est enseigné dans les textes de la révélation védique et les traités qui sont censés prendre appui sur le Veda et tirer de lui leur autorité. Tout être, en tout cas tout être humain, est tenu de remplir un certain nombre de devoirs. Certains s'imposent à tous, c'est-à-dire à chacun, d'autres sont des devoirs d'état, propres au statut ou à la situation particulière de chaque individu. Dans tous les cas, exécuter son devoir implique une relation à autrui : je prends en compte, pour exécuter mon devoir, l'incidence que mes actes ont sur le sort d'autrui et c'est ici qu'intervient l'idée de responsabilité. Une des expressions les plus anciennes et les plus fondamentales du dharma est la doctrine védique des dettes congénitales de l'homme : dette, c'est-à-dire relation à un créancier. Parmi ces dettes congénitales, dont on ne peut s'acquitter qu'en remplissant des devoirs, il y a celle qu'on doit aux ancêtres. On s'en acquitte en faisant soi-même des enfants, c'est-à-dire en devenant soi-même un ancêtre potentiel et aussi en assurant aux ascendants, devenus des trépassés du fait de leur mort, le statut d'ancêtres : ce statut, ils le conservent un certain temps, à condition que les générations

Prendre la responsabilité au sérieux

successives de descendants leur rendent un culte approprié. Telle est donc, en vertu du dharma, ma responsabilité envers mes ascendants-ancêtres. C'est bien entendu aussi en vertu du dharma que la justice humaine, c'est-à-dire royale, règle les litiges et punit les infractions.

On chercherait en vain dans le vocabulaire sanscrit un terme qui rendrait l'idée de responsabilité – pourtant bien présente dans la notion de *dharma*, on vient de le voir –, un terme dans lequel serait visible le lien étymologique (propre aux langues romanes) avec l'idée de « répondre », la responsabilité étant conçue comme l'aptitude à répondre de ce que l'on fait, à prendre sur soi les conséquences de ce que l'on fait. Un équivalent approximatif et partiel pourrait être *adhikāra* pour « responsabilité » et *adhikṛta* pour « responsable ». En fait *adhikṛta* signifie « responsable » au sens où ce terme en français est un euphémisme pour « chef ». L'*adhikṛta* est une personne chargée d'une fonction, et qui est qualifiée pour l'exercer. Par exemple, les grands personnages de l'administration royale sont des *adhikṛta*, ils sont responsables devant le roi de la façon dont ils s'acquittent de leur fonction. Mais aussi : c'est être *adhikṛta* que d'être habilité à célébrer tel ou tel sacrifice. Parmi les *adhikṛta* du roi, il y a le « pré-posé » par excellence, puisque c'est là ce que signifie exactement son nom, le *purohita*, « celui qui est mis en avant ». Ce terme désigne notamment le chapelain royal, brahmane très savant, honoré, auquel le roi confie la charge de ses relations avec le divin. Les fonctions du *purohita* sont à la fois vagues et importantes. Il est clair qu'il prend sur lui les fautes que le roi pourrait commettre quand il est amené à mettre en œuvre ou invoquer des puissances surnaturelles. Son statut est quelque peu ambigu, les autres brahmanes craignent qu'étant si près du prince il ne soit pas toujours assez vigilant sur la nécessité d'affirmer la supériorité de principe du brahmane sur le roi.

Voici un exemple védique¹ de la manière dont le roi se décharge de sa responsabilité sur son « pré-posé ». C'est, en somme, du

1. Jaiminiya-Brahmaṇa III 94, voir W. Caland, *Das Jaiminiya – Brāhmaṇa in Auswahl* (Wiesbaden 1919), Wiesbaden, 1970, p. 239-243.

En quête de la responsabilité dans l'Inde brahmanique

moins à première vue, l'histoire d'un accident de la route. Le roi Tryaruṇa est sur son char, en compagnie de son chapelain, Vṛṣa. C'est Vṛṣa qui conduit. C'était l'usage autrefois, dit le texte, que le chapelain fût office de cocher, car, dit encore le texte, le roi se disait : celui-ci ne saurait rien faire de mal. Or voici que pendant le trajet le char du roi Tryaruṇa renverse et tue un jeune garçon, brahmane, qui jouait sur la route. Il faut savoir que mettre à mort un brahmane ou simplement être la cause de sa mort est le plus grave de tous les péchés. Aussitôt éclate une querelle entre le roi et son cocher :

C'est toi conduisais, dit le roi, c'est toi le meurtrier (*tvaṃ hantāsi*).

– Non, dit le chapelain, je tirais de toutes mes forces sur les rênes pour empêcher les chevaux de s'emballer, et toi tu ne cessais de les exciter de la voix. Le meurtrier, c'est toi.

Ils décident tous deux de porter la querelle devant un conseil constitué de membres de la famille du roi. Ce conseil décide sans hésiter : le meurtrier, c'est le chapelain, car c'est lui qui tenait les rênes. Aucun châtement n'est prévu toutefois. Le chapelain s'exclame : « Puissé-je trouver une issue, une voie de salut (*gātum nātham vindeya*) ! Puisse le jeune garçon revenir à la vie (*sa ayaṃ kumāro jīvet*) ! » Il eut alors la révélation (littéralement : la vision) d'une mélodie (*sāman*), laquelle, associée à des strophes du Ṛgveda, eut l'effet de faire revenir à la vie le jeune brahmane. « C'est, dit le texte, ce qui est appelé le chant de Vṛṣa... » C'est un remède (*bheṣaja*) et un rituel de réparation (*prāyaścitti*)... Vṛṣa néanmoins fut enflammé de colère, il s'exila, pensant : « Ils m'ont condamné, ils ont prononcé contre moi un jugement faux (*anṛta*) » Chez les Īkṣvaku, le feu de cuisson perdit de sa force, le riz qu'on mettait à cuire le matin n'était prêt que le soir... Les Īkṣvaku comprennent que cet affaiblissement de leur feu est dû à leur mauvais procédé envers le chapelain :

Nous avons porté atteinte à un brahmane, nous l'avons traité de façon indigne. Rappelons-le. Ils le rappelèrent et il revint à eux comme il convient à un brahmane d'aller vers le roi quand celui-ci l'appelle.

Prendre la responsabilité au sérieux

On voit que la réflexion amorcée sur la responsabilité tourne court, ou plutôt tourne au problème indéfiniment ressassé des rapports entre le roi et le brahmane. En fait, la raison d'être de ce récit est de construire un mythe d'origine d'un élément de la liturgie védique et, chemin faisant, d'affirmer une fois de plus la supériorité intrinsèque du brahmane sur le roi à qui il doit pourtant obéissance. (Dans une version plus brève de ce récit¹, le roi dit simplement : « Cet accident est arrivé alors que tu étais mon *purohita* ».)

Voici maintenant une histoire beaucoup plus développée et complexe. C'est un passage, fameux entre tous, connu de tous en Inde, tiré de la grande épopée, le *Mahābhārata*, un des moments les plus dramatiques, lourd de conséquences pour toute la suite des événements. Il s'agit de l'affaire du jeu de dés, à la fin du livre II, le Sabhāparvan. Ce passage a été admirablement traduit et analysé par Van Buitenen², je le suis pas à pas. Je rappelle rapidement la situation. Deux clans de nobles personnages, grands guerriers, les Kaurava et les Pāṇḍava, s'affrontent. Ce sont des cousins, fils de deux frères. Ils sont très proches les uns des autres par leur éducation, leur statut, leurs qualités et exploits de guerriers. Mais ces deux groupes sont aussi en rivalité, l'enjeu étant une forme de suzeraineté universelle. Chacun de ces deux groupes se constitue son domaine propre, bâtit sa capitale. La rivalité prend un tour violent, menace de dégénérer en guerre ouverte. Finalement (un finalement tout provisoire, évidemment), les Kaurava reconnaissent la suzeraineté de Yudhiṣṭhira, l'aîné des frères Pāṇḍava. Les Kaurava invitent Yudhiṣṭhira, ses quatre frères et leur épouse commune Draupadī à leur faire visite dans leur palais et d'emblée proposent à leurs hôtes, à peine arrivés, un jeu de dés. Pour des raisons obscures, qui tiennent sans doute à des obligations rituelles, Yudhiṣṭhira, nouveau souverain universel, accepte malgré ses réticences de principe et malgré sa méfiance à l'égard de l'adversaire qui lui sera opposé,

1. Pañcaviṃśa-Brāhmaṇa XIII 1.

2. *The Mahābhārata 2. The Book of the Assembly Hall*, trad. et éd. par J.A.B. van Buitenen, Chicago, The University of Chicago Press, 1975.

En quête de la responsabilité dans l'Inde brahmanique

Śakuni, connu pour être un joueur habile, trop habile. Car ce jeu, en dépit des apparences, n'est pas un jeu de hasard, il faut un tour de main. La partie consiste en une suite de vingt coups. À chaque fois le perdant doit augmenter sa mise pour le coup suivant. Yudhiṣṭhira est ce perdant. Les dix premiers coups suffisent pour lui faire perdre de fabuleuses richesses, ses serviteurs, son harem. À chacun des dix coups suivants, Yudhiṣṭhira engage et perd des biens de plus en plus précieux, la totalité de son bétail, de ses terres, puis chacun de ses quatre frères, puis, au dix-neuvième coup, sa propre personne ; enfin, son épouse, la merveilleuse Draupadī. Pendant que le jeu se déroule dans la grande salle de réunion, Draupadī est dans l'appartement des femmes. Les Kaurava, donc, triomphent. Les plus excités et les plus pervers d'entre eux s'en prennent à Draupadī, exigent qu'elle se plie immédiatement à son nouveau statut d'esclave, puis l'obligent à venir dans la salle où ils siègent, alors qu'elle crie de rage et de honte et qu'elle se débat. Ils l'outragent de mille manières, en présence de ses maris hébétés. Draupadī, toute à sa colère et à sa douleur, est assez lucide pour demander avec insistance : « Quel a été l'ordre des opérations dans la partie finale du jeu ? Yudhiṣṭhira a-t-il misé et perdu d'abord son épouse ou sa propre personne ? » Il s'avère ou se confirme que Yudhiṣṭhira a joué sa femme alors qu'il ne se possédait plus lui-même. N'étant plus son propre maître, possédait-il encore sa femme suffisamment pour pouvoir s'en défaire ? N'a-t-il pas outrepassé sa responsabilité, n'a-t-il pas agi de façon irresponsable ? Ce dont il aurait eu à répondre, semble-t-il, s'il y avait une instance pour le juger ou du moins le questionner, c'est du malheur qu'il cause à autrui, en l'occurrence à sa femme, en s'attribuant un pouvoir, un droit qu'il a peut-être perdu. Mais il semble aussi que son dharma, le dharma dont il est du reste une incarnation, consiste à être fidèle, quoi qu'il arrive, jusqu'à l'absurde, à la promesse qu'il a faite de jouer jusqu'au bout la partie dans laquelle il s'était engagé. Les plus rassis et les plus vénérables des Kuru opinent : selon eux, un homme reste le maître de sa femme, et donc maître de l'aliéner, même quand il est devenu lui-même propriété d'autrui. Mais ils voient aussi que de toute façon

Prendre la responsabilité au sérieux

l'affaire est allée trop loin et ils déclarent que l'ensemble du jeu est nul et non avenu. On recommence une partie, car il semble que le jeu lui-même soit en l'occurrence une affaire rituelle, mais cette fois dans un cadre fixé à l'avance : le perdant s'engage à partir pour un exil de douze ans dans la forêt. Cette fois encore c'est Yudhiṣṭhira qui perd : toute la troupe des Pāṇḍava, reconstituée et libérée, prend le chemin de l'incognito dans la forêt. Les Pāṇḍava observent scrupuleusement leurs engagements, s'abstiennent de rien faire qui puisse nuire à leurs rivaux, alors que ceux-ci multiplient les provocations. Toutefois Draupadī ressasse ses griefs, fait honte à ses maris de leur passivité pendant que les Kaurava l'insultaient et la malmenaient. Plusieurs de ses maris exhalent alors leur fureur. Bhīma, notamment, le plus fougueux d'entre eux, jure de tirer une vengeance terrible des cousins qui ont traité Draupadī de façon indigne. La guerre, dans ces conditions, ne manquera pas d'éclater, elle aboutira à l'extermination quasi totale des combattants des deux camps. Si on s'en tient à la causalité romanesque, selon la terminologie de Georges Dumézil, dans le déroulement de l'épopée, Draupadī, à ce stade, par ses appels à la vengeance, est responsable du conflit qui va se déclarer après ces années d'exil qui, rétrospectivement, apparaissent comme une trêve. Mais une autre causalité est aussi à l'œuvre : les dieux manœuvrent les passions humaines de manière à précipiter la crise qui est à la fois le symptôme et la cause du passage d'un âge du monde à un autre. Telles sont les limites de la responsabilité des hommes dans le malheur des hommes.

Je voudrais, pour finir, essayer de prendre au sérieux l'injonction qui nous est faite de prendre la responsabilité au sérieux. Y a-t-il, dans l'Inde brahmanique, l'idée que les hommes, les générations humaines sont responsables de la vie de la terre, de la vie sur terre des générations futures et qu'ils auront à répondre des souffrances qu'ils lui infligent ? Ce qui est sûr, en tout cas, c'est que la Terre, dans la vision épique, doit périodiquement être sauvée et que les rois sont, par définition, des *bhūpāla*, des protecteurs, des gardiens de la terre, non pas seulement de leur territoire, mais de la terre dans son ensemble.

En quête de la responsabilité dans l'Inde brahmanique

Voici, pour conclure, dans la traduction de Louis Renou, trois strophes extraites du long poème de l'Atharva-Veda, l'hymne XII 1¹ :

2. Une absence de presse au milieu des humains !
Celle qui a les hauteurs, les pentes, les plaines nombreuses,
Celle qui porte les plantes aux pouvoirs variés,
Veuille la Terre s'étendre pour nous, pour nous complaire !

9. Celle sur qui s'écoulent les eaux voyageuses,
Toujours les mêmes, nuit et jour sans défaillance,
Veuille la Terre aux courants multiples
Traire le lait pour nous, nous inonder de son éclat

35. Ce que je creuse de toi, ô Terre,
Puisse cela même repousser promptement !
Puisse-je ne jamais atteindre
Tes points vitaux, ton cœur, ô purifiante !

1. *Hymnes spéculatifs du Veda*, Paris, Gallimard, 1956, p. 189-202.

CHAPITRE 4

Aux fondements dogmatiques de la responsabilité en droit chinois

L'empereur « aimant la vie »
et « gestionnaire du monde »

par Jérôme Bourgon

Deux voies s'ouvrent à nous pour examiner la notion de responsabilité dans la tradition juridique chinoise. La première, la plus aisée, part « de chez nous », c'est-à-dire de la notion de responsabilité telle que l'ont cultivée les juristes et sociologues occidentaux, pour recenser les points communs et les différences avec le droit positif et les décisions de justice tels qu'on les trouve dans les codes et les livres de jurisprudence chinois¹. Cette méthode présente l'intérêt de fournir au comparatiste et à l'historien pressés un matériau facile d'accès et d'utilisation. Elle a pourtant ses limites, dont la principale est de raisonner par analogie avec notre propre conception de la responsabilité, posée en « type idéal ».

Une autre voie est de chercher à construire la notion de responsabilité telle qu'elle pouvait se présenter au juriste chinois dans les derniers siècles de l'empire. C'est une voie plus incertaine, car il faut accepter de prendre pour guide des commentateurs qui ont des références textuelles et des modes de raisonnement qui ne sont pas les nôtres. L'intérêt est de faire apparaître dans leur originalité

1. C'est ce qu'a fait excellemment J. Gernet, « À propos de la notion de responsabilité dans l'ancien droit chinois », in J. Gernet, *L'Intelligence de la Chine*, Paris, Gallimard, « NRF », 1994, p. 70-79.

Prendre la responsabilité au sérieux

les fondements dogmatiques, les notions fondamentales qui restent invisibles lorsqu'on aborde le droit chinois par le biais du droit comparé.

Il faut alors s'attaquer hardiment à un surplomb vertigineux : l'empereur. Les historiens se contentent d'ordinaire de rappeler qu'il était la loi vivante, qu'il pouvait interrompre à tout moment le cours régulier des institutions ou les voies du droit, puis ils l'oublent pour revenir à une description positiviste du droit. Or, notre sujet nous impose de parler d'un droit autocratique et qui n'en est pas moins pleinement un droit. Nous partons, autrement dit, à la recherche des fondements autocratiques du droit chinois, qui sont essentiellement un discours sur les responsabilités du Fils du Ciel. Nous en cherchons les racines dogmatiques, car l'empire chinois a dû sa pérennité et son étendue à un « capital dogmatique » dont la richesse n'a rien à envier au droit romano-canonique, ou au droit islamique¹. C'est en donner une vision trop réductrice que se borner à analyser le droit positif sans se référer aux Classiques qui fondaient l'interprétation du code et les décisions judiciaires.

Il ne faudrait d'ailleurs pas croire que se référer aux Classiques soit faire un bond dans un lointain passé. Une réinterprétation générale de ces textes antiques a été accomplie entre le XI^e et le XIII^e siècle par des penseurs que les Occidentaux appellent « Néo-Confucéens », qui sont un peu des équivalents de nos Scolastiques². À partir du XV^e siècle, un courant dit de la « mise en ordre du Monde » (*jingshi*) a entrepris de relier systématiquement cette scolastique aux tâches les plus pratiques de l'État. Son fondateur, Qiu Jun (1415-1498), a cherché à établir les fondements dogmatiques de l'action de l'État dans une œuvre monumentale en 160 chapitres qu'il a adressée à l'empereur régnant³. Sa méthode consiste à aborder les tâches

1. Sur le concept de « dogmatique », voir l'utile mise au point de A. Supiot, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, op. cit., p. 21 sq.

2. Voir la synthèse très éclairante de A. Cheng, *Histoire de la pensée chinoise* (1997), Paris, Points-Essais, 2002, p. 476 sq.

3. Q. Jun, *Supplément au sens amplifié de la Grande Étude* (Daxue yanyi bu, désormais DXYYB) en 160 chapitres.

Aux fondements dogmatiques de la responsabilité

très concrètes de l'administration en les rapportant à une citation Classique, suivie de divers commentaires des grands scolastiques néo-confucéens, pour conclure par son propre jugement critique, dans lequel il cherche à dégager la norme régissant la question.

Qiu Jun sera notre guide dans deux domaines qu'il est commode de qualifier de pénal et de civil, puisqu'il s'agit tout d'abord du pouvoir de punir de mort et, plus encore, du pouvoir de gracier ; puis, dans une seconde partie, de la propriété du sol, ou plus exactement du droit d'utiliser l'œcoumène chinois, et de la responsabilité dans sa gestion.

I. « CE N'EST PAS TOI QUI PUNIS » : DE LA RESPONSABILITÉ DE PUNIR ET DE SA DÉLÉGATION

Selon une conception encore très répandue, la Chine n'a eu qu'un « droit pénal », comprenez un droit barbare, et non « civilisé » par les bienfaits du droit civil¹. C'est une triste ironie que l'Occident ait ainsi tourné à son détriment ce qui faisait l'orgueil de la Chine classique, sa conviction que la civilisation consistait précisément à *civiliser les châtiments* – c'est-à-dire, en termes chinois, à soumettre le *xing*, instrument tranchant d'origine guerrière, au *wen*, le caractère d'écriture qui est le fondement de toute société civile.

Un récit mythique nous fait assister à la naissance de la civilisation chinoise comme résultat de la pacification des châtiments.

Le roi dit :

D'après les anciennes annales, Chi You fut à l'origine du désordre, qui se communiqua au commun peuple : nul qui ne devint voleur ou bandit, féroce et rusé comme la chouette, fourbe et malhonnête, faussaire et pillard. Le peuple des Miao n'était pas guidé par la bien-

1. Selon P. Legendre, « Civiliser signifie appliquer au monde le droit civil » in P. Legendre, *L'Inestimable Objet de la transmission. Études sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985, p. 115

Prendre la responsabilité au sérieux

veillance, mais soumis par les châtiments. Ils créèrent les Cinq peines cruelles et leur donnèrent le nom de « loi », mirent à mort des innocents, et c'est ainsi qu'ils furent les inventeurs de peines excessives comme l'ablation du nez, l'essorillement, la castration, la marque au visage. Tous ceux qui étaient passibles de ces peines les subissaient, sans qu'aucune distinction ne soit faite, ni aucune excuse admise. Les gens s'imprégnèrent de cette situation et sombrèrent bientôt dans la confusion. Leurs relations n'étaient plus fondées sur la confiance, ils revenaient sur leurs serments et leurs pactes. Tyrannisée et terrorisée par la crainte d'être tuée, la multitude éleva ses proclamations d'innocence vers le ciel. Le Souverain céleste observa le peuple : vers lui ne s'élevait nul parfum de vertu, mais seulement l'odeur du sang putride versé par les supplices¹.

Ceci est un extrait du *Livre des Documents*, celui des Classiques chinois qui conserve les documents administratifs.

Le chaos, incarné par Chi You, règne sur les Miao par des peines cruelles : l'ablation du nez, l'amputation d'un pied, la castration, la marque au visage, constituent avec la peine de mort les Cinq châtiments de l'antiquité chinoise. Ces supplices sont en eux-mêmes le signe d'une condition inférieure, un signe de barbarie, de même qu'à Rome la torture était à l'origine attachée à la condition servile. Et voici que, par un étrange contrecoup de la soumission des Miao à l'empereur, ces supplices s'appliquent aux Chinois sur lesquels ils ont un effet dégradant. L'application automatique de peines atroces répand parmi eux la confusion et le désespoir. Il *barbarise* les Chinois. De son empyrée, le Souverain du Ciel ne peut que mesurer l'ampleur de la chute : « Vers lui ne s'élevait nul parfum de vertu, mais seulement l'odeur du sang putride versé par les supplices ».

L'auteur anonyme du Classique prépare ainsi un coup de théâtre. Il s'agit de conjurer la malédiction et de préparer l'entrée en scène

1. *Livre des Documents* (Shu jing), vol. 27, 2-4. Traduction de l'auteur inspirée de celles, classiques, de J. Legge, *The Chinese Classics*, Hong Kong-London, 1865, vols. III-1, p. 590-593 *sq.*, et de RP. S. Couvreur, *Chou-King. Les annales de la Chine*, p. 376-378 de la réédition You Feng 1999, (p. 163 de l'édition numérique par l'UCAQ). Les italiques sont de l'auteur.

Aux fondements dogmatiques de la responsabilité

du Rédempteur. Gao Yao, le Grand Préposé au Bandit (Dasikou), c'est-à-dire le tout premier ministre de la Justice, apporte deux innovations essentielles. La première consiste à proportionner la peine au crime qui a été commis, en prenant en compte non plus l'acte objectif, mais sa motivation subjective : « Pardonner toute faute, même grave, si elle n'est pas intentionnelle ; punir tout acte, même véniel, si l'intention est mauvaise ». C'est ainsi que « touchant au centre de leur cible – idée représentée par le caractère *zhong* 中 –, les châtiments deviennent un instrument d'éducation » et que, de maudits, ils deviennent « propices », ou « de bon augure » (*xiang*)¹. La seconde innovation consiste en une longue gamme de modulations et d'atténuations entraînant toutes sortes de réduction et de rachats de peines, par la prise en compte de doutes sur les circonstances et les intentions coupables². Voici, autrement dit, qu'à la *responsabilité objective*, qui punit à hauteur de l'infraction, de manière automatique, s'est substituée la *responsabilité subjective*, qui punit en fonction de l'intention de nuire dont l'acte n'est que le symptôme, l'indice. Le Classique se fait l'écho d'une mutation qui va aboutir dans les siècles suivants à la savante classification des actes punissables si bien décrite par Jacques Gernet dans son article sur la responsabilité dans le code des Tang. Parmi bien d'autres notions déclinant ce principe fondamental, rappelons seulement la distinction des « Cinq homicides » dont la gravité est graduée selon une échelle de responsabilité criminelle ascendante³.

Par-delà la question de la juste peine, le propos de Qiu Jun est de cerner l'origine de la Justice, comme idéal transcendant qu'« aucun pouvoir ni influence ne peut altérer, qu'aucun intérêt ni aucune fortune ne peut mouvoir ». Pour résumer une longue argumentation, la Justice, c'est le Ciel. Et c'est par délégation du Ciel qu'en échoit la responsabilité à l'empereur Fils du Ciel, qui la délègue à

1. *Livre des Documents* (Shujing), vol. 27, § 9 et 14.

2. *Livre des Documents*, vol. 27, § 14 à 17. Des extraits semblables se trouvent dans les « Conseils de Yu le Grand », *Livre des Documents*, II.2, § 11 et 12.

3. Voir J. Gernet, art. cit., p. 132-133.

Prendre la responsabilité au sérieux

ses fonctionnaires¹. Le *Livre des documents* contient un curieux passage où le souverain s'adresse en ces termes à son ministre de la Justice :

Ce n'est pas vous, Feng, qui infligez les peines mutilantes et la peine capitale. [...] Ce n'est pas vous, Feng, qui coupez le nez ou les oreilles aux criminels. Gardez-vous de mutiler ou de tuer par vous-même².

Synthétisant diverses gloses des Scolastiques néo-confucéens, Qiu Jun conclut :

Ce texte démontre que les peines graves et moins graves sont autant de moyens par lesquels le Ciel punit les criminels. Mais si un homme qui a réussi à accéder aux plus hautes responsabilités tue arbitrairement des gens au moyen des peines légales, ceci n'a rien à voir avec le châtiement du Ciel ! [...] Défier le jugement du Ciel en haut, mépriser la vie humaine en bas, sont le premier pas vers les abus. Tous les souverains de perdition se sont toujours laissés aller à tuer selon leur bon plaisir, raccourcissant ainsi leur vie et la durée de leur règne³.

La « vengeance du Ciel » éveille certes de sinistres échos, mais dans la conception chinoise, l'ordre cosmique ne peut être rétabli, ni le Ciel satisfait, par le sacrifice d'un bouc émissaire ou de quelques suppôts de Satan. Le Ciel n'est pas un législateur ni un juge tout puissant dont les décrets arbitraires feraient loi ou dicteraient des sentences. C'est un procès anonyme et sans volonté propre, un ordre des choses spontané et naturel, qui tend constamment à rétablir son équilibre dès qu'un événement le perturbe. Ainsi, c'est une rétribution automatique qu'un criminel attire sur lui par son crime, rétribution qui doit être exactement proportionnelle à la gravité de l'acte, elle-même déterminée par son degré d'intentionnalité. Fils du Ciel, l'empereur chinois est garant du mécanisme général qui ajuste la peine au crime. Autrement dit, la responsabilité de l'empereur devant le Ciel, c'était d'établir la légalité des délits et des peines

1. DXYYB, chap. 111.

2. *Livre des Documents*, vol. 9, § 10

3. *Id.*

Aux fondements dogmatiques de la responsabilité

comme norme générale, en promulguant le code qui portait le nom de la dynastie¹. Là se jouait sa légitimité, car l'empereur qui laissait se multiplier les peines de mort défiait le Ciel et s'assimilait ainsi aux célèbres « souverains de perdition » dont les Classiques nous disent qu'ils ont provoqué la fin de leur dynastie par leur usage débridé des châtiments².

Pour venir du Ciel par le canal de l'autocrate, il reste que le pouvoir de punir, avec les terribles responsabilités qui en découlent, devait être délégué à des subordonnés, les juges. C'est à eux que s'adresse l'apostrophe : « Ce n'est pas toi qui punis » – c'est la loi, que tu dois appliquer sans arrière pensée. Or le juge n'agit pas dans les hauteurs éthérées où trône le Fils du Ciel, il est parmi les hommes, et ses jugements font peser sur lui toutes sortes de risques. Risque de sanction, s'il s'écarte de la loi, risque d'encourir la vengeance ou la réprobation s'il juge de manière inique, risque sur son salut, enfin, s'il accumule des démérites en condamnant des innocents. La responsabilité personnelle du juge dans le sort du condamné a angoissé des générations de Lettrés chinois depuis l'antiquité. Question ô combien sensible dans une civilisation où la vengeance a toujours occupé une place de choix, qu'il s'agisse pour un vivant de venger son père, pour un mort de revenir harceler son meurtrier. Le condamné a-t-il des raisons d'en vouloir personnellement à celui qui l'a condamné, doit-il chercher à s'en venger, fût-ce sous la forme d'un spectre s'acharnant sur le juge ou sur sa descendance ? Non, s'il a véritablement respecté le principe de proportionnalité de la peine et du crime, en tenant compte des circonstances et du degré d'intentionnalité. La responsabilité ultime du juge, c'est donc le souci d'équité et la bienveillance envers le justiciable, même criminel. En cela, il est en phase avec le Ciel, dont la vertu principale est « l'amour de la Vie ».

1. Voir J. Bourgon, « Principe de légalité et règle de droit dans la tradition juridique chinoise », in M. Delmas-Marty, P.-E. Will (dir.), *La Chine et la démocratie. Tradition, droit, institutions*, Paris, Fayard, 2007, p. 157-174.

2. Jie Gui, le dernier souverain des Xia, et Zhou Xin, le dernier souverain des Shang, sont les deux exemples canoniques du despote qui provoque par sa cruauté et son immoralité la révolte fatale à son règne et à sa dynastie.

Prendre la responsabilité au sérieux

Cette « Vertu d'aimer la Vie » (*haosheng zhi de*) est la propriété essentielle du Ciel chinois et c'est celle que l'empereur doit incarner au premier chef. Depuis l'antiquité, le système judiciaire a été organisé pour lui donner de plus en plus d'importance et de visibilité. Davantage que les innombrables amnisties proclamées à tout propos et avec des effets souvent délétères, ce sont surtout les grandes réformes qui ont graduellement humanisé la législation, en allégeant les peines et en abolissant les supplices les plus infâmes. La clé de voûte de cette œuvre séculaire est le système de révision automatique des peines qui atteint sous les deux dernières dynasties un étonnant degré de complexité et de technicité. Le principe de base en était que toute peine de mort devait être avalisée par l'empereur personnellement et en connaissance de cause. Ce principe était rendu effectif par d'intenses échanges entre les services judiciaires provinciaux et les experts du ministère des Peines, qui nous ont laissé les volumineux recueils de jurisprudence constituant l'une des sources principales de l'ancien droit chinois¹.

Ce pouvoir de grâce était une prérogative impériale et aurait dû le rester. Il était pourtant admis que le bon juge ne se bornât pas à appliquer la loi promulguée par l'empereur, mais qu'il cherchât des aménagements à ses rigueurs. C'est l'amorce d'un courant doctrinal qui devait se développer au cours des siècles suivants, notamment sous l'influence du Bouddhisme et des conceptions karmiques, qui font dépendre le destin individuel de l'accumulation des bonnes et mauvaises actions. Le courant devait trouver sa pleine expression à partir du xv^e siècle, au moment même où Qiu Jun réalisait sa somme sur la « mise en ordre du monde ». Le souci premier de donner toutes ses chances à l'accusé devint alors une véritable déontologie, donnant lieu à une floraison de traités visant à entraîner le magistrat à réformer son jugement. L'apprentissage du doute, la soumission à un protocole permettant

1. Voir la description classique de ce système de révision et de grâce dit des « Assises d'Automne » dans D. Bodde, C. Morris, *Law in Imperial China, Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1973, p. 91-95.

Aux fondements dogmatiques de la responsabilité

d'établir la conviction intérieure au prix d'un lent cheminement, tout cela était guidé par la volonté de « surseoir à la peine de mort »¹. Ce courant doctrinal a exercé une profonde influence sur les professions juridiques de la Chine impériale et constitue certainement leur œuvre collective la plus marquante. Elle a aussi marqué la jurisprudence, au point que les empereurs des Qing ont promulgué des édits contre le laxisme des juges qui « se souciaient des vivants davantage que des morts », ce qui signifie qu'ils cherchaient à tout prix à sauver la tête des criminels plutôt que de venger la mort de leurs victimes².

Toutefois, on ne saurait voir ici une mise en cause de l'autocratie par le droit : au contraire, ces juristes prétendaient exercer la « vertu d'aimer la vie », usurpant ainsi la prérogative impériale sans la remettre en cause dans son principe.

II. « L'EMPIRE APPARTIENT AU PEUPLE » : DE LA RESPONSABILITÉ DE L'EMPEREUR GESTIONNAIRE

Les Chinois ont indéniablement mis l'accent sur le pouvoir de punir comme le domaine le plus grave dans lequel pouvait s'exercer la souveraineté impériale. Cela ne veut pas dire qu'ils aient ignoré les questions que nous rangeons sous l'enseigne du droit civil, mais simplement qu'ils les ont jugées subordonnées. Ils n'élaborèrent donc pas véritablement de norme spécifique pour ces matières rassemblées dans le code impérial sous l'appellation « foyers fiscaux, mariage, champs et rizières, dettes et obligations ».

Prenons l'exemple de ce que les rédacteurs de notre code civil tenaient pour « l'âme universelle de toute législation » : la propriété,

1. Je résume ici les principes fondamentaux du droit pénal chinois qui sont l'objet des chapitres 100 et 101 du DXYYB.

2. Voir sur ce point J. Bourgon, « Sauver la vie. De la fraude judiciaire en Chine à la fin de l'empire », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2000, n° 133, p. 32-39.

Prendre la responsabilité au sérieux

plus précisément la propriété foncière¹. Dans le code chinois, la propriété n'est évoquée que subrepticement, et sous forme d'interdiction, sans que ne soit jamais défini quel type de bien fait l'objet de quel type de propriété et dans quelles conditions². L'article 90 contient même une sorte de négation implicite de la propriété comme droit absolu et permanent. Il s'intitule « Dérober frauduleusement des terres imposables ». Les deux premiers alinéas disposent une série de sanctions contre les différentes sortes de ruses par lesquelles on peut soustraire les terres à l'impôt. Le troisième alinéa envisage le cas où des paysans retournent à la terre qu'ils ont abandonnée pendant un certain temps, ce qui donne un aperçu de la conception que le législateur se faisait de la propriété paysanne :

Quand les gens du peuple reviennent à leur canton et reprennent leur occupation (*ye*), si les adultes en âge de travailler sont peu nombreux et leurs anciennes terres trop vastes, qu'il leur soit laissé tout ce qu'ils auront la force de labourer et de semer, qu'un rapport soit fait à l'administration pour les enregistrer et qu'on envoie des agents publics calculer la surface des champs et le montant de l'impôt. Ceux qui occupent une trop grande surface et laissent des terres agricoles revenir à la friche : pour trois à dix *mu* (i.e. 1 à 3 ha) laissés en friche, qu'ils reçoivent 10 coups de férule, pour chaque unité de dix *mu* laissée en friche, on ajoute un degré de peine (soit 10 coups), avec un maximum de 80 coups de gros bâton, et que leur champ soit confisqué au bénéfice de l'État. S'il y a trop d'adultes en âge de travailler et que les anciennes terres sont insuffisantes, il faut s'en plaindre au magistrat local afin qu'il trouve des champs en friche à proximité où l'on évaluera la main d'œuvre à employer pour la mettre en valeur³.

1. Voir *Naissance du code civil. An VIII-an XII, 1800-1804*, Paris, Flammarion, 1989, p. 271 sq.

2. Interdiction de diviser le patrimoine familial ou d'en faire usage sans le consentement des parents (art. 87 et 88), interdiction de détruire, voler, ou dévorer sur place les récoltes d'autrui (art. 98, 99), interdiction de cultiver et récolter les fruits ou de vendre subrepticement la terre d'autrui (art. 99, 102), interdiction de vendre à réméré, ou de mettre en nantissement une terre sans payer la taxe due à l'État (art. 95).

3. Voir l'article 90 du code des Qing et l'article 96 du code des Ming, traduction de l'auteur à partir de l'original chinois.

Aux fondements dogmatiques de la responsabilité

Cette loi fut codifiée à la fin du ^{xiv}^e siècle, par la dynastie des Ming, et resta en vigueur sous celle des Qing, jusqu'au début du ^{xx}^e siècle. Elle est très révélatrice de l'attitude générale de l'administration impériale : gérer au mieux les deux sources majeures de richesse, la main d'œuvre et la terre, en s'efforçant de trouver le meilleur rapport entre les deux. La propriété, qu'en héritiers de la Révolution française nous regardons comme un droit sacré, n'est plus dans cette optique qu'une affaire d'opportunité. Elle n'est pas niée, ni affirmée de manière absolue, c'est simplement l'un des facteurs visant à la meilleure mise en valeur possible. D'ailleurs, le terme chinois de *ye* ne désigne pas tant la propriété que l'exploitation, l'activité : de la capacité de mise en valeur découle le droit à la terre, et non l'inverse. À partir du moment où celle-ci est assurée, l'État ne se mêle plus que d'établir l'assiette de l'impôt et de le percevoir, sans remettre en cause la répartition des terres. Les chefs de famille peuvent alors disposer librement de leurs terres, les vendre où les mettre en nantissement, à la seule condition de faire authentifier les contrats correspondants par l'administration en payant une taxe de mutation¹. Mais lorsqu'un événement quelconque, une calamité naturelle, des troubles sociaux, ont troublé le cours ordinaire des choses en forçant les paysans à quitter leur exploitation, le retour à la normale est le moment d'une réévaluation et, le cas échéant, d'une nouvelle répartition de la main d'œuvre sur la surface à mettre en valeur.

C'est la conception que Qiu Jun développa dans un passage souvent cité de son chapitre intitulé « Faire croître les ressources productives du peuple »². L'auteur constate un déséquilibre : sur

1. L'authentification se faisait par l'apposition du sceau mandarinal à l'encre vermillon, d'où l'expression de « contrats rouges » pour ces documents attestant du paiement de la taxe de mutation qui servaient de titre de propriété. À toutes époques, les « contrats blancs », c'est-à-dire non estampillés par souci d'échapper à la taxation, furent les plus nombreux. Voir sur ce point l'utile synthèse de P. Perdue, *Exhausting the Earth. State and Peasant in Hunan (1500-1850)*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 136 *sq.*, ainsi que la classique description de P. Hoang, *Notions techniques sur la propriété en Chine*, Chang-hai, Imprimerie de la Mission catholique, 1897, p. 22 *sq.*

2. Qiu Jun, DXYYB 13b. Ce texte célèbre a été reproduit dans le *Recueil des Textes sur la Mise en ordre du Monde de la dynastie des Ming* (HuangMing Jingshi wenbian 皇明經世文編), chap. 72.

Prendre la responsabilité au sérieux

une rive du fleuve Yangzi, à Jinghu, dans la province du Huguang, les terres sont abondantes et les populations sont depuis longtemps clairsemées, tandis que sur l'autre rive, à Jiangyou, dans la province du Jiangxi, prévaut la situation inverse : les gens sont nombreux et les terres rares. D'où un mouvement de migration spontanée qui dérègle complètement les contrôles et les prélèvements fiscaux. Pour reprendre en main la situation, il fallait reconnaître ce mouvement de population et enregistrer les migrants dans leur nouveau lieu de résidence, après leur avoir fait confirmer qu'ils comptaient rester. Les nouveaux venus devaient être enregistrés sous trois catégories : les familles imposables, qui paieraient la taxe foncière après trois ans de mise en valeur ; les familles de tenanciers, qui devaient payer une redevance aux premiers et enfin les familles vivant de professions non-agricoles, qui échappaient de ce fait à la taxe foncière¹. Ces mesures sont frappées d'un pragmatisme qui n'est pas sans équivalent dans l'histoire européenne. Le détenteur du *ye* chinois ne ressemble-t-il pas à ces « propriétaires sans le titre, pouvant transmettre héréditairement ou aliéner librement leur droit » qu'étaient les emphytéotes, titulaires de baux quasi-perpétuels dans l'Empire romain tardif et le haut Moyen Âge² – l'emphytéose ayant précisément pour fonction de défricher ou remettre en valeur des territoires désertés ?

D'avantage qu'à ces aspects pratiques, toutefois, nous nous intéressons aux prémisses dogmatiques du concept de « propriété » ou de ce qui en tient lieu. Qiu Jun présente les mesures pratiques précédemment décrites comme l'application d'un principe résumé dans deux vers du *Livre des Odes* (Shijing) : « Sous le vaste ciel, il n'est rien qui ne soit territoire du souverain/Entre les rivages de la terre immense, il n'est personne qui ne soit le sujet du souverain »³. Sur

1. Voir le résumé de ces mesures dans P. Perdue, *Exhausting the Earth*, *op. cit.*, p. 101-102.

2. Voir « Emphytéose » dans le *Dictionnaire de l'Antiquité*, Paris, Puf, p. 781.

3. *Livre des Odes* (Shijing), 6.1: « Bei shan » (chant 205), voir traduction de Legge, *Chinese Classics*, *op. cit.*, vol. 4, p. 360 ; RP. S. Couvreur, *Cheu-king*, p. 269 de la réédition You Feng 1999 (p. 242 de l'édition numérique par l'UCAQ).

Aux fondements dogmatiques de la responsabilité

ce passage, laissons la parole à Henri Maspero, le grand sinologue du Collège de France entre les deux guerres :

Quelques érudits chinois contemporains [...] ont interprété ces deux vers célèbres du *Che-king* comme signifiant que le roi est le seul vrai propriétaire du sol ; mais c'est une erreur que les anciens commentateurs n'ont jamais faite ; et il suffit d'ailleurs de lire l'ode entière, et non pas seulement deux vers détachés du contexte pour constater que c'est de la souveraineté politique du roi qu'il s'agit là, et non d'un prétendu droit de propriété.

Il serait un peu moins inexact de dire que la terre appartient au peuple [...]. Le sol est à tout le monde, tout le monde a un droit sur lui (non pas égal, mais proportionnel à son rang, la société chinoise étant une société fortement hiérarchisée), et par conséquent chacun a le droit d'en occuper (*tchan*) une parcelle ; le souverain, en faisant des règlements agraires et en fixant la part de chacun suivant son rang, ne fait que régler l'usage par chacun de ce droit de tout le monde¹.

Maspero nous conforte dans l'idée que l'empereur agissait en régulateur, redistribuant la terre en parts inégales, mais supposément équitables, à divers ordres de gens qu'on hésite à appeler des « propriétaires ». De fait, ils sont plutôt désignés comme « maître de la terre », ou « du champ », car leur « propriété » se réduit au fait même de la possession, *zhanyou*, qui inclut et implique le fait de l'occupation, *zhan*². Occupation réelle et continue, avec mise en valeur, car « laisser la terre en friche est un délit », rappelle Maspero³.

Ces distinctions pourraient sembler oiseuses : si le souverain et son administration avaient le droit de redistribuer périodiquement la terre à des paysans qui n'avaient pas sur elle un droit de propriété absolu et permanent, cela ne signifie-t-il pas que l'empereur

1. H. Maspero, « Les termes désignant la propriété foncière en Chine », p. 204 des *Mélanges posthumes*, p. 72-73 de la réédition numérique UQAC. Les italiques sont de l'auteur.

2. *Ibid.*, p. 67 de l'édition numérique.

3. Voir l'article 97 du code des Qing (art. 103 du code des Ming) prévoyant des sanctions contre le fait de « laisser une terre revenir à la friche ».

Prendre la responsabilité au sérieux

était en fait le seul véritable propriétaire du sol ? Les discours sur l'intérêt public ne seraient alors qu'un voile idéologique masquant le pouvoir absolu du despote sur « tout ce qui est sous le ciel ».

Qui possédait le sol de la Chine, en dernière analyse : le peuple ou l'empereur ? La question est abstraite, mais on peut, par manière de test, lui donner un tour plus pratique : qui possédait les terres alluviales nouvellement formées par les dépôts fluviaux ou marins ? Comme on sait, ce fut une décision historique des rédacteurs du code civil que de réaffirmer les principes du droit romain selon lesquels les terres alluviales bénéficient au propriétaire du fonds riverain, par extension « naturelle » du droit de propriété¹. Ceci contre les forces coalisées du fisc royal et des feudistes qui tenaient que les rivières et fleuves étaient propriété du prince s'ils étaient navigables, propriété du seigneur justicier dans le cas inverse. Les législateurs de la Révolution et de l'Empire firent valoir que l'extension du droit de propriété était la contrepartie du risque pesant sur le fonds exposé aux changements imprévisibles du cours des eaux. Dans les termes fleuris de Portalis : « Il existe pour ainsi dire une sorte de contrat aléatoire entre le propriétaire du fonds et la nature, dont la marche peut à chaque instant ravager ou accroître le fonds ». Et de conclure « Nous avons un devoir de rétablir les propriétaires riverains dans leurs *droits naturels*² ».

S'il est vain de chercher à toute force un droit civil bien constitué en Chine impériale, il est des cas où la tradition juridique chinoise aboutit par ses propres voies à des concepts fort semblables. Ainsi, le principe de compensation naturelle visant à un retour à l'équilibre, à l'harmonie préétablie est en tout point conforme à la responsabilité du Fils du Ciel telle que nous l'avons déjà rencontrée. En matière d'alluvions, les juristes chinois distinguaient deux cas. La nouvelle terre était automatiquement octroyée au possesseur du fond riverain si elle était considérée comme la « réapparition d'une ancienne terre ». En cas « d'apparition soudaine d'une terre au milieu du

1. Code civil de 1804, articles 551 et 556.

2. *Naissance du Code civil, op. cit.*, p. 284.

Aux fondements dogmatiques de la responsabilité

fleuve », sans qu'on puisse la rattacher à telle ou telle propriété, la règle était la mise en vente par l'administration¹. La mise en vente n'était toutefois qu'un des moyens pratiqués par l'administration, si l'on en croit une disposition qui fut insérée en 1748 dans le code des Qing². Ce long article a pour principe général de compenser les unes par les autres : les propriétaires qui auront eu la sagesse de faire dûment constater et enregistrer l'effondrement de leur terrain se verront allouer une terre nouvelle correspondant à celle qu'ils ont perdue. De même, toute terre nouvelle devra être signalée à l'administration, qui la répartira entre les propriétaires lésés, et tout surplus de terre sera attribué à des paysans sans terre. Après cinq années de mise en valeur, les nouvelles terres seront cadastrées, enregistrées, soumises à l'impôt et dès lors considérées comme la propriété de leur nouvel occupant.

Le *locus classicus* selon lequel « Sous le vaste Ciel, il n'est rien qui ne soit territoire du Souverain » n'a donc pas le sens d'un accaparement général des terres par un despote. Il désigne au contraire la responsabilité de l'empereur Fils du Ciel d'assurer à ces sujets un accès général à la terre, moyennant l'enregistrement et le paiement de l'impôt foncier. Peter Perdue, l'un des meilleurs historiens des structures agraires chinoises, tire des conclusions similaires de divers cas de développement aux frontières de l'empire des Qing :

These examples demonstrate neither a stagnant despotism, nor a fully laissez-faire régime, but a state struggling to direct institutional change in response to social and economic pressures. Customary and statutory rights to land moved closer toward absolute private property, but never reached total control³.

1. RP. P. Hoang, *Notions techniques sur la propriété en Chine, avec un choix d'actes et de documents officiels*, Chang-hai (Shanghai), Imprimerie de la Mission catholique [variétés sinologiques n° 11], 1897, p. 28 sq.

2. C'est l'article n° 99-20 du *Duli cunyi*, de Xue Yunsheng, basé sur l'édition la plus tardive du code des Qing, ca. 1870.

3. P. Perdue, "Property Rights on Imperial China's Frontier," in J. F. Richards (ed.), *Land, Property, and the Environment*, Oakland, Institute for Contemporary Studies, 2002, p. 71-93, p. 89.

Prendre la responsabilité au sérieux

La Chine traversa certes des périodes de concentration foncière, qui sont bien connues par les crises dramatiques qu'elles ont entraînées. La dernière de ces grandes crises couvrait d'ailleurs au xv^e siècle, au moment où Qiu Jun composait son ouvrage, du fait de l'extension considérable du domaine impérial et de l'extension des privilèges fiscaux dont ils jouissaient à toutes sortes de grands domaines exorbitant au droit commun. Des révoltes paysannes provoquèrent la fin des Ming et le retour à une politique de protection de la petite propriété par la dynastie des Qing. Bien loin d'accaparer les terres, l'empire a donc promu et préservé la petite propriété paysanne d'une manière aussi souple qu'efficace.

La même attitude s'applique aussi à la monnaie et aux métaux monnayables, comme le montre la réponse que fit en 1795 l'empereur Qianlong au mémoire d'un Gouverneur général du Sichuan qui se flattait d'enrichir le trésor de 3000 onces d'argent immergées dans une rivière de sa juridiction, sans en préciser l'origine exacte. L'empereur répondit que l'État ne pouvait s'approprier ce trésor que s'il s'agissait d'argent monnayé ou ayant transité par les caisses publiques. S'il s'agissait d'un trésor privé, de sable aurifère ou d'une autre source non-étatique, il faudrait laisser les gens du lieu plonger pour le récupérer, sans que l'État soit fondé à l'accaparer – réponse fameuse, car largement publiée comme signe manifeste de l'amour impérial pour « la vie du peuple »¹. De manière générale, les « monopoles d'État » de la Chine impériale répondent au même esprit : que ce soit pour la production de sel, du cuivre monnayable, des alcools, la production est toujours d'initiative privée, le « monopole » de l'État est en fait une régie qui n'intervient qu'au niveau de la distribution. On retrouve la même inspiration consistant à laisser jouer « l'économie naturelle » au niveau local, l'État n'intervenant que pour assurer la répartition ou la distribution à grande échelle.

1. Cité par U. Theobald, "The Second Jinchuan Campaign (1771-1776). Economic, Social and Political Aspects of an Important Qing Period Border War", PhD Eberhard Karls Universität Tübingen, 2010, p. 386.

Aux fondements dogmatiques de la responsabilité

Notre sujet n'était pas, toutefois, l'efficacité économique ou les aptitudes managériales de l'administration impériale, mais les fondements dogmatiques de la responsabilité en droit chinois. Les divers aspects que nous avons envisagés découlent en dernière analyse de la responsabilité de l'empereur d'être un intercesseur entre le Ciel et les hommes, agissant comme un principe de compensation, de retour à l'équilibre aussi constant qu'impartial. Ce principe s'exprime dans l'exigence de proportionnalité entre le crime et la peine présidant à l'exercice de la justice, aussi bien que dans l'exercice du droit de grâce au nom de la « vertu d'aimer la vie » qui émane du Ciel et de son représentant sur terre. Il s'exprime non moins directement dans la responsabilité qu'a l'empereur de mettre les ressources de l'œcoumène chinoise, au premier rang desquelles figure la terre cultivable, à la disposition du peuple.

Le droit qui découle de telles prémisses est foncièrement, essentiellement autocratique, puisque tout procède de la responsabilité de l'empereur vis-à-vis du Ciel. Mais il n'est pas « despotique » au sens où l'ont entendu de nombreux auteurs. Le pouvoir de punir en vertu de la justice du Ciel n'implique aucun arbitraire, mais au contraire le plus strict respect de la légalité et la prise en compte de la responsabilité subjective du criminel. Ce principe de légalité a poussé les juges à interpréter les lois qui étaient censées les encadrer strictement, voire à s'en émanciper en usurpant le droit de grâce réservé à l'empereur au nom du souci de « sauver la vie » des condamnés. La responsabilité vis-à-vis du Ciel n'est donc pas restée la prérogative impériale, elle a été investie par tout magistrat soucieux d'assurer sa mission.

Enfin, si le pouvoir impérial, par souci de gérer au mieux le rapport entre les ressources humaines et les ressources naturelles, a été conduit à limiter le droit de propriété, il ne l'a nullement supprimé. On peut même estimer qu'il l'a au contraire préservé et étendu au plus grand nombre, conduisant à cet océan de micro-propriétés que constatait Maspero au début du xx^e siècle. Celui-ci y voyait d'ailleurs la cause de la stagnation chinoise, les petits paysans ayant constamment étouffé sous leur masse les innovations des *landlords*.

Prendre la responsabilité au sérieux

Sous ses airs « partageux », le Communisme chinois a en fait été un conservatoire de la paysannerie. En interdisant l'exode rural et en jetant les communautés rurales et leurs droits fonciers dans le congélateur des Communes populaires, il a préservé les bases de la petite propriété paysanne qu'on a vu s'épanouir « comme le bambou après la pluie » dès les premières réformes de Deng Xiaoping¹. Il a fallu l'introduction du capitalisme à la campagne, avec en corollaire la promulgation solennelle du droit de propriété « inviolable et sacré » pour que commence vraiment le processus d'expropriation massive qui place à présent la terre chinoise sous les lois exclusives du marché. L'État chinois semble avoir abdiqué la traditionnelle responsabilité vis-à-vis de tous ceux qui sont « sous-le-ciel », pour ne plus se sentir comptable que de la croissance économique devant ses seuls bénéficiaires.

1. Voir les articles de E. R. Judd, "Land Divided, Land United", et M. L. Cohen "Family Management and Family Division in Contemporary Rural China", *China Quarterly*, June 1992, n° 130, p. 348 et 372, respectivement.

Traduire la responsabilité

par Jean-Noël Robert

Comme il arrive souvent, l'allure respectable, c'est-à-dire latine, du mot 'responsabilité' donne à penser qu'il existe depuis toujours dans les langues européennes, et qu'il est passé directement du vocabulaire juridique ou moral romain aux langues romanes et néo-romanes. Il n'en est rien, et la divergence de formation entre les termes anglais *responsible* et *responsibility*, d'une part, formés sur le verbe primaire *respondere* et les équivalents français de l'autre, fondés sur le fréquentatif *responsare*, sont un indice de la relative nouveauté de ces créations. L'existence dans la latinité tardive de l'adjectif *responsalis* (« répondant », parallèle à *sponsalis* « qui concerne les fiançailles ») semblerait justifier, pour ce qui est de l'ancienneté, les termes français, et attester de la relative modernité des équivalents anglais. Une plongée dans le Du Cange nous indique que seul est attesté au Moyen Âge (1350) l'adjectif *responsabilis*, et non *responsibilis*, qui semble ne pas exister¹. Du Cange l'explique par « *actio juridica cui responderi debet* », et l'exemple qu'il donne² confirme ce sens, plutôt que celui auquel l'on pourrait s'attendre de « ce à quoi l'on peut répondre ». Le substantif *responsabilitas* ne semble pas exister avant l'époque moderne, pas plus que *res-*

1. Je n'en trouve que des exemples récents, notamment un texte *Homo responsabilis*, qui semble être du XXI^e siècle, rédigé en Scandinavie ; ce néologisme peut être inspiré de l'anglais.

2. « Dicebat petitiones prædictas et easdem obscuras et non Responsabiles fore declarari debere. » (il disait que l'on devait déclarer lesdites demandes obscures et non susceptibles de réponse). Voir aussi Niermeyer.

Prendre la responsabilité au sérieux

ponsibilitas, d'ailleurs, que je ne trouve attesté sur l'Internet qu'en indonésien, aux côtés d'*akuntabilitas*, ce qui n'augure rien de bon sur sa validité linguistique.

Sans aller plus loin dans l'archéologie du terme¹, nous pouvons donc considérer que le terme et la notion de « responsabilité », comme celle de *solidarité*, à laquelle Alain Supiot avait déjà consacré un beau colloque², sous le couvert d'un antique rattachement langagier, purement de façade, est en réalité un terme essentiellement moderne. Le Du Cange signale cependant des sens de l'adjectif *sponsalis*, souvent substantivé, qui préfigurent ceux qui nous intéressent aujourd'hui, mais concernant plutôt l'idée de « répondre de quelqu'un » (*qui pro alio spondet*), notamment pour les prêtres d'argent (1221) ; ou bien encore « qui répond pour un autre dans un procès » (*qui pro alio in jure respondet, qui in se suscipit iudicium*). Je ne trouve pas d'attestation d'un sens moral pour ces termes.

Comment d'ailleurs rendrait-on en latin classique les notions de responsable et de responsabilité ? Je reviendrai plus bas sur cette question, mais disons d'ores et déjà que ce n'est pas facile. Je ne sais pas ce que Harry Truman, ou plutôt quelqu'un de ses conseillers (car sans bien connaître les intérêts intellectuels de ce grand chef d'État, je crois pouvoir hasarder l'hypothèse que le thème latin ne faisait pas partie de ses distractions préférées), aurait trouvé pour traduire en cette langue l'inscription « The buck stops here », qui trônait sur son bureau. Cette maxime est d'ailleurs une excellente illustration, et imagée, du sens communément admis de « responsabilité », celui sur lequel je voudrais m'attarder, en tâchant de voir ce qui y correspond dans deux langues de l'Extrême-Orient, culturellement reliées, le chinois et le japonais. Placée sur le bureau d'un président des États-Unis, l'inscription doit sans doute pouvoir s'entendre d'au moins trois façons : derrière ce bureau se tient l'ultime donneur d'ordres en politique, celui à qui l'on s'en remet en cas de difficultés

1. Voir *supra* la contribution d'Olivier Descamps à ce sujet, chapitre 1, p. xx.

2. Voir A. Supiot (dir.), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2014.

Traduire la responsabilité

économiques, celui qui doit prendre les grandes décisions sociales, et donc morales (au sens le plus large)¹. Responsabilité politique (et militaire), responsabilité économique, responsabilité morale. Je n'ai pas à justifier davantage ces acceptions, elles sont naïves et seraient sans doute admises par la plupart des locuteurs des langues occidentales à qui l'on n'accorderait pas de temps pour réfléchir avant de donner une réponse. Mais cette stèle présidentielle américaine nous apprend aussi quelque chose d'important : qu'il n'est pas nécessaire d'utiliser explicitement le mot de « responsabilité » pour en évoquer la notion ; tout anglophone, ou du moins tout américanophone, si on le lui demandait, utiliserait immédiatement le mot convenable si on lui demandait ce que signifiait le panneau de Truman. Il faut bien sûr avoir aussi ce fait à l'esprit lorsque l'on parle de traduire la responsabilité.

Une telle notion, aussi vaste et aussi vague, peut-elle se traduire dans les langues appartenant à la sphère culturelle chinoise, celle qui m'occupe plus spécialement ? Y trouve-t-on une terminologie déjà existante qui la rendrait de façon satisfaisante, ou bien a-t-il fallu avoir recours à la néologie, à l'emprunt, au calque, l'un ou l'autre des moyens permettant aux langues et aux cultures de communiquer entre elles afin de faire passer en cette partie du monde un concept qui n'y existait pas encore ? Avions-nous auparavant un équivalent de « the buck stops here ? »

Pour trouver une réponse à cette question (ce qui en ferait une question responsable), je pousserai la hardiesse jusqu'à emprunter aux économistes une méthode qui m'avait fort impressionné, bien que je ne sache dire si elle est encore pratiquée. Il y a quelques années de cela, en effet, et ces années pourraient bien être une ou deux décennies, j'avais été frappé à la découverte de la façon ori-

1. Les étymologies hésitent entre un terme de poker venant de *buckhorn*, couteau dont la poignée est un bois de daim, qui désigne le joueur dont c'est le tour de miser, ou une déformation du français « bouc » (émissaire), et qui indiquerait alors un blâme que l'on se repasserait. Quel que soit le sens attribué à *buck*, cette maxime pourrait se traduire par « L'ultime responsable est derrière ce bureau » ou « La patate chaude s'arrête ici ».

Prendre la responsabilité au sérieux

ginale dont quelques spécialistes de cette noble discipline (j'ignore s'ils y faisaient figure d'autorités incontestables ou de provocateurs farfelus) avaient cru pouvoir résoudre une question fort délicate. Cette question, si j'avais bien compris leur raisonnement, était de trouver un étalon, une mesure, un critère parfaitement objectif, ou proche le plus possible de l'objectivité, qui eût permis de mesurer, et surtout de comparer, le pouvoir d'achat entre des pays ou des régions du monde que tout séparait : la situation économique, la culture, le système politique. Ils avaient eu l'idée de chercher un objet, un produit, une unité qui eût été partout semblable, de fabrication idéalement standardisée, et donc de valeur égale, ou constante (que l'on me pardonne mes approximations, je ne suis pas du sérail), les différences de prix et les rapports avec les revenus moyens dans chaque pays auraient ainsi permis de calculer et de comparer les pouvoirs d'achat respectifs.

Ce produit idéal, cette essence de l'étalon, ils avaient pensé le trouver réalisé en ce monde sublunaire sous les espèces d'un produit dont la diffusion universelle et uniforme en faisait un étalon bien plus fiable que l'étalon-or, le dollar, ou tout autre succédané : il ne s'agissait de rien d'autre que du hamburger fabriqué par une grande firme américaine. Ce trait de génie avait manifestement plu à beaucoup, et de loin en loin j'ai trouvé l'idée répétée au fil des années, bien que je doive avouer que cela fait assez longtemps que je ne n'en entends plus l'écho. Peut-être a-t-on fini par se faire chez les économistes aussi les objections de bon sens que n'importe qui pouvait soulever à l'époque, notamment la place infiniment variée qu'une telle nourriture pouvait avoir selon les cultures qu'elle envahissait : à Taiwan, par exemple, on ne la mangeait pas pour le plaisir, ni par nécessité, mais pour avoir l'impression de vivre à l'américaine, ce qui en changeait la portée économique. Mais mon propos, l'on sans doute bien, n'est pas de faire de l'hamburgerologie comparée.

Il faut avouer que cette idée d'un critère économique objectif était assez simple pour être séduisante ; elle invitait à se demander si l'on pouvait en trouver l'équivalent dans d'autres domaines. Le premier exemple qui vient à l'esprit est bien sûr la Bible, mais

Traduire la responsabilité

surgissent aussitôt les mêmes objections que pour le hamburger : à savoir que l'Écriture n'occupe pas la même place dans les nourritures intellectuelles et spirituelles de l'Europe et de l'Asie et qu'on ne la lit pas pour les mêmes raisons. Au Japon, par exemple, si le nombre de chrétiens est fort réduit, sans doute à peine 5 % de la population, la Bible est très lue, car elle fait partie des textes réputés indispensables à la culture générale. Rares sont donc ceux qui y cherchent des directives morales ou une règle de vie. Et pour ce qui est de notre propos d'aujourd'hui, la question ne se pose pas, puisque le mot « responsable » ne figure pas en tant que tel ni dans l'Ancien, ni dans le Nouveau Testament.

Il est en revanche un livre, un fort petit livre, qui est sans doute le livre le plus traduit dans le monde après la Bible. Il en existerait à présent près de 270 traductions, ce qui le met fort loin, certes, après la Bible, mais bien loin aussi devant la plupart des autres textes. Il s'agit en tout cas du livre français le plus traduit. On peut même dire que la traduction est consubstantielle à ce texte puisqu'il parut simultanément en deux langues, dans l'original français et en traduction anglaise en 1943 à New York. Il s'agit bien évidemment du *Petit Prince* d'Antoine de Saint-Exupéry, dont il paraît encore chaque année au moins une traduction dans une nouvelle langue ou une nouvelle version dans une langue où il en existe déjà une ou plusieurs. C'est un texte complexe, sous une grande simplicité de surface, susceptible d'une infinité de lectures. Il est peut-être victime de sa réputation, et de son usage universel, de livre d'enfant, mais cela en fait aussi une précieuse référence, un étalon de comparaison qui le hisse presque au niveau du hamburger. On peut d'ailleurs ajouter qu'à l'instar de ce produit, si le succès du *Petit Prince* est mondial, il est loin d'être incontesté ; je me souviens en effet d'une année assez singulière où j'eus la chance de lire à quelques mois d'intervalle une déclaration proférée par un ministre de l'éducation nationale de la dictature argentine d'une part et un article écrit par un intellectuel français engagé plutôt dans le bord opposé, autant que je puisse en juger, de l'autre, dénonçant tous les deux et indépendamment l'un de l'autre (faut-il le préciser ? du moins

Prendre la responsabilité au sérieux

je le suppose) le même livre comme pernicieux et attentatoire à la morale et au moral des petits lecteurs. Il est vrai que la question mérite d'être posée, puisque je l'ai entendu soulevée par une amie très chère qui est bien éloignée des idées des dictateurs argentins, mais je ne l'aborderai pas ici, ni ailleurs non plus très probablement.

Ce qui est intéressant dans l'usage des traductions du *Petit Prince* comme critère de comparaison, c'est que le livre fait partie dans un grand nombre de pays des lectures enfantines que l'on pourrait qualifier d'obligatoires, ou d'inévitables. Le phénomène est tout simplement remarquable et se double d'une autre caractéristique : sans doute en raison de sa brièveté, il semble stimuler l'émulation entre traducteurs ; toutes les grandes langues en comptent plusieurs traductions, mais lorsque nous en venons aux langues de l'Extrême-Orient, les chiffres deviennent ahurissants : il en existe au moins une douzaine de versions japonaises et certainement plus d'une soixantaine de versions chinoises. Les traductions coréennes semblent aussi être assez nombreuses et il y en a au moins deux en vietnamien. Pour ce qui est du Japon, très rares sont les enfants qui ne l'ont pas lu, et si l'on se rend au rayon de littérature enfantine des grandes librairies, on se trouvera littéralement enseveli sous l'abondance des éditions de tous formats qui y sont présentées, indépendamment des traductions. Nous pouvons donc dire sans risque d'abuser nos lecteurs que ce livre fait désormais partie intégrante de la culture japonaise, au même titre qu'*Ann of Green Gables* ou *Little Women*. Nous pourrions sans doute dire la même chose de la Chine (des deux ou trois Chine), de la Corée et du Vietnam. La première traduction vietnamienne remonte à 1966, la coréenne à 1973, la chinoise à 1979. Le retard sur le Japon (la première traduction date de 1953), pour ce qui est de la Chine, fut compensé par le nombre invraisemblable de traductions en chinois « des deux rives ».

Bref, il est manifeste que nous avons avec le *Petit Prince* et ses traductions mondiales l'équivalent d'un super-hamburger de premier choix qui devrait nous permettre d'intéressantes comparaisons.

Tout le monde l'aura compris, car, après tout, bien rares encore sont ceux qui n'ont jamais lu ce livre, la raison pour laquelle j'en

Traduire la responsabilité

fais ici l'étalon d'une esquisse de traduction comparée est la dernière phrase du chapitre XXI : « Je suis responsable de ma rose », phrase mise dans la bouche du Petit Prince, qui ne fait que répéter ce que vient de lui révéler le renard : « Tu deviens responsable pour toujours de ce que tu as apprivoisé. Tu es responsable de ta rose¹. » Nous ne tenterons pas ici de faire l'exégèse de ce passage, ni de relever l'apparent défaut de logique qui fait que le renard affirme que le Petit Prince a apprivoisé sa rose, alors que celui-ci a dit deux pages plus haut que c'était l'inverse : « Il y a une fleur... je crois qu'elle m'a apprivoisé... » Une bonne partie d'un colloque pourrait être consacrée à expliquer le saut sémantique que fait l'auteur, se fondant sur la langue commune, dans l'usage de l'adjectif « responsable », du sens juridique ancien au sens moral, voire spirituel. Ce qui nous importe ici est de voir comment cette phrase dans le fond très intrigante a pu être transposée dans les langues de l'Asie Orientale.

Il est peut-être nécessaire, avant d'entrer dans cet examen, de rappeler que les quatre langues qui nous occupent ont ceci de commun qu'elles partagent une part importante de vocabulaire chinois, sans appartenir à la même famille que le chinois, un peu à la façon de l'anglais, langue germanique dont le lexique est pour les deux tiers constitué de termes d'origine latine, soit directe, soit par l'intermédiaire du français, bien que les quatre langues appartiennent à des familles différentes, à la différence du français, de l'anglais et du latin. Malgré la diversité des langues, donc, nous pouvons retrouver des termes identiques qui passent facilement d'une langue à l'autre, surtout lors des périodes de contacts plus intenses, comme a pu l'être le tournant des XIX^e-XX^e siècles, par exemple, lorsque de nombreux étudiants chinois étudiaient au Japon et rapportaient dans leur pays le vocabulaire de la modernité élaboré au Japon à partir d'éléments chinois classiques.

La première traduction japonaise, datée de 1953, fut l'œuvre de Naitô Arô (1883-1977), professeur de français, essayiste et traduc-

1. J'utilise bien sûr l'édition courante Gallimard.

Prendre la responsabilité au sérieux

teur prolifique de romanciers français. Il est à présent connu avant tout pour sa traduction du *Petit Prince*, qui est devenu un classique de la littérature japonaise. On trouve beaucoup à redire dans sa traduction, où l'on peut regretter une certaine approximation et des simplifications parfois surprenantes, mais on ne doit pas ménager ses éloges au moins à la traduction du titre ; en en faisant le *Prince des étoiles*, Naitô a donné à la lignée japonaise du *Petit Prince* un caractère unique, qui a été si bien reconnu en son pays que depuis aucun traducteur n'a tenté d'en inventer un autre. Ce titre même doit être considéré comme un haut fait des lettres.

Mais qu'en est-il de la phrase qui nous intéresse ? Qu'en a fait le traducteur ? Force nous est de constater qu'il a refusé l'obstacle, pour ainsi dire, et qu'il s'est dérobé en se contentant d'une périphrase bien anodine, que l'on pourrait traduire littéralement ainsi : (le renard :) « Tu dois la garder, la promesse que tu as faite à la rose... » Et le *Petit Prince* de répéter : « Je dois garder la promesse faite à cette rose¹. » Bien évidemment, toute évocation d'une responsabilité en tant que telle disparaît, diluée dans la simple obligation qu'engage une promesse. Le curieux recours que le renard fait à la notion de responsabilité, corollaire de l'apprivoisement, disparaît. Que Naitô Arô n'ait pas voulu reprendre le nouveau lexique japonais de la responsabilité, lequel, pour quelqu'un de son âge, qui avait dix-sept ans en 1900, alors que l'occidentalisation lexicale battait son plein, était sans doute encore empreint d'une trop grande précision juridique, se comprend bien ; cela lui semblait probablement ou maladroit ou exagéré. Il n'a en tout cas pas songé à le faire, ou plutôt, il s'y est refusé, préférant édulcorer la phrase originale que de lui donner un coloration trop juridique, et artificielle, en utilisant un terme trop marqué comme appartenant au vocabulaire spécialisé.

Il n'en va pas de même, tant s'en faut, de ses successeurs. Je ne prendrai ici que deux exemples parmi les nombreuses traductions

1. 「まもらなけりやならないんだよ、バラの花との約束をね...」 「ぼくは、あのバラの花との約束をまもらなけりやいけない...」 Éditions Iwanami, p. 103. Le renard utilise *anta*, une marque de supériorité.

Traduire la responsabilité

japonaises. Tout d'abord, celle d'une traductrice professionnelle née en 1959, Mme Kôno Mariko, parue bien longtemps après le premier traducteur, dont le texte est charmant, plein d'inventions stylistiques qui parviennent à donner une tonalité enfantine aux propos du Petit Prince tout en déployant une grande subtilité dans la transposition des idées. Il est d'autant plus significatif de la voir, pour le passage qui nous intéresse, ne pas tenter de détours sémantiques, comme l'avait fait Naitô Arô, mais reprendre tout de go l'équivalent désormais pour ainsi dire automatique du terme européen pour « responsable » ou « responsabilité » : (le renard :) « Tu as une responsabilité envers ta rose. » (Le Petit Prince :) « J'ai une responsabilité envers ma rose. »¹ Nous traduisons mot à mot, afin de bien montrer que c'est le substantif sino-japonais *sekinin* « responsabilité » qui est utilisé. Un terme moderne donc, forgé pour traduire le concept européen (puis occidental), sur lequel nous reviendrons. Le ton de la traductrice est résolument moderne, elle reproduit autant que possible la langue parlée japonaise (comme la plupart des traducteurs japonais, ce qui donne une tonalité générale sensiblement différente du texte français), et il est incontestable que le mot *sekinin*, comme son équivalent français, au moins adjectival, fait désormais partie du vocabulaire parlé le plus commun, comme son antonyme *musekinin* « irresponsabilité », probablement bien plus utilisé qu'en français, mais lui aussi issu de la néologie.

Donnons un troisième et dernier exemple pour le japonais, la traduction assez récente de M. Suga Keijirô (né en 1958), poète, traducteur et professeur d'informatique. Tout comme ses prédécesseurs, il reprend le titre de Naitô Arô, mais explique en sa postface qu'il eut une sorte d'épiphanie joycienne lorsqu'il comprit que le Petit Prince était en réalité ce que l'on appelle en bon japonais un *street boy*, donc une sorte de petit voyou planétaire, et il le fait parler en conséquence. L'échange devient donc très différent de par sa tonalité en japonais, mais devrait rester presque inchangé en français : « Tu

1. 「きみは、きみのバラに、責任がある...」 「ぼくは、ぼくのバラに、責任がある...」 Shinchô bunko, p. 109. Opposition des pronoms *kimi* <> *boku*.

Prendre la responsabilité au sérieux

as une responsabilité à l'égard de ta rose » et « J'ai une responsabilité à l'égard de ma rose. »¹ Il serait exagéré de traduire le pronom utilisé par le *Petit Prince* par « mézigue », mais cela pourrait en donner une idée, si l'on fait abstraction de l'anachronisme. Cela donne cependant une preuve encore plus décisive de l'implantation profonde du terme dans la langue japonaise, puisqu'il ne jure aucunement dans un dialogue voulant refléter la langue de la rue.

Nous voyons ainsi, par ce bref coup d'œil à trois traductions représentatives du *Petit Prince* en japonais que le premier traducteur, dont la formation première remonte à la fin du XIX^e siècle, à une époque où le Japon s'ouvrait complètement aux idées et à la terminologie occidentales, n'a pas voulu reprendre en sa langue le terme qui était pourtant déjà bien établi pour traduire la notion de responsabilité telle qu'elle est utilisée en ses sens spécialisés, juridiques et moraux. Mais cinquante ans plus tard, deux traducteurs contemporains, nés tous deux presque quatre-vingts ans après le premier pionnier, n'ont aucune hésitation à reprendre, le plus naturellement du monde, le terme devant lequel leur prédécesseur avait regimbé. Nous devons donc nous demander s'il s'agit d'un progrès dans la traduction, ou ce que cela révèle de l'évolution de la langue.

Avant cela, toutefois, la curiosité la plus élémentaire nous incite à aller voir comment, dans les autres langues de l'Asie Orientale qui se situent dans l'aire culturelle chinoise au sens le plus vaste, les traducteurs ont affronté cette phrase, qui devient pour nous une pierre de touche aussi importante que celle qui fait habituellement l'objet des amateurs : « On ne voit bien qu'avec le cœur, l'essentiel est invisible pour les yeux. » Par souci de brièveté, nous ne verrons que deux traductions chinoises, deux traductions coréennes, et une traduction vietnamienne seulement.

Les deux versions chinoises, sur les soixante ou soixante-dix existantes, remontent toutes deux à l'an 2000. La première est publiée à Hong Kong et est l'œuvre de Zhou Guangyi. Elle est, comme toutes

1. 「きみはきみの薔薇に対する責任がある...」 「おれはおれの薔薇に対する責任がある...」 Kadokawa bunko, p. 116. Opposition des pronoms *kimi* <> *ore*.

Traduire la responsabilité

les versions chinoises, semble-t-il, en langue moderne¹. L'échange entre le renard et le Petit Prince est traduit sans surprise : (renard :) « Tu as une responsabilité envers ta fleur » (Petit Prince :) « J'ai une responsabilité à l'égard de ma fleur. »² Même sans connaître le chinois ou le japonais, un esprit observateur repérera facilement la même suite de deux caractères en chinois que ceux vus en japonais, prononcés cette fois *zérèn*, et signifiant strictement la même chose : « responsabilité », utilisé le plus souvent comme substantif. Il s'agit très probablement de l'un des néologismes japonais importés en Chine dans les années de la fin de l'empire et le début de la république, lorsque le Japon était la fabrique lexicale du monde extrême-oriental. De même qu'en japonais, ce terme qui est donc entré relativement récemment s'est parfaitement intégré dans le vocabulaire chinois courant.

L'autre exemple est aussi curieux que significatif : il s'agit d'une traduction publiée aussi en 2000, à Taipei cette fois. Œuvre d'un traducteur du nom de Xú Zhàoquán (en prononciation mandarine), il s'agit d'une version certes chinoise, mais dans l'un des dialectes les plus singuliers de l'immense univers linguistique chinois, le hakka, largement répandu dans la province continentale du Fujian, mais aussi fort vivace à Taiwan, ce qui explique cette publication. Je ne donnerai pas ici l'ensemble de la citation, ce qui servirait peu, mais me contenterai de remarquer que l'adjectif « responsable » est rendu par le composé *fu zit*, qui correspond au mandarin *fùzé*. On y retrouve le caractère *zé*, sur lequel nous reviendrons, premier terme du composé pan-asiatique *zérèn*, précédé du mot *fù* qui signifie « charger, prendre en charge » ; le binôme veut donc dire « se charger d'une responsabilité », « prendre en charge »³. En chinois standard, il a un sens plus concret que *zérèn* ; ainsi le responsable d'un hôtel, d'un magasin, d'une banque, celui que l'on

1. Alors qu'il existe trois versions latines, deux versions en anglais médiéval, une en allemand médiéval, deux en syriaque classique, il est curieux qu'aucun traducteur en Chine ni au Japon n'ait songé à faire une telle version en langue ancienne.

2. « 你對你的那朵花兒是有責任的... » « 我對我的那朵花兒是有責任的. », p. 108.

3. « 你愛對你个玫瑰負責. » « 厝愛對厝个玫瑰負責 » *ngai oi dui ngai ge moi fu zit* (= *fùzé*)

Prendre la responsabilité au sérieux

demande à appeler immédiatement lorsque l'on n'est pas content, se dira *füzérén*. Il s'agit bien évidemment d'un emprunt du hakka au mandarin, mais si l'on se fonde sur cette langue, le sens serait plutôt « j'ai la charge de ma rose », ce qui fait ressortir davantage encore le caractère exotique du terme dans la langue chinoise. Bien que légèrement différent du terme primordial que nous avons déjà vu chez quatre traducteurs, il appartient clairement au même champ sémantique et relève entièrement du vocabulaire moderne¹.

Si nous passons au domaine coréen, la chose est simple. Nous avons deux exemples à donner. Le premier est une traduction publiée en 1994 dans une collection alors très populaire, destinée aux lycéens et aux étudiants, qui présentaient des textes bilingues en anglais et en coréen pour l'étude de l'anglais. C'était donc la version anglaise du *Petit Prince* (de Kathrine Woods), publiée la même année que la française, qui servait de texte original. La traduction est l'œuvre d'un collectif appartenant à l'éditeur (YBM). Le texte déclare : « Tu as aussi une responsabilité envers ta rose. » « J'ai une responsabilité envers ma rose. »² Ici encore, le terme crucial, *chaek-im*, n'est que la prononciation coréenne du binôme prononcé en sino-japonais *sekinin*. Nous sommes donc toujours dans la même lignée lexicale.

Le second exemple est assez amusant, car il s'agit d'une traduction coréenne du *Petit Prince* publiée en 2009 à Pékin, reprise d'une traduction faite en Corée du Sud et œuvre d'un certain Gang Imsun, sur lequel je n'ai pas de renseignement. Sans surprise, nous trouvons : « Tu as une responsabilité à l'égard de ta fleur de rose », « J'ai une responsabilité à l'égard de ma fleur de rose³. » Là encore, aucune trace d'hésitation sur l'emploi du même terme pan-asiatique de « responsabilité » (*chaek-im*), qui est bien intégré dans le texte.

1. Nous hésitons à compliquer les choses en abordant l'ambivalence *zé* et *zhài*, 負責=負債.

2. P. 155 : « 당신의 장미에도 당신은 책임이 있어요 » « 나는 내장미에 책임이 있다고 »

3. “너는 너의 장미꽃에 대해 책임이 있어” “나는 나의 장미꽃에 대해 책임이 있다” Les deux traductions portent le même titre : *eorin oangja*.

Traduire la responsabilité

Je n'insiste pas sur les traductions vietnamiennes, il semble qu'il y en ait deux principales. Je n'ai eu accès qu'à l'une d'entre elles et j'y ai trouvé la phrase : « J'ai une responsabilité envers ma rose¹ », où le terme *trách nhiệm* est bien reconnaissable comme prononciation vietnamienne des deux caractères que nous avons vu sous leur présentation japonaise, chinoise et coréenne. Tout comme les variantes européennes de « responsable » ou « *responsible* », l'Asie de culture chinoise se partage donc le même terme, qui en est une bonne traduction, et pour cause, puisqu'il s'agit d'un terme forgé pour traduire la notion européenne.

Nous avons donc vu au cours de ce bref tour d'horizon comment, à partir d'un livre universellement répandu, nous pouvons avoir une idée de la façon dont une conception fortement associée à la pensée européenne s'est diffusée dans l'Extrême-Orient moderne. Il fait peu de doute que, sous le couvert d'une traduction, il ne s'agit pas d'une équivalence qui s'opérait entre deux notions existant préalablement, d'une identification de deux concepts, mais que le terme établissait la notion, une notion forcément identique à la notion occidentale, et pour cause, puisqu'il ne renvoyait qu'à cette notion, et non à une idée existant aussi dans l'Asie sinisée.

Il faut éviter toute ambiguïté : je ne suis pas en train de dire que l'Asie ignorait la responsabilité, je dis simplement que les équivalences lexicales actuellement actives ne sont équivalentes que parce que l'une est la traduction de l'autre : c'est un néologisme qui a réussi, un peu comme « téléphone », si l'on veut.

Il faudrait donc voir à présent de quoi est fait le néologisme qui véhicule ce concept occidental de « responsabilité ». Il serait trop facile de dire que je n'ai plus le temps de le faire. Je me contenterai donc d'esquisser ce que je peux en comprendre, tout en restant plutôt dans le domaine linguistique japonais.

Le composé *sekinin*, *zérèn*, est constitué de deux caractères dont le sens commun est « charge ». Le second est moins important, me

1. « *Tôi có trách nhiệm với hoa hồng của tôi ...* » *trách nhiệm* = *trách nhậm* en prononciation littéraire.

Prendre la responsabilité au sérieux

semble-t-il, et accentue le sens officiel du premier. Celui-ci est en revanche plus riche ; le *Grand Ricci* énumère des nuances qui vont certes dans le sens de « responsabilité », mais presque toujours dans un sens menaçant : c'est la charge dont il faut rendre compte devant ses supérieurs, surtout si on l'a mal assurée.

Le japonais est très intéressant en raison de sa structure double, où le vocabulaire chinois et le japonais se rencontrent, se superposent, et souvent divergent. Le caractère chinois est lu *seme* en « lecture explicative », déverbal d'un verbe *semu* au sens très large, mais que le Grand Dictionnaire de la langue japonaise (*Nihon kokugo daijiten*) classe ainsi : – action de tourmenter, de blâmer, de réprimander ; – la dette ; – la torture. Si le sens de responsabilité (*sekinin*) est effectivement donné par ce dictionnaire qui fait autorité, tous les exemples de cette acception sont modernes, remontant à la fin du XIX^e siècle.

On peut bien sûr en trouver des exemples plus anciens, dont un que je dois à un jeune japonologue, Julien Faury, contenu dans une anthologie poétique du XI^e siècle, le *Wakan-rôei-shû* : l'expression *shōuzé*, lue en japonais *seme wo osamu*, signifie bien « prendre la responsabilité » (d'une défaite) devant le souverain. Mais l'on voit que le concept de responsabilité est pris au sens le plus strict équivalent à « être la cause d'un échec ». On ne trouve pas le sens juridico-moral qu'implique le caractère dialogique du couple « spondere – responder » (garantir en retour)¹. Si nous allions du côté du bouddhisme, nous trouverions encore d'autres conceptions de la responsabilité tournant autour du *karma*, mais nous n'avons plus le temps pour cela².

Au terme de ce survol bien rapide, faut-il oser une conclusion ? Nous pouvons certainement affirmer que la notion de responsabilité est désormais universelle, qu'en tout cas elle est commune à l'Occident et à l'Asie Orientale. Et non sans raison, puisque le terme « sinographique » qui s'est intégré dans toutes les langues d'Extrême-Orient est historiquement une traduction du terme européen « responsabilité /

1. Voir à ce propos l'article d'Olivier Descamps, *supra*, chapitre 1, p. xx.

2. On se reportera *supra* à la très complète présentation de Charles Malamoud, chapitre 3, p. xx.

Traduire la responsabilité

responsibility ». Nous avons vu que les traductions extrême-orientales du *Petit Prince* illustrent bien la façon dont le champ sémantique de l'adjectif « responsable » s'est peu à peu implanté dans les couches les plus larges de ces langues, au point de trouver pratiquement la même extension dans les deux parties du monde.

Il ne faudrait pas en conclure, cependant, que la notion de responsabilité soit particulière à l'Europe. Ainsi que je l'ai suggéré au début, le terme européen est moderne, bien qu'il se trouve à l'aboutissement d'une lignée lexicale remontant à l'Antiquité. Sous sa forme actuelle, cependant, et à moins que les spécialistes ne viennent contredire cette affirmation provisoire, le terme ne remonte sans doute pas plus haut que la Renaissance, et sans doute plus tard encore.

En ce sens, nous pouvons aussi dire, ainsi que je l'ai esquissé très brièvement, que le mot sino-japonais a suivi le même trajet que son équivalent européen : avant *sekinin* / *zérèn*, nous avons le chinois *zé* et le japonais *seme*. Nous avons vu que cette origine sémantique est différente du latin, cette langue évoquant plutôt une relation de réciprocité, ainsi que le montre encore le verbe « répondre », le chinois partant plutôt du sens de « blâme », provoqué par la défaite, et le japonais alliant même dès le début le sens de « torture ». Nous pouvons dire que le mot « responsabilité » est à *responsalis* ce que *sekinin* est à *seme*. Partis de sources différentes, les deux lignées langagières convergent dans le lexique universel de l'époque moderne.

La destinée extrême-orientale de la notion de « responsabilité », qui n'est donc pas une traduction à proprement parler, c'est-à-dire l'utilisation d'un terme déjà existant pour exprimer une notion étrangère, mais un néologisme¹, est une démonstration parlante de cet immense mouvement moderne qui pousse l'humanité contemporaine à parler en réalité la même langue sous des expressions linguistiques différentes en surface seulement.

1. Ou tout au moins, sous réserve d'inventaire, à l'instar de termes comme « économie » 經濟 *jīngjì* / *keizai* ou « littérature » 文學 *wénxué* / *bungaku*, une « remise en circulation » d'un terme ancien de sens différent dans la nouvelle acception européenne.

Deuxième partie

La responsabilité à l'épreuve des marchandises fictives : la terre, l'homme, la monnaie

Titre 1 – La responsabilité écologique

CHAPITRE 6

Construire la responsabilité écologique

par Laurent Neyret

S'intéresser à la responsabilité écologique invite à penser les rapports qui existent entre l'homme – seul être juridiquement responsable – et l'environnement. Plus précisément, il s'agit de se demander dans quelle mesure l'homme est obligé de répondre juridiquement des conséquences de ses actions sur la nature. La résolution d'une telle question invite à rappeler la signification des concepts de responsabilité et d'environnement, vus sous le prisme du droit.

La responsabilité juridique s'entend de l'*obligation de répondre*¹ qui présente plusieurs variantes, à savoir, répondre *des atteintes à l'ordre public* en général et à l'ordre public écologique en particulier pour la responsabilité administrative, répondre *des dommages* causés aux personnes et aux biens pour la responsabilité civile et répondre *des infractions* commises pour la responsabilité pénale.

Quant à l'environnement, le droit l'appréhende au sein de la catégorie des biens. Une partie de l'environnement revêt la qualification de chose appropriée (terres, plantations, etc.) ce qui lui permet de bénéficier d'une protection de la part du propriétaire, avec la limite que ce dernier dispose en principe d'un pouvoir absolu sur la chose et notamment du pouvoir d'en abuser². Une autre partie de l'environnement relève de la catégorie des choses non appro-

1. C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 577.

2. C. civ., art. 544.

Prendre la responsabilité au sérieux

priées. Cette notion englobe les choses communes ou *res communes*, comme l'air, l'eau, le sol et le sous-sol de la haute mer, l'espace extra-atmosphérique ainsi que les éléments incorporels de l'environnement comme les espèces et les écosystèmes qui « n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous »¹. Au sein des choses non appropriées, on trouve également les choses sans maître² ou *res nullius* ; catégorie juridique qui regroupe les animaux et les plantes sauvages qui n'ont pas de propriétaire privé mais qui peuvent être appropriés dans le respect de la loi et notamment du droit de la chasse et de la pêche. Quoi qu'il en soit des différentes qualifications juridiques applicables à l'environnement, il faut compter sur l'État pour en assurer la défense contre les excès des propriétaires ou des exploitants.

Pendant longtemps, les deux concepts de responsabilité et d'environnement se sont peu croisés en raison de la portée limitée des activités humaines sur l'environnement. Les effets néfastes de ces activités ont longtemps été cantonnés à des gênes dans les relations de voisinage, qu'il s'agisse de fumées, d'odeurs ou de bruit. Pour régler ces difficultés, le législateur français a édicté une réglementation spécifique aux établissements dangereux, insalubres et incommodes³ avec un régime d'autorisation plus ou moins contraignant selon le niveau potentiel de gêne occasionnée aux alentours. On se situe alors moins dans une logique de responsabilité que dans une logique de régulation des activités humaines destinée à éviter et réduire les nuisances pour les riverains. Au-delà de ces règles de police administrative, le juge français a créé un principe de responsabilité pour troubles anormaux du voisinage⁴ permettant aux riverains victimes de demander la cessation du trouble et/ou l'allocation de dommages et intérêts. Là encore, on ne peut guère parler

1. *Ibid.*, art. 714 al. 1^{er}.

2. *Ibid.*, art. 713.

3. Voir par exemple le décret du 15 octobre 1810 relatif aux manufactures et ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode.

4. Cass. civ., 27 novembre 1844, S. 1844, 1, p. 211 ; Cass. 2^e civ., 19 novembre 1986, n° 84-16.379, D. 1988, p. 16, note A. Robert.

Construire la responsabilité écologique

de responsabilité « écologique », dans la mesure où le droit protège ici l'homme et non pas l'environnement en tant que tel.

Progressivement, avec l'impact grandissant des pouvoirs de l'homme sur la nature, le droit va s'intéresser non seulement aux préjudices causés *via* l'environnement mais aussi aux préjudices causés à l'environnement, passant alors d'une protection juridique indirecte à une protection juridique directe de la nature.

Dans un premier temps, dans les années 1970, c'est l'État, en tant que gardien de l'intérêt général, qui va prendre en mains la défense de l'environnement et poser les jalons d'un véritable « ordre public écologique ». Il va le faire en France en 1976 avec deux lois, la première relative à la protection de la nature¹ et la seconde relative aux installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE)². En cas de violations des normes environnementales, des sanctions administratives sont alors prévues comme l'obligation de procéder à des travaux ou la suspension d'activité. Au commencement donc, la responsabilité écologique était essentiellement d'ordre administratif, dans un rapport vertical de puissance publique.

Dans un second temps, à partir des années 2000, on est entré dans une nouvelle ère, où la responsabilité de l'homme à l'égard de l'environnement n'est plus seulement régie par des règles administratives applicables à un petit nombre, mais relève aussi de règles générales de droit privé applicables à tous, individus et entreprises, dans un rapport horizontal de droits et de devoirs signifiés par la Charte constitutionnelle de l'environnement. Ainsi, en termes de droits, « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » (art. 1^{er}) et en termes de devoirs, « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » (art. 2). Où l'on voit ici que la responsabilité écologique d'ordre éthique proposée par le philosophe allemand Hans Jonas³ acquiert une dimension juridique.

1. Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976.

2. Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976.

3. H. Jonas, *Le Principe responsabilité*, *op. cit.*

Prendre la responsabilité au sérieux

Reste qu'envisager la création d'une responsabilité juridique authentiquement écologique soulève deux types de questions, à savoir dans quelle mesure la responsabilité écologique invite-t-elle à repenser la nature juridique de l'environnement, entre sujet et objet (I) ? Et comment la nature peut-elle servir de base à la construction d'un véritable projet d'avenir pour la responsabilité (II) ?

I. LA NATURE ENTRE SUJET ET OBJET DE DROIT

L'extension de la responsabilité juridique au-delà des seuls intérêts humains par une intégration des intérêts environnementaux nécessite-t-elle de repenser la *summa divisio* romaine du sujet et de l'objet de droit¹ ?

D'abord, on peut se demander si la reconnaissance de la responsabilité écologique rend nécessaire l'attribution de la qualité de sujet de droit à la nature. En effet, il ressort de l'article 1382 du Code civil que seuls les préjudices causés à « autrui » peuvent donner lieu à réparation. L'absence de personnalité juridique de la nature constitue donc un obstacle dirimant à la reconnaissance du préjudice écologique et participe, en creux, à la reconnaissance d'une liberté de nuire à l'environnement.

Pour remédier aux limites de la qualification de l'environnement comme objet de droit, il a été proposé de lui attribuer la personnalité juridique². À cet égard, la Constitution de l'Équateur datant de 2008 qualifie la *Pacha mama*, c'est-à-dire la Terre mère, de sujet de droits (art. 10 al. 2), et lui attribue un droit à la restauration en cas d'atteinte (art. 72). Dans le même sens, en 2014, un tribunal argentin a reconnu

1. Sur la subjectivation et la réification de la nature, voir L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2006, n° 375 sq.

2. Aux États-Unis : C. D. Stone, "Should Trees Have Standing ? Toward legal rights for natural objects", *Southern California Law Review*, 1972, vol. 45, n° 2, p. 450. En France : M.-A. Hermitte, « Pour un statut juridique de la diversité biologique », *Revue française adm. pub.*, 1990, n° 53, p. 33.

Construire la responsabilité écologique

la qualité de « personne non humaine » à une femelle orang-outang détenue dans un zoo. Il a considéré qu'elle était illégalement privée de liberté et qu'elle devait être transférée dans une réserve¹.

À ce jour, la subjectivation de la nature reste isolée et sa généralisation semble difficile à envisager tant les civilisations ne partagent pas le même rapport culturel à la nature. De plus, hisser la nature au rang de sujet de droit fait naître une nouvelle problématique sans la résoudre, celle des conflits de droits entre sujets rivaux², humains et non-humains. Dans ces conditions, il n'est pas évident que la personnification de l'environnement soit la voie adéquate pour en améliorer la protection, d'autant qu'une telle voie n'est pas nécessaire.

Ensuite, il y a lieu de se demander si la densification de la responsabilité écologique ne pourrait pas passer par une réification de la nature, c'est-à-dire par une extension du champ de la propriété à l'ensemble des biens environnementaux. En effet, l'absence d'appropriation privative d'une grande partie de l'environnement explique que la destruction d'espaces et d'espèces naturels à haute valeur écologique ne soit pas source de responsabilité civile pour les pollueurs, ce qu'un auteur qualifie de « tragédie des biens communs »³. Pour remédier à cela, on pourrait envisager de privatiser l'environnement, c'est-à-dire de construire une société dans laquelle chaque arbre, chaque animal sauvage, chaque écosystème aurait un propriétaire et donc un défenseur. Dans un tel modèle, la propriété est alors perçue comme la meilleure « gardienne de la nature »⁴, puisqu'elle engendre le respect de la chose détenue et donc le souci d'en prendre soin et de la mettre en valeur. En ce sens, les droits d'utilisation privative d'espaces naturels comme le littoral – conces-

1. <http://www.sciencesetavenir.fr/animaux/20141223.OBS8548/l-argentine-reconnait-le-droit-a-un-orang-outan-d-etre-libre.html>, consulté en juin 2015.

2. Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 1998, n° 100, p. 87, spéc. p. 92.

3. G. Hardin, « The Tragedy of Commons » (1968), in G. Hardin, J. Baden (ed.), *Managing the Commons*, San Francisco, Freeman, 1977.

4. J. de Malafosse, « La propriété gardienne de la nature », in *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Deffrénois, 1979, p. 335.

Prendre la responsabilité au sérieux

sion de plages, autorisation d'exploitation de cultures marines – se multiplient. Au-delà, l'appropriation privative pourrait concerner les animaux sauvages, notamment ceux en voie de disparition et aussi les espaces naturels fragiles. Tel est déjà le cas pour des éléphants en Afrique du Sud, pour l'espace géographique des castors du Labrador, ou bien encore pour une partie du désert du Sahel¹. Plus largement, l'appropriation de l'environnement prend la forme de droits de propriété immatérielle à l'image des quotas de gaz à effet de serre², qui est la traduction économique et juridique du théorème de Coase, selon lequel les éléments naturels habituellement externes au marché doivent être internalisés, c'est-à-dire intégrés au marché, afin de responsabiliser les pollueurs.

Quoi qu'il en soit, la généralisation de l'appropriation de l'environnement présente des limites. D'une part, le droit de propriété confère un pouvoir absolu sur la chose qui peut aller jusqu'à sa destruction. Dès lors, la qualification de biens environnementaux appropriés pourrait nuire à la protection de l'environnement, ce qui permettrait alors de parler de « tragédie des anti-communs »³. D'autre part, il existe un décalage entre les caractéristiques physiques des ressources vivantes et celles de la propriété privée qui en fait un instrument juridique inadapté⁴ à cette fin. En effet, la fragmentation de la propriété n'est-elle pas antinomique avec les frontières naturelles comme celles des écosystèmes⁵ ? Et comment envisager la propriété d'espèces migratrices insusceptibles d'être enfermées dans un enclos ? Dès lors, si la voie de la propriété de la nature présente un intérêt certain, elle ne saurait, à elle seule, contribuer à asseoir le concept de responsabilité écologique.

1. G. Bramoullé, « L'appropriation des biens environnementaux » in *Droit et environnement, propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, ouvrage collectif, PUAM, 1995, p. 51, spéc. p. 60.

2. C. env., art. L. 229-5 à L. 229-19.

3. M. A. Heller, R. S. Eisenberg, "Can Patent Deter Innovation ? The Anticommons in Biomedical Research", *Science*, 280, 1998, p. 698.

4. En ce sens déjà, voir F. Ost, *La Nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995, p. 140.

5. M. Rémond-Gouilloud, *Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement*, Paris, Puf, coll. « Les voies du droit », 1989, p. 125.

Construire la responsabilité écologique

Enfin et eu égard aux inconvénients de la subjectivation et de la réification de l'environnement, il serait davantage pertinent de fonder le concept de responsabilité écologique sur l'idée selon laquelle la nature est un objet de devoirs pour l'homme. Cette autonomisation de la responsabilité écologique par rapport à la *summa divisio* des personnes et des biens permettrait ainsi de dépasser le débat relatif au statut juridique de la nature entre sujet de droit et objet de propriété. Ce serait également se rappeler que l'une des spécificités de l'homme est d'assumer ses responsabilités¹. Le concept plus général de responsabilité en sortirait alors élargi, en ce qu'il ne consisterait plus seulement en un rapport symétrique entre deux personnes ou deux patrimoines individuels, mais en un rapport asymétrique entre une personne – le responsable – et un intérêt objectif et collectif – à savoir l'intérêt de l'environnement proprement dit.

Il apparaît donc que l'extension de la responsabilité classique à laquelle procède la responsabilité écologique est tenable dans la mesure où elle consiste simplement dans une prise en compte, en creux, des devoirs de l'homme à l'égard de la nature, sans passer par une évolution du statut de l'environnement. Reste à envisager la portée pratique de l'intégration de la protection de la nature en droit de la responsabilité.

II. LA NATURE COMME PROJET POUR LA RESPONSABILITÉ

La consécration du concept de responsabilité écologique constitue un véritable défi pour le droit en général et pour le droit de la responsabilité en particulier qui invite à formuler un projet² pour la matière en suivant trois directions : le renforcement de

1. H. Jonas, *Le Principe responsabilité*, *op. cit.*, p. 190 : « L'homme [partie intégrante de la biosphère] est le seul représentant intelligent de tous les êtres vivants et il assume à leur égard une responsabilité spéciale ».

2. Sur l'idée de la « nature-projet » : F. Ost, *La nature hors la loi*, *op. cit.*, p. 242 *sq.*

Prendre la responsabilité au sérieux

la régulation environnementale, l'amélioration de la réparation du préjudice écologique et l'amélioration de la répression des crimes environnementaux.

En premier lieu, nous proposons un renforcement de la régulation environnementale, dans un souci de prévention des risques environnementaux et qui relèverait non seulement de l'administration mais aussi des acteurs privés.

L'État représente le défenseur naturel de l'environnement. À cet égard, il se doit de prendre les mesures adéquates pour réduire les risques entropiques, notamment au travers de mesures de polices administratives. À défaut, les personnes publiques peuvent voir leur responsabilité engagée, à l'image de l'État français condamné pour carence fautive dans l'affaire des algues vertes par les juridictions nationales¹ et par la Cour de justice de l'Union européenne² pour manquement à ses obligations concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates. Au-delà et à l'échelle internationale, les actions contre les États pourraient se multiplier dans le domaine climatique. La poursuite des États sur le fondement de ce que l'on peut appeler la responsabilité climatique a vu le jour aux États-Unis dans les années 2000³ et concerne aujourd'hui d'autres pays comme les Pays-Bas, la Belgique ou la Norvège. Pendant longtemps, aucune action n'a abouti, les tribunaux considérant essentiellement que les politiques de lutte contre le réchauffement climatique relevaient du pouvoir politique et non pas du pouvoir judiciaire, jusqu'à ce que, le 24 juin 2015, la cour du district de La Haye rende une décision historique en condamnant l'État néerlandais à réduire

1. CAA Nantes, 1^{er} décembre 2009 : condamnation de l'État à verser des indemnités allant de 3 000 € à 15 000 € à plusieurs associations en réparation de leur préjudice moral lié à la prolifération des algues vertes dans un certain nombre de sites côtiers des Côtes d'Armor et du Finistère. CAA Nantes, 26 décembre 2014 : condamnation de l'État français à verser plus de 7 millions d'euros au département des Côtes d'Armor, pour les frais engagés dans la lutte contre les algues vertes.

2. CJUE, 4 septembre 2014, Commission c. France, aff. C-237/2.

3. M. B. Gerrard, J. A. MacDougald, "An Introduction to Climate Change Liability – Litigation and a View to the Future", *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 20.1, 2013, p. 153.

Construire la responsabilité écologique

ses émissions de gaz à effet de serre d'au moins 25 % d'ici à 2020 par rapport à 1990, suivant en cela le seuil minimal requis par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), et sur le fondement d'une obligation de vigilance de l'État en matière climatique¹. Nul doute que la place du climat dans les prétoires pourrait aller grandissante en cas d'action insuffisante des États dans la lutte contre le réchauffement climatique, étant précisé toutefois que l'obligation qui pèse sur les États en la matière est davantage une obligation de moyens qu'une obligation de résultat².

Au-delà des exigences réglementaires obligatoires, le renforcement de la régulation environnementale passe par une extension des engagements des opérateurs privés en faveur de l'environnement. En ce sens, le groupe de luxe Kering a récemment mis en place un compte de résultat environnemental – ou *Environmental Profit and Loss account* (E P&L) – destiné à mesurer l'empreinte environnementale des activités du groupe, qu'il s'agisse par exemple de l'extraction de l'or ou de la production de cuir, et à la traduire en valeur monétaire afin de « prendre de meilleures décisions [et] de mettre en place un modèle économique plus durable »³. Demain, le droit pourrait consacrer un devoir de vigilance environnementale pour les sociétés mères et les sociétés donneuses d'ordre dont le non-respect serait sanctionné par l'engagement de leur responsabilité. Une proposition de loi en ce sens a été votée à l'Assemblée nationale le 30 mars 2015⁴ mais elle n'est pas encore définitive. Dans le même ordre d'idée, l'OCDE a souligné en 2014 que les catastrophes majeures, notamment environnementales (Deepwater

1. M. Fauchier-Delavigne et S. Roger, « Climat : la justice condamne les Pays-Bas à agir », *Le Monde*, 26 juin 2015, p. 8.

2. CE 10 juin 2015, n° 369428 : refus de faire droit à l'action des « Amis de la terre » demandant qu'il soit enjoint notamment au préfet de la Région Île-de-France, de prendre toute mesure utile pour faire respecter les valeurs limites réglementaires à ne pas dépasser en matière de pollution de l'air. Pour le Conseil d'État, les préfets sont soumis à une obligation de moyens et non de résultat en matière de protection de la qualité de l'air.

3. <http://www.kering.com/fr/dev-durable/questcequunepl>, consulté en juin 2015.

4. Proposition de loi n° 2578.

Prendre la responsabilité au sérieux

Horizon ou Fukushima) pouvaient résulter d'une gouvernance d'entreprise défectueuse¹. Quant au Conseil des droits de l'homme des Nations unies, il a pour sa part préconisé dans sa résolution du 26 juin 2014 « l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer les activités des sociétés transnationales et autres entreprises » afin de limiter la violation des droits humains notamment en lien avec l'environnement.

Lorsque les moyens mis en œuvre pour éviter la survenance de dommages à l'environnement sont défailants, il convient alors de procéder à leurs réparations dans les meilleures conditions qu'il soit.

En second lieu, une responsabilité écologique légitime et efficace devrait passer par une amélioration de la réparation du préjudice écologique. Ce préjudice concerne non pas les dommages personnels causés *via* l'environnement comme les pertes économiques subies par les professionnels dont l'activité dépend de la nature, mais les préjudices causés *à* l'environnement en tant que tel, à l'image des oiseaux mazoutés lors d'une marée noire ou des écosystèmes détruits à la suite d'une fuite de produit polluant. Aux États-Unis ou au Brésil, il existe des règles spécifiques à la prise en compte du préjudice écologique depuis les années 1980². Plus récemment, le 7 juin 2013, le Mexique a voté une loi sur la responsabilité environnementale destinée à organiser la réparation des préjudices causés à la nature³. En France, la loi relative à la responsabilité environnementale de 2008⁴ a créé un régime spécial de police administrative destiné à réparer en nature certains préjudices causés à l'environnement. Ce

1. F.-G. Trébulle, « Entreprise et développement durable – 2014 », *Énergie, environnement, infrastructures*, avril 2014, vol. 3, n° 21.

2. Pour le droit américain : *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA), 11 décembre 1980. Quant au droit brésilien : voir la loi n° 7347 du 24 juillet 1985 (C. Oliveira et M. Boutonnet, « Le droit brésilien : un modèle en matière de réparation du préjudice écologique », *Environnement*, 2014, n° 10, p. 14)

3. http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/international_law/2013/11/2nd_conference/FederalLawofEnvironmentalResponsibility.authcheckdam.pdf, consulté en juin 2015.

4. L. 2008-757 du 1^{er} août 2008, JO 2 août.

Construire la responsabilité écologique

régime intégré dans le Code de l'environnement¹ est peu praticable au point qu'il n'a pas fait l'objet, à ce jour, d'application. Au-delà du droit administratif, la Cour de cassation a consacré le principe de la réparation du préjudice écologique dans l'affaire du naufrage de l'Erika, le 25 septembre 2012². Depuis, ce principe a été repris plusieurs fois par les juridictions du fond³, sans pour autant qu'existe un régime précis en la matière. Dès lors, pour dépasser les lacunes de la loi relative à la responsabilité environnementale et pour clarifier les règles applicables au préjudice écologique consacré par la Cour de cassation sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile, une intervention législative s'impose. Il a ainsi été proposé de faire entrer le préjudice écologique dans le Code civil⁴ en prévoyant notamment un principe de réparation prioritairement en nature ainsi qu'une obligation d'affectation des sommes allouées au titre du préjudice écologique à des opérations environnementales.

Dans tous les cas, l'amélioration de la réparation du préjudice écologique invite à innover en termes de causalité et dès lors d'imputabilité de la dette de réparation. En effet, bien souvent les préjudices à l'environnement résultent d'une synergie entre différentes activités humaines, sans connaître les frontières des États. Cela rend donc difficile l'identification des responsables, comme en matière de réchauffement climatique. Comment alors dépasser l'irresponsabilité collective qu'implique une telle dilution des causalités ? Le concept de responsabilité proportionnelle ou de responsabilité pour part de

1. C. env., art. L. 161-1 et *sq.*

2. Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, D. 2012, p. 2711, note P. Delebecque.

3. Voir notamment : TGI Paris, 31^e ch. corr., 18 décembre 2013, Env. 2014, n° 6, p. 30, note L. Neyret ; CA Nouméa, 25 février 2014, n° 2010/556, D. 2014, p. 669, note G. J. Martin et L. Neyret ; TGI Tarascon 29 juillet 2014, n° 70612014, D. 2014, p. 1694, note L. Neyret.

4. *Mieux réparer le dommage environnemental*, Rapport de la Commission environnement du Club des juristes, janvier 2012 ; Proposition de loi Y. Jégouzo (dir.), *Pour la réparation du préjudice écologique*, Rapport à la Garde des sceaux, 17 septembre 2013. Pour une présentation plus générale : L. Neyret, « Le préjudice écologique : hier, aujourd'hui et demain », *Environnement*, 2014, n° 10, p. 20.

Prendre la responsabilité au sérieux

marché – *market share liability* en anglais – qui existe aux États-Unis pourrait être sollicité utilement afin de donner vie à une responsabilité collective proportionnée au degré de risque de chaque activité concernée. Comme le note un auteur, avec la théorie de la responsabilité pour part de marché, c'est « l'appartenance à une classe de porteurs de risques qui rend les acteurs individuels mutuellement responsables de leurs actes respectifs »¹. Ce type de responsabilité mériterait d'être relayé à l'échelle internationale par la création d'un Fonds international pour l'environnement qui pourrait être provisionné, en amont de la réalisation de tout dommage, par les opérateurs publics et privés ayant une activité polluante, le tout corrigé par le principe de la responsabilité commune mais différenciée qui permet une prise en compte des facultés contributives des débiteurs.

En dernier lieu, il serait opportun d'améliorer la répression des crimes contre l'environnement, c'est-à-dire des infractions qui menacent ou portent atteinte à l'environnement, avec ou sans répercussions sur les personnes. Il ne s'agit pas tant de pénaliser davantage les activités ayant un impact sur l'environnement, que de construire un système pénal légitime et efficace au service de la protection de l'environnement.

À l'heure actuelle, la protection pénale de l'environnement est lacunaire, tant à l'échelle nationale² qu'à l'échelle internationale. Plus particulièrement à l'échelle internationale, il existe un puissant *dumping* environnemental qui fait le lit de la criminalité environnementale. Le phénomène est en pleine expansion, avec des poursuites rares et des sanctions légères en comparaison des bénéfiques considérables que rapportent les trafics d'espèces protégées, de déchets, de bois ou encore de métaux précieux, le tout caractérisé par la formule anglaise « *high benefits – low risks* ». La criminalité environnementale internationale générerait chaque année entre 30 et

1. G. Teubner, *Droit et réflexivité*, Belgique, Kluwer, 1996, p. 204.

2. Pour plus de développements, voir I. Fouchard et L. Neyret, « 35 propositions pour mieux sanctionner les crimes contre l'environnement » in L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide – Le droit pénal au secours de l'environnement*, Paris, Bruylant, 2015, p. 305 sq.

Construire la responsabilité écologique

70 milliards de dollars¹, ce qui classe cette forme de criminalité au quatrième rang des activités illicites internationales après le trafic de stupéfiants, la contrefaçon et le trafic des êtres humains. Les enjeux ici concernés sont multiples². Ils sont bien évidemment environnementaux, mais aussi sanitaires, comme en Italie où il existe une surmortalité des populations qui vivent à proximité des décharges sauvages de déchets dangereux enfouis par la mafia. La criminalité environnementale implique également des effets en termes de sécurité publique. À cet égard, la stabilité de régions entières est menacée³. Les Nations unies⁴ rapportent que l'argent des crimes environnementaux peut servir au financement de groupes rebelles ou de mouvements terroristes. Il existe ainsi des connexions entre les guerres civiles en Afrique et le pillage de ressources naturelles.

Face à l'importance des enjeux soulevés par la criminalité environnementale, les lacunes du droit positif n'en sont que plus regrettables et le temps est venu de penser une justice pénale globale de l'environnement, suivant deux voies cumulatives.

D'une part, il s'agirait de déployer les outils juridiques existants au service de la lutte contre les crimes environnementaux. À titre d'illustration, il serait opportun que les États fassent entrer les crimes environnementaux dans la catégorie des crimes graves au sens de la convention de Palerme du 15 novembre 2000 contre la criminalité organisée. Cela suppose de rendre les infractions environnementales les plus significatives passibles d'une peine privative de liberté

1. « Mafia : un nouveau rapport d'Eurojust-UE révèle que les organisations criminelles sont derrière la criminalité environnementale », Communiqué de presse, 21 novembre 2014, disponible sur www.eurojust.europa.eu, consulté en juin 2015.

2. "Environmental Compliance and Enforcement Committee, Meeting and Events – Final report, February 2014", Résolution n° 3, AG-2014-RES-03, 3-7 novembre 2014, Interpol, disponible sur <http://www.interpol.int/fr>, consulté en juin 2015.

3. « La nature du crime – Répercussions du commerce illicite d'espèces sauvages sur la sécurité mondiale », Rapport IFAW, septembre 2013, disponible sur www.ifaw.org, consulté en juin 2015.

4. United Nations Office on Drug and Crime, "Wildlife and forest crime", 2012, spéc. p. 67, disponible sur https://cites.org/eng/resources/pub/Wildlife_Crime_Analytic_Toolkit.pdf, consulté en juin 2015.

Prendre la responsabilité au sérieux

dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans, afin de permettre le recours à des techniques d'enquête spécifiques comme l'infiltration, les écoutes ou la surveillance électronique. Par ailleurs, les États devraient élargir le droit de la société civile de déclencher les poursuites ou encore renforcer la lutte contre la corruption¹, le tout en lien avec des politiques de développement intégrant la problématique de la lutte contre la criminalité environnementale.

D'autre part, l'amélioration de la sanction des crimes contre l'environnement suppose d'imaginer de nouveaux outils juridiques spécifiques à la matière. Malgré l'existence de forces de résistance de la part de certains pays comme la Chine pour qui les outils existants suffisent, et de la faible mobilisation de l'Afrique dans ce domaine, les forces du changement prennent de l'ampleur. La société civile se mobilise pour que soit reconnue à l'échelle internationale un crime d'écocide². Au même moment, des chercheurs³ proposent de définir ce crime en prenant appui sur les crimes contre l'humanité. Dès lors, de la même manière que la communauté internationale a inventé hier un instrument juridique international pour prévenir et réprimer le génocide, elle serait appelée aujourd'hui à inventer un instrument de lutte contre le crime d'écocide, procédant ainsi à une extension de la catégorie des crimes les plus graves inscrite dans le statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale. Le crime d'écocide, de l'ordre de l'exceptionnel, serait réservé aux « actes intentionnels commis dans le cadre d'une action généralisée ou systématique et qui portent atteinte à la sûreté de la planète »⁴ définis précisément dans une liste d'infractions sous-jacentes.

De plus, d'un point de vue institutionnel, il serait opportun d'instituer un Procureur international de l'environnement pour venir au soutien des autorités de poursuite nationales, d'envisager la création d'une Cour pénale internationale de l'environnement, ou encore de

1. Pour une liste plus complète de propositions, voir I. Fouchard et L. Neyret, « 35 propositions pour mieux sanctionner les crimes contre l'environnement », art. cit.

2. <https://www.endecocide.org/fr/>, consulté en juin 2015.

3. L. Neyret (dir.), *Des écocrimmes à l'écocide*, *op. cit.*

4. *Ibid.*

Construire la responsabilité écologique

créer un Groupe de recherche et d'enquête pour l'environnement (GREEN) compétent pour constater les crimes environnementaux et formuler des recommandations.

Le mouvement de renforcement de la lutte contre la criminalité environnementale est en marche. Ainsi, la déclaration de Doha de mars 2015 adoptée dans le cadre de l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime indique que les États reconnaissent leur responsabilité pour répondre de manière adéquate aux formes de criminalité émergentes et qu'ils agissent alors :

[pour] adopter des mesures effectives destinées à prévenir le problème des crimes ayant un impact sur l'environnement, tels que les trafics d'espèces sauvages ou les trafics de déchets, en renforçant la législation, la coopération internationale dans les domaines de la criminalité organisée, de la corruption ou du blanchiment d'argent en lien avec de tels crimes.

Dans le prolongement de cette déclaration, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté le 30 juillet 2015 une résolution sur la « surveillance du trafic des espèces sauvages »¹ qui « encourage les États membres à adopter des mesures efficaces pour prévenir et combattre le grave problème que constituent les crimes qui ont une incidence sur l'environnement ». Malgré son caractère non contraignant, cette résolution revêt un caractère historique qui témoigne de l'engagement politique des États dans la lutte contre la criminalité environnementale. À l'avenir, le Secrétaire général des Nations unies pourrait même désigner un envoyé spécial qui serait chargé de susciter l'intérêt et mobiliser l'opinion en faveur de la lutte contre un tel fléau. En définitive, la responsabilité écologique existe en droit. Il reste à la parfaire par une consolidation des instruments juridiques existants et par l'adoption de règles spécifiques, adaptées aux particularités des problématiques environnementales.

1. Résolution (A/RES/69/314) "Tackling illicit trafficking in wildlife" (traduit en français de manière surprenante par « *surveillance* du trafic des espèces sauvages » et non pas par « *combattre* le trafic des espèces sauvages ») du 30 juillet 2015.

CHAPITRE 7

Les États-Unis et le réchauffement climatique : état des lieux et perspectives

par William A. Fletcher

Le gaz à effet de serre le plus important est – de loin – le gaz carbonique. Il est produit de nombreuses façons, les combustibles à base de carbone constituant sa source majeure. En 400 000 ans, la quantité de gaz carbonique dans l’atmosphère a atteint un minimum de 180 et un maximum de 295 parties par million (ppm). En 1870, au début de la généralisation de l’industrialisation occidentale, la quantité était d’approximativement 285 ppm. Aujourd’hui, la quantité est supérieure à 400 ppm et ce montant est en croissance. Bien que le gaz carbonique ne se décompose pas facilement dans l’atmosphère, il est toutefois absorbé par l’eau, y compris par l’eau de mer, et par les arbres et les plantes à travers le phénomène de photosynthèse.

L’augmentation du gaz carbonique et d’autres gaz à effet de serre a eu pour résultat des températures plus élevées. Depuis 1880, la température mondiale moyenne a augmenté de 0,8 degrés. Ne pas dépasser un maximum de 2 degrés d’augmentation par rapport aux niveaux existants avant l’industrialisation est un objectif optimiste, mais il paraît de plus en plus inaccessible.

Les eaux polaires et glaciaires sont en train de fondre. L’Arctique passera peut être son premier été entièrement sans glace dès 2040. La fonte des glaces a trois conséquences importantes. Premièrement, comme la glace réfléchit les rayons solaires, sa disparition contribue

Prendre la responsabilité au sérieux

au réchauffement climatique. Deuxièmement, la glace fondante fait monter le niveau de la mer. Troisièmement, les glaciers qui fournissent de l'eau au sous-continent indien et à certaines parties de la Chine ne seront plus en capacité de le faire.

L'élévation des taux du gaz carbonique dans l'atmosphère a eu comme effet direct l'augmentation de l'acidité de l'océan. Cette acidité plus importante, associée à des températures plus élevées de l'eau, entrave la formation des récifs de corail. Un niveau d'acidité encore plus élevé présenterait une menace pour certaines espèces de poissons.

Depuis 1880, le niveau moyen de la mer s'est élevé d'environ 23 centimètres et la vitesse s'accélère. Le niveau de la mer monte actuellement de 3,2 millimètres par an. Les prévisions varient largement. Une estimation optimiste de la hausse du niveau de la mer d'ici 2100 – si le niveau des gaz à effet de serre reste constant, chose improbable – est de 0,35 mètres au plus bas et de 0,79 mètres au plus haut. Pour certaines parties du monde, par exemple le Bangladesh, ainsi que certaines parties de la Louisiane et la Floride, même cette hausse serait quasi-catastrophique. Une estimation pessimiste, basée sur la fonte de la calotte glaciaire au Groenland, est encore plus importante, et la mer pourrait même inonder la ville de Londres.

En 2011, les émissions de gaz carbonique par région du monde étaient réparties de la manière suivante. L'Asie, dont la Chine, a produit environ 43 % du total mondial ; L'Europe a produit environ 20 % ; les États-Unis à eux seuls ont contribué à hauteur d'environ 17 % et le reste du monde, y compris les pays d'Amérique, d'Afrique, du Moyen-Orient, et l'Australie, ont produit environ 20 %. Aujourd'hui deux pays – les États-Unis et la Chine – produisent donc plus de 40 % des émissions mondiales de gaz carbonique.

Que peut-on faire pour ralentir l'accumulation des gaz à effet de serre dans l'atmosphère ? Le problème est complexe et les obstacles pratiques et politiques sont énormes. Néanmoins, la solution est assez évidente. Premièrement, nous devons réduire la combustion

Les États-Unis et le réchauffement climatique

du carbone. Deuxièmement, nous devons préserver les grandes forêts qui absorbent le dioxyde de carbone. Quels progrès ont-ils été réalisés jusqu'à présent ? Malheureusement, ils sont très modestes.

I. LE PROTOCOLE DE KYOTO ET L'ACCORD DE COPENHAGUE

À lui seul, le protocole de Kyoto de 1997 n'a pas été un grand succès. Tout d'abord, le protocole a été entravé de manière importante par l'absence de ratification des États-Unis et de la Chine. Pour les États qui ont ratifié l'accord, le protocole a certes eu un succès limité. Par exemple, les émissions provenant d'Europe ont été sensiblement réduites (sans prendre en compte les imports et exports européens). Mais si on considère le fait que l'industrie chinoise est une source majeure des émissions de gaz carbonique et que l'Europe importe beaucoup de produits fabriqués en Chine, la réduction nette en émissions opérée par l'Europe durant la période post-Kyoto se révèle n'être que de l'ordre de 1 %.

Mais le succès du protocole de Kyoto ne peut être véritablement évalué à travers un simple examen du niveau des émissions du gaz carbonique. Kyoto a été la première réunion de haut niveau conduite sous la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques de 1992 et était une étape préliminaire essentielle dans un processus qui est toujours en cours. Par exemple, Kyoto a conduit à la création du système communautaire d'échange de quotas d'émission, qui a eu un certain succès. Plus généralement, Kyoto a encouragé de nombreux États, y compris les États-Unis, à adopter plusieurs mesures utiles, bien que non-requises par le protocole.

La suite de Kyoto a été la réunion de Copenhague en 2009. On espérait initialement que la réunion de Copenhague se traduirait par un second traité, d'un statut juridique comparable à celui de Kyoto, dont l'expiration était fixée pour 2012. Cela ne s'est pas

Prendre la responsabilité au sérieux

produit. En lieu et place, les pays rassemblés n'ont pu conclure qu'un « accord » non obligatoire, négocié par des dirigeants mondiaux en session fermée. Réunis en session plénière à la fin de la Conférence, ils ont strictement limité leur engagement à une « prise de note » de l'existence de cet accord. L'accord de Copenhague n'a donc pas de force juridique et les pays sont invités à s'y rallier sur une base individuelle par des promesses non contraignantes de réduction de leurs émissions. Par exemple, les États-Unis ont promis de réduire, d'ici 2020, leurs émissions de gaz carbonique de 3 % par rapport au niveau existant en 1990, et de 17 % par rapport au niveau de 2005. L'Union Européenne a promis de réduire ses émissions de gaz carbonique, d'ici 2020, de 20 % par rapport au niveau existant en 1990, et de 13 % par rapport au niveau de 2005. La Chine a promis de réduire son « intensité carbone » de 40 à 45 % par rapport au niveau existant en 2005. L'« intensité carbone » n'est pas une mesure des émissions de dioxyde de carbone au sens absolu, il s'agit plutôt d'une mesure des émissions de gaz carbonique par unité du produit intérieur brut.

La chose la plus importante qui s'est produite à Copenhague est peut-être la prise de conscience que, au moins pour le moment présent, la manière la plus efficace de procéder ne passe pas par des traités à grande échelle ratifiés par un nombre important de pays. Il y a plusieurs raisons à cela. Premièrement, les négociations multilatérales entre de nombreux pays sont inévitablement complexes et malaisées. Deuxièmement, la reconnaissance du caractère obligatoire des engagements qui découlent d'un traité international est bien plus difficile que pour d'autres sources d'engagements, du moins pour certains pays. Cela s'applique en particulier aux États-Unis, où le Sénat est seul compétent pour autoriser, à la majorité de deux tiers, la ratification d'un traité international, suite à une négociation préalable conduite par le pouvoir exécutif. (Cette condition de deux tiers est la cause majeure, qui a contribué plus qu'aucun autre facteur, au fait que les États-Unis n'aient pas ratifié le protocole de Kyoto). Troisièmement, des accords entre un nombre réduit de pays, qui prennent généralement une forme autre

Les États-Unis et le réchauffement climatique

que celle d'un traité international, se sont révélés efficaces dans la production d'engagements à force obligatoire ou de promesses faites de bonne foi.

II. La politique états-unienne en matière de réchauffement climatique

Mon champ d'expertise est limité aux États Unis. Je décrirai donc ce que les États-Unis ont fait, et pas fait, dans les dernières années.

À cause du blocage politique actuel, qui n'est pas limité au sujet du réchauffement climatique, il a été très difficile pour les États-Unis d'adopter, à travers de nouveaux traités ou de nouvelles lois fédérales, des mesures significatives. D'une manière générale, les démocrates (c'est-à-dire les membres de la partie démocrate) aux États-Unis sont plus favorables que les républicains à la limitation des émissions de gaz à effet de serre. La réponse typique d'un républicain conservateur, interrogé sur le sujet du réchauffement climatique, est de dire : « Je ne suis pas un scientifique » et de refuser de reconnaître la légitimité du large consensus scientifique qui existe sur le réchauffement climatique et ses causes. Depuis les dernières élections, les républicains contrôlent les deux chambres du Congrès américain. Le sénateur républicain Mitch McConnell, originaire de l'État du Kentucky, est le nouveau chef de la majorité au Sénat américain. Le Kentucky est un État producteur de charbon. Une grande partie de son économie (ainsi que les donateurs et électeurs de la campagne électorale du sénateur McConnell) est dépendante du charbon. Avec beaucoup d'autres républicains, le sénateur McConnell a refusé de reconnaître la validité de la science du changement climatique. Lors d'un entretien, peu de temps avant la dernière élection, il n'a pas souhaité révéler s'il croyait en l'existence de ce phénomène. Il a répondu : « Je ne suis pas un scientifique. Ce qui m'intéresse surtout, c'est de protéger l'économie de l'État du Kentucky ». Cette profession d'ignorance de la part

Prendre la responsabilité au sérieux

du sénateur McConnell me fait penser à cette phrase de l'écrivain américain Upton Sinclair, il y a quatre-vingt ans : « Il est difficile de faire comprendre quelque chose à une personne lorsque son salaire est dépendant d'une absence de compréhension »¹.

À cause de cette réalité politique, pratiquement toutes les initiatives récentes en rapport avec le changement climatique ont été prises par le président Obama et son gouvernement sous l'autorité légale actuelle, sans autorisation supplémentaire du Congrès américain.

À l'international, l'intervention personnelle à Copenhague en 2009 du président Obama et l'accord bilatéral conclu avec la Chine en 2014 peuvent être considérés comme ses actions les plus importantes.

Parlons tout d'abord de Copenhague. Au dire de tous, les discussions à Copenhague se passaient mal. Il y avait un grand risque qu'elles se concluent sans qu'on arrive à un accord quelconque. En espérant éviter l'échec total, le président Obama a pris un vol de nuit pour Copenhague et s'est entretenu personnellement, de manière impromptue, avec les chefs d'État de Chine, d'Inde, du Brésil et d'Afrique du sud. De cet entretien a émergé le cadre préliminaire d'un accord, qui est devenu l'accord de Copenhague. Je sais bien que le président Obama n'a pas sauvé l'accord à lui seul. Je dirai plutôt que ses interventions ont montré clairement qu'il prenait le sujet du changement climatique au sérieux et qu'il ferait le nécessaire afin de le faire avancer, dans le respect des contraintes politiques américaines.

Parlons ensuite de l'accord avec la Chine. En novembre de l'année dernière, les États-Unis et la Chine ont annoncé que les deux pays avaient trouvé un accord sur les objectifs d'émission. Les États-Unis ont annoncé leur intention de réduire d'ici 2025 les émissions de gaz à effet de serre de 26 à 28 % par rapport au niveau existant en

1. "It is difficult to get a man to understand something, when his salary depends on his not understanding it." (Upton Sinclair, *I, Candidate for Governor: And How I Got Licked* [1935], California University Press, 1994, p. 109.

Les États-Unis et le réchauffement climatique

2005, et de faire de leur mieux pour atteindre l'objectif de 28 %. Pour sa part, la Chine a annoncé son intention de « plafonner » – c'est à dire de ne plus augmenter – ses émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030, et de faire de son mieux pour rester sous ce plafond avant cette date. Lors de leur annonce commune, les deux pays ont fait une référence spécifique à la prochaine Conférence des Nations unies sur le changement climatique, programmée à Paris à la fin de l'année, et ont exprimé l'espoir que leur accord préparait le terrain pour une conférence fructueuse.

Au niveau national, le gouvernement du président Obama a aussi entrepris des démarches significatives.

Premièrement, sous ce gouvernement, l'Agence américaine de protection de l'environnement (APE) a adopté des mesures en application de la loi américaine sur la qualité de l'air pour réduire les émissions de dioxyde de carbone des voitures et camions. L'arrêt clef est *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007). Le contexte du litige révèle les forces politiques qui interviennent. L'APE a le pouvoir de réguler les « polluants » en appliquant la loi américaine sur la qualité de l'air. Sous le gouvernement Clinton, le Conseil général de l'APE (nommé par le Président) a émis un avis précisant que les gaz à effet de serre constituaient des « polluants » et qu'en conséquence, l'APE avait le pouvoir de les réguler. Toutefois, parce que cela s'était produit près de la fin du deuxième mandat du président Clinton, aucun règlement n'a été émis. Sous le gouvernement de son successeur, le président George W. Bush, le nouveau Conseil général de l'APE a émis un avis arrivant à la conclusion inverse. Selon cet avis, les gaz à effet de serre ne pouvaient être qualifiés de « polluants » sous la définition de la loi américaine sur la qualité de l'air. L'État de Massachusetts avec d'autres États ont intenté une action contre l'APE, afin d'obtenir un jugement déclaratoire (une procédure qui n'existe pas en France), confirmant d'une part que les gaz à effet de serre étaient des « polluants », et affirmant d'autre part que l'APE avait le pouvoir de réglementer les émissions de gaz carbonique des voitures et camions neufs. La Cour suprême des États-Unis, par un vote de

Prendre la responsabilité au sérieux

5 contre 4, a confirmé le pouvoir de l'APE de limiter l'émission de gaz carbonique des véhicules neufs.

Sa compétence étant ainsi confirmée par la Cour suprême, l'APE, avec une autre agence fédérale, a émis sous le gouvernement Obama des règlements qui obligent les fabricants d'automobiles à respecter des normes de rendement énergétique moyen, nommées les normes *Corporate Average Fuel Economy* (CAFE) pour la fabrication des véhicules neufs. Les normes CAFE s'appliquent à l'ensemble des véhicules d'un fabricant particulier. Ces normes imposent que le rendement énergétique moyen de l'ensemble du parc de véhicules respecte un certain niveau en miles par gallon. (Prenant en compte la méfiance américaine extrême envers les impôts, les normes CAFE sont plus acceptables politiquement que des impôts plus élevés sur le carburant.) Les normes CAFE ont comme effet d'encourager les fabricants à développer et vendre des voitures hybrides et électriques afin de corriger le déséquilibre causé par les voitures « énergivores ». Comme les voitures « énergivores » sont hautement rentables, les fabricants sont prêts à vendre les voitures hybrides et électroniques à bon prix afin de respecter les normes de rendement énergétique moyen imposé par les standards CAFE, à tel point que parfois les fabricants vendent ces voitures à perte. Les normes CAFE les plus récentes imposent une consommation moyenne de 54,4 miles par gallon (23 kilomètres par litre) d'ici 2025, pour la totalité des véhicules d'un fabricant.

Deuxièmement, l'APE a également adopté des mesures dans le cadre de la loi américaine sur la qualité de l'air afin de limiter les émissions en gaz carbonique provenant des sources fixes, dont les centrales électriques. Sous le gouvernement Obama, l'APE a émis des règlements généraux limitant les émissions provenant de quasiment l'ensemble des sources fixes, mais la Cour suprême, par un vote de 5 contre 4, a partiellement annulé ces règlements dans l'arrêt *Utility Regulatory Group v. Environmental Protection Agency*, 134 S. Ct. 2427 (2014). (Je souligne, entre parenthèses et avec un peu de découragement, que dans l'arrêt *Massachusetts* de 2007 et dans cet arrêt de 2014, les votes étaient divisés en fonction de

Les États-Unis et le réchauffement climatique

l'appartenance politique.) Mais la Cour a confirmé les règlements pour les émetteurs à grande échelle qui étaient déjà soumis à la réglementation de l'APE parce qu'ils émettaient d'autres polluants. Grâce à cette confirmation, quasiment toutes les sources fixes de gaz carbonique d'importance ont pu être réglementées.

En juin 2014, l'APE a annoncé son intention d'émettre des règlements afin de réduire de 30 %, d'ici 2030, les émissions de dioxyde de carbone par les centrales électriques. L'effet de ces règlements, de manière générale, sera l'abandon du charbon en tant que carburant pour générer de l'électricité. Bien que la version finale de ces règlements ne soit pas encore publiée, le chef de la majorité du Sénat américain, Mitch McConnell, a quand même fait part de sa forte opposition. Le 31 mars 2015, il a diffusé une annonce publique, selon ses dires « en préparation des discussions qui vont avoir lieu à Paris sur le changement climatique ». Il a qualifié les règlements non-publiés de « probablement illégaux » et a averti que « [les] partenaires internationaux doivent procéder avec prudence avant de conclure un accord obligatoire irréalizable ». Un procès sur la légalité des règlements a été engagé devant les cours fédérales, dont le résultat n'est pas certain. Si un républicain est élu président, les règlements émis par l'APE sous le président Obama seront sûrement abrogés ou substantiellement modifiés.

Une étape supplémentaire évidente, qui pourrait être franchie par le gouvernement fédéral, serait d'allouer des subventions pour soutenir les énergies renouvelables, comme les énergies solaire et éolienne, et d'encourager la recherche et le développement. Durant l'exercice financier de l'année 2013, le gouvernement fédéral a dépensé un peu moins de 12 milliards de dollars de subventions pour la production et le développement d'énergies renouvelables, dont un peu moins d'un milliard alloué à la recherche et au développement. Cette somme peut paraître importante, mais étant donné la taille de l'économie américaine et du budget fédéral annuel, il n'en est rien.

Enfin, au vu de notre forme particulière de gouvernement fédéral, il y a toujours la possibilité d'une action importante de la part d'un État fédéré. En 2006, trois ans avant Copenhague, la Californie a

Prendre la responsabilité au sérieux

adopté une loi qui dispose que d'ici 2020, les émissions de gaz à effet de serre en Californie seront réduites au niveau existant en 1990. Cela peut paraître constituer un objectif peu ambitieux, étant donné que les États-Unis ont promis à Copenhague de réduire l'ensemble des émissions américaines de gaz carbonique d'ici 2020 à un niveau qui correspond à 3 % de moins que le niveau existant en 1990. Cependant, il y a deux raisons qui font que cela constitue tout de même, de fait, un objectif ambitieux. Premièrement, l'arrêt des centrales électriques au charbon peut réduire de manière substantielle les émissions de dioxyde de carbone, mais les centrales de ce genre n'existent pas en Californie. Deuxièmement, depuis les années 1970, la Californie a déjà fait de grands progrès pour augmenter le rendement énergétique dans les domaines de la production et de la consommation. Depuis 1990, la Californie est devenue très éco-énergétique par rapport à d'autres États américains. L'objectif de réduire les émissions en Californie aux niveaux existants en 1990 est donc plus, et pas moins ambitieux que celui de réduire les émissions aux États-Unis dans l'ensemble de 3 % par rapport au niveau existant en 1990.

Récemment, et en particulier sous le gouvernement du président Obama, les États-Unis se sont joints aux pays d'Europe et à d'autres dans leur effort pour réduire la vitesse du réchauffement climatique. Au moins à court terme, la poursuite du succès des États-Unis dans cette entreprise dépend du résultat des prochaines élections présidentielles. L'accord entre les États-Unis et la Chine, ainsi que les diverses mesures prises dans le cadre de la loi sur la qualité de l'air afin de réduire les émissions de gaz carbonique sont l'œuvre du Président Obama et de son gouvernement. Ce travail sera probablement défait, au moins en partie, si notre prochain président est un républicain. Il y a beaucoup de raisons pour prêter attention aux élections présidentielles aux États-Unis. La plus évidente concerne la politique militaire, qui est, comme on a pu l'observer en Irak et en Afghanistan, souvent largement déterminée par le Président lui-même. Mais, comme je viens de le montrer, la politique américaine concernant le réchauffement climatique est également une raison importante.

Les États-Unis et le réchauffement climatique

Le réchauffement climatique est le problème d'environnement le plus important de nos temps. C'est un problème difficile et compliqué et j'avoue être pessimiste. Nous sommes toutefois obligés d'y faire face et d'essayer de le résoudre. C'est une responsabilité envers nos enfants, nos petits enfants et les générations qui suivent. Nous n'avons pas le choix.

CHAPITRE 8

La responsabilité écologique en droit chinois

par Bin Li*

La constitution chinoise pose le principe selon lequel l'État protège l'environnement et encourage l'écologie, dans le but de prévenir la pollution¹. Ce principe met donc l'État au premier rang des acteurs dotés du pouvoir et de la responsabilité en matière d'environnement et d'écologie. Il s'ensuit que l'effet réel de ce principe dépend de la puissance et de l'autorité des gouvernements – central et locaux – qui représentent l'État dans la mise en œuvre du principe constitutionnel évoqué. Or de vives critiques pointent l'inefficacité et le manque de force contraignante de la législation chinoise relative à l'environnement, et ce dans la mesure où les règles de droit ne sont pas toujours appliquées dans la pratique à cause de résistances diverses et compliquées. Sans chercher à recenser les causes d'ineffectivité du droit environnemental chinois, il s'agira ici d'analyser la réponse du droit chinois à cette crise environnementale et écologique. Non seulement cette dernière met en cause la durabilité de la croissance économique et du mode actuel de développement de la société, mais aussi, plus profondément, la santé et la survie des peuples chinois et par conséquent la légitimité politique du gouvernement. Depuis peu de temps, sous la pression ressentie des pollutions et atteintes aggravées dans tous les domaines (eau, air, terre

* L'auteur tient à remercier M. René Hostiou, professeur émérite de l'université de Nantes, pour ses soigneuses lectures et corrections du texte.

1. Article 26, alinéa 1^{er} de la Constitution 1982, amendée en 2004.

Prendre la responsabilité au sérieux

et biodiversité), les autorités – centrale et locales – sont amenées à répondre aux crises en adoptant de nouvelles orientations politiques qui se concrétisent à travers des mesures législatives, réglementaires et d'application. D'où l'avènement d'un contexte de consolidation du droit de l'environnement dans lequel s'inscrit le renforcement de la responsabilité. Ce renforcement résulte d'une part de la mise en places de normes (I) et, d'autre part, du déploiement d'actions visant à responsabiliser les acteurs (II).

I. LA MISE EN PLACE DE NORMES EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ ENVIRONNEMENTALE

Le durcissement de la responsabilité pour les atteintes causées à l'environnement et à l'écologie se réalise d'abord par la loi pénale qui sanctionne les actes de pollution avec des peines assez lourdes. La mise en avant de la responsabilité criminelle (A) réactualise la fonction traditionnelle du droit pénal à laquelle recourt l'État chinois pour atteindre les conditions du contrôle social. L'importance de l'instrument du droit pénal devient d'autant plus évidente que la loi sur la protection de l'environnement a été modifiée par la suite (B), bâtissant le fondement juridique des responsabilités relatives à l'environnement et à l'écologie.

A. La responsabilité criminelle dans le cadre des atteintes à l'environnement

La loi pénale révisée en 1997 consacre la section VI du chapitre VI de la partie des dispositions spéciales à l'incrimination des actes portant atteinte à l'environnement et aux ressources naturelles. Cette section comporte neuf articles¹ qui distinguent

1. Articles 338 à 346.

La responsabilité écologique en droit chinois

et punissent quatorze infractions : l'accident grave de pollution à l'environnement ; la manipulation illégale de déchets solides importés ; l'importation sans permis de déchets solides ; le trafic illégal de déchets solides ; la pêche illégale ; la capture ou l'abattage illégal d'animaux sauvages rares ou d'espèces en danger ; l'achat, le transport ou la vente illégale de produits d'animaux sauvages rares ou d'espèces en danger ; l'occupation illégale de terres cultivées ; l'exploitation illégale des mines ; l'exploitation des mines avec des moyens destructifs ; l'abattage illégal ou le pillage des arbres d'espèces rares ; l'abattage clandestin d'arbres ; l'abattage abusif d'arbres ; l'achat d'arbres illégalement abattus. Les infractions sanctionnées ont en commun la gravité des préjudices réels causés à l'environnement ou à la ressource naturelle. Si la gravité des préjudices ne dépasse pas un certain seuil, les actes en cause ne seront pas incriminés et punis par la loi pénale. On observe d'ailleurs que la loi pénale ne prévoit ni responsabilité à l'égard du préjudice écologique, ni sanction des menaces sérieuses à l'environnement ou à l'écologie.

Faisant écho aux critiques sur l'efficacité des infractions pénales dans la protection de l'environnement, l'amendement VIII à la loi pénale adopté en 2011 apporte des modifications d'importance à certaines infractions déjà évoquées. Il s'agit tout d'abord de l'article 338, qui auparavant sanctionnait l'accident grave de pollution de l'environnement, et qui devient désormais, suite à cette modification, l'infraction de pollution environnementale. On notera qu'avant ladite modification, l'article 338 sanctionnait la pollution mais à condition qu'elle cause des préjudices graves aux biens publics ou privés ou à la santé ou bien la mort de personnes physiques. Après cette modification, l'élément constitutif de préjudices graves aux biens ou à la personne est éliminé et remplacé par la formule générale de « pollution grave de l'environnement ». Ce changement implique l'élargissement de l'étendue d'application de l'infraction, donnant ainsi aux instances judiciaires une marge d'appréciation de nature à faciliter l'abaissement du seuil d'incrimination. L'article 343, alinéa 1^{er}, qui sanctionne l'exploitation

Prendre la responsabilité au sérieux

illégale des mines est également modifié. De même, avant modification, l'article 343 exigeait une atteinte grave à la ressource minière comme élément constitutif de l'infraction, tandis qu'après la modification, l'infraction est commise si « la situation est assez grave ». Cette formule abstraite donne non seulement une marge d'appréciation à la justice pour abaisser le seuil d'incrimination, mais surtout elle modifie profondément la nature et la fonction de la sanction pénale : sont désormais sanctionnés à la fois les actes ayant causé des conséquences préjudiciables et les actes qui génèrent des risques sérieux ou des menaces d'atteintes.

En droit chinois, la responsabilité pénale vise à sanctionner la violation des dispositions juridiques relatives à la protection de l'environnement et de l'écologie. En effet, l'un des éléments constitutifs des infractions consiste dans l'illégalité des activités en cause. Ainsi, l'article 338, qui incrimine la pollution environnementale, définit cette infraction par la décharge, la manipulation et le rejet de produits radioactifs, contaminants, toxiques ou d'autres éléments dangereux *en violation de la réglementation étatique* et causant des préjudices graves à l'environnement. Il s'ensuit que l'infraction n'est constituée que si les activités en cause se trouvent dans l'illégalité eu égard aux règles de droit ayant pour objectif de protéger l'environnement et l'écologie. En d'autres termes, les infractions répriment la violation du droit de l'environnement en imposant une responsabilité pénale en plus des responsabilités civiles et administratives. Par conséquent, l'application de la responsabilité pénale par les instances judiciaires dépend en amont des normes juridiques qui définissent les obligations de la protection de l'environnement dont la violation entraîne en aval une répression pénale. À cet égard, l'élaboration des règles de droit de l'environnement, et, entre autres, de la loi sur la protection de l'environnement, joue un rôle primordial quant à la potentialité de prendre la responsabilité au sérieux.

La responsabilité écologique en droit chinois

B. La modification de la loi sur la protection de l'environnement

La loi sur la protection de l'environnement adoptée en 1989 a été modifiée le 24 avril 2014 (ci-après appelée la nouvelle loi sur la protection de l'environnement). Ces modifications ont été conçues et initiées face à la crise environnementale. Par conséquent, elles portent quasiment sur l'ensemble des dispositions adoptées en 1989. La nouvelle loi sur la protection de l'environnement fait peser sur les gouvernements de différents échelons des responsabilités de supervision et d'administration dans la protection de l'environnement, ce qui constitue l'un des grands axes des modifications intervenues¹. La réussite des gouvernements à l'égard de leurs responsabilités en matière de supervision et d'administration est soumise à la supervision des assemblées populaires du même échelon par le biais du mécanisme du rapport². Le chapitre II de la nouvelle loi sur la protection de l'environnement prévoit spécifiquement les devoirs des gouvernements en concrétisant leurs responsabilités de supervision et d'administration, notamment l'élaboration du plan de protection de l'environnement, la rédaction des normes techniques sur la protection de l'environnement et des normes relatives à la décharge des matières polluantes, le système de surveillance et le mécanisme d'évaluation de l'impact environnemental. Le renforcement des responsabilités des gouvernements reflète l'idée selon laquelle l'effectivité de la nouvelle loi sur la protection de l'environnement repose finalement sur la détermination des gouvernements central et locaux.

Or, les critiques relatives au manque d'effectivité de la législation en matière d'environnement soulignent souvent l'impuissance des organes gouvernementaux compétents – parmi lesquels se trouve au premier rang le ministère de la Protection de l'Environnement – quant à la mise en œuvre des règles de droit. Pour renforcer ce

1. Nouvelle loi sur la protection de l'environnement, art. 10.

2. *Ibid.*, art. 27.

Prendre la responsabilité au sérieux

ministère et ses branches locales chargées de l'application de la nouvelle loi sur la protection, cette dernière prévoit désormais des pouvoirs d'exécution plus efficaces pour prévenir, suspendre, ou punir les actes de pollution : par exemple, le pouvoir d'enquête sur le lieu des activités des pollueurs¹ ; le pouvoir de saisie et de séquestre des installations ou de l'équipement à l'origine de la pollution² ; le pouvoir de décider du montant de l'amende journalière qui s'impose au pollueur et s'applique dès que les produits polluants ne sont pas immédiatement retirés ou nettoyés, et elle crée par conséquent une charge assez lourde avec un effet dissuasif pour le pollueur³. D'autres sanctions qui peuvent être adoptées par le ministère et ses branches locales incluent la suspension des activités ou la fermeture des établissements pollueurs, la rétention des personnes physiques, etc. De surcroît, la nouvelle loi interdit la mise en œuvre d'un projet d'exploitation ou le commencement de travaux de construction sans évaluation de l'impact environnemental préalable, conformément à la loi. Ceci érige l'évaluation de l'impact environnemental en une véritable barrière à une atteinte à l'environnement éventuelle. L'évaluation de l'impact environnemental est menée sous la responsabilité du ministère de la Protection de l'Environnement et de ses branches locales affiliées aux gouvernements locaux de différents échelons. De ce fait, le ministère et des branches locales se voient dotés d'un pouvoir décisif sur la réalisation de projets ou de travaux en fonction de considérations environnementales.

La responsabilité des gouvernements implique, pour être effective, celle de leurs agents fonctionnaires. La nouvelle loi sur la protection de l'environnement prévoit également les responsabilités disciplinaires, administratives et pénales des agents gouvernementaux en fonction de divers cas d'illégalité pouvant être rencontrés dans l'exercice de leurs fonctions⁴. Parmi les sanctions disciplinaires, la

1. *Ibid.*, art. 24.

2. *Ibid.*, art. 25.

3. *Ibid.*, art. 59.

4. *Ibid.*, art. 68.

La responsabilité écologique en droit chinois

révocation des agents responsables des conséquences graves résultant des illégalités est ressentie comme la plus efficace pour inciter les fonctionnaires à dûment remplir leurs missions et devoirs définis par la loi.

En matière de responsabilité civile, l'article 64 de la nouvelle loi sur la protection de l'environnement précise désormais que la loi sur la responsabilité délictuelle, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2010, s'applique aux préjudices résultant de la pollution environnementale et des atteintes à l'écologie. En vertu de cet article, la responsabilité civile est engagée à l'égard des préjudices écologiques, tandis que la loi sur la responsabilité délictuelle ne l'avait pas initialement prévu. La nouvelle loi sur la protection de l'environnement affirme donc le principe de la responsabilité civile pour les préjudices écologiques. Pourtant, il reste à définir précisément l'étendue des préjudices écologiques, les moyens de compensation et les formes concrètes de la responsabilité civile, car la législation actuelle demeure lacunaire. L'application dudit principe appelle la formulation d'un guide opérationnel.

Outre la responsabilité pour les faits illégaux, le droit chinois a récemment introduit un système d'éco-compensation qui vise à compenser les coûts supportés par ceux qui contribuent à la protection de l'environnement et à faire payer ceux qui en bénéficient ou ceux qui lui portent atteinte. En droit positif, la compensation écologique se réalise par des réparations bénéficiant aux personnes et non à l'environnement, comme l'intitulé de ce système le fait croire. Les moyens de compensation peuvent être économiques, financiers, technologiques, etc. En l'état actuel, les gouvernements central et locaux jouent le rôle principal dans le fonctionnement du système, qui s'appuie principalement sur les finances publiques. Les gouvernements des différents échelons attribuent les subventions financières aux acteurs qui contribuent à la protection de l'environnement et qui perçoivent les sommes payées par les exploitants des ressources naturelles. À cet effet, l'État procède à la création de zones de conservation, de restriction, d'exploitation et d'amélioration des ressources écologiques dans lesquelles le système

Prendre la responsabilité au sérieux

d'éco-compensation est mis en œuvre de manière variée, en fonction de la nature des zones concernées. Le fait que l'État assure le fonctionnement de ce système est justifié par la propriété publique des terres et des ressources naturelles propre au droit chinois. Par conséquent, le marché n'a pas encore joué un rôle important en la matière. D'ores et déjà, l'article 31 de la nouvelle loi sur la protection de l'environnement réaffirme le système d'éco-compensation, en vertu duquel l'État assigne une directive de mise en œuvre aux gouvernements locaux des zones protégées ou des zones qui bénéficient de la protection de l'environnement dans l'application du système d'éco-compensation par négociation ou selon les règles de marché. La mise en œuvre du système d'éco-compensation, qui se caractérise par une subvention de l'État dans un premier temps et ensuite par la transaction entre les parties ayant un impact sur l'environnement, pourrait brouiller les contours de la notion de responsabilité écologique. Car la responsabilité de dédommager ceux qui contribuent à la protection de l'environnement et qui en assument les coûts n'est plus une responsabilité du fait d'illégalités ou de préjudices causés à l'écologie : elle correspond à la valeur des intérêts écologiques. Il reste néanmoins à savoir si le prix est juste et quelles sont les limites de la transaction.

II. LES ACTIONS VISANT À RESPONSABILISER LES ACTEURS

Responsabiliser ceux qui doivent être responsables est l'objectif final de la mise en œuvre des normes juridiques relatives à la responsabilité écologique. La concrétisation d'actions juridiques ou administratives s'appuie sur le concours des juges (A) mais aussi sur des interventions civiques menées par les citoyens (B) dans le champ de la protection de l'environnement. La nouvelle orientation politique gouvernementale, vers un durcissement des sanctions dans l'application du droit de l'environnement, crée un contexte généralement favorable en la matière. Ceci dit, l'effectivité des normes

La responsabilité écologique en droit chinois

de responsabilité dépend dans une large mesure de la résolution des gouvernements des différents échelons (C), qui sont dotés des pouvoirs les plus puissants par rapport aux autres acteurs.

A. Les juges

Les chambres spéciales de l'environnement ont d'abord été établies au sein des tribunaux locaux. Puis en 2014, la Cour suprême s'est dotée d'une chambre spéciale de l'environnement et des ressources naturelles, l'objectif principal étant de mieux traiter les contentieux civils en matière de droit de l'environnement, grâce à la professionnalisation et la spécialisation des juges. La Cour suprême a créé en 2015 un centre d'étude sur la justice environnementale, qui est conçu comme le *think tank* des chambres de l'environnement. Depuis très peu de temps, environ 390 chambres spéciales de l'environnement sont instituées par les tribunaux locaux des 23 territorialités locales d'échelon provincial. La création des chambres spéciales de l'environnement contribue à l'accélération de l'adoption des décisions judiciaires face à l'augmentation significative des litiges devant la justice. L'efficacité de la procédure civile est renforcée par l'adoption de l'avis d'interprétation judiciaire par la Cour suprême donnant des instructions sur l'application de la loi des responsabilités civiles délictuelles, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2010, dans les contentieux civils relatifs à l'environnement¹. L'avis d'interprétation réaffirme le principe de la responsabilité sans faute qui s'applique aux cas d'atteintes à l'environnement, la responsabilité délictuelle des pollueurs ne pouvant être écartée ou limitée que si les dispositions législatives dérogatoires le prévoient autrement, mais dans des cas assez exceptionnels. Ledit avis d'interprétation apporte des précisions aux dispositions de la loi des responsabilités

1. Cour suprême, *Avis d'interprétation sur l'application de la loi des responsabilités civiles délictuelles dans les contentieux civils de l'environnement*, N°[2015]12, entré en vigueur le 3 juin 2015.

Prendre la responsabilité au sérieux

civiles délictuelles, devenant ainsi un outil utile pour guider les juges en matière de responsabilité environnementale et écologique.

En ce qui concerne l'application du droit pénal, la Cour suprême et le Parquet suprême ont conjointement adopté en 2013 l'avis d'interprétation sur le traitement des affaires criminelles relatives à la pollution environnementale¹, dans l'objectif d'établir des critères précis d'interprétation des infractions pénales relatives à l'environnement. Cet avis d'interprétation a été élaboré pour, entre autres, abaisser le seuil d'incrimination en vue de sanctionner plus efficacement les actes préjudiciables à l'environnement. En effet, l'incrimination des actes portant atteinte à l'environnement s'appuie essentiellement sur ledit avis d'interprétation, qui comporte les normes qui guident concrètement les juges pour utiliser l'outil pénal dans la qualification des actes en cause et pour imposer par conséquent la responsabilité pénale aux acteurs incriminés. L'effet concret du durcissement de la sanction pénale des agissements polluants se traduit par le nombre accru des condamnations pénales : à peine deux ans après l'entrée en vigueur dudit avis d'interprétation, presque 2 000 affaires pénales ont été jugées par les tribunaux des différents échelons, dont certaines sont exemplaires à l'égard de la lourde peine prononcée.

Pour donner une plus forte impulsion aux juges des instances locales dans le traitement des affaires relatives à l'environnement – civiles, administratives ou pénales –, la Cour Suprême procède à la publication de cas typiques, où les décisions judiciaires peuvent être considérées comme une référence utile pour des cas similaires. Par exemple, en février 2015, la Cour suprême a publié dix cas typiques relevant de l'application du droit de l'environnement. La publication de ces cas est d'autant plus symbolique qu'il s'agit de jugements dans des contentieux administratifs mettant en cause la responsabilité des autorités publiques dans l'application des dispositions législatives

1. Cour suprême, Parquet suprême, *Avis d'interprétation sur les dispositions applicables aux infractions pénales relatives à l'environnement*, N°[2013]15, entré en vigueur le 19 juin 2013.

La responsabilité écologique en droit chinois

en matière d'environnement. Par ailleurs, l'influence de la Cour suprême sur les instances juridictionnelles locales devient plus évidente par le biais des jurisprudences directrices [*guiding cases*]. Dans le but d'unifier l'application des règles de droit par les tribunaux locaux dans le traitement des litiges similaires, la Cour suprême a introduit depuis 2010 la pratique des jurisprudences directrices qui comportent l'interprétation des règles de droit qu'elle a retenues. Les jurisprudences directrices sont publiées, irrégulièrement et dans les gazettes officielles de la Cour suprême, avec la mention explicite permettant de les reconnaître, la description du fait, la référence aux règles du droit applicables, le jugement et le raisonnement juridique. Les juges locaux étaient dans un premier temps appelés à suivre et à se référer à l'interprétation des règles de droit comprises dans la jurisprudence lorsqu'ils jugent un contentieux dont la cause est similaire à la jurisprudence citée. La Cour suprême a récemment exigé des juges locaux qu'ils citent la jurisprudence directrice dans le raisonnement juridique de leurs jugements dans des cas similaires. Ainsi, les jurisprudences directrices deviennent quasiment une nouvelle source de droit issue de la Cour suprême. En avril 2015, il y avait au total 52 jurisprudences directrices, parmi lesquelles le contentieux relatif à l'environnement restait rare. Toutefois, les jurisprudences directrices offrent la possibilité d'une création prétorienne de règles de droit. Le droit de l'environnement et la responsabilité écologique en particulier pourraient être améliorés de la sorte, par voie jurisprudentielle.

B. Les citoyens

Les citoyens peuvent intenter des actions en vue de responsabiliser les auteurs des préjudices environnementaux et écologiques. Ils peuvent agir en justice au nom des victimes mais aussi sous forme d'actions pour l'intérêt général. Alors que l'interprétation doctrinale des dispositions législatives considère que la législation a très tôt reconnu l'action pour l'intérêt général, cette dernière n'a été véri-

Prendre la responsabilité au sérieux

tablement prévue qu'avec la modification de la loi de procédure civile, en 2012. Aux termes de l'article 55 de ladite loi, les organes et les organisations sociales peuvent intenter cette action dans les cas où l'intérêt général est mis en cause par la pollution environnementale, la violation des droits et intérêts des consommateurs, etc. La nouvelle loi sur la protection de l'environnement, aux termes de son article 58, précise les conditions selon lesquelles les organisations sociales peuvent intenter cette action. Les organisations sociales doivent d'abord s'inscrire auprès de l'agence gouvernementale locale chargée de l'administration des organisations sociales. Ensuite, les organisations sociales doivent avoir mené des activités dans le domaine de la protection de l'environnement depuis plus de cinq ans sans jamais avoir présenté de cas d'illégalité. Par ailleurs, l'article 58 de la nouvelle loi sur la protection de l'environnement interdit aux organisations sociales de tirer profit des actions pour l'intérêt général, ainsi que de partager une part des compensations décidées par le juge à l'issue du litige. Ces conditions semblent avoir eu pour effet de restreindre la capacité financière des organisations sociales à engager les contentieux au nom de l'intérêt public. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la protection de l'environnement, la croissance des actions pour l'intérêt public menées par les organisations sociales demeure très faible en raison de diverses contraintes, notamment financières et politiques. La prudence de la législation sur l'action pour l'intérêt public s'explique peut-être par la crainte que les organisations sociales puissent diluer l'autorité des gouvernements qui veulent maintenir leur position dirigeante dans la mise en œuvre du droit de l'environnement.

L'audience publique est une autre forme de participation des citoyens dans le processus de prise des décisions gouvernementales, notamment en ce qui concerne les projets d'infrastructures ayant des impacts importants sur l'environnement. Toutefois, alors que la procédure d'audience publique est obligatoire dans les cas prévus par la loi, elle est souvent critiquée à l'égard de la sélection préétablie des représentants des citoyens et de l'organisation inéquitable de la procédure par l'agence gouvernementale compétente dirigeant le

La responsabilité écologique en droit chinois

projet. Le risque de manipulation met en évidence la nécessité de perfectionner les règles procédurales de l'audience publique qui en garantissent l'efficacité. Les résistances à la participation effective des citoyens sont d'autant plus néfastes que l'audience publique joue un rôle crucial dans la prévention des atteintes causées à l'environnement et à l'écologie qui peuvent être parfois irréversibles. À cet égard, l'engagement des gouvernants en matière de protection de l'environnement est mis à l'épreuve par un fonctionnement effectif de l'audience publique.

C. Les gouvernements

Renforcer le pouvoir d'exécution du ministère de l'Environnement pour promouvoir l'efficacité de la mise en œuvre du droit de l'environnement est enfin l'un des axes majeurs de la nouvelle loi sur la protection de l'environnement. À cette fin, cette loi améliore les dispositions relatives aux pouvoirs d'enquête, d'amende et d'étude sur l'impact environnemental. Ainsi, le ministère et ses agences locales sont désormais dotés du « pouvoir de police » pour assurer l'exécution de la loi sur la protection de l'environnement. Toutefois, la puissance du ministère de l'Environnement et de ses agences locales reste conditionnée par la coordination, parfois défailtante, des rapports interministériels. Ceci se manifeste clairement en ce qui concerne le rapport entre le ministère de l'Environnement et la Commission nationale du développement et des réformes, qui occupe une position privilégiée dans le domaine des affaires financières et économiques et conserve un pouvoir décisif sur les grands projets ayant un impact important sur l'environnement. Il reste à voir si le ministère de l'Environnement pourrait pleinement jouer son rôle de protection de l'environnement dans les projets dirigés par ladite commission.

Dans la prolongation du renforcement de l'autorité des agences gouvernementales, responsabiliser les fonctionnaires dans le domaine de l'environnement constitue le dernier volet de la lutte contre l'ir-

Prendre la responsabilité au sérieux

responsabilité menée par les gouvernements. En effet, l'imposition de sanctions disciplinaires à l'encontre des individus responsables de la pollution et d'autres atteintes à l'environnement incite les agents gouvernementaux, souvent les responsables politiques – maires et leaders du Parti communiste à l'échelon local – à respecter les règles de droit environnemental dans la prise de décisions ou dans l'administration des affaires locales. Ce « contrôle vertical », qui s'impose aux dirigeants locaux, les vrais responsables au niveau local à l'égard de l'écologie et de la protection de l'environnement, est perçu comme un outil efficace pour les responsabiliser. La leçon chinoise montre ainsi que la responsabilité ne saurait être sérieuse si les conséquences de celle-ci ne pèsent pas assez lourdement sur le sujet responsable.

Le droit chinois répond à la crise environnementale par la mise en place de la nouvelle politique gouvernementale. Cette réaction est marquée notamment par le durcissement de la responsabilité juridique pour les atteintes portées à l'environnement et à l'écologie. Sur un plan général, le droit chinois s'oriente déjà vers la responsabilisation des auteurs d'activités préjudiciables à l'environnement et à l'écologie, mais il existe au moins deux obstacles à franchir pour qu'advienne une norme complète de responsabilité. Il s'agit d'abord d'un obstacle d'ordre juridique, compte tenu de la faiblesse du droit chinois quant à la prévention et la précaution par rapport au préjudice écologique. Car en l'état actuel, la responsabilité en droit chinois se définit essentiellement par l'imposition de sanctions correspondant aux activités qui ont déjà causé des dommages substantiels ou des menaces réelles. La responsabilité n'est donc pas encore globale mais se caractérise déjà par un déséquilibre entre la sanction et la prévention. Ensuite, l'ambiguïté de la politique et du droit à l'égard de la relation entre la croissance et la durabilité du développement constitue un autre obstacle, car la visée n'est pas la conciliation entre l'intérêt à court terme et celui à long terme, mais bien la reconnaissance de la finalité du développement et des valeurs de l'homme dans son rapport avec l'environnement. Or, le pragmatisme du droit chinois semble reléguer la reconnaissance

La responsabilité écologique en droit chinois

des valeurs aux discussions sur les dimensions morales et éthiques de la notion de responsabilité. D'où une discontinuité entre le sens normatif et le sens juridique de la responsabilité. On se demande si le droit chinois restera toujours imperméable à une notion élargie de responsabilité, si la flexibilité – ou l'irrationalité, la porosité, etc., selon certaines critiques – du droit chinois pourra devenir un avantage dans l'intégration de la notion normative de responsabilité au droit positif. Et comment ? En bref, face à la crise commune d'irresponsabilité, reste à observer si le droit chinois – non seulement par l'avancement des travaux législatifs mais aussi par sa mise en application – peut contribuer à l'émergence d'un droit commun de la responsabilité.

Titre 2 – La responsabilité sociale et sanitaire

CHAPITRE 9

À propos de la RSE(E) en Chine : enjeu vital d'un pari périlleux ?

par Linxin He

En février dernier, un événement sensationnel a profondément secoué la Chine : un documentaire intitulé *Sous le dôme*¹ et présenté sur internet a été visionné plus de 200 millions de fois en seulement 48 heures. En déclarant sa guerre en tant que citoyenne contre la pollution atmosphérique qui plombe le ciel en Chine, la réalisatrice de cette enquête, Chai Jing, est devenue la porte-parole d'une population indignée et inquiète. La préoccupation n'est pas moins présente au plus haut sommet de l'État chinois. Dans le rapport d'activité du gouvernement² présenté en mars dernier devant le Congrès national des représentants du peuple, le Premier ministre Li Keqiang affirme qu'il faudra traiter la question environnementale avec « une main de fer » et confirme les objectifs issus de l'accord sino-américain conclu en novembre 2014. En même temps, cette brûlante actualité ne saurait faire perdre de vue les scandales qui l'ont précédée et qui ont bouleversé la société chinoise bien au-delà du domaine environnemental. On peut évoquer le travail forcé d'enfants enlevés dans des mines de charbon en 2007, le scandale du lait frelaté en 2008 qui avait

1. Le documentaire *Sous le dôme* sous-titré en français est disponible à l'adresse suivante : <https://www.youtube.com/watch?v=ZS9qSjflwck>.

2. Une traduction française du Rapport d'activité du gouvernement chinois peut être consultée ici : <http://french.peopledaily.com.cn/Chine/n/2015/0317/c31354-8864408.html>

Prendre la responsabilité au sérieux

détruit la confiance des consommateurs envers les producteurs, ou encore en 2013 le brouillard qui a duré pendant presque une semaine dans plus de dix-sept provinces de Chine de l'est... D'où vient cette situation catastrophique ?

En sortant du chaos engendré par la Révolution culturelle, la Chine continentale est toujours en voie de reconstruction de son système politique, juridique et économique. Elle se considère en période transitoire. Les relations privées se libèrent du joug de l'économie planifiée à la soviétique et retrouvent une économie du marché, dite « socialiste ». Dans le meilleur des mondes, ces relations auraient dû faire l'objet d'une réglementation dictée par le droit. Toutefois, on constate une coexistence entre l'effervescence des idées et le retard persistant de l'œuvre législative. Les lacunes du droit ont pendant longtemps laissé libre cours aux activités économiques, sous réserve des limites définies par l'administration et souvent en accord avec cette dernière. Il n'est donc pas étonnant de voir que les moins « responsables » ont cherché à l'envi à maximiser leurs profits, quitte à nuire aux autres et à corrompre l'administration. Les catastrophes sociales, sanitaires et environnementales étaient alors au seuil de la porte.

En raison de cette configuration très particulière, nous constatons une réaction intéressante en matière de droit. Contrairement aux pays industrialisés qui connaissent une succession temporelle entre la responsabilité de droit commun et la responsabilité en matière sociale et environnementale, la Chine continentale réfléchit à ces deux questions en même temps. Tandis que la préparation de la loi de la responsabilité civile délictuelle était en cours dans les années 2000, la responsabilité sociale des entreprises avait déjà été présentée en Chine, grâce à l'ouvrage pionnier de Liu Junhai¹. Dans l'engouement doctrinal suscité par cet ouvrage, les juristes chinois se sont avant tout approprié la conception occidentale de cette responsabilité (la « RSE »). Le domaine d'application de cette responsabilité

1. J. Liu, *La Responsabilité sociale des entreprises*, 1999, Pékin, Presses du droit (刘俊海 : « 公司的社会责任 », 北京, 法律出版社, 1999年第一版).

À propos de la RSE(E) en Chine

est communément défini comme les relations de l'entreprise avec des « parties prenantes » (*stakeholder*), dont notamment les salariés, les consommateurs et l'environnement. De même, sa nature juridique se trouve au cœur des controverses en Chine (S'agit-il simplement d'un « *soft law* » ?). À notre avis, une analyse juridique sérieuse doit montrer en quoi cette idée s'est concrétisée et a pris forme en droit au sens plein du terme. De plus, l'approche volontariste ne permet pas d'éclairer l'influence de cette doctrine sur le travail législatif florissant en Chine depuis 2000. Nous tâchons donc d'examiner ici, à travers la législation et la jurisprudence, la responsabilité des entreprises dans les domaines social, sanitaire et, ponctuellement, environnemental en Chine¹. (Nous utilisons alors un autre sigle, « RSEE », pour désigner cette Responsabilité sociale et environnementale des entreprises *en droit*².)

En réalité, il ne manque pas de signes qui montrent l'autonomie croissante de cette responsabilité, qui se dissocie de la bonne volonté des entreprises. Si ce processus d'objectivation est bien en cours (I), l'effectivité des règles en cause reste largement liée à son degré de judiciarisation (II).

I. L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITÉ SOCIALE ET ENVIRONNEMENTALE DES ENTREPRISES

L'emprise de la volonté des entreprises s'amenuise en effet sur deux plans : le premier concerne le fondement juridique de la RSEE (A) et le second est relatif à son régime, ou plus exactement aux conditions de cette responsabilité (B).

1. Notre article tentera donc, sous l'angle du droit privé, de compléter celui de Bin Li, chapitre 8, p. xx.

2. Pour une présentation de l'approche volontariste, voir J. Zhao, *Corporate Social Responsibility in Contemporary China*, Cheltenham, Northampton, E. Elgar Publishing Limited, 2014.

Prendre la responsabilité au sérieux

A. L'objectivation du fondement juridique

Notre étude semble confirmer le schéma proposé par Catherine Thibierge au sujet de la « densification normative »¹. La maturation des idées débouche progressivement sur la création de normes « déclaratoires », puis « obligatoires » – ce que l'on appelle ici l'objectivation du fondement juridique. Certains auteurs chinois se sont intéressés à la meilleure modalité de légiférer en cette matière : est-il nécessaire de consacrer un principe général de RSEE ? Il est évident que l'avantage de l'adoption d'un tel principe consiste en sa puissance de systématisation et d'impulsion. Pour autant, son imprécision est telle que les juges peuvent refuser de le mettre en œuvre. Le législateur semble avoir légiféré aussi bien *in abstracto* que *in concreto*, sans toutefois procéder de manière utile à une combinaison des deux voies...

Concernant la voie générale, la réforme de la loi des sociétés du 27 octobre 2005 a créé un nouvel article 5, selon lequel :

[les] sociétés, dans leurs activités professionnelles, doivent se conformer aux lois et aux règlements, respecter les bonnes mœurs et l'éthique des affaires, agir de bonne foi, accepter le contrôle du gouvernement et du grand public, et *porter la responsabilité sociale* »².

Malheureusement, cet article n'est pas suivi de dispositions plus concrètes dans la même loi. Serait-il alors condamné à rester, du moins à l'heure actuelle, lettre morte dans la loi ? Plusieurs auteurs tentent malgré tout de lui donner un contenu plus concret et mentionnent par exemple l'article 152 de cette loi des sociétés. Cet article permet à certains associés ou actionnaires d'intenter une

1. C. Thibierge (dir.), *La Densification normative : découverte d'un processus*, Paris, Mare et Martin, 2013, p. 1107.

2. La traduction et l'italique sont de l'auteur. Il convient de remarquer que la réforme de la loi sur les entreprises de partenariat du 27 août 2006 a confirmé ce choix législatif en insérant au nouvel article 7 une « responsabilité sociale » à la charge de ces entreprises.

À propos de la RSE(E) en Chine

action en justice contre les membres de la direction ou les hauts responsables lorsque ces derniers causent un préjudice à la société. Avec la nouvelle loi, si la direction néglige la responsabilité sociale de l'entreprise, des associés devraient pouvoir faire appliquer l'article 152 au regard de l'article 5¹. D'autres auteurs avancent son influence sur la participation des salariés dans la gestion de l'entreprise, notamment au travers du nouvel article 118 qui exige qu'au moins un tiers des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme soit constitué de représentants des travailleurs. Il n'y a pourtant pas de codécision à l'allemande dans les SA chinoises, car le conseil de surveillance n'élit pas le directoire et ses décisions n'influencent qu'indirectement la marche de l'entreprise. Nous voyons donc que, dans un cas comme dans l'autre, la nouvelle loi des sociétés ne permet pas encore une réelle implantation de la RSEE dans les entreprises. Mentionnons enfin l'article 20, alinéa 3 de ladite loi qui permet de « lever le voile de la personnalité juridique » dans les groupes d'entreprises sous certaines conditions². Désormais, la RSEE devrait également être prise en compte³.

Concernant l'usage de l'article 5 à lui seul, dans un jugement de première instance, qui est donc loin d'être une décision de principe⁴, un tribunal de Shanghai a invoqué directement « la responsabilité sociale de l'entreprise » pour, à notre grande surprise, légitimer un manquement contractuel d'une société de télécommunication. En effet, une personne n'ayant pas pu envoyer des SMS assigna son fournisseur de téléphonie mobile (en l'occurrence

1. J. Lou, "The Moral Aspect of Corporate Social Responsibility", *Peking University Law Journal*, 2008, vol. 20, n° 1, p. 36. (楼建波 : "中国公司法第五条第一款的义文解释及实施路径", « 中外法学 » 2008年第1期, 页36).

2. Notamment un abus de droit de l'actionnaire et un dommage important causé au créancier. On peut en réalité comparer ce mécanisme à l'action paulienne en droit français.

3. Le développement des obligations d'informations (financières) est encore très embryonnaire. Voir par exemple, B. Roth, « Corporate social responsibility in China », *Zeitschrift für Chinesisches Recht*, 2014, n° 2, p. 122.

4. Jugement n° 226 de l'année 2010 du Tribunal de Huangpu District (上海市黄浦区人民法院 (2010) 黄民一 (民) 初字第226号民事判决).

Prendre la responsabilité au sérieux

China Mobile, l'entreprise nationale occupant la première place du marché) en justice pour l'inexécution du contrat et demanda des dommages-intérêts d'une somme symbolique. La partie défenderesse fit valoir que le dysfonctionnement résultait des manœuvres de contrôle du réseau, nécessaires pour garantir l'ordre du marché de la téléphonie mobile et conformes à sa responsabilité sociale, si bien qu'elle ne pouvait être tenue pour responsable de l'inexécution du contrat. Les juges acceptèrent les moyens de défense en se fondant également sur l'impériosité de la responsabilité sociale de l'entreprise. Nous n'avons pu trouver d'autres décisions qui écartent ou confirment ce jugement. Il est sans doute judicieux de le considérer comme un cas isolé. Néanmoins, il est révélateur des conséquences pouvant être induites par la consécration d'un principe général de RSEE : elle accroît en réalité la marge d'appréciation des juges et fournit un principe d'équité et de justice qui peut même faire fléchir l'autonomie de la volonté, hélas pas toujours dans le bon sens... Il est tout à fait étonnant de constater en l'espèce que ce principe d'équité est finalement mobilisé en faveur de la plus grande entreprise de téléphonie mobile en Chine, au détriment d'un consommateur.

En dehors du droit des sociétés, on trouve des affirmations de principe également en matière sociale et environnementale : en matière sociale, la loi relative à la sécurité de la production du 29 juin 2002 (modifiée en 2014) retient une responsabilité de principe de l'entreprise pour assurer la sécurité au travail (art. 3) ; quant au droit de l'environnement, la réforme générale en 2014 de la loi de la protection de l'environnement a mentionné spécifiquement la responsabilité des entreprises dans le nouvel article 6. À la différence du droit des sociétés, on trouve ici des dispositions juridiques plus concrètes qui constituent ainsi la partie substantielle de la RSEE en Chine. Il nous est donc loisible d'examiner plus en détail cette voie concrète, en analysant les grandes tendances du régime de la RSEE, qui relève également d'une certaine « objectivation ».

À propos de la RSE(E) en Chine

B. L'objectivation du régime juridique

Le passage à la société industrialisée, ou la société du risque, a permis un aménagement du principe de responsabilité en matière sociale. Engagé dans ce processus de modernisation, le droit chinois réagit de manière similaire en s'efforçant de socialiser les préjudices survenus et d'éviter des dommages éventuels en matière sociale et environnementale. La RSEE devient ainsi une responsabilité sans faute pour le passé et une obligation de précaution pour le futur. La part de la faute intentionnelle des entreprises devient moins importante et c'est le préjudice, avéré ou potentiel, qui occupe désormais le devant de la scène.

En effet, s'agissant de l'indemnisation du préjudice avéré, la loi relative aux principes généraux en matière civile, qui servait seule pendant longtemps de *corpus juris civilis* en Chine, a prévu en 1986 (art. 106, alinéa 3) la possibilité d'une responsabilité sans faute. Néanmoins, il n'y avait que la responsabilité du fait des animaux (art. 127 de la même loi) qui était clairement identifiée comme objective, car la loi énonce comme condition d'exonération la faute de la victime. Ce sont en effet la doctrine et la jurisprudence qui ont qualifié d'objectives la responsabilité du fait des produits défectueux (art. 122) et celle en matière environnementale (art. 124). Il est intéressant de remarquer que ces dispositions ne consacrent pas *expressis verbis* une responsabilité sans faute. Tout comme dans le célèbre arrêt *Teffaine* et ses commentaires en France, les juristes chinois justifient leur qualification par l'absence d'exigence textuelle d'une faute et la réalisation du dommage qui tient plus au risque qu'à la faute. Un autre argument partagé par les droits français et chinois est l'existence de rapports inégaux entre les intéressés dans ces cas-là, à savoir les rapports entre commerçants et consommateurs, entre entreprises et individus. Le corollaire de cette responsabilité objective est l'aménagement, voire le renversement, de la charge de la preuve. La personne victime doit démontrer le fait du producteur ou de l'entreprise polluante qui provoque le

Prendre la responsabilité au sérieux

préjudice subi. Toutefois, si l'évolution législative semble suivre cette orientation¹, ce sont les juges qui déterminent leur application réelle. Ces derniers peuvent toujours interpréter strictement le dommage subi ou l'acte générateur de dommage et exiger du demandeur un commencement de preuve important. Dans un arrêt récent en matière environnementale², une cour d'appel a considéré que le simple fait de sentir des odeurs irritantes ne suffisait pas à établir l'acte de pollution et ne saurait donc renverser la charge de la preuve. Il aurait fallu que la partie demanderesse démontre l'existence d'une pollution au regard des indicateurs établis par les pouvoirs publics. Ainsi, les juges substituent la preuve par expertise à la preuve par témoignage et la font peser sur le demandeur. Il est certes louable de vouloir éviter des actions qui seraient abusives. Néanmoins, il nous semble trop rigoureux de définir un acte de pollution uniquement par rapport à des indicateurs établis. Ne va-t-on pas retrouver la raison instrumentale, piège de la société technologique ?

En matière sociale et sanitaire, la responsabilité de l'employeur à l'égard de la sécurité des salariés relève d'un régime complexe. En matière d'accidents du travail, il faut remarquer avant tout qu'il n'y a pas de « compromis » entre employeurs et salariés à la française, à savoir la prise en charge automatique de l'accidenté par la sécurité sociale et l'exclusion de l'action en justice contre l'employeur. Il existe bien une assurance sociale concernant la branche accidents du travail en Chine, dès 1996 de manière restreinte puis généralisée par la loi de la sécurité sociale de 2010. De par cette création, le principe de responsabilité sans faute se trouve également reconnu. Toutefois, la réglementation en la matière a maintenu un curieux dualisme à propos de l'indemnisation : il faut que l'employeur ait versé effectivement des cotisations sociales pour que l'accidenté soit

1. Voir la nouvelle loi de la responsabilité civile délictuelle du 26 décembre 2009, et notamment les articles 65 *sq.*

2. Jugement n° 00001 du 22 avril 2015 de la Cour de Nantong, Jiangsu (2015通中环民终字第00001号).

À propos de la RSE(E) en Chine

pris en charge par la sécurité sociale. Dans le cas contraire, le règlement relatif à l'assurance des accidents du travail indique que le salarié victime doit réclamer ses indemnités auprès de l'employeur et éventuellement agir en justice contre ce dernier s'il refuse de les payer. De nombreux auteurs ont sévèrement critiqué ce régime dual d'indemnisation, car l'employeur, dans une logique de profit, peut miser sur la longueur et l'incertitude du procès¹ et refuser de verser les cotisations, compte tenu de la faible sanction prévue contre cette omission. D'ailleurs, ce régime génère une dualité de recours judiciaire assez complexe, dans la mesure où la contestation de la décision d'un organisme de la sécurité sociale relève du contentieux administratif et le recours contre l'employeur rentre dans la compétence des conseils d'arbitrage du travail... On peut donc constater qu'en termes de responsabilité sans faute, bien que le droit chinois ressemble au droit français à certains égards, les résultats obtenus sont encore très insuffisants. Cette insuffisance avait tourné au drame dans une affaire en 2009 dans laquelle un travailleur sans indemnisation avait assassiné son employeur. C'est bien là une nouvelle preuve à l'échelle microscopique de la fameuse proclamation selon laquelle « [il] n'y a pas de paix durable sans justice sociale ». (Préambule de la Constitution de l'OIT)

Quant à l'aspect prospectif de la RSEE, on constate une réglementation accrue des activités de l'entreprise à propos de la procédure et des standards à respecter.

Concernant l'encadrement procédural, deux éléments méritent d'être mentionnés : tout d'abord, des rapports d'impact sont généralement exigés lorsqu'une activité de l'entreprise pourrait porter atteinte à l'environnement ou à la sécurité au travail. Le législateur a également prévu une responsabilité solidaire des agences d'évaluation en cas de fraude de leur part². Ensuite, une particularité en

1. Rappelons que, bien que la responsabilité soit objective, l'employeur peut faire valoir des circonstances d'exonération classiques comme la faute de la victime ou la force majeure.

2. Respectivement l'article 65 de la loi relative à la protection de l'environnement et l'article 89 de la loi relative à la sécurité de la production.

Prendre la responsabilité au sérieux

droit chinois est d'exiger des entreprises d'établir un système dit de « responsabilité interne ». En clair, il s'agit de désigner des personnes spécifiquement en charge de la prévention¹. Elles encourent souvent une sanction administrative en cas de survenance du dommage.

À propos de la standardisation, elle se manifeste surtout à travers les obligations légales des pouvoirs publics d'établir les critères et leurs pouvoirs corrélatifs de contrôle. En matière sociale, l'article 10 de la loi relative à la sécurité de la production donne au gouvernement (ou plus précisément aux ministères en charge de la question) l'obligation d'établir des standards étatiques ou sectoriels. Ils doivent être « adéquats par rapport au progrès technologique et au développement économique » du pays. Le non-respect de ces standards entraîne l'interdiction de la poursuite des activités de production (art. 17). Le contrôle administratif est effectué selon un programme annuel établi par l'autorité locale (art. 59). On peut noter que les inspecteurs ayant constaté la violation d'un standard ont même le pouvoir de prononcer une saisie des équipements ou de mettre sous scellés l'atelier de la production (art. 62, §4).

II. LA JUDICIARISATION DE LA RESPONSABILITÉ SOCIALE ET ENVIRONNEMENTALE DES ENTREPRISES

Influencés par la pensée confucéenne, les Chinois ont une tendance à éviter tout contentieux judiciaire. En matière sociale et environnementale, la faiblesse du recours est en plus aggravée par l'inégalité des rapports de force. Pour renforcer ce contrôle, le droit chinois a assoupli très récemment certaines conditions du droit d'agir (A). Néanmoins, la force régulatrice de ces décisions est encore mise à mal au regard de leurs conséquences réelles (B).

1. Voir par exemple l'article 18 §1 de la loi relative à la sécurité de la production.

À propos de la RSE(E) en Chine

A. L'assouplissement des conditions du droit d'agir

L'adage « nul ne plaide par procureur » est également valable en droit chinois, du moins en procédure civile de droit commun¹. À la suite de nombreux débats, le législateur a choisi d'assouplir cette condition pour deux types d'action : outre le cas de la pollution, il est notamment prévu au nouvel article 55 de la loi relative à la procédure civile qu'en matière « d'atteintes aux intérêts de plusieurs consommateurs, ou d'autres agissements portant atteinte à l'intérêt général de la société, les institutions prévues par la loi et les organisations concernées peuvent agir devant les juridictions compétentes. » L'intérêt général évoqué ici devrait inclure « l'intérêt commun » de plusieurs personnes privées. On pourrait alors traduire cette action par « action d'utilité publique ». Le terme chinois (公益, *gong yi*, littéralement « intérêt public ») évoque plus souvent le caractère non lucratif, voire caritatif des activités ainsi qualifiées. En effet, la loi devrait pouvoir donner la qualité pour agir à des associations civiles de défense de droits.

Les juges semblent en revanche assez hésitants face à cette nouvelle action. En effet, une première série de contentieux est née à propos de la suffisance ou non de l'article 55 susmentionné pour déterminer les organisations qualifiées. Le législateur n'ayant établi aucun critère concret, certains juges considèrent qu'une prévision claire et précise doit être apportée ultérieurement dans des lois spéciales. C'est ainsi que la Cour supérieure de la province de Hainan a pu affirmer que l'article 55 n'énonçait qu'un principe général qui reste à concrétiser². Ce discours a conduit à une situation tout à fait déconcertante : certains auteurs parlent même d'un taux de recevabilité proche de zéro des actions en matière environnementale.

Concentrons-nous ici sur le cas des consommateurs. Si les législateurs ont réagi rapidement à ce problème de recevabilité, la réforme

1. L'article 119 de la loi relative à la procédure civile exige un intérêt direct à agir comme l'une des conditions de l'action en justice.

2. Par exemple, arrêt n° 155 du 26 décembre 2013 (2013琼立一终字第155号).

Prendre la responsabilité au sérieux

engagée sur la loi relative à la protection des consommateurs du 25 octobre 2013 s'est avérée décevante. Car le nouvel article 47 reconnaît exclusivement la qualité pour agir à l'Association des consommateurs de Chine (*China Consumers' Association*) qui est statutairement subordonnée au Bureau national de l'industrie et du commerce (art. 4 du statut de l'association). Par « irradiation », peut-on dire, ses trente-deux implantations régionales et locales reçoivent également l'habilitation, ce qui rend trente-trois organisations capables d'agir pour plus d'un milliard de consommateurs en Chine : l'insuffisance est plus que manifeste. La protection de la santé publique (notamment alimentaire) nécessite des mesures plus effectives.

En matière sociale, on ne connaît pas de réforme similaire. Les syndicats, bien que qualifiés d'organisation de défense des intérêts des salariés¹, ne connaissent qu'un droit d'agir très limité. C'est seulement en cas de litiges relatifs à l'application des conventions collectives ou d'atteinte à l'intérêt du syndicat lui-même que ce dernier peut agir en justice². Il n'y a pas d'équivalent de l'action syndicale ou de l'action en substitution françaises. Les syndicats peuvent tout au plus « soutenir les salariés » lorsqu'ils envisagent d'ester en justice³. De nouveau, on constate l'insuffisance des dispositifs en vigueur. À cette insuffisance s'ajoute la difficile application du droit qui se manifeste surtout dans l'exécution des décisions de justice.

B. La « force » des décisions de justice ou l'écart entre le fait et le droit

En plus de son pouvoir d'injonction pour faire cesser les troubles (ou de manière plus large les actes illégaux), le juge civil peut notamment exiger l'indemnisation de la victime au regard du préjudice

1. L'article 6 de la loi relative au Syndicat du 3 avril 1992.
2. Voir les articles 20 et 49 de la loi précitée.
3. Voir l'article 21 de la loi précitée.

À propos de la RSE(E) en Chine

subi. Pour renforcer les moyens du juge, des juristes chinois ont réclamé la création des dommages-intérêts punitifs en matière de RSEE, à la fois pour leurs conséquences pécuniaires et pour leur portée symbolique de punition. À moins de reconnaître son existence en droit chinois à travers l'ancien article 49 de la loi relative à la protection des consommateurs de 1993¹, sa consécration par le législateur s'est réalisée dans deux nouvelles lois votées en 2009. Dans un premier temps, la loi relative à la sécurité des denrées alimentaires dispose dans son article 96, alinéa 2 :

[qu'en] cas de production de denrées qui ne respectent pas les indices de sécurité ou de vente desdites denrées en connaissance de cause, le consommateur peut, sans préjudice de la réparation du dommage subi, demander des dommages et intérêts équivalant à dix fois le prix d'achat au producteur ou au vendeur.

Dans un second temps, la loi de la responsabilité civile délictuelle prévoit dans son article 47 :

[qu'en] cas de fabrication et de vente d'un produit défectueux en connaissance de cause, si ce produit entraîne la mort ou de graves préjudices pour la santé d'autrui, la victime peut demander des dommages et intérêts punitifs.

Malgré ces progrès symboliques, nous devons remarquer que la portée pratique de ce mécanisme est relativement limitée. En effet, il est cantonné aux domaines des produits défectueux et de la protection des consommateurs. Par ailleurs, un élément subjectif, ou un dol civil, est très souvent requis pour une telle condamnation : il faut que les professionnels aient agi en connaissance de cause. Seuls les producteurs de denrées alimentaires se voient soumis à une responsabilité objective. D'ailleurs, la pratique judiciaire ne

1. Il prévoyait qu'en cas de manœuvres dolosives de la part du commerçant, le juge peut prononcer des dommages-intérêts correspondant à deux fois le prix payé. À l'issue d'une réforme en 2013, le montant est relevé à trois fois le prix payé selon le nouvel article 55. Il nous semble plus plausible de voir l'impact des dommages-intérêts punitifs sur ce nouvel article.

Prendre la responsabilité au sérieux

nous montre pas (encore ?) une application enthousiaste de la part des juges. C'est surtout la responsabilité contractuelle à l'égard des consommateurs qui aboutit à une telle condamnation¹. Qui plus est, ni la loi relative au contrat de travail de 2008, ni celle relative à la protection de l'environnement ne prévoient de dommages-intérêts punitifs.

Dans la pratique judiciaire, nous pouvons noter que dans une décision récente, la Cour supérieure de la province de Jiangsu² a confirmé la condamnation d'un employeur insolvable d'une petite entreprise à une peine (inventée !) de travaux publics de 960 heures au service de la protection de l'environnement. Sur la proposition de l'employeur lui-même, la Cour a adopté cette sanction en s'appuyant sur le principe de responsabilité personnelle du pollueur. Pour autant, cette solution ne nous semble pas généralisable, car son régime juridique est particulièrement délicat, dans la mesure où une telle peine civile ne serait pas précédée de toutes les garanties d'un procès pénal et porterait très souvent atteinte à la liberté individuelle et au principe de l'interdiction du travail forcé. Nous devinons parfaitement la raison profonde de cette décision de justice : une condamnation uniquement pécuniaire est synonyme d'impunité en cas d'insolvabilité de ces entreprises, qui peuvent causer un grave dommage environnemental avec un capital social limité. Quant aux entreprises plus grandes, une condamnation pécuniaire tombe également assez souvent devant la logique de « l'analyse économique » du droit...

À travers ce dilemme, nous arrivons au point névralgique du développement de la RSEE en Chine. Comme nous l'avons rappelé dans l'introduction, des atteintes graves à la personne humaine et à l'environnement sont plus qu'alarmantes aujourd'hui en Chine. Toutefois, le niveau insuffisant de la législation, accompagné d'un

1. Jugement n° 6118 du 11 décembre 2013 du Tribunal de Huli, Xiamen (2013 湖民初字第6118号).

2. Arrêt du 22 mai 2015, non encore publié. Voir le jugement de la première instance, n° 00002 du 9 septembre 2014 de la Cour de Lianyungang, Jiangsu (2014 连环公民初字第00002号).

À propos de la RSE(E) en Chine

pouvoir judiciaire relativement faible, contribue à laisser perdurer, voire à empirer, la situation. En même temps, les résultats escomptés de ce contrôle administratif sont constamment compromis par des renvois de responsabilité et le problème foncier de la corruption¹. Dans son documentaire sur la pollution atmosphérique, Chai Jing a enquêté sur l'application de deux législations spéciales permettant à l'administration de retirer du marché les véhicules qui ne respectent pas les critères environnementaux. Le résultat est scandaleux : aucune application n'a eu lieu au jour de la sortie de son documentaire. La raison a été attribuée par certains à l'imprécision des textes juridiques...

Les réformes législatives mentionnées dans cet article, malgré leur timidité, nous apportent une lueur d'espoir. En paraphrasant Mireille Delmas-Marty à propos de l'Europe², nous pouvons dire à propos de l'empire du Milieu qu'il n'est pas un modèle à suivre, mais un laboratoire où l'on expérimente les conséquences de la modernisation dans un contexte global. Or, devant les enjeux humains et environnementaux, non seulement du peuple chinois mais aussi de tous les peuples de cette planète, nous devons ajouter que dans cette expérimentation, nous avons une obligation de résultat : réussir.

1. On peut rappeler les actions du nouveau gouvernement chinois depuis 2013. Mais il convient de noter également la corruption au niveau local.

2. M. Delmas-Marty, A. Supiot, « L'internationalisation du droit : dégradation ou recomposition? », *Esprit*, nov. 2012, n° 389, spéc. p 50-51.

La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité

Isabelle Daugareilh

À défaut d'une réglementation des impacts des activités des entreprises sur les droits des travailleurs, les droits de l'homme et de l'environnement, la responsabilité sociale des entreprises (RSE ci-après) s'est imposée comme cadre de référence pour fonder un mouvement de privatisation du processus de régulation de la mondialisation de l'économie et, à tout le moins, pour retarder le plus possible l'avènement d'une norme juridique contraignante en favorisant le recours à la *soft law*. Durant deux décennies, on a voulu faire croire en la possibilité d'un système d'autorégulation autosuffisant dont l'efficacité devait naturellement découler du caractère volontaire des engagements pour accompagner la mondialisation de l'économie. Or, des centaines de travailleurs sont encore aujourd'hui réprimés en raison de leur engagement syndical, nonobstant la consécration de la liberté syndicale comme droit fondamental et l'identification de la convention 87 de l'OIT comme convention fondamentale dans la Déclaration de 1998. Des milliers de travailleurs meurent chaque jour dans des accidents du travail, comme celui du Rana Plaza en 2013, alors que le droit à un milieu de travail sûr et salubre a été reconnu comme droit humain fondamental dans la Déclaration de Séoul sur la sécurité et la santé au travail de 2008¹. 168 millions d'enfants continuent de travailler dans le monde alors que ce sujet

1. Selon l'OIT, plus de 313 millions de travailleurs sont victimes d'accidents non mortels chaque année. Chaque jour, 6 400 personnes décèdent des suites d'un accident

Prendre la responsabilité au sérieux

est le plus consensuel et que la prohibition du travail infantile fait l'objet des conventions les plus ratifiées de l'OIT.

Des travaux de recherche en sciences juridiques pointent inlassablement l'anomalie juridique créée par des formes d'organisation de la production et du commerce sur le plan mondial¹ : si la filiale d'une société mère transnationale ou un co-contractant d'une filiale ou d'un donneur d'ordres international installés en dehors du territoire européen ne respecte pas la législation locale ou internationale, commet des violations de droits humains ou sociaux ou provoque des dommages environnementaux y compris irréversibles, la responsabilité juridique de la société mère ou du donneur d'ordres international ne peut pas être engagée. En effet, d'un point de vue juridique, on est en premier lieu et en principe responsable seulement de ses propres actes, sauf texte législatif ; en deuxième lieu, il existe une autonomie juridique constitutive de voiles juridiques entre chaque composante de la chaîne globale de valeur et en troisième lieu, il n'existe pas de juge international ayant compétence pour traiter de tels dommages, comme il n'existe pas, sauf exception, de juge national disposant d'une compétence universelle². Nous sommes donc face à une irresponsabilité juridique régulièrement dénoncée des sociétés mères et des donneurs d'ordres alors que ce sont eux qui tirent tout profit de cette organisation. En contrepartie, les entreprises transnationales au mieux se targuent de RSE, au pire, assument sans état d'âme leur totale impunité.

Face à cela, de nombreuses initiatives ont été prises avec des résultats très variables. Il y eut d'abord deux tentatives avortées

du travail ou d'une maladie professionnelle, Discours du DG de l'OIT du 24 avril 2015 à l'occasion de la journée mondiale de la sécurité et de la santé au travail.

1. Voir notamment A. Supiot, *L'Entreprise dans un monde sans frontières*, op. cit. ; J.-Ph. Robé, *Le Temps du monde de l'entreprise. Globalisation et mutation du système juridique*, Paris, Dalloz, coll. « À droit ouvert », 2015 ; M. A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006.

2. C. Bright, *L'Accès à la justice civile en cas de violation des droits de l'homme par les entreprises multinationales*, Thèse 2013, Florence, EUI.

La responsabilité sociale des entreprises

de réglementer juridiquement les activités des entreprises au niveau international en 2003¹ et européen en 2006². En revanche, des instruments internationaux de *soft law* ont été adoptés par des institutions internationales publiques (OCDE, ONU, OIT, UE)³ et privées (ISO⁴). Révisées suite à l'impulsion de la RSE, ces normes internationales ont sans doute contribué à faire avancer l'idée d'un corpus de droits communs à l'humanité, reprenant et consolidant ainsi de manière réflexive⁵ le contenu des pratiques normatives des entreprises transnationales adoptées au nom de la RSE. Concernant la question sociale, on rappellera l'apport matriciel de la Déclaration de 1998 de l'OIT dont les quatre droits fondamentaux et les huit conventions fondamentales⁶ sont systématiquement repris dans tous les accords-cadres internationaux⁷ (ACI ci-après) et au moins évoqués dans les codes de conduite. À ce corpus s'ajoute le droit à la sécurité et à la santé au travail, qui s'avère être un des points communs entre codes de conduite et ACI et qui a reçu un traitement conventionnel original suite à la catastrophe du Rana Plaza de 2013, droit sur lequel nous nous appuierons pour examiner la responsabilité sanitaire et sociale des entreprises transnationales.

1. E. Decaux (dir.), *Les Nations unies et les droits de l'homme, enjeux et défis d'une réforme*, Paris, Pedone, 2006.

2. I. Daugareilh, « La responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne », *Sociologie du travail, L'Europe sociale*, 2009, n° 4, vol. 51, p. 499-517.

3. N. Postel, R. Sobel, (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Lille, Presses Universitaires du Septentrion, 2013.

4. M. Capron *et al.*, *ISO 26000 : une norme « hors norme » ?*, Paris, Economica, 2011.

5. F. Cochoy, A. Lachèze, « Capture et contre capture dans les politiques de responsabilité sociale de l'entreprise », in I. Daugareilh, *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, *op. cit.*, p. 31.

6. La liberté syndicale, la prohibition du travail des enfants, l'interdiction du travail forcé, le droit à la non-discrimination. Les conventions 89 et 98, 138 et 182, 29 et 105, 111 et 100.

7. Les accords cadres internationaux sont des accords négociés et signés par des entreprises transnationales et des organisations syndicales internationales. Voir K. Papadakis (ed.), *Shaping Global Industrial Relations – the Impact of International Framework Agreements*, ILO, 2011.

Prendre la responsabilité au sérieux

Tous ces instruments restent, il faut le répéter, d'application facultative ; ils ne mettent en place aucun mécanisme systématique de contrôle et ne sont assortis d'aucune sanction juridique pour les entreprises transnationales en cas de non-respect. Ces normes n'apportent donc rien de plus en termes d'efficacité aux conventions internationales dont elles s'inspirent largement, si ce n'est qu'elles les diffusent sur des espaces et auprès d'acteurs sur lesquels seuls les États ont en principe une emprise, à savoir les entreprises transnationales. Mais tous ces instruments, au moment de leur révision ou de leur récente adoption (Principes directeurs de l'ONU), reviennent explicitement sur un point important : l'obligation primaire pour les États d'assurer le respect des droits de l'homme qu'une excessive focalisation sur la RSE avait remis en arrière-plan.

Pour relever sérieusement le défi de la globalisation qui fait son miel de l'irresponsabilité juridique des entreprises transnationales¹, il faut que les États assument l'obligation de respecter les droits de l'homme à l'intérieur comme à l'extérieur de leurs frontières. C'est ce qui permettrait d'opposer à la mise en concurrence des États et des travailleurs par les entreprises une volonté politique de coopération entre États. Cette coopération est une condition *sine qua non* pour créer les conditions d'une protection efficace des personnes et de leur environnement². Comment un État hôte d'investissements directs pourrait-il imposer seul le respect de normes sociales et/ou environnementales minimales quand son système juridique, sa dépendance économique et ses fragilités institutionnelles en font le territoire d'attraction pour les donneurs d'ordres internationaux et qu'il s'appuie sur ses avantages comparatifs pour sortir de la pauvreté et être sur la scène du commerce international ? Comment un État d'origine d'une entreprise transnationale ou d'un donneur d'ordres pourrait-il imposer seul et de manière durable à ces derniers

1. J.-Ph. Robé, *Le Temps du monde de l'entreprise*, op. cit., spéc. p. 478.

2. O. de Schutter, « La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales... », in I. Daugareilh (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, op. cit., p. 705.

La responsabilité sociale des entreprises

de respecter les droits humains, sociaux et environnementaux dans l'exercice de leurs activités à l'étranger ?

Ces deux questions, posées il y a plus de trois décennies, connaissent aujourd'hui des réponses encore éparses et de type expérimental mais qui, débarrassées des illusions créées par la RSE et tirant les leçons des limites inhérentes à l'autorégulation vis-à-vis de la protection des droits humains, sociaux et environnementaux (I), s'appuient sur un retour concerté, certes timide mais réel, des États et de leurs organisations internationales. Ce retour s'impose pour qu'il y ait un cantonnement et une juridicisation du pouvoir des entreprises transnationales¹. Il pourrait marquer l'avènement d'un pluralisme juridique à l'échelle mondiale² pour relever les défis sociaux et environnementaux de la globalisation de l'économie et protéger ainsi les individus, la société et l'environnement. L'esquisse de ce pluralisme laisse voir deux sources, l'une conventionnelle, l'autre légale, dont la combinaison permettrait d'ouvrir de nouvelles perspectives (II).

I. L'IMPASSE DES VOIES EXCLUSIVEMENT CONVENTIONNELLES DE LA RESPONSABILITÉ SOCIALE ET SANITAIRE DES ENTREPRISES

Si les entreprises ont très souvent été tentées de ne faire que de la communication en adoptant des codes de conduite, en revanche des organisations syndicales (A) et des ONG (B) les ont prises au sérieux en concluant avec elles des accords dont la portée et la durabilité sont cependant très variables.

1. G. Farjat, « De la globalisation de l'économie à une "Économie de droit" », in I. Daugareilh, *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, op. cit., spéc. p. 795 ; J.-Ph. Robé, « Les multinationales vecteur d'un nouveau constitutionnalisme », in R. Sève (dir.), *L'Entreprise multinationale dans tous ses États*, Paris, Dalloz, 2013, p. 337.

2. M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit*, vol. II, Paris, Seuil, 2006.

Prendre la responsabilité au sérieux

A. La conclusion d'accords-cadres internationaux (ACI) avec des organisations syndicales

Depuis les années 2000, le nombre des ACI ne cesse de croître et de se diversifier par les secteurs de l'économie qu'ils couvrent et par l'origine des sociétés transnationales signataires, même si les entreprises européennes dominent¹. Parmi les derniers accords signés par des entreprises françaises, on retiendra celui conclu le 22 janvier 2015 par Total et IndustriAll en raison à la fois de son classicisme et de ses innovations². Le texte stipule classiquement l'engagement de l'entreprise en matière de droits fondamentaux, y compris auprès des fournisseurs et des sous-traitants de la chaîne d'approvisionnement, sanctionné le cas échéant par la cessation de toute relation commerciale. C'est sur la question de la santé et de la sécurité au travail que l'accord est novateur, d'abord en la positionnant au même niveau que les droits sociaux fondamentaux vis-à-vis des sous-traitants et des fournisseurs. Des obligations de moyens sont ensuite fixées, au rang desquelles l'instauration d'un dialogue avec les institutions de représentation du personnel pour élaborer une politique de qualité, sécurité, santé et environnement. Enfin, l'accord reconnaît au niveau mondial un droit de retrait des travailleurs en cas de travail dangereux. Comme dans l'accord EDF³, des indicateurs relatifs à la sécurité au poste de travail sont introduits dans le cadre des systèmes de gestion internes et sont portés à la connaissance des représentants des salariés. L'accord met également en place un comité mondial de suivi et un système d'information sur les risques généraux de site. Ces engagements font à leur tour l'objet d'une contractualisation

1. I. Daugareilh, « Les accords-cadres internationaux : une réponse à la globalisation de l'économie ? », in M. Descolonges, B. Saincy (dir.), *Les Nouveaux Enjeux de la négociation sociale internationale*, Paris, La Découverte, 2006, p. 116.

2. Texte disponible sur www.industriall-union.org

3. Accord EDF du 25 janvier 2009 sur la responsabilité sociale du groupe EDF. Texte disponible sur www.industriall-union.org

La responsabilité sociale des entreprises

en cascade, tout au long de la chaîne de valeurs, dans le cadre des contrats commerciaux et ont de ce point de vue un potentiel d'efficacité juridique redoutable.

Aussi innovant soit-il, cet ACI, comme tous les autres, n'a pas de statut juridique. Il n'existe toujours pas d'encadrement juridique de ce type d'accord, comme de la négociation collective transnationale qui le sous-tend. Aussi innovant soit-il, cet accord restera probablement en « lévitation » mondiale comme tous les autres ACI dès lors qu'il ne comprend aucun engagement du partenaire patronal de mettre en œuvre sa transposition sur les territoires nationaux d'implantation, soit par voie de négociation collective¹, soit par incorporation dans les contrats de travail. Il restera donc déconnecté des réalités dans lesquelles se trouvent les travailleurs des entités qu'il est supposé couvrir. La probabilité d'une appropriation par les acteurs nationaux est quasi inexistante, ce qui n'est en rien compensé par la valeur juridique de l'accord-cadre pour les signataires², ni par les systèmes d'alerte et de résolution des litiges, certes très audacieux du point de vue des relations industrielles, mais sans réelle portée pour les travailleurs eux-mêmes. En d'autres termes, si ces accords présentent de multiples intérêts, y compris juridiques, pour leurs signataires comme pour les consommateurs, ils n'ont en revanche aucun effet direct dont pourrait se saisir tout travailleur impliqué dans une chaîne de valeur globale pour agir auprès de son juge naturel. Par ailleurs, ces accords abordent des sujets qui touchent aux droits fondamentaux, aux libertés publiques, à la santé publique, à l'environnement, à des biens communs qu'il paraît difficile de traiter sans intervention de la puissance publique. C'est là une des grandes ambiguïtés de la RSE et du rôle qu'elle attribue à l'entreprise dans la société³.

1. Seul l'ACI signé par EDF a prévu un tel scénario.

2. Valeur d'engagement unilatéral du point de vue du droit français par exemple.

3. M. Capron, F. Quairel-Lanoizelée, *L'Entreprise dans la société. Une question politique*, Paris, La Découverte, 2015.

Prendre la responsabilité au sérieux

B. La conclusion d'accords avec des ONG : l'exemple de l'accord Areva/Sherpa.

Cet accord a été signé en juin 2009 pour mettre en place un mécanisme de prévention et de réparation de la situation sanitaire des travailleurs miniers pour chaque site d'exploitation d'Areva par la création d'observatoires locaux de la santé chargés : (1) d'assurer un suivi professionnel et post-professionnel des travailleurs avec une indemnisation prévue ; (2) d'établir une première étude sanitaire pour créer un étalon de référence sur l'impact sanitaire de l'exploitation (durée des expositions) dans le temps ; (3) et de créer un groupe pluraliste d'observation de la santé sur les sites miniers¹. C'est un accord inédit du point de vue des modalités de fonctionnement des instances (composées de manière tripartite) et spécialement du rôle des ONG et des caisses de protection sociale nationales. C'est un accord également inédit par son objet, qui était d'établir un état des lieux sanitaire initial de la population et des travailleurs afin que les contrôles ultérieurs de santé puissent être sérieux en termes de diagnostic et d'imputation. Cet accord a pourtant connu des difficultés de fonctionnement et a finalement été dénoncé par Sherpa. Les signataires ont été confrontés à des conflits entre organisations de la société civile, à des attentes disproportionnées des communautés locales, allant au-delà du domaine de la santé², et à des archaïsmes chez les sous-traitants comme à des résistances chez Areva de la part des niveaux intermédiaires.

Les difficultés se sont concentrées sur l'indemnisation des familles de 22 anciens travailleurs du Gabon presque tous décédés des suites de cancers dus au travail dans les mines d'uranium.

1. Informations extraites d'un article de W. Bourdon, « L'accord Sherpa société civile africaine/ Areva. Un accord inédit et ambitieux », in I. Daugareilh, *La RSE, vecteur d'un droit de la mondialisation ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016 (à paraître).

2. Par exemple sur la question de l'eau. *Ibid.*

La responsabilité sociale des entreprises

Seules deux d'entre elles figurant sur cette liste pourtant arrêtée d'un commun accord entre Sherpa et Areva ont pu être indemnisées. Parallèlement, la famille du travailleur Venel, ancien expatrié d'Areva également mort des suites d'un cancer, a pu saisir le juge français en raison de la nationalité et du statut d'expatrié de ce travailleur antérieurement lié à la société Areva. Après l'espoir créé par la décision des juges de première instance¹, la famille Venel a été déboutée de sa demande par arrêt du 22 janvier 2015 de la Cour de cassation² déniait à Areva la qualité de co-employeur en l'absence de contrôle sur le concessionnaire gabonais. La Haute cour a ici coupé court à une possible extension de l'usage de la notion de co-employeur et s'est retranchée derrière un raisonnement au classicisme juridique éprouvé de l'autonomie des sociétés³.

L'échec de l'accord révèle et laisse en suspens l'épineuse question de l'indemnisation des victimes étrangères de dommages commis à l'étranger par une société étrangère. La Haute juridiction, par manque d'audace, n'a pas saisi l'occasion d'accorder une portée juridique à cet accord, qu'elle a néanmoins qualifié d'engagement unilatéral alors qu'il matérialise sans ambiguïté la reconnaissance par Areva que ses activités ont bien un impact sur la santé des travailleurs employés par ses co-contractants. C'est pour ce motif qu'Areva s'engageait par cet accord à mettre en place des processus de prévention et à participer directement à l'indemnisation des travailleurs affectés par des maladies dont l'imputation était due à leur activité dans les mines exploitées pour Areva. La Cour de cassation s'est frileusement accrochée

1. TASS Melun, 11 mai 2012, n° 10/00924, Semaine sociale Lamy 2012, n° 1540, p. 13, obs. F. Champeaux.

2. Civ. 2^{ème}, 22 janvier 2015, *Venel c/CPAM et Areva*, aff. n° 13-28.414. G. Dedessus Le Moustier, « Coemploi et faute inexcusable », *Bulletin Joly Sociétés*, n° 4, p. 192.

3. M.C. Caillet, *Le Droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 24 novembre 2014 ; E. Peskine, « Le coemploi dans l'angle mort », *Revue de droit du travail*, 2014, n° 11, p. 663.

Prendre la responsabilité au sérieux

au fait que l'engagement unilatéral d'Areva « ne peut s'analyser comme une reconnaissance de sa qualité d'employeur ou de co-employeur ». Si on peut admettre la justesse de la déduction et convenir qu'en effet la notion de co-employeur ne permet pas de résoudre le problème posé, il n'en demeure pas moins que cet accord lève les voiles juridiques qui permettent habituellement aux entreprises transnationales d'échapper à toute responsabilité et démontre qu'il s'agit bien d'une hypothèse de capacité d'influence et donc d'action desdites entreprises. L'affaire Venel a été une occasion manquée pour le juge français de faire preuve de créativité en prenant au sérieux des notions issues des normes internationales sur la RSE que sont la sphère d'influence des entreprises¹ d'une part et d'autre part l'obligation de diligence² qui fait actuellement l'objet d'un projet de loi en France. Ces éléments n'étaient-ils pas suffisants pour fonder ou du moins envisager une responsabilité sinon solidaire, du moins propre ? Les espoirs basés sur le juge judiciaire pour dégager des solutions supposent qu'il accepte de prendre le risque de la créativité et de l'audace dont il a su faire preuve en d'autres temps et en d'autres lieux³. En attendant, sous la pression des drames, de nouvelles perspectives s'ouvrent, donnant raison au poète Hölderlin : « Là où le péril croît, croît ce qui sauve »⁴.

1. Notion créée dans le cadre de la « jurisprudence sans juge » des Principes directeurs de l'OCDE. I. Daugareilh, « La dimension sociale des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *RGDIP*, 2008, n° 3, p. 567.

2. Voir *Étude sphère d'influence versus due diligence* (2010), http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

3. T. Colligsworth, « La primauté du droit sur l'économie mondiale. La responsabilité des multinationales pour violation des droits humains », in I. Daugareilh, *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale...*, *op.cit.*, spéc. p. 679.

4. « Wo aber Gefahr ist, wächst das Rettende auch. » (Hölderlin, *Patmos*)

La responsabilité sociale des entreprises

II. LES PERSPECTIVES DES VOIES PRIVÉES/PUBLIQUES DE LA RESPONSABILITÉ SOCIALE ET SANITAIRE DES ENTREPRISES

Suite à la catastrophe du Rana Plaza le 24 avril 2013¹ provoquant une onde de choc, plusieurs initiatives ont été prises au Bangladesh associant acteurs publics/acteurs privés (A), quand ce ne sont pas des initiatives législatives dans des États dans lesquels sont domiciliés la très grande majorité des entreprises transnationales et donneurs d'ordre internationaux (B).

A. Les engagements conjoints État/entreprises transnationales : l'exemple du Bangladesh²

Trois initiatives ont été prises au Bangladesh dont on mettra en évidence ici la complémentarité et non la concurrence. Il y a l'Accord sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments (Accord ci-après) signé le 13 mai 2013 par deux fédérations syndicales internationales – Industrial Global Union et UNI Global Union – et par des sociétés transnationales qui met en place un programme de sécurité incendie dans l'industrie du prêt-à-porter au Bangladesh. Les signataires reconnaissent à l'OIT un rôle de « garant » de la mise en œuvre de l'Accord. Ce texte s'applique à tous les fournisseurs de produits destinés aux sociétés signataires qui s'engagent donc à ce que leurs fournisseurs acceptent d'être inspectés et d'appliquer des mesures correctives et de formation à la sécurité incendie. En janvier 2015, l'Accord rassemblait 190 marques et distributeurs internationaux, 8 syndicats nationaux et 4 ONG ; plus de 2000 usines locales sur 3 448 que compte le secteur y étaient associées. La deuxième initiative fait suite à la décision du 3 septembre 2013 des États-Unis

1. Juste après l'incendie, le 24 novembre 2012, de Tazren Fashions au Bangladesh qui avait fait 112 morts.

2. A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 385-416.

Prendre la responsabilité au sérieux

de suspendre le Système de préférences généralisées (SPG) au Bangladesh et au refus de sociétés américaines d'adhérer à l'Accord susmentionné en raison de son caractère contraignant. A donc été créée l'Alliance, regroupant 24 distributeurs et grandes marques nord-américaines et rassemblant 770 autres usines du Bangladesh. La troisième initiative est le fait de l'OIT, de l'UE et du gouvernement du Bangladesh qui ont adopté fin juillet 2013 un nouveau Pacte national sur la sécurité des usines textile¹ destiné à améliorer la santé, et la sécurité, et à garantir les droits du travail et une conduite responsable des entreprises non couvertes par l'Accord et l'Alliance.

L'Accord à caractère contraignant est doté d'un comité exécutif tripartite qui dispose du pouvoir d'embaucher des inspecteurs comme d'exclure une entreprise non conforme. L'Alliance, de son côté, laisse ces questions aux mains des distributeurs et de leurs décisions unilatérales. L'Accord reconnaît le droit aux syndicats de demander un arbitrage obligatoire. Dans le cadre de l'Alliance, l'arbitrage ne peut être demandé que par un distributeur contre un autre distributeur. Les équipes de sécurité de l'Accord comprennent des syndicalistes qui forment les travailleurs sur leur droit de refuser d'exécuter des travaux dangereux. Les équipes d'Alliance ne comprennent pas de syndicalistes.

Deux ans après la catastrophe, le bilan est mitigé. Toutes les entreprises couvertes par l'Accord et l'Alliance ont été inspectées ; 41 ont été fermées ; 2 viennent juste d'être certifiées en vertu de l'Accord. Sur les 1 000 entreprises qui relèvent du Plan national d'action du Bangladesh et donc de l'action du gouvernement, seulement 400 ont été inspectées. Plusieurs syndicats ne sont toujours pas en activité même si le nombre des enregistrements a augmenté. Plusieurs victimes attendent encore des compensations. Depuis juillet 2013,

1. Au lendemain de l'incendie de l'usine Tazreen en 2012, l'OIT avait mis en place avec le gouvernement du Bangladesh, les organisations d'employeurs et les syndicats un premier Plan national d'action tripartite sur la sécurité incendie et l'intégrité des structures (PNAT).

La responsabilité sociale des entreprises

la législation du travail a été réformée y compris sur les droits au travail, à la santé et à la sécurité. L'OIT a travaillé au renforcement des capacités des inspecteurs du travail dans le pays en élaborant notamment un plan de formation et a participé au renforcement du service des pompiers. De nouveaux postes d'inspecteurs du travail ont été créés. Tout cela n'aurait pas été possible sans l'intervention cumulée de l'Accord, de l'Alliance et du Plan national tripartite et sans l'appui technique de l'OIT.

Avec ces trois initiatives, on redécouvre le territoire national non pas comme une entrave, mais au contraire comme une contrainte positive en ce sens qu'elle fixe les limites d'un périmètre géographique sur lequel peut se concevoir effectivement un contrôle et être mis en œuvre un principe d'égalité des conditions de travail et qu'elle associe le système d'inspection publique à l'autorité de l'État. On restaure ainsi un niveau d'intervention national, qui présente au moins deux avantages, celui de mettre sur un pied d'égalité en termes d'obligations les entreprises concernées et celui de redonner à l'État une capacité d'action et de régulation. Ce niveau territorial est un passage obligé pour élaborer de nouvelles protections dans les conditions de travail et de vie des salariés impliqués dans les chaînes de valeur globale. Ces initiatives relèvent, comme c'est le cas en matière de RSE, de démarches volontaires bipartites mais sous le regard d'un tiers – l'OIT – qui est un tiers de référence, pour ce qui est des moyens et des buts poursuivis en termes de contrôle et de résultat, et qui vient en renfort d'un de ses membres dans l'accomplissement de sa mission. Cet « accompagnement » qui peut sembler périphérique¹ est en réalité une reconnaissance de l'entière légitimité et responsabilité de l'État face aux chaînes globales de valeur. On a donc considéré – à juste titre – que le territoire national était la bonne échelle pour faire évoluer une situation de déficit en matière de conditions de travail vers un état satisfaisant. Enfin, sans

1. Voir dans ce sens A. Hyde, « Nine Lessons from Rana Plaza: Implications for the Emerging System of Global Labor Rights », Paper presented for the LLRN, Amsterdam, 25-27 juin 2015.

Prendre la responsabilité au sérieux

la pression de l'extérieur, il est clair que le Bangladesh n'aurait pas accepté de telles initiatives¹. Il est par ailleurs clair que l'efficacité des institutions et des initiatives ne doit être évaluée isolément mais de manière combinée et cumulée. C'est donc un ensemble d'actions convergentes et d'acteurs sans exclusive qui permettent d'espérer des résultats tangibles et d'ampleur².

Avec l'Accord, l'Alliance et le Plan national tripartite, on a raccordé le territoire avec le transnational en mettant sur scène l'État hôte. Sans les États hôtes, toute tentative est radicalement vaine. S'il est entendu que les pays émergents ne peuvent s'appuyer que sur leurs avantages comparatifs pour participer au commerce international dont ils espèrent légitimement tirer quelques bénéfices, il faut donc s'entendre sur ce qui fait ou non partie des avantages comparatifs et sur les moyens d'organiser sur le plan mondial la protection de ce qui n'en fait pas partie, ce qui ne peut s'envisager sans une implication des États d'origine des entreprises transnationales.

B. L'expectative d'une légalisation de la responsabilité des entreprises transnationales par les États d'origine

Les Principes directeurs des Nations unies sur le commerce international et les droits humains adoptés en 2011 sous l'égide de John Ruggie rappellent entre autres que les États doivent protéger les droits de l'homme. Le bilan établi en juin 2014 note le manque d'empressement des États à mettre en œuvre lesdits Principes dont une des faiblesses majeures réside dans le caractère non contraignant de l'instrument qui les porte. Des États se sont alors engagés à intensifier leur action par l'adoption de plans d'action en matière de droits de l'homme et de démocratie³. L'initiative française actuelle-

1. *Ibid.*

2. M. A. Moreau, « Travail forcé et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie : réflexion sur l'action de l'OIT », *DS*, 2014, p. 413.

3. Au Danemark, un groupe interministériel sur l'extraterritorialité a été mis en place. En Finlande, on a créé un mécanisme de plainte couvrant les atteintes aux droits

La responsabilité sociale des entreprises

ment en discussion au Parlement sur l'introduction d'une obligation de vigilance¹ en fait partie.

Un premier projet de proposition de loi a été déposé à l'Assemblée nationale le 6 novembre 2013 par un groupe de parlementaires français écologistes. Le texte a connu divers déboires pour finir par être à nouveau enregistré le 11 février 2015 à l'Assemblée nationale² et adopté en première lecture le 30 mars 2015. La deuxième version de la proposition se situe nettement en retrait mais poursuit le même objectif : donner un fondement juridique à la saisine du juge français en cas de dommages subis à l'étranger par des victimes liées à un employeur faisant partie de la chaîne de valeur d'une entreprise transnationale.

L'obligation de vigilance est devenue une obligation d'établir un plan de vigilance. Cette obligation ne s'impose plus qu'à des sociétés employant 5 000 salariés dont le siège se trouve sur le territoire national ou à des sociétés employant 10 000 salariés dont le siège se trouve en France ou à l'étranger. Ce plan devra comporter des mesures de vigilance raisonnables pour identifier et prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels et environnementaux graves ou de risques sanitaires résultant des activités de la société et des sociétés sous contrôle³ et celles des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels existe une relation commerciale établie. Le plan devra aussi comprendre des mesures sur la corruption active ou passive. Cette obligation est justiciable dans ses trois éléments : établissement

de l'homme commises par les entreprises publiques. Une proposition de règlement européen sur l'approvisionnement responsable en minerais est en cours de discussion. Au Royaume-Uni, la loi sur l'esclavage moderne (Modern Slavery Bill) en cours de discussion prévoit une mesure imposant aux sociétés cotées ou non de faire un rapport sur les mesures prises pour identifier et éliminer l'esclavage et le travail forcé de leurs filières d'approvisionnement.

1. Obligation qui trouve sa source d'inspiration dans les normes internationales de RSE.

2. Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Assemblée nationale, 11 février 2015, n° 2578.

3. Identifiées en vertu de l'article L.233-16 II du code du commerce.

Prendre la responsabilité au sérieux

d'un plan, publicisation du plan et reddition de la mise en œuvre effective. Toute personne ayant un intérêt à agir peut saisir le juge civil qui peut prononcer une amende civile. La deuxième proposition établit un régime de responsabilité civile délictuelle sur la base des articles 1382 et 1383 du code civil. Le juge a aussi à sa disposition la possibilité d'ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte et également d'assurer la publication, l'affichage ou la diffusion de sa décision¹. On doit remarquer que dans la deuxième version, on est revenu à la règle classique de la charge de la preuve à la charge du demandeur et donc de la victime, ce qui dans ce type de contexte et de dommages est au moins aussi complexe qu'en matière de discrimination.

Si la deuxième proposition venait à être définitivement adoptée, ce serait une première sur un plan juridique. Imposer une telle obligation de vigilance suppose en effet de faire abstraction de la personnalité distincte des composantes du groupe de sociétés et de la chaîne globale de valeur. Le droit positif n'a en effet jamais tiré de conséquences aussi radicales de l'unité du groupe. En revanche, on peut se demander si fonder la responsabilité sur la faute et si avoir renoncé à la présomption de faute ne rendra pas quasi impossible toute action en justice. La dimension collective, voire massive et extraterritoriale des dommages causés ainsi que l'extrême complexité de la chaîne des causalités devraient encourager à défendre l'abandon du cadre subjectif de la responsabilité délictuelle au profit d'une obligation de garantie comme le propose une partie de la doctrine².

Un double constat s'impose : la régulation de la dimension sociale et environnementale de la globalisation de l'économie par l'auto-régulation et la *soft law* ne suffit pas ; faire abstraction des États comme producteurs de droit est une aberration car c'est bien sur

1. N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1049.

2. Ch. Hannoun, S. Schiller, « Quel devoir de vigilance des sociétés-mères et des sociétés donneuses d'ordre ? », *Revue de droit du travail*, 2014, n° 7, p. 441 ; M. C. Caillet, *Le Droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, *op. cit.*

La responsabilité sociale des entreprises

leur territoire que se trouvent les travailleurs et les ressources naturelles. Les drames sont là pour rappeler dans toute leur brutalité ce principe de réalité. Il n'y a donc pas d'autre issue que de recourir à un processus de co-régulation pour assurer la prévention et la réparation des dommages créés par la globalisation de l'économie, dans lequel les États prendraient une part active. Si la réparation transactionnelle n'est pas à exclure, son efficacité se mesure à l'aune de la menace d'une action judiciaire. C'est bien ce que tente de faire le législateur français, étant entendu qu'il serait souhaitable que les Nations unies adoptent un instrument de coopération judiciaire consacrant de manière contraignante un principe d'obligation solidaire entre États pour assurer le respect des droits humains, sociaux et environnementaux.

CHAPITRE 11

Responsabilité et santé globale

par Deisy Ventura

La santé globale (*global health*) est née de la prise de conscience de son caractère universel : n'importe quel événement de santé se produisant dans un endroit du globe porte en lui un potentiel de menace pour toute la population, ou pour la sécurité nationale d'un autre pays¹. Il s'agit donc d'une sorte de « solidarité intéressée », et nous venons de vivre une expérience sans précédent dans ce domaine. En août 2014, la *maladie à virus Ebola* faisait ravage en Afrique de l'Ouest, surtout en Guinée, au Liberia et en Sierra Leone. Le Docteur John Ashton constate alors « la faillite morale du capitalisme agissant en l'absence d'un cadre éthique et social »². Deux mois plus tard, c'est la directrice générale de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), Margaret Chan, qui reconnaît :

L'épidémie [d'Ebola] met en lumière les risques que font peser les inégalités économiques et sociales grandissantes dans le monde. Les riches reçoivent les meilleurs soins. On laisse mourir les pauvres³.

Outre ces termes peu coutumiers pour un haut fonctionnaire international, le docteur Chan précise que depuis l'apparition de

1. D. Kerouedan, « Globaliser n'est pas sans risques pour les populations les plus pauvres du monde – Émergence de la “Global Health” en Afrique subsaharienne », *Revue Tiers Monde*, 2013/3, n° 215, p. 116.

2. “Ebola: a Failure of International Collective Action – Editorial”, *The Lancet*, v. 384, n° 9944, p. 637.

3. M. Chan, *WHO Director-General's speech to the Regional Committee for the Western Pacific – Keynote address to the Regional Committee for the Western Pacific – 65^e session*, Manila, Philippines, 13 October, 2014.

Prendre la responsabilité au sérieux

ce virus, il y a près de 40 ans, aucun vaccin ou médicament n'a été fabriqué pour y faire face, et cela tout simplement parce qu'Ebola a été confiné, historiquement et géographiquement, aux pays pauvres africains : « Une industrie obsédée par le profit n'investit pas dans les produits pour des marchés qui ne peuvent pas payer ».

La course aux vaccins et traitements s'accélère suite au rapatriement de personnes atteintes de la maladie dans les pays occidentaux et l'apparition de cas de contagion autochtone. L'eurocentrisme des médias aidant, plus d'information a circulé sur les sept cas d'Ebola notifiés à l'OMS par des pays non africains (dont un seul décès) que sur les 26 969 en Afrique de l'Ouest (dont 11 135 morts)¹. En effet, « le marché émerge lorsque le virus sort d'un pays où l'Occident voudrait bien qu'il reste »².

Rien de mieux donc que la crise sanitaire déclenchée par l'Ebola pour introduire la thématique de la responsabilité juridique dans le cadre de la santé globale. Peter Piot, codécouvreur du virus Ebola en 1976, évoque une « tempête parfaite » : tout est réuni pour que l'épidémie explose dans des pays où les services de santé ne fonctionnent pas et où la population se méfie radicalement des autorités. Mais le docteur Piot regrette surtout la lenteur extraordinaire des institutions : l'OMS ne s'est réveillée qu'en juillet 2014, alors que l'alerte avait été lancée dès fin mars par l'organisation Médecins sans frontières (MSF).

Auparavant accusée d'avoir déclaré une pandémie qui n'aurait jamais eu lieu – la grippe A(H1N1), en 2009-2010 –, à présent l'OMS se montre incapable de reconnaître à temps une véritable menace à la santé mondiale. L'organisation reconnaît avoir été « dépassée » car confrontée à des besoins sans précédent depuis sa création, 70 ans auparavant. Ainsi, le 18 septembre 2014, par le biais de la résolution 2177 Paix et sécurité en Afrique, le Conseil de sécurité des Nations unies a pris en charge la réponse internationale à l'Ebola. Auparavant « autorité directrice et coordinatrice dans le domaine de la santé, des travaux ayant un caractère international »,

1. OMS, *Ebola Situation Report*, 20 May, 2015.

2. B. Canard, « Ebola, la terreur utile », *Le Monde*, 13 août 2014.

Responsabilité et santé globale

en vertu de l'article 2a de sa Constitution, l'OMS ne serait désormais chargée que de la direction technique face à la menace Ebola.

Depuis lors, l'OMS cherche à récupérer sa crédibilité par l'adoption de plusieurs mesures, comme la création, début mars 2015, d'un groupe d'experts indépendant chargé de procéder à une évaluation intérimaire de tous les aspects de la réaction de l'OMS face à l'épidémie d'Ebola. Dans son premier rapport, le groupe affirme : « Pour que l'OMS soit capable d'agir comme il convient face aux urgences de santé publique, il faut la transformer en profondeur », la responsabilisation et le suivi devenant des processus nécessaires¹.

La crise de l'OMS ne suffit pourtant pas à justifier l'ampleur de l'épidémie d'Ebola. L'aide au développement est également fortement mise en cause. D'après Dominique Kerouedan, pendant des années, la lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme a été privilégiée tant par les politiques nationales qu'internationales, car les États-Unis « ont revendiqué ce choix par la menace que ces maladies représentaient pour leur sécurité sanitaire² ». De surcroît, l'aide internationale se concentre sur la recherche d'un traitement, et en particulier d'un vaccin. On ne peut que constater, à partir des observations sur le terrain au cours des dix dernières années, « une dérive de la santé mondiale ». Ainsi, le malade atteint par le sida pourrait bénéficier de médicaments gratuits alors qu'un patient atteint de toute autre maladie peut mourir dans l'indifférence dans le même hôpital³.

Enfin, les trois pays dits du fleuve Mano figurent parmi les États les plus pauvres au monde et sortent tout juste d'une grave crise politique. Tandis que la Sierra Leone et le Liberia ont été minés par une décennie de guerre civile régionale, la Guinée a, pour sa part, connu un long isolement international et un délitement progressif de

1. OMS, A68/25, Groupe d'experts chargé de l'évaluation intérimaire de la riposte à Ebola, Genève, 8 mai 2015.

2. D. Kerouedan, « L'émergence d'Ebola est un reflet de la dégradation des systèmes de santé », interview accordé à Soline Roy, *Le Figaro*, 12 août 2014.

3. D. Kerouedan, « Globaliser n'est pas sans risques pour les populations les plus pauvres du monde – Émergence de la "Global Health" en Afrique subsaharienne », art. cit., p. 124.

Prendre la responsabilité au sérieux

ses structures sociales et économiques¹. Tous trois révèlent les limites de l'action de l'ONU. Depuis 2003, la communauté internationale soutient la Mission des Nations unies au Libéria (MINUL), établie par la résolution 1509 (2003) du Conseil de sécurité. Le Bureau intégré des Nations unies en Sierra Leone (BINUSIL) avait fermé ses portes peu avant la crise, en mars 2014.

Le but de cet article est d'identifier les obstacles à surmonter si l'on veut *prendre la responsabilité au sérieux* dans le domaine de la santé globale. Trois propositions seront émises dans cette perspective : bâtir une approche critique de la santé globale, capable de discerner aussi bien les effets de l'internationalisation de la santé que les tensions qu'elle engendre ; rétablir la centralité de l'OMS et en particulier du Règlement sanitaire international face aux épidémies ; résister à la sécuritisation de la santé globale, bien illustrée par la réponse apportée à Ebola.

I. BÂTIR UNE APPROCHE CRITIQUE DE LA SANTÉ GLOBALE

La résolution, votée en 2008, Santé mondiale et politique étrangère de l'Assemblée générale des Nations unies considère que la politique étrangère et la santé mondiale sont étroitement liées et interdépendantes. En effet, cette dernière figure aussi à l'ordre du jour des sommets du G8, du Conseil de sécurité et d'autres organismes de haut niveau, d'où émanent des partenariats mondiaux, associant le secteur privé industriel et les mécènes philanthropes, dont les volumes financiers et politiques imposent, de fait, leurs priorités, « selon une gouvernance qui fait trembler l'indépendance et l'autorité de l'OMS, dont le leadership est partagé avec la Banque mondiale depuis les années 1980² ». Ainsi, un réseau extrêmement complexe regroupe des

1. F. Chabrol, « Ebola et la faillite de la santé publique en Afrique », *Revue internationale et stratégique*, 2014, vol. 4, n° 96, p. 19.

2. D. Kerouedan, « Leçon inaugurale de la chaire Géopolitique de la santé mondiale », prononcée le 14 février 2013 au Collège de France.

Responsabilité et santé globale

fondations, alliances, mécanismes de collecte de fonds, partenariats public-privé et dispositifs de coordination, et des dizaines de nouvelles entités sont recensées chaque année¹. La sous-représentation des pays du Sud, qui occupent à peine 17 % des sièges des conseils d'administration de ces partenariats, contraste avec la surreprésentation des acteurs privés à but lucratif, ce qui interroge la manière dont les intérêts des pays et des populations directement concernés sont inclus.

Face à la multiplication des acteurs dans le domaine de la santé mondiale, il est parfois difficile d'identifier qui décide et qui rend des comptes, et à quel référent. Les négociations entre ces nouveaux acteurs sont présentées comme une nouvelle branche de la diplomatie, la *diplomatie de la santé globale*. Or, l'expression « santé globale », selon João Biehl et Adriana Petryna, est devenue une anarchie de codes recouvrant souvent des intérêts très hétérogènes, cachés par une sorte d'*ethos* de la responsabilité collective visant à faire face à des crises sanitaires – d'où l'usage systématique de slogans mobilisateurs, tels que « sauver des vies » ou « améliorer l'accès aux médicaments », qui recouvrent en réalité des objectifs politiques et économiques fort différents². On y retrouve des programmes et des politiques dont la légitimité n'est pas remise en cause a priori, car ils visent un bien jugé supérieur, la santé, mais qui sont capables de susciter de fortes tensions sur le terrain et sont souvent voués à l'échec, parce qu'ils fonctionnent plutôt selon les buts du donateur qu'en fonction des besoins des populations et gouvernements ciblés.

Les défaillances de l'OMS sont à lier aux conséquences sur les moyens de financement de l'organisation de cette pluralité d'acteurs et d'intérêts autour de la santé. Dans les années 1970, les contributions fixes au budget de l'OMS – c'est-à-dire les contributions obligatoires des États membres, dont la destination est librement déterminée par les organes décisionnels de l'organisation – correspondaient à 75 %,

1. M. Buissonnière, « La nouvelle donne de la santé globale : dynamiques et écarts », *Revue internationale de politique de développement*, IHEID, 2012, n° 3.

2. J. Biehl, A. Petryna, "Critical Global Health", in J. Biehl, A. Petryna (ed.), *When People Come First*, Princeton, Princeton University Press, 2013.

Prendre la responsabilité au sérieux

voire 80 % du financement de l'organisation. Or, à la fin des années 1990, les contributions volontaires dépassent les contributions fixes et atteignent 51 % du budget de l'organisation. Ces contributions volontaires, en provenance aussi bien des États que des acteurs privés, sont destinées à des programmes spécifiques – elles sont donc ciblées – qui disposent de leurs propres commissions d'administration, intégrées surtout par les donateurs. Les contributions volontaires augmentent à un tel point qu'en 2013 elles représentent 76 % du financement de l'organisation. Ainsi, l'appui financier que reçoit l'OMS ne donne pas toujours la priorité aux domaines où celle-ci est le mieux à même d'apporter les plus grandes améliorations. C'est dans ce contexte que les initiatives visant la réforme de l'OMS se sont accélérées.

La fondation Bill Gates est de nos jours l'une des plus importantes donatrices volontaires de fonds – elle a apporté presque 500 millions de dollars à l'OMS en 2011 et 2012, soit un huitième du budget total de l'organisation. Cette fondation prétend militer en faveur d'un « capitalisme créatif ». En 2014, s'exprimant au nom de la fondation Gates à l'ouverture de l'Assemblée mondiale de la santé, Melinda Gates a déclaré aux représentants de 194 États membres de l'OMS : « Sauver des nouveau-nés est un acte de bonté et d'amour, mais aussi un acte parfaitement rentable sur le plan économique ». Les critiques de l'action de la fondation Gates se multiplient cependant. La vision et l'approche scientifiques de cette fondation ont été qualifiées d'étroites et dangereuses, dans la mesure où elles masqueraient la nécessité d'intervenir dans des domaines plus urgents, tels que l'amélioration des infrastructures sanitaires et la lutte contre la pauvreté. L'investissement managérial dans des programmes évalués sur le résultat perpétue le schéma des programmes verticaux qui fragmenteraient et déséquilibreraient les systèmes de santé des pauvres, car davantage dessinés en fonction des fonds octroyés que des besoins réels¹. De plus, la fondation Gates fait l'objet d'un contrôle externe très limité, ce qui engendre des inquiétudes au sujet de la transparence de ses opérations.

1. M. Ndour, « Philanthropie et santé publique », in *Regards sur la Terre 2009*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, p. 108.

Responsabilité et santé globale

En fait, « dans l'état actuel de la gouvernance, il n'y a pas de moyens par lesquels il est possible de garantir la responsabilité des acteurs publics et privés quant aux conséquences de leurs actions sur la santé »¹. Leur cadre juridique impose très rarement aux programmes de santé globale des obligations en matière de transparence, capables d'activer, au moins en ce qui concerne la participation des États dans ces programmes, les mécanismes nationaux de contrôle des finances publiques dont disposent plusieurs pays.

Ainsi, les acteurs de la santé globale ne sont pas en situation d'être tenus pour responsables. Or, ni les « bonnes intentions » des acteurs ni l'urgence de l'action ne peuvent justifier l'opacité de la gouvernance de la santé globale. Il ne nous reste qu'à enquêter sur l'efficacité des actions sur le terrain, qui continue d'être mal et peu mesurée², ce qui encourage par défaut les études sur les effets concrets des initiatives globales sur la santé des populations. Une vision critique s'impose donc, notamment au sein des universités, où nombreux sont ceux qui se félicitent des financements généreux pour la recherche sur la santé globale apparus ces dernières années. Un nouvel agenda de recherches s'avère nécessaire.

II. RÉTABLIR LA CENTRALITÉ DU RÈGLEMENT SANITAIRE INTERNATIONAL (RSI) DANS LA RIPOSTE AUX ÉPIDÉMIES

Au moment de l'apogée de la crise d'Ebola, le silence des gouvernements, des organisations internationales et des médias sur le Règlement sanitaire international (RSI) retient l'attention. Établi sur le fondement des articles 21 et 22 de la Constitution de l'OMS, le

1. University of Oslo Commission on Global Governance for Health, "The Political Origins of Health Inequity: Prospects for Change", *The Lancet*, 15 February, 2014, v. 383, n° 9917, p. 630–667.

2. P. Kourilsky, « Les Sciences qui s'ignorent », in D. Kerouedan (dir.), *Santé internationale*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011, p. 17.

Prendre la responsabilité au sérieux

RSI est un instrument de *hard law*, dont la seule particularité est l'usage de la technique d'*opting out*. Par conséquent, les États parties sont liés par le RSI sauf s'ils s'y opposent formellement. Depuis sa première version, qui date de 1951, le RSI est un instrument de combat face à la propagation de maladies infectieuses spécifiques : le choléra, la peste, la fièvre jaune, la variole, la fièvre récurrente et le typhus. Une nouvelle version (1969) et des modifications de la norme se sont succédé (1973 et 1981), mais la portée du RSI ne change profondément qu'en 2005. Suite à l'impact des attentats du 11 septembre 2001 – ainsi que d'autres épisodes, tels que l'envoi des lettres empoisonnées à l'anthrax, toujours en 2001, aux États-Unis, ou l'épidémie du Syndrome respiratoire aigu sévère (SARS) en 2003 –, les maladies spécifiques ont cédé leur place à la notion d'*Urgence de santé publique de portée internationale* (USPPI), définie par le RSI comme :

Un événement extraordinaire dont il est déterminé, i) qu'il constitue un risque pour la santé publique dans d'autres États en raison du risque de propagation internationale de maladies ; et ii) qu'il peut requérir une action internationale coordonnée.

L'épidémie d'Ebola est la troisième USPPI reconnue par l'OMS, après la grippe A(H1N1), déclarée en tant qu'urgence le 25 avril 2009 et ensuite reconnue comme une pandémie, le 11 juin 2009, et la propagation internationale du poliovirus sauvage, déclaré le 5 mai 2014. Dans ce contexte, « des lacunes ou des erreurs dans l'identification, l'annonce, la surveillance et la gestion d'une épidémie risquent d'en compromettre l'endiguement et le contrôle global¹ ». Ainsi, depuis l'entrée en vigueur du RSI, le 15 juin 2007, les États parties sont obligés de notifier à l'OMS l'existence de n'importe quel événement qui puisse correspondre à cette définition.

Néanmoins, la direction de l'OMS peut déclarer l'existence d'une USPPI en dépit de l'absence de notification des États, l'organisation

1. L. Boisson de Chazournes, « Le pouvoir réglementaire de l'OMS », in *Droit du pouvoir, Pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

Responsabilité et santé globale

étant autorisée à s'inspirer de plusieurs sources d'information, y compris des médias. Ceci après avoir tenu compte de l'avis d'un groupe d'experts, dénommé comité d'urgence, dont les membres sont choisis par la direction elle-même en fonction des domaines de compétence et de l'expérience qui correspondent le mieux à l'événement spécifique qui est en train de se produire. Ensuite, si l'urgence est déclarée, la direction doit informer les États, les exploitants des moyens de transport et le grand public des éventuelles recommandations temporaires.

Lors de la pandémie de grippe A (H1N1), l'OMS a protégé l'identité des membres du comité d'urgence alors constitué, ce qui a suscité les plus vives critiques, y compris des commissions d'enquête comme celles constituées au sein du Sénat français et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. L'OMS aurait créé un « comité d'urgence secret » dont les décisions ont généré la signature de contrats juteux d'achat de vaccins partout dans le monde¹. Des études sérieuses concluent que :

La collecte et la sélection des faits censés guider la prise de décision politique résultent de proximités peu transparentes entre l'OMS, les compagnies pharmaceutiques et les multiples commissions d'experts².

Il a fallu attendre la fin de la pandémie, annoncée en août 2010, pour que la liste d'experts, ainsi que leurs déclarations sur des éventuels conflits d'intérêts, soit révélée. Désormais, les déclarations d'urgence au titre du RSI sont accompagnées, dès leur annonce au public, de la liste des membres du comité. Grâce à la crise de la grippe A, des progrès en matière de transparence ont donc été réalisés.

Il convient pourtant d'analyser les listes des membres des comités d'urgence qui ont déjà été créés. Ils sont au nombre de quatre,

1. F. Godlee, "Conflicts of Interest and Pandemic Flu – WHO Must Act Now to Restore its Credibility, and Europe Should Legislate", *BMJ*, 3 June, 2010, 340:c2947, Londres.

2. F. Thoreau *et al.*, « Action publique et responsabilité gouvernementale : la gestion de la grippe A(H1N1) en 2009 », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2012, n° 2138-2139, p. 53.

Prendre la responsabilité au sérieux

consacrés aux menaces de la grippe A(H1N1), du poliovirus sauvage, de la maladie à l’Ebola et du Coronavirus du syndrome respiratoire du Moyen-Orient (MERS-CoV) – ce dernier comité étant le seul à conseiller à la Direction de ne pas déclarer une USPPI. Il s’agit de quatre maladies aux caractéristiques très distinctes, qui se sont propagées dans des contextes incomparables. Néanmoins, certains experts participent à plusieurs de ces comités, alors que la sélection des membres des comités est censée reposer principalement sur leur aptitude technique et leur expérience dans le domaine de compétence pertinent. Des quatre comités d’urgence, deux experts ont participé à trois comités et huit autres experts ont participé à deux comités.

Huit de ces experts apparaissent également sur les listes des comités d’examen créés par l’OMS. En vertu de l’article 50 du RSI, la direction générale peut mettre sur pied des comités d’examen dans le but de recevoir des recommandations techniques concernant le fonctionnement du RSI. Si les comités d’urgence sont dédiés à une conjoncture spécifique (des situations pouvant constituer une urgence), les comités d’examen sont plutôt voués aux aspects structureaux du RSI (le suivi de sa mise en œuvre, son perfectionnement, sa mise à jour, etc.). Jusqu’à présent, deux comités d’examen ont été organisés par l’OMS. Le premier s’est penché, en 2010 et 2011, sur le fonctionnement du RSI eu égard à la grippe pandémique A(H1N1) de 2009¹ ; le deuxième vient d’être mis en place et concerne les capacités nationales de mise en œuvre du RSI².

Tenant compte des six comités, quatre experts ont participé à trois comités ; et douze à deux comités. La liste d’experts du RSI n’ayant pas été diffusée, il serait hasardeux d’en tirer des conclu-

1. Ce Comité « n’a constaté aucun manquement aux règles », OMS, A64/10 *Application du RSI(2005) – Rapport du Comité d’examen sur le fonctionnement du RSI(2005) eu égard à la grippe pandémique A(H1N1) 2009*, Genève, 5 mai 2011, p. 13.

2. OMS, A68/22 Add.1 *Application du Règlement sanitaire international (2005) – Rapport du Comité d’examen sur un deuxième délai supplémentaire pour la mise en place de capacités nationales de santé publique et sur l’application du RSI*, Genève, 27 mars 2015, p. 5.

Responsabilité et santé globale

sions. On peut en outre constater que les déclarations d'intérêt des experts sont peu nombreuses et les informations fournies demeurent très hétérogènes, la plupart exprimées en une seule ligne. L'OMS a fait savoir qu'elle communique ces informations par souci de transparence, mais que, de l'avis du Secrétariat, ces activités ne donnent pas lieu à un conflit d'intérêts.

Par ailleurs, la question se pose de la valeur contraignante des recommandations de l'OMS. Le RSI ne laisse aucun doute : ce sont des « avis non contraignants ». Leur contenu révèle les enjeux politiques, économiques et sociaux des urgences sanitaires. Prenons une recommandation typique lorsqu'il s'agit d'une USPPPI : celle adressée à tous les États de maintenir ouvertes les frontières et de ne pas restreindre le trafic dans les zones affectées, afin de permettre l'accès des professionnels de santé et l'arrivée de l'aide internationale. Le Règlement a beau préciser, par son article 2, que la lutte contre la propagation internationale des maladies doit être « proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux », la recommandation n'a pas été suivie par plusieurs États parties durant la crise de l'Ebola. À ce propos, le conseiller juridique de l'OMS, M. Gian Luca Burci, a dit : « C'est de l'intérêt des États eux-mêmes de suivre ces recommandations, mais lorsque vous avez un tel niveau de panique et d'angoisse, *soft law shows its softness*¹. » En l'espèce, l'obstacle à la responsabilisation des États est l'absence de sanctions pour violation de ce principe clairement établi par le RSI.

Le mépris le plus grave du RSI reste celui qui engendre une violation systématique des recommandations de l'OMS. Prenons l'exemple des recommandations adressées aux États affectés par la transmission du virus Ebola :

1. "Gian Luca Burci, WHO Legal Counsel Discusses the Ebola Crisis", *NYU Law*, 10 Nov., 2014 (<http://www.law.nyu.edu/news/ebola-crisis-who-legal-counsel>, consulté le 10 mai 2015).

Prendre la responsabilité au sérieux

[le chef d'État doit] donner un accès immédiat à un financement d'urgence pour entreprendre et maintenir les opérations de riposte et veiller à ce que toutes les mesures soient prises pour mobiliser et rémunérer les personnels de santé nécessaires¹.

Ces interventions des gouvernements évoquent la définition du *droit de la santé globale* avancée par Lawrence Gostin : « Le droit serait l'aspect majeur de la gouvernance, mais les ressources de la gouvernance peuvent donner forme au droit². » De surcroît, l'OMS recommande à ces États d'assurer :

La prévention, la sensibilisation des communautés, la surveillance, l'exactitude des tests de diagnostic en laboratoire, la recherche et le suivi des contacts, la prise en charge des cas, ainsi que la communication rapide d'informations précises entre les pays.

Des dispositions similaires doivent être prises au niveau des États ou des provinces, ainsi qu'au niveau local, pour garantir une étroite coordination entre tous les niveaux. La plupart des recommandations adressées aux États supposent ainsi l'existence d'un système national de santé bien structuré, ce qui souvent n'a pas été le cas. D'où la complexité du débat sur la possibilité d'imposer des sanctions aux États pour violation du RSI ou de recommandations de l'OMS. Cependant, peut-on obliger un État à avoir un système public de santé ? Ou, dans les pays où ces systèmes existent déjà mais sont de nature privée, est-il possible de contraindre un État à rendre accessible son système de santé aux plus démunis ? À propos des éventuelles sanctions à envisager pour violation du RSI, la principale question reste celle de savoir dans quelle mesure certains États parties sont vraiment capables de mettre en œuvre ce Règlement.

1. *Déclaration de l'OMS sur la réunion du Comité d'urgence du Règlement sanitaire international concernant la flambée de maladie à virus Ebola en Afrique de l'Ouest en 2014*, 8 août 2014.

2. L. Gostin, *Global Health Law*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 2014, p. 59.

Responsabilité et santé globale

Les États parties sont obligés de fournir des informations au Secrétariat de l'OMS en ce qui concerne les capacités nationales requises pour accomplir leurs obligations prévues dans l'annexe 1 du RSI. L'application du RSI s'effectue dès lors « par un système fragmenté d'administrations internes et internationales, dont les mécanismes et procédures assurent la coordination » ; lorsqu'une urgence se déclare, « un va-et-vient entre les pays et l'organisation s'instaure »¹. L'efficacité de ce *droit transversal de l'urgence*² dépend étroitement des systèmes nationaux de santé, si hétérogènes soient-ils dans les différentes régions du globe et ce même au sein de chaque région. La date cible initiale pour la mise en place de ces capacités était juin 2012, mais un délai supplémentaire a été accordé aux États jusqu'en juin 2014.

En novembre 2014, 64 États parties avaient indiqué à l'OMS que les normes minimales concernant leurs principales capacités étaient respectées (32,65 %) ; 81 États parties avaient demandé un deuxième délai supplémentaire de deux ans pour y parvenir, soit jusqu'en 2016 (41,33 %) ; et 48 n'avaient pas communiqué leurs intentions à l'OMS (24,48 %)³. Environ un quart des États parties au RSI ne rend tout simplement pas compte à l'OMS de la mise en œuvre du Règlement, pourtant contraignant à l'égard de ses parties. Dans ce sens, le comité d'examen chargé d'évaluer les capacités nationales ajoute que l'évaluation que font eux-mêmes les États parties de leur application du RSI « est limitée par la qualité et la fiabilité inégale des informations fournies ». Or, nous ne pouvons pas nous contenter d'un mécanisme de suivi qui, en pratique, relève de l'autoévaluation des États. Le comité souligne que, malgré les progrès réalisés dans bien des domaines, il subsiste « dans toutes les régions, des pays confrontés à d'importantes difficultés pour appliquer pleinement le

1. L. Legrand, « Contrôle sanitaire (le RSI) », in J.-M. Thouvenin, A. Trebilcock (dir.), *Le Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

2. D. Ventura, *Direito e Saúde Global – o caso da pandemia de gripe A(H1N1)*, São Paulo, Expressão Popular/Dobra Editorial, 2013, p. 38.

3. Trois autres États sont devenus Parties au RSI après juin 2007 et ont des délais différents à respecter pour la mise en place de leurs principales capacités.

Prendre la responsabilité au sérieux

RSI ». Parmi les principaux obstacles se trouvent le pouvoir ou la capacité insuffisants des *points focaux nationaux*, c'est à dire des responsables, dans la mise en œuvre du RSI au sein de chaque État et une solidarité internationale limitée à l'égard des pays les plus faibles.

Ceci étant dit, l'état des capacités nationales est aussi à relier à la responsabilité des institutions financières internationales dans la dérive des systèmes nationaux de santé, surtout en Afrique de l'Ouest. L'effondrement de la santé publique dans la région s'est produit dans le sillage de profondes transformations économiques, sociales et écologiques liées à la déstabilisation politique, à la pauvreté et aux inégalités sociales¹. Les politiques d'ajustement structurel du Fonds monétaire international (FMI) et de la Banque mondiale ont joué un rôle décisif dans cette évolution :

Les programmes, dont le FMI s'est fait l'avocat, ont contribué aux problèmes de manque de moyens financiers et de personnel et au manque de préparation des systèmes de santé dans les pays frappés par Ebola.

Ces pays ont été affaiblis par les exigences de réformes économiques, de réduction des dépenses publiques et des salaires dans la fonction publique et de décentralisation des systèmes de santé². En Sierra Leone, par exemple, au cours des années 1990, les consultants de la Banque mondiale avaient réussi en trois ans à renvoyer plus de 5 000 employés des hôpitaux et à réduire des deux tiers la masse salariale du ministère de la Santé³. Il en découle que, avant la crise de l'Ebola, la Sierra Leone ne comptait que 0,2 médecin pour 10 000 habitants et le Liberia 0,1 médecin et 8 lits d'hôpital pour 10 000 habitants⁴.

1. F. Chabrol, « Ebola et la faillite de la santé publique en Afrique », *Revue internationale et stratégique*, 2014, vol. 4, n° 96, p. 21.

2. A. Kentikelenis, L. King, M. McKee, D. Stuckler, « The International Monetary Fund and the Ebola Outbreak », *The Lancet Global Health*, February 2015, v.3, n° 2, e-69-e70.

3. G. Lachenal, V.-K. Nguyen, « Dans la lutte contre Ebola, évitons le néocolonialisme », *Le Monde*, 20 octobre 2014.

4. OMS, *Statistiques sanitaires mondiales*, Genève, OMS, 2014, p. 134. Ce rapport n'apporte pas de données sur la Guinée.

III. RÉSISTER À LA SÉCURITISATION DE LA SANTÉ GLOBALE

À partir de septembre 2014, la logique de la santé publique qui prédominait à l'OMS est peu à peu remplacée par celle de la sécurité internationale qui prévaut au Conseil de sécurité (CSNU) de l'ONU. Le 18 septembre, le CSNU a jugé que l'épidémie de maladie à virus Ebola constituait une « menace pour la paix et la sécurité internationales » et a adopté à l'unanimité la résolution 2177, présentée conjointement par 134 États membres, soit un nombre record de coauteurs.

Ensuite, le Secrétaire général, Ban Ki-moon, a annoncé la création d'une « mission sanitaire d'urgence des Nations unies », appelée Mission des Nations unies pour la lutte contre Ebola (MINAUCE), qui combinerait « la perspective stratégique de l'OMS et de solides moyens logistiques et opérationnels » pour mettre en marche « cinq priorités : stopper l'épidémie, traiter les personnes infectées, assurer les services essentiels, préserver la stabilité et prévenir de nouvelles flambées épidémiques ». Elle devrait assumer la coordination de tous les efforts du système onusien dans la région touchée par l'épidémie. Le lendemain, l'Assemblée générale des Nations unies adopte à l'unanimité la résolution 69/1 sur les mesures visant à endiguer et à combattre l'épidémie à virus Ebola et se félicite que le Secrétaire général ait exprimé l'intention de créer une mission des Nations unies pour l'action d'urgence contre l'Ebola. Toujours dans le cadre de l'ONU, d'autres initiatives par rapport à l'Ebola ont été lancées. Le Secrétaire général des Nations unies a nommé un Envoyé spécial en charge d'Ebola et a mis en place une Coalition mondiale de l'action contre Ebola, un groupe d'organisations engagées à fournir une coordination stratégique de la riposte à l'épidémie. Un Groupe de haut niveau sur la riposte mondiale aux crises sanitaires et une Conférence internationale sur le redressement des pays affectés par Ebola ont été annoncés. Ces efforts n'ont pas évité des difficultés persistantes de financement de l'action internationale. Une étude a

Prendre la responsabilité au sérieux

révélé que, jusqu'au 31 décembre 2014, les donateurs avaient promis un total de 2,89 milliards de dollars US pour la soutenir, mais que seulement 1 milliard avait été effectivement versé, les premiers 500 millions de dollars d'aide n'étant arrivés qu'en octobre¹.

Le CSNU s'est prononcé sur l'épidémie de VIH/Sida à plusieurs reprises depuis janvier 2000, mais il ne l'a jamais fait dans les termes qu'il vient de consacrer à l'Ebola. « La MINAUCE est une innovation dans l'histoire de l'ONU : elle n'est ni une opération de maintien de la paix, ni une mission politique². » D'après le Conseiller juridique de l'OMS, Gian Luca Burci, il est trop tôt pour évaluer la portée normative et l'impact des résolutions du CSNU et de l'AGNU, mais elles peuvent être considérées comme le point culminant d'une tendance à la « sécuritisation » de la santé globale. Cette action s'est accompagnée d'une certaine militarisation, comme le révèle l'annonce par les États-Unis de l'envoi de 3 000 soldats dans les pays les plus touchés.

Le rapport entre sécurité et santé globale n'est pas nouveau³. Même le RSI a été interprété par certains comme un mécanisme de sécuritisation de la santé⁴. Si la définition de l'USPPI remplace la « maladie » par n'importe quel « événement extraordinaire » cela se doit surtout à la mise du RSI au service des stratégies de prévention et de combat contre le terrorisme. Dans le cas de l'Ebola, les États-Unis sont clairement les protagonistes de la « construction du problème de l'Ebola comme une question de sécurité internationale »,

1. K. A. Grépin, "International Donations to the Ebola Virus Outbreak: too Little, too Late?" *BMJ*, 2015, 350, h376.

2. G. L. Burci, J. Quirin, "Ebola – WHO and the United Nations: Convergence of Global Public Health and International Peace and Security", *American Society of International Law Insights*, 14 November, 2014, vol. 18, n° 25.

3. Voir J. Nunes, *Security, Emancipation and the Politics of Health: A New Theoretical Perspective*, London, Routledge, 2013 ; S. Brincat, L. Lima (ed.), *Critical Theory in International Relations and Security Studies: Interviews and Reflections*, London, Routledge, 2011.

4. Voir surtout T. Hanrieder, C. Kreuder-Sonnen, "WHO Decides on the Exception? Securitization and Emergency Governance in Global Health", *Security Dialogue*, 2014, 45:5, p. 331-348.

Responsabilité et santé globale

afin d'éviter que l'épidémie dépasse les périphéries et menace la stabilité du centre développé du système international¹. Ce faisant, l'attention de l'opinion publique et des décideurs quitte la région où la crise sanitaire est vraiment critique et se déplace vers les pays développés soit-disant menacés.

Aux États-Unis, par exemple, Mme Kaci Hickox, une infirmière de Médecins sans frontières revenant de la Sierra Leone sans aucun symptôme de maladie est d'abord cantonnée dans une tente dans des conditions qualifiées par elle d'*inhumaines*, et ensuite contrainte à l'isolement à son domicile sous haute surveillance policière. Un juge de l'État du Maine, M. Charles LaVerdière, a levé la quarantaine mais maintenu plusieurs mesures restrictives aux libertés de Mme Hickox, dont l'obligation de garder une distance minimale d'environ un mètre par rapport à d'autres personnes. Le magistrat, tout en reconnaissant l'absence de base scientifique de sa décision, la fonde pourtant sur le fait que les gens ont peur et « que cette peur soit rationnelle ou non, elle est présente et réelle² ».

Cette approche de la crise sanitaire n'a pas tardé à se répercuter sur les migrations internationales. Dès la fin du mois d'octobre, le Canada suspend l'octroi de visas aux ressortissants des pays d'Afrique de l'Ouest touchés par le virus Ebola – comme l'avait fait plus tôt l'Australie se justifiant en ces termes : « *The Australian Government's first priority is the safety and security of Australians* ». Ainsi, nous vivons un nouvel âge de la sécurité, la biosécurité, celle de la *gestion des flux* – flux de personnes, flux d'agents pathogènes, des biens marchands, des données informatiques, etc.³. Dans cette logique, malgré la promotion de la liberté de circuler, les États gardent pleinement les pouvoirs de freiner toute circulation « indésirable ». La santé publique peut vite devenir

1. G. Carvalho de Oliveira, « A crise do ebola e a gramática dos problemas de segurança », Interview accordé à Patricia Fachin, *IHU On-Line*, 28 octobre 2014.

2. State of Maine, District Court – Fort Kent, *State of Maine Department of Health and Human Services v. Kaci Hickox*, Docket n. CV-2014-36, Order Pending Hearing, 31 October, 2014, p. 3.

3. F. Gros, *Le Principe sécurité*, Paris, Gallimard, 2012.

Prendre la responsabilité au sérieux

un prétexte, légitime ou pas. C'est pourquoi, comme l'a remarqué Mireille Delmas-Marty, « la distinction entre la peur des risques et la peur des autres est de plus en plus difficile, mais aussi de plus en plus nécessaire¹ ».

IV. CONSIDÉRATIONS FINALES

En 2010, l'OMS a présenté la couverture sanitaire universelle (CSU) comme « le concept le plus efficace que la santé publique ait à proposer », dans le but de « faire en sorte que tous les individus aient accès aux services de santé sans encourir de difficultés financières »². Plusieurs documents internationaux ont repris ce concept, bien qu'il ait divisé les débats dans le cadre de l'agenda du développement post-2015. Tout d'abord, il s'agit de savoir de quelle « couverture » et de quelle « santé » nous sommes en train de parler³. Des ONG dénoncent que sous couvert de la CSU, certains bailleurs de fonds et les États de plusieurs pays en développement promeuvent des régimes d'assurance maladie qui excluent la majorité des personnes et laissent les plus pauvres livrés à eux-mêmes⁴. Or, favoriser la santé de la population mondiale n'est pas une attitude *lucrative* : « La prévention est inintéressante, voire dangereuse, car elle risque d'empêcher la rentabilisation des équipements et services et de la recherche qui les a produits », en opposant « le

1. M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010, p. 234.

2. OMS, *Rapport sur la santé dans le monde – Le financement des systèmes de santé : le chemin vers une couverture universelle*, Genève, OMS, 2010.

3. P. M. Buss, « Global Health and Health Diplomacy », *Cad. Saúde Pública*, 2013, vol. 29, n° 1, p. 8.

4. Voir Oxfam International, *Couverture santé universelle – Pourquoi les personnes en situation de pauvreté sont les laissés-pour-compte des régimes d'assurance maladie*, <https://www.oxfam.org/fr/rapports/couverture-sante-universelle>, consulté le 10 mai 2015.

Responsabilité et santé globale

droit à la santé » et le « marché de la maladie »¹. Le développement des logiques privées dans le champ de la santé, tendance majeure des trente dernières années, a réduit à sa plus simple expression la notion de santé comme bien public mondial, « celle d'un bien quasi marchand, sans régulation transnationale commune² ».

Ainsi, quelle illusion, voire *utopie totalitaire*, que celle de penser que la mise en œuvre d'un système de surveillance épidémiologique efficace, doté d'un mécanisme global de contention militarisé, serait capable d'éviter l'expansion des épidémies au monde développé. Une vaste littérature scientifique démontre la complexité de l'origine des épidémies :

Les changements des équilibres entre l'homme et la faune sauvage, les modifications des écosystèmes et l'augmentation des échanges entre zones rurales et urbaines, ainsi que les échanges internationaux sont autant de facteurs qui contribuent à l'émergence de nouvelles maladies³.

L'homme étant un élément indissociable d'un système aussi complexe et interactif, il nous faut aujourd'hui reconsidérer notre analyse de la maladie et des épidémies.

La crise de l'Ebola est donc devenue un cas d'école à l'heure d'étudier les effets de la globalisation économique sur la santé des populations. Mais elle n'est pas la seule. Bien d'autres indicateurs de la santé globale qui ne font pas la une de journaux, ne suscitent pas la panique ni la peur, mériteraient pourtant une attention particulière. Dans un monde qui malgré les crises économiques successives n'a jamais été si riche, 1,5 million de personnes meurent de la tuberculose chaque année – en 2013, 9 millions ont été affectées, en plus des 198 millions de cas de paludisme, qui ont causé 584 000

1. J.-C. Fritz, « La mise en jeu de la santé par la mondialisation », *Santé Publique*, 2003, vol. 15, n° 3, p. 263.

2. B. Boidin, *La Santé, bien public mondial ou bien marchand ? Réflexion à partir des expériences africaines*, Lille, Presses Universitaires du Septentrion, 2014, p. 11.

3. J.-F. Guegan et F. Renaud, « Vers une écologie de la santé – Chapitre V », in *Biodiversité et changements globaux – Enjeux de société et défis pour la recherche*, Paris, ADFP, 2005, p. 107.

Prendre la responsabilité au sérieux

décès. Ces millions de morts évitables confirment que la globalisation, « sous sa forme actuelle, a quelque chose d'acculturant et de déshumanisant qui provoque parfois mépris et rejet, une cassure entre les élites et le terrain¹ ». La mise en œuvre du principe de la responsabilité est fort probablement l'un des seuls chemins capable de les réconcilier.

1. M. Gentilini, « La santé sera mondiale ou ne sera pas », *in* D. Kerouedan (dir.), *Santé internationale, op. cit.*, p. 14.

Titre 3 – La responsabilité financière

CHAPITRE 12

Assumer notre responsabilité financière en matière de changement climatique

par Janis Sarra

Le changement climatique anthropique est le défi environnemental le plus important auquel nous sommes confrontés au niveau mondial¹. Le « financement de l'action climatique », expression utilisée pour traiter des nombreuses questions portant sur la manière de financer les mesures d'atténuation et d'adaptation, est considéré comme un élément essentiel de la lutte contre le changement climatique. Pourtant, il fait partie d'une discussion beaucoup plus vaste sur la façon dont nous structurons les marchés financiers. La crise financière mondiale qui persiste depuis 2008 a soulevé d'importantes questions sur ce que devraient être les objectifs des marchés financiers et sur leur capacité structurelle à répondre à ces objectifs. Parmi ces débats, il n'y a presque pas eu de discussions pour savoir si les stratégies de financement de l'action climatique faisaient face aux mêmes phénomènes que ceux qui ont précipité les défaillances massives du marché, comme le recours abusif à l'effet de levier et les changements dans les marchés des produits dérivés et de la titrisation, où l'on est passé de la gestion des risques aux marchés spéculatifs².

1. UN, *New Science and Developments in our Changing Environment*, 2009, p. 25, <http://www.preventionweb.net/english/professional/publications/v.php?id=8358>.

2. J. Sarra, "Embedding Fairness as a Fundamental Norm in Financial Markets", in J. Sarra (ed.), *An Exploration of Fairness, Interdisciplinary Inquiries in Law, Science and the Humanities*, Toronto, Carswell, 2013; Basel Committee, *An Assessment of the Long-Term Economic Impact of the New Regulatory Framework*, 2010.

Prendre la responsabilité au sérieux

Depuis l'éclatement de la crise, les multiples réformes juridiques des réglementations financières nous ont laissé, au mieux, un modèle auquel n'ont été apportées que quelques retouches, malgré les échecs financiers dévastateurs et leurs répercussions profondes à l'échelle mondiale. De la même manière, le débat sur le financement de l'action climatique est profondément limité dans son cadre, s'appuyant essentiellement sur les marchés des capitaux pour financer les remèdes à apporter aux aspects les plus flagrants du réchauffement climatique, sans prendre en compte les problèmes systémiques auxquels sont confrontés les marchés financiers en général. Les propositions admettent comme point de départ la domination des marchés privés pour financer les mesures d'atténuation et d'adaptation, même dans la collecte de fonds pour les engagements des pays.

En deuxième lieu, les discussions cherchant à déterminer à qui il incombe d'assumer le coût du financement de l'action climatique sous-estiment grandement le rôle des entreprises à l'origine des problèmes climatiques. Depuis des années, les entreprises ont externalisé les effets environnementaux négatifs de leurs activités économiques, en partie parce qu'il est essentiel de présenter des rendements à court terme aux bailleurs de fonds du marché des capitaux. Elles se sont essentiellement déchargées de leur responsabilité en termes d'émissions de gaz à effet de serre (GES) passées et présentes.

En troisième lieu, tout comme pour les activités du Groupe des vingt¹ et du Comité de Bâle, par lesquelles des ressources considérables ont été consacrées aux réformes du droit des finances, des sommes colossales continuent à être dépensées dans le cadre des négociations internationales sur les changements climatiques et son financement, sans que des décisions significatives soient prises pour apporter rapidement et efficacement les changements nécessaires. Alors que les 114 pays signataires de l'accord de Copenhague, en

1. Le Groupe des vingt (G20) est un groupe informel composé de 19 pays et de l'Union européenne, avec des représentants du Fonds monétaire international et de la Banque mondiale. Les dirigeants du G20 se réunissent chaque année et les ministres des Finances et gouverneurs des banques centrales se réunissent plusieurs fois par an pour discuter de la façon d'améliorer la réglementation financière.

Assumer notre responsabilité financière

2009, ont souligné leur ferme volonté politique de lutter contre le changement climatique¹, il y a eu des progrès inégaux vers un consensus mondial sur les mesures à prendre pour éviter que les températures mondiales n'en viennent à dépasser de plus de 2 °C leur niveau de l'ère préindustrielle.

Ces défis sont immédiats et pressants. Le Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat (GIEC) a indiqué qu'au total les émissions anthropiques de GES n'ont jamais été aussi élevées dans l'histoire humaine qu'au cours des dix dernières années². Il constate également que les quatre dimensions de la sécurité alimentaire (la disponibilité de l'approvisionnement, sa stabilité, son accès et son utilisation) seront sérieusement affectées par le changement climatique. À travers le monde, les données montrent que des changements climatiques dramatiques, des vagues de chaleur et des conditions météorologiques extrêmes ont déjà des effets négatifs sur les populations, endommageant les cultures et les côtes et compromettant la nourriture, l'eau et la sécurité énergétique³. L'atteinte de la carboneutralité d'ici la fin du siècle passe par la décarbonisation de l'électricité, le passage à l'énergie propre ou à l'utilisation de carburants à faible teneur en carbone, la réduction des déchets dans tous les secteurs et l'amélioration des puits de carbone dans les forêts, la végétation et le sol⁴.

On a beaucoup écrit sur les coûts de la réduction des émissions de GES et sur le remplacement des énergies fossiles par d'autres sources d'énergie, sur les obligations climatiques et sur la santé et les coûts humains de l'inaction, mais on a peu parlé de la structure des marchés financiers climatiques et de l'obstacle qu'ils pourraient représenter à un changement structurel significatif. Certaines ques-

1. Copenhagen Accord, para. 1, [unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/eng/11a01.pdf].

2. Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC, *Climate Change 2014. Impacts, Adaptation and Vulnerability*, 2014, p. 9 [https://www.ipcc.ch/].

3. World Bank, *Turn Down the Heat: Confronting the New Climate Normal*, Washington, DC, 2014, https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/20595.

4. IPCC, *Climate Change 2014, op. cit.*

Prendre la responsabilité au sérieux

tions restent en suspens quant à l'interface entre les instruments financiers climatiques, les investisseurs et l'intérêt public en général. J'engage ici une discussion qui mettrait l'accent sur la prise de responsabilité financière en matière de changement climatique et qui intégrerait les notions d'équité, d'intérêt public et de bien commun. Par conséquent, « Assumer notre responsabilité financière en matière de changement climatique » doit inclure un examen des différents aspects du financement de l'action climatique et prendre en compte des normes et des règles qui sont plus responsables du point de vue social, économique et environnemental, pas simplement pour les parties prenantes et les bénéficiaires directs, mais aussi pour la collectivité en général. Le cadre juridique doit comprendre des éléments d'équité et de durabilité à long terme, et renoncer aux aspects hautement spéculatifs actuels des marchés financiers.

I. FINANCER LES MESURES D'ATTÉNUATION ET D'ADAPTATION

La Banque mondiale a observé que, selon l'approche actuelle en matière d'émissions, un réchauffement de 4 °C pourrait se produire d'ici à 2060¹. Environ 60 % des terres émergées de la planète seraient alors soumises à des températures extrêmes, sans précédent, imposant d'énormes pressions à l'échelle mondiale sur les systèmes naturels et humains, y compris de graves sécheresses, des vagues de chaleur inouïes, des pénuries croissantes et de plus en plus graves d'eau et de nourriture, une augmentation de l'acidité des océans et une perte de biodiversité irréversible². Dans ce contexte, le financement des changements qui s'imposent représente un défi majeur. Les réductions substantielles des émissions nécessiteront cependant des changements dans les modes d'investissement.

1. Cette échéance de 2060 est plus alarmiste que celle du GIEC rapportée par Jean Jouzel chapitre 18, p. xx (4 à 6 °C d'ici la fin du siècle).

2. World Bank, *Turn Down the Heat*, *op. cit.*

Assumer notre responsabilité financière

Il n'y a pas encore de définition universellement reconnue du financement de l'action climatique. La Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques le définit comme un financement « qui vise à réduire les émissions et à renforcer les puits de gaz à effet de serre, et qui vise à réduire la vulnérabilité, et à maintenir et à améliorer la résilience des systèmes écologiques et humains face aux impacts des changements climatiques »¹. Cette définition témoigne à la fois des exigences scientifiques et de la nécessité d'ancrer les débats sur le financement dans les besoins sociaux et environnementaux. C'est une définition ambitieuse, mais elle ne traite pas de la façon d'obtenir les fonds. Elle ne prend pas en compte les aspects spéculatifs des marchés financiers ayant trait au changement climatique, des aspects qui pourraient biaiser non seulement le financement des mesures d'atténuation et d'adaptation, mais également les décisions politiques susceptibles de contribuer à la lutte contre le changement climatique.

Selon de nombreuses estimations, les coûts de la lutte contre le changement climatique sont énormes et immédiats. L'Agence internationale de l'énergie estime que la communauté internationale devra investir au moins un billion (i.e. mille milliards) de dollars américains supplémentaires par an en énergie propre d'ici 2050 pour avoir le moindre espoir de limiter le réchauffement planétaire à 2 °C et éviter ainsi les pires impacts du changement climatique sur l'environnement, la santé humaine et l'économie mondiale. En 2013, l'investissement mondial dans l'énergie propre n'était pourtant que de 254 milliards de dollars américains².

Les scientifiques, les gouvernements et les entreprises sont intervenus sur la question du financement des changements nécessaires pour lutter contre le réchauffement climatique. Il n'y a cependant pas eu de discussions sur une question plus fondamentale, à

1. *Report of the Standing Committee on Finance to the Conference of the Parties*, December 2014.

2. "2014 Global Investor Statement on Climate Change", <http://investorsonclimatechange.org/>, consulté en septembre.

Prendre la responsabilité au sérieux

savoir, la multiplication des marchés privés sur les risques liés au changement climatique, tandis que les coûts des mesures d'atténuation et d'adaptation sont présentés comme des responsabilités d'ordre public. Imaginer qui va assumer le risque des externalités n'aide en rien à régler la question de l'origine des coûts. Je suggère quatre étapes et principes essentiels pour faire avancer le dossier du financement de l'action climatique. Des décennies d'externalités ont besoin d'être corrigées par quatre mesures : a) une taxe mondiale significative sur le carbone ; b) une taxe pérenne sur toutes les transactions effectuées sur le marché financier ; c) un renforcement des obligations fiduciaires des administrateurs et des dirigeants, qui engloberaient leur responsabilité en matière de viabilité climatique ; et d) une reconsidération de la question du rendement du capital, impliquant une gestion rigoureuse de la part des investisseurs institutionnels. Toutes ces mesures exigent que les gouvernements passent à l'action et nous avons tort de compter sur les marchés financiers pour être les catalyseurs des politiques sur le changement climatique.

II. CORRIGER DES DÉCENNIES D'EXTERNALITÉS – UNE TAXE MONDIALE SIGNIFICATIVE SUR LE CARBONE CONSTITUE L'APPROCHE LA PLUS ÉQUITABLE

La réduction des émissions de carbone est une priorité majeure si nous voulons limiter l'augmentation de la température mondiale à moins de 2 °C au cours de ce siècle. Il est essentiel que les gouvernements négocient un accord international immédiat sur la mise en œuvre d'une taxe mondiale rigoureuse sur le carbone, aussi bien au niveau national qu'au niveau international. Elle doit être suffisamment uniforme dans le monde pour que les entreprises ne se dirigent pas vers les pays les plus laxistes et qu'elles ne puissent pas faire pression sur les gouvernements en menaçant de quitter leur territoire. Cette taxe doit être largement mise en œuvre et appliquée,

Assumer notre responsabilité financière

en commençant par les plus grands responsables des émissions de GES, les combustibles fossiles. Dans les pays socialement et économiquement vulnérables, la taxe n'aurait aucune incidence sur les revenus, elle redonnerait en fait des ressources aux personnes ou aux secteurs les plus pauvres afin de modifier leurs pratiques énergétiques.

Alors que l'on reconnaît l'urgence de la situation, les centrales à combustible fossile construites en 2012 émettront à elles seules 19 milliards de tonnes de CO₂ au cours de leur durée de vie escomptée, de 40 ans, soit plus que les émissions de toutes les centrales à combustible fossile en 2012¹. Pourtant, si on veut limiter le réchauffement à 2 °C ou 3 °C, 60 % à 80 % des réserves actuelles ne devront pas être utilisées². En l'absence de dispositions contraignantes, il n'y aura donc pas d'amélioration dans l'évolution actuelle du changement climatique. Une taxe mondiale sur le carbone représente l'étape directe et équitable la plus sensée en matière de réduction des émissions nocives. Une telle taxe doit à mon avis comporter deux éléments, un qui prend en compte une partie des émissions de CO₂ des générations précédentes et un autre qui exige des entreprises qu'elles assument la responsabilité de leurs émissions à l'avenir.

Les entreprises nationales et multinationales ont profité de l'utilisation des combustibles fossiles et de l'intrusion dans des puits de carbone naturels, mais elles ont rarement payé les coûts des dommages. Elles ont été en mesure d'externaliser les coûts car, sans législation environnementale, elles ne sont pas tenues de rendre compte des activités qui contribuent aux émissions de GES. La plupart des lois environnementales nationales ne traitent que des effets négatifs immédiats sur l'air, l'eau, la terre ou la santé humaine et n'ont pas la portée voulue pour régler les effets à long terme des émissions et de l'élimination des puits de carbone naturels. En

1. IPCC, *Climate Change 2014*, *op. cit.*

2. World Bank, *Decarbonizing Development: Three Steps to a Zero Carbon Future*, 2015, p. 43.

Prendre la responsabilité au sérieux

outre, en dépit des différences régionales dans les émissions de CO₂, les rejets se font dans l'atmosphère, créant un problème à l'échelle mondiale.

Même lorsque la protection de l'environnement est intégrée au budget d'une entreprise, la structure même de la comptabilisation des produits et des charges sur de courtes périodes empêche depuis des décennies la prise en compte des préjudices environnementaux à long terme. De plus, les entreprises multinationales ont des filiales dans plusieurs pays et les profits sont systématiquement, parfois quotidiennement, transférés à la société mère. La société mère peut alors se cacher derrière les personnalités juridiques distinctes de ses filiales pour laisser toute responsabilité en matière de changement climatique à l'entité du pays concerné, celle-ci n'ayant néanmoins plus les actifs pour remédier aux dommages causés.

Les sociétés commerciales sont des acteurs économiques. Il est donc nécessaire de créer de solides incitations pour modifier leurs comportements, à la fois pour réduire les émissions et pour élaborer des stratégies à long terme visant à conserver l'énergie et à utiliser des sources d'énergie plus propres. Une taxe sur le carbone constitue une telle incitation. Elle est équitable car elle dépend de la quantité d'émissions de carbone générées et elle est juste si les revenus qui en découlent sont utilisés de manière systématique pour financer des mesures d'adaptation. Une telle taxe pourrait contribuer à la décarbonisation de l'économie, en diminuant les rejets de GES, puis en encourageant le passage à une société au bilan carbone neutre.

En créant un cadre de référence pour le financement de l'action climatique, il est essentiel de reconnaître que non seulement le problème concerne l'ensemble de la société, mais aussi que les entreprises doivent assumer une certaine responsabilité. Ainsi, la première composante d'une taxe mondiale sur le carbone serait en quelque sorte une taxe ponctuelle de rattrapage pour compenser les émissions antérieures. Une écotaxe sur les émissions des dix dernières années semble raisonnable. Des milliards de dollars de profits ont été extraits de la planète et les coûts externalisés ont

Assumer notre responsabilité financière

porté préjudice à de nombreux pays et aux générations futures. En un sens, cette taxe sur le carbone pourrait être considérée comme le remboursement des externalités dont ont bénéficié les entreprises dans le passé, lorsqu'elles dégageaient des profits sans payer la totalité des coûts de leur productivité. L'argument selon lequel on ne peut pas taxer rétroactivement n'est pas convaincant, car les sociétés savent qu'elles se sont déchargées des coûts des émissions sur une période beaucoup plus longue que celle pour laquelle on propose la rétroactivité de la taxe. Lorsqu'une taxe de rattrapage sur le carbone aura été élaborée, les entreprises devront déterminer comment assumer leur responsabilité financière, tout comme elles le font face à de nouveaux développements sur le marché ou dans le domaine législatif.

La deuxième composante de la taxe mondiale sur le carbone mondiale serait une taxe sur les émissions actuelles et à venir, obligeant ainsi les entreprises à internaliser les coûts des émissions de leurs activités de production. Elle constituerait donc une solide incitation pour modifier les pratiques énergétiques. La taxe mondiale sur le carbone doit s'appliquer non seulement aux entreprises productrices d'énergie, mais également aux entreprises manufacturières et aux autres entreprises qui utilisent des combustibles fossiles, afin de défrayer les coûts actuels des mesures d'atténuation. Une taxe sur le carbone peut être simple d'un point de vue administratif et certainement facile à évaluer et à percevoir étant donné le caractère mesurable des émissions.

Un modeste exemple nous est fourni par la Colombie-Britannique, au Canada, une province qui a instauré une taxe généralisée sur le carbone en 2008, payée par tous ceux qui consomment des combustibles fossiles¹. La taxe dépend de la consommation d'électricité afin d'encourager les particuliers et les entreprises à utiliser moins de combustibles fossiles et à réduire leurs émissions de GES. Sa conception progressiste traite tous les secteurs et activités de la

1. BC Government, "Overview of the revenue-neutral carbon tax", 2015, http://www.fin.gov.bc.ca/tbs/tp/climate/carbon_tax.htm, consulté en septembre.

Prendre la responsabilité au sérieux

même manière, incitant ainsi les entreprises à réduire leur consommation. Les montants perçus sont utilisés pour diminuer les impôts des particuliers aux revenus les plus faibles et pour financer des projets d'atténuation et d'adaptation. La taxe était initialement moins élevée en 2008 et elle a atteint son niveau maximum en 2012. Cette stratégie a offert aux entreprises une période d'ajustement tout en créant immédiatement des incitations à réduire les émissions de GES.

Une taxe mondiale sur le carbone est sans doute la stratégie la plus efficace pour réellement modifier l'évolution actuelle du changement climatique. Bien que des mécanismes de plafonnement et d'échange aient déjà été approuvés dans un certain nombre de pays¹, ils favorisent certaines entreprises multinationales et certains pays dans leurs activités économiques, plutôt que d'encourager la réduction des émissions de GES². Alors que toute une industrie s'est développée autour du système de plafonnement et d'échange, il incite uniquement les entreprises à chercher où acheter des crédits d'impôt, plutôt que d'adopter d'autres sources d'énergie et de réduire leurs émissions de GES. Une taxe sur le carbone vise à assurer que les entreprises qui contribuent le plus au problème s'y attaqueront directement.

1. Les échanges de quotas d'émissions ou programmes de « *cap and trade* » fixent généralement une limite à la quantité d'un certain type d'émissions de GES qu'une économie peut produire chaque année. C'est un mécanisme fondé sur le marché en ce qu'une société peut acheter (« échanger ») des crédits de carbone (émissions autorisées). L'acheteur paie une redevance pour polluer, tandis que le vendeur est rétribué pour avoir réduit ses émissions. Des permis (crédits) de carbone et dans certains cas des dérivés de permis peuvent être négociés sur des marchés secondaires. Par exemple, le système d'échange d'émissions de l'UE négocie principalement dans European Union Allowances (EUA).

2. J. Kilani, UNFCCC Secretariat, May 2015, EU Emissions Trading Directive (2003/87/EC), http://cdm.unfccc.int/press/newsroom/latestnews/releases/2015/0705_index.html.

Assumer notre responsabilité financière

III. UNE TAXE PÉRENNE SUR TOUTES LES TRANSACTIONS EFFECTUÉES SUR LE MARCHÉ FINANCIER.

Les entreprises qui utilisent directement des combustibles fossiles ne sont pas les seules à contribuer au changement climatique. Les marchés des capitaux bénéficient de la situation car les titres d'emprunt et de capitaux propres profitent des externalités créées dans les activités de ces entreprises, sous forme de rentabilité accrue des investissements et d'une hausse du prix des actions. Par ailleurs, le nouveau marché du financement de l'action climatique est en pleine expansion avec, entre autres, la prolifération des obligations climatiques et d'autres produits dérivés¹. Plus de 6 000 fonds privés de capitaux propres ont été créés au cours des dix dernières années dans le but de financer les activités liées au changement climatique². Alors qu'on réclame une plus grande transparence des produits financiers axés sur le climat, on parle peu des effets négatifs éventuels qui pourraient accompagner sa mise en place. Il est essentiel de faire une distinction entre le capital utilisé pour l'activité économique productive et les aspects spéculatifs du marché.

Les « obligations catastrophes » (*CAT bonds*) sont un exemple de produit financier axé sur le climat³. Elles sont liées à la survenance d'événements de faible fréquence, mais à fort impact, qui ne sont pas facilement assurables, ce qui limite le risque de contrepartie. Comme avec les dérivés climatiques indiciaires⁴ négociés de gré à gré, les paiements dus à l'acheteur peuvent être plus rapides que

1. D. Cummins, O. Mahul, *Catastrophe Risk Financing in Developing Countries*, Washington, DC, World Bank, 2008, p. 9.

2. IPCC, "Cross-cutting Investment and Finance Issues", 2014, p. 1228.

3. S. Garg, "Multiyear Cat Bonds and Investor Behavior", *Wharton SRSJ*, May 2008, p. 2.

4. Un dérivé climatique est un instrument financier qui peut être utilisé pour se prémunir contre des risques liés au climat. L'actif sous-jacent peut ainsi être la température, la quantité de neige tombée ou les précipitations. À la différence des dérivés classiques, l'actif sous-jacent n'a donc aucune valeur propre.

Prendre la responsabilité au sérieux

les règlements d'assurance¹. Les « obligations catastrophes » ont été créées pour transférer le risque d'assurance aux marchés des capitaux en général. Le marché représentait environ 13 milliards de dollars américains en 2011.²

Bien que les « obligations catastrophes » constituent une stratégie de réduction des risques en cas d'événements catastrophiques, elles ne font rien pour prévenir ou atténuer les causes sous-jacentes des événements climatiques. Des risques moraux y sont également associés. Les « obligations catastrophes » ont souvent des clauses qui limitent strictement la nature et le lieu de la catastrophe qui sont couverts³. L'événement déclencheur, essentiellement la catastrophe qui entraîne une indemnisation, doit répondre à des critères très spécifiques qui peuvent être difficiles à satisfaire. Par exemple, dans le cas du tremblement de terre et du tsunami de 2011 au Japon, des « obligations catastrophes » avaient été émises sur Tokyo, qui a subi des dégâts considérables, mais elles n'ont pas pu être utilisées car le site du séisme se trouvait au nord de Tokyo, pas dans la ville. Les définitions étroites des événements déclencheurs et les interprétations étroites de la survenance ou non des événements climatiques ont pour conséquence que les investisseurs ne sont pas aussi bien couverts qu'ils le croient. Des voix s'élèvent pour dire que les « obligations catastrophes » bénéficient plus aux investisseurs qu'à ceux qui cherchent à s'assurer. *Businessweek* rapporte que le rendement des obligations catastrophes s'est établi à 60 % sur la période de cinq ans allant de 2007 à 2011.⁴

Contrairement à l'assurance, qui oblige l'acheteur à avoir un intérêt assurable, les *swaps* et les dérivés climatiques n'exigent pas

1. J. Seo, "Testimony US House Subcommittee on Capital Markets", 6 September 2007 ; M. Lane and O. Mahul, "Catastrophe Risk Pricing", WP4765, World Bank, 2008.

2. Fermat Capital Management Corp, <http://www.fermatcapital.com>

3. T. Keatinge, J.P. Morgan Chase. "Typically, for a cat bond to trigger, you need a bull's-eye to be hit instead of a general shot in the right direction."

4. B. Keogh, J. Westbrook, O. Suess, "The Trouble with Catastrophe Bonds", *Business Week*, 21 April 2011, p. 2.

Assumer notre responsabilité financière

que l'acheteur ait un intérêt direct dans l'entité ou la chose protégée. C'est ce qui crée un marché spéculatif ; les spéculateurs peuvent parier pour ou contre un événement ou une initiative climatique, ce qui peut en retour augmenter le prix d'achat de la protection pour les gouvernements, les agriculteurs et tous ceux qui cherchent à se protéger. Selon la nature du produit dérivé, les incitations peuvent être faussées de diverses manières. En ce qui concerne les « obligations catastrophes » et les produits similaires, la structure du marché crée des incitations pour définir et interpréter de façon restrictive les événements déclencheurs, faisant en sorte que les indemnités ne soient pas versées aux parties touchées, augmentant par là même les rendements des investisseurs. Au niveau des *swaps* sur défaillance (CDS) et des autres produits achetés comme instruments de protection des risques pour les entreprises engagées dans l'adaptation climatique, les incitations peuvent être biaisées différemment. N'ayant pas à justifier d'un intérêt assurable, les parties peuvent acheter ces produits financiers en multiples de la valeur sous-jacente des actifs censés être protégés. Si un prêteur à une entreprise d'adaptation climatique a acheté des CDS en multiples de la valeur de l'entité ou de ses actifs sous-jacents, il pourrait être incité à adopter un comportement qui favoriserait l'échec de l'entreprise ou de l'initiative climatique, car il pourrait alors gagner plus que si l'entreprise réussissait. Par exemple, si une entreprise d'énergie alternative emprunte 5 000 000 € pour ses activités ou une initiative spécifique, le prêteur peut acheter des CDS en multiples de la valeur de ce prêt, quatre fois ce montant par exemple, pour se couvrir contre le risque que le prêt soit en défaut de paiement. Si la société d'énergie rencontre des problèmes de trésorerie, le prêteur a intérêt, plutôt que de prolonger le délai de paiement, à laisser le prêt se trouver en défaut de paiement, car il gagnerait ainsi 20 millions d'euros. Le marché pour les types de CDS semblables représente actuellement des milliards de dollars et crée des effets d'incitation négatifs. En l'absence d'un mécanisme de surveillance rigoureux du marché et de mesures appropriées, les dérivés climatiques pourraient causer des défaillances du marché similaires

Prendre la responsabilité au sérieux

à celles de 2008. Actuellement, ces produits financiers permettent aux investisseurs d'encaisser des millions de dollars de profits. Le marché spéculatif augmente le nombre de transactions et la difficulté à s'entendre sur un événement déclencheur. Il n'indique pas si les actifs sont suffisants pour régler les demandes lorsque l'événement se situe dans les paramètres du contrat. Censés répondre à un type particulier de risques, les dérivés climatiques sont ainsi devenus l'objet d'un marché spéculatif en plein essor.

Les régulateurs du monde entier ont beaucoup de difficultés à instaurer la transparence, une compensation appropriée et d'autres mécanismes de surveillance pour les produits dérivés en général. Accepter de nouveaux produits financiers climatiques sans surveillance adéquate du marché s'avère donc problématique. Par ailleurs, ces dérivés climatiques ne sont pas destinés à atténuer les émissions de GES ou à financer des mesures d'adaptation climatique. Ils indemnisent les contreparties pour les retombées négatives du changement climatique et font tout sauf inciter les acheteurs à investir dans la réduction des émissions de CO₂ ou dans l'adaptation, car ils offrent visiblement un moyen de se prémunir contre l'impact financier du changement climatique. Une façon de tempérer les aspects spéculatifs du marché serait d'imposer une taxe de pérennité sur toutes les transactions financières, ce qui en diminuerait le nombre. Les recettes obtenues pourraient être utilisées pour développer des énergies de remplacement et d'autres mesures d'adaptation au changement climatique.

En plus d'imposer une taxe de pérennité tournée vers l'avenir, il est indispensable d'entamer une réflexion globale sur l'utilisation des marchés des capitaux pour financer le changement climatique. Selon la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, les participants à la conférence Paris Climat 2015 se sont entendus sur six points concernant les mécanismes de marché, qu'ils appellent des principes, mais qui ne constituent en grande partie qu'une entente de haut niveau pour favoriser les marchés climatiques¹. L'hypothèse ainsi retenue, selon laquelle les marchés auraient

1. J. Kilani, May 2015, *op. cit.*

Assumer notre responsabilité financière

un rôle central à jouer dans le financement de l'action climatique, comporte une nouvelle fois un risque d'externalisation des coûts des mesures d'atténuation et d'adaptation. Tout financement de l'action climatique lié au marché est basé sur la réalisation de profits et favorise les stratégies à court terme plutôt qu'à long terme, afin de générer des rendements pour les investisseurs. Des pays prennent des engagements pour financer des initiatives sur les changements climatiques sur leur sol ou pour aider les pays émergents, mais certains de ces engagements sont assortis de conditions liées aux marchés des capitaux futurs et augmentent les coûts. L'exemple de l'eau est éloquent : les pays développés et les organismes supranationaux offrent leur aide aux pays en développement avec comme condition de financement que les services d'eau publics soient privatisés¹. Le prix du soutien financier est de laisser le secteur privé prendre le contrôle des biens publics. En outre, au cours des discussions à venir sur le financement de l'action climatique, les montants qui seraient à la disposition des pays émergents pour l'adaptation (par opposition à l'atténuation) seront fortement contestés, du fait que certains pays développés ne veulent pas laisser les énergies de remplacement et d'autres initiatives venir concurrencer leurs propres entreprises.

Tout n'est cependant pas complètement négatif. Certaines initiatives essaient de changer la donne. *Climate Bonds Initiative*, par exemple, est un organisme international à but non lucratif qui permet aux grands investisseurs institutionnels de mobiliser des fonds importants, en rassemblant des projets d'énergie renouvelable et des projets d'efficacité énergétique avec des instruments adaptés à leur façon d'opérer. En 2014, l'équivalent de 36,6 milliards de dollars d'obligations vertes avait été émis². Ces initiatives sont importantes, mais toute utilisation de la titrisation dans ces projets doit être soumise à la même surveillance que les autres produits financiers, vu les incitations qui pourraient exister en termes de profits à court terme et de décharge du risque.

1. M. Barlow, *Blue Future*, New York, The New Press, 2013.
2. Climate Bonds Initiative, <http://www.climatebonds.net/>

Prendre la responsabilité au sérieux

Les marchés des capitaux ont un rôle à jouer dans la lutte contre le changement climatique et les investisseurs pourraient pousser au changement en appuyant des initiatives qui remédient aux changements climatiques et découragent la spéculation¹. Le financement de l'action climatique doit être reconnu comme une responsabilité mondiale, dans l'intérêt public et pour le bien commun, et pas seulement motivé par des incitations financières résultant des défis climatiques importants créés par l'activité du capital. « Nous avons réalisé des profits en créant le problème et nous pouvons aussi profiter des efforts déployés pour y mettre fin » est un paradigme opérationnel inacceptable pour l'avenir.

IV. UN RENFORCEMENT DES OBLIGATIONS FIDUCIAIRES DES ADMINISTRATEURS ET DES DIRIGEANTS QUI ENGLOBERAIENT LEUR RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE VIABILITÉ CLIMATIQUE

De nouveaux outils doivent être créés pour établir un lien entre la prise de décision et l'urgente nécessité de lutter contre le changement climatique. Globalement, les administrateurs et les dirigeants d'entreprises ont l'obligation d'agir dans le meilleur intérêt de leur société. Les pratiques existantes sont cependant très variées en ce qui concerne la manière dont les gestionnaires sont tenus de rendre compte de leurs décisions. Dans de nombreux pays, les pays anglo-américains notamment, le meilleur intérêt a été interprété comme la maximisation du rendement de l'investissement des actionnaires et se traduit souvent par des décisions visant à maximiser les profits à court terme. Les obligations fiduciaires des administrateurs et des dirigeants devraient aller plus loin que la maximisation de la richesse des actionnaires.

Le problème s'est aggravé depuis la crise financière mondiale. Lors d'un sondage effectué en 2014 auprès de plus d'un millier

1. Voir *infra*, § IV.

Assumer notre responsabilité financière

de cadres représentant toutes les industries, 79 % d'entre eux ont indiqué qu'ils étaient soumis à de très fortes pressions pour produire des résultats financiers sur une période de deux ans ou moins, et 63 % des personnes interrogées ont déclaré que la pression exercée sur les hauts dirigeants pour produire des résultats financiers à court terme avait augmenté au cours des cinq dernières années¹. Ces pressions à court terme influencent directement la façon dont les entreprises abordent des défis climatiques.

L'inadéquation entre les limites de notre capacité de raisonnement et les décisions d'investissement à plus long terme constitue un autre obstacle à la soutenabilité. Plusieurs études récentes ont constaté que la grande majorité des équipes de direction ne possédaient pas la capacité cognitive nécessaire pour penser au-delà du court terme. Cette lacune signifie que le nombre de dirigeants d'entreprise qui peuvent concevoir des stratégies d'adaptation climatique à long terme est limité². En l'absence d'obligations fiduciaires rigoureuses, les mesures visant à limiter les effets néfastes sur le climat ne deviendront pas réalité.

Un des véritables défis est donc de savoir comment fixer et respecter des objectifs à long terme. Compte tenu à la fois des réalités cognitives et des pressions exercées pour produire des rendements à court terme, les objectifs à court terme ont le potentiel de ne financer que les stratégies les moins coûteuses pour se conformer à la réduction des émissions de GES et pourraient faire en sorte que nous devenions captifs d'énergies à forte intensité d'émissions de carbone. La décarbonisation est pourtant nécessaire pour véritablement inverser la tendance actuelle du réchauffement climatique.

La définition de l'obligation fiduciaire des administrateurs et des dirigeants a donc besoin d'être modifiée pour obliger ces derniers à tenir compte de la viabilité à long terme de l'entreprise ou du

1. CPPIB, "Short-termism: Insights from Business leaders", 2014, p. 1-2.

2. K. Ambachtsheer, M. Van Clief, E.J. Waitzer, "Submission to the Office of the Superintendent of Financial Institutions", Canada, on Revisions to the Corporate Governance Guideline, 13 September, 2012.

Prendre la responsabilité au sérieux

groupe. La planification stratégique doit donc prendre en compte des horizons à long terme. De véritables voies de recours à l'encontre de l'externalisation des coûts climatiques sont à mettre en place et devraient être prises en compte dans le chiffre d'affaires des entreprises.

À ce jour, les questions de gouvernance en matière de changement climatique ont porté sur les exigences de publicité, telles que la publication par les sociétés de l'industrie des ressources de l'étendue de la recherche et du développement minier, la publication par les investisseurs des montants investis dans les ressources énergétiques et la publication par les entreprises de la quantité et du type d'énergie qu'elles utilisent. Cependant, il est de plus en plus évident que la divulgation des montants investis ne suffit pas – cela n'augmente pas les ressources destinées à réduire les émissions de GES. Les rapports doivent être transparents et complets, fournissant une description globale de la stratégie commerciale de l'entreprise et des interactions avec des intervenants de toutes sortes, pas seulement de ce qui peut être géré à court terme, mais de tous les enjeux auxquels l'entreprise est confrontée en matière de responsabilités à l'égard du changement climatique¹.

Le renforcement des obligations fiduciaires va bien plus loin que la publication d'informations. Il exigerait des administrateurs et des dirigeants qu'ils prennent des décisions dans le meilleur intérêt de l'entreprise, mais définirait le meilleur intérêt comme incluant la pérennité économique, sociale et environnementale à long terme, les obligeant à élaborer des plans de viabilité et à fournir un compte-rendu de leurs activités de réduction des émissions de GES, des dommages aux puits de carbone et de leurs efforts pour passer à l'énergie durable et utiliser d'autres stratégies similaires. Il doit y avoir des recours significatifs au cas où les administrateurs et les dirigeants ne respecteraient leurs obligations.

1. H. Covington, R. Thamotheram, "The Case for Forceful Stewardship", January 2015, <http://ssrn.com/abstract=2551478>, consulté en septembre.

Assumer notre responsabilité financière

V. RECONSIDÉRER LA QUESTION DU RENDEMENT DU CAPITAL – LA RESPONSABILITÉ DES INVESTISSEURS INSTITUTIONNELS

Les investisseurs sur le marché des capitaux ont également un rôle à jouer pour recentrer le débat sur le financement de l'action climatique. L'objectif des entreprises est de réaliser des profits et, hormis l'intervention des actionnaires, elles sont peu susceptibles de s'engager dans un processus d'atténuation et d'adaptation qui pourrait réduire les profits à court terme. Les entreprises multinationales sont souvent mieux financées et plus puissantes que les pays où elles exercent leurs activités et ce déséquilibre peut affecter leurs décisions sur un grand nombre de questions, y compris sur le changement climatique. Compte tenu de la position dominante occupée par les multinationales dans les discussions mondiales sur le changement climatique, il est encore plus important que les entreprises soient tenues responsables des positions qu'elles défendent, qui tendent à maximiser les profits à court terme.

Mis à part les objectifs normatifs plus larges qui visent à régir les entreprises sur une base durable et pour l'intérêt public en général, il y a des arguments clairs en faveur de la pérennité. Covington et Thamotheram suggèrent que le risque potentiel de perte maximale due au changement climatique, dans les quinze ans à venir, serait une réduction permanente de 5 % à 20 % de la valeur des portefeuilles par rapport à ce qu'elle aurait été sans réchauffement climatique¹. Ce risque pour la valeur des portefeuilles pourrait être sensiblement réduit par une transition rapide vers d'autres énergies pour réduire les émissions de GES. Ils observent que la conséquence globale du réchauffement actuel de 0,8 °C est une diminution d'environ 1 % du PIB mondial.

Les mesures d'atténuation et d'adaptation seront coûteuses, mais elles coûteront moins cher si nous agissons maintenant plutôt que d'attendre quelques années. Des études indiquent que des réduc-

1. *Ibid.*, p. 2.

Prendre la responsabilité au sérieux

tions immédiates des émissions de GES seraient les plus rentables et laisseraient moins d'actifs échoués¹. Un rapport de la Banque mondiale a constaté que les mesures nécessaires pour atteindre un seuil d'émissions zéro sont abordables si les gouvernements agissent aujourd'hui, mais que le coût global augmentera de 50 % si les pays attendent quinze ans². Ainsi, en plus des coûts globaux pour chacun d'entre nous, il y a des raisons impérieuses pour que les acteurs des marchés financiers eux-mêmes exercent de fortes pressions pour une action immédiate et globale. De nombreuses personnes dans des pays développés et certaines dans les pays de l'hémisphère sud participent aux marchés, qu'ils soient ou non des investisseurs directs. Par exemple, l'épargne-retraite des salariés est investie par les grands fonds de pension qui ont un poids considérable sur le marché³. Ces salariés pourraient exiger des gestionnaires de leurs fonds de pension et d'autres fonds de placement qu'ils changent leur approche en matière de rendement du capital pour appliquer les principes de la viabilité financière et de la sécurité climatique à long terme. C'est à ce niveau que les grands investisseurs institutionnels devraient se lancer dans un plaidoyer significatif pour lutter contre le changement climatique. Il ne fait aucun doute que le réchauffement de la planète a de sérieuses répercussions sur les portefeuilles de placement. Les investisseurs institutionnels doivent accentuer considérablement leurs efforts de lobbying, de pression normative et de pression en matière de placement pour faire en sorte que les entreprises adoptent des plans d'action immédiats et à long terme concernant les émissions de GES.

Un sentiment domine depuis longtemps, qui veut que les mesures de gouvernance sociale et environnementale portent atteinte aux bénéfices et au rendement du capital, mais de plus en plus d'éléments au sein de la communauté financière tendent à montrer que

1. K. Riahi *et al.*, "Locked into Copenhagen Pledges", *TFSC*, 2015, vol. 90.

2. World Bank, *Decarbonizing Development...*, *op. cit.*, p. 40.

3. Par exemple, OMERS (le régime de retraite des employés municipaux de l'Ontario) « investit un actif net de 72 G\$ dans un portefeuille mondial diversifié », Rapport annuel, 2014, p. 2, http://www.omers.com/corporate/corporate_annual_report.aspx.

Assumer notre responsabilité financière

l'investissement direct dans les combustibles fossiles a une incidence négative grave à long terme sur la stabilité des placements financiers. Plusieurs scénarios sont à l'étude, comme la bulle du carbone ou les effondrements en cascade, dans lesquels l'insécurité alimentaire et les difficultés d'approvisionnement en eau sont susceptibles de toucher directement et en premier l'Afrique, l'Asie et l'Asie du sud-est. Tous ces scénarios auront une incidence directe sur la valeur des portefeuilles. Par conséquent, les investisseurs institutionnels ont un rôle important à jouer : ils se doivent d'utiliser leur puissance financière pour orienter le débat sur le financement de l'action climatique, les produits de services financiers et leur capacité à démanteler des obstacles systémiques à la réduction effective des causes anthropiques du réchauffement climatique. Covington, Thamotheram et d'autres, dont je fais partie, plaident en faveur d'un nouveau type d'activisme des actionnaires institutionnels, la gestion rigoureuse (*forceful stewardship*). Elle forcerait essentiellement les investisseurs à exiger une refonte de l'obligation fiduciaire, s'écartant des rendements pour les actionnaires pour se rapprocher des obligations éthiques, du devoir civique et de la réduction des risques environnementaux à long terme. Ainsi, les investisseurs institutionnels considéreraient le fait d'ignorer les risques à long terme, y compris les risques environnementaux tels que le changement climatique, comme un manquement aux obligations fiduciaires. Certains grands investisseurs institutionnels et gestionnaires d'entreprises d'investissement, dont bon nombre représentent des fonds de pension publics, des fonds de pension où les salariés sont représentés et les fonds souverains, ont rejoint les Principes pour l'investissement responsable des Nations unies (UNPRI), s'engageant à utiliser leur puissance financière pour encourager les entreprises émettrices à agir de façon responsable. Ces investisseurs institutionnels sont les plus susceptibles de prendre des mesures pour l'adaptation climatique. Pour impliquer les investisseurs institutionnels qui ne participent pas encore à cette initiative, l'impulsion devrait venir de la législation ou des employés qui, en contribuant aux fonds de pension, peuvent exercer une pression pour changer la façon dont ils sont gérés.

Prendre la responsabilité au sérieux

Les grands investisseurs doivent se montrer disposés à utiliser leurs votes pour exhorter au changement. Des résolutions d'actionnaires doivent demander une transition énergétique rapide dans tous les secteurs, y compris dans le secteur de la fabrication, puisque les activités de nombreuses entreprises manufacturières dépendent de l'accès aux combustibles fossiles. Ces entreprises se transforment à l'occasion en puissants groupes de pression qui luttent contre les changements réglementaires et d'autres changements, en raison des coûts potentiels qu'impliquerait la conversion à d'autres sources d'énergie. Les actionnaires doivent donc insister pour que l'industrie des combustibles fossiles arrête de dépenser des millions de dollars en lobbying et en campagnes médiatiques et cesse ses efforts visant à induire le public en erreur sur la science du climat et à retarder l'adoption de politiques efficaces et durables.

Cette prise de responsabilité n'est pas chimérique. En 2015, 347 investisseurs représentant plus de 24 billions de dollars américains en actifs émis ont demandé aux chefs de gouvernement d'établir une tarification du carbone stable, fiable et sensée du point de vue économique, pour réorienter les investissements en fonction de l'ampleur du défi du changement climatique, et d'élaborer des plans visant à supprimer progressivement les subventions aux combustibles fossiles¹.

Malgré de longues négociations, les pays ne sont pas encore arrivés à se mettre d'accord sur un plan global et applicable qui transformerait fondamentalement le schéma actuel des émissions de carbone. En plus des mesures proposées ici, les gouvernements devraient s'appuyer sur la 21^e Conférence des Parties de la CCNUCC de décembre 2015 pour convenir de normes claires et exécutoires en vue d'un avenir sans émissions nettes de carbone, incitant les entreprises à investir maintenant dans la transition. La Banque d'Angleterre est en train d'évaluer la vulnérabilité que les actifs de combustibles fossiles peuvent représenter pour la stabilité du système financier, ce qui pourrait favoriser le transfert des investissements vers des énergies nouvelles, propres et écologiques.

1. International Energy Agency, "2014 Global Investor Statement on Climate Change".

Assumer notre responsabilité financière

Des spécialistes du climat, des sciences sociales et d'autres domaines demandent aux gouvernements de prendre un certain nombre de mesures immédiatement pour réduire les émissions de carbone. Par contre, les gouvernements continuent à encourager les émissions par le biais de subventions aux énergies fossiles de plus de 548 milliards de dollars américains par an, principalement au profit des pays développés¹. Les sommes consacrées à ces subventions sont cinq fois plus importantes que les montants investis aujourd'hui dans le développement des énergies renouvelables. Les gouvernements aggravent donc directement la situation. Ces subventions doivent être supprimées si on veut réellement se diriger vers un monde décarboné. Un rapport du Groupe de la Banque mondiale publié en 2015 suggère que l'élimination des subventions aux combustibles fossiles, qui bénéficient principalement aux riches, pourrait générer des revenus nécessaires à l'éducation, la santé et les infrastructures, tout en réduisant les émissions de carbone².

Le problème vient partiellement du fait que l'industrie des combustibles fossiles et les entreprises qui bénéficient de l'utilisation de ces sources d'énergie font pression sur les gouvernements pour maintenir les subventions et ne pas agir selon les engagements internationaux en matière de réduction des émissions. De puissants intérêts économiques s'approprient ainsi le processus politique.

Si on introduisait une taxe mondiale sur le carbone et une taxe sur les marchés climatiques spéculatifs, les gouvernements auraient les ressources leur permettant de procéder aux nombreux changements nécessaires, réduisant ainsi notre dépendance à l'égard des marchés privés des capitaux pour financer ces changements. Les taxes sur le carbone rapportent déjà 7 milliards de dollars américains chaque année, principalement en Europe, et le GIEC estime que les revenus potentiels d'une taxe sur le carbone pourraient dépasser 1 600 milliards de dollars américains d'ici 2030 si elle était largement mise en œuvre³.

1. *Ibid.*

2. *Ibid.*

3. IPCC, "Cross-cutting Investment..." art. cit., p. 1216.

Prendre la responsabilité au sérieux

Le champ d'application actuel du financement de l'action climatique reste vague. Le Comité permanent des finances, qui assiste la Conférence des Parties, en a conclu que l'absence de définition du financement de l'action climatique et de sa mesure ne permet pas de bien évaluer la situation¹. Les organismes évaluant le financement de l'action climatique utilisent des méthodes différentes et la qualité des rapports ainsi que la divulgation publique des données sous-jacentes varient considérablement. Les flux des fonds pour le climat proviennent des gouvernements, des institutions financières bilatérales et d'autres acteurs du marché privé. Au cours des dix dernières années, 50 fonds publics internationaux, 45 fonds du marché du carbone et, comme indiqué précédemment, des milliers de fonds privés de capitaux propres ont été créés pour financer l'action climatique². Le Comité permanent des finances estime que le financement total de l'action climatique dans le monde, y compris les ressources financières publiques et privées consacrées à la lutte contre le changement climatique à l'échelle mondiale, se situe entre 340 à 650 milliards de dollars américains par an³. Le GIEC estime qu'il faudrait un investissement supplémentaire de 400 milliards de dollars par an pour atteindre l'objectif des 2 °C.

De toute évidence, un certain consensus a été atteint sur des programmes comme le REDD +⁴, dans lequel les pays développés s'engagent à aider les pays à faible revenu à mettre en œuvre des activités d'atténuation dans le secteur forestier, ou le Fonds d'adaptation, qui réalise des projets concrets d'adaptation dans des pays en développement particulièrement vulnérables aux effets néfastes du changement climatique, ou encore le Fonds vert pour le climat, un dispositif qui redistribuerait l'argent des pays développés pour aider les pays en déve-

1. *Report of the Standing Committee...*, *op. cit.*

2. IPCC, "Cross-cutting Investment..." art. cit., p. 1228.

3. *Report of the Standing Committee...*, *op. cit.*

4. « REDD+ » est un programme des Nations unies qui œuvre pour la réduction des émissions liées à la déforestation et à la dégradation des forêts dans les pays en développement, et pour la conservation, la gestion durable des forêts et le renforcement des stocks de carbone forestiers dans les pays en développement.

Assumer notre responsabilité financière

loppement à déployer des pratiques d'atténuation contrant les changements climatiques¹. Certaines de ces initiatives souffrent de graves difficultés financières et d'une capitalisation inadéquate et d'autres font face à des manœuvres politiques, en termes de ressources engagées ou de pressions exercées par le secteur privé pour que la privatisation accompagne l'aide fournie. Mais des études suggèrent que les effets bénéfiques sur la santé et les économies résultant d'une amélioration de la qualité de l'air dépasseraient les coûts des mesures d'atténuation dans de nombreuses régions du monde, entraînant notamment un abaissement de la mortalité, et indiquent que les gouvernements sous-estiment grandement dans leur analyse actuelle des coûts et des bénéfices les avantages des mesures de réduction du carbone².

La Banque mondiale soutient également qu'il faudrait augmenter les dépenses d'infrastructure pour offrir des alternatives viables aux options à forte intensité de carbone et insiste sur le besoin d'attirer des capitaux privés et de générer des rendements attrayants à long terme pour le secteur privé³. Elle plaide pour que les règlements soient plus prévisibles et plus clairs, pour que les investissements soient plus attractifs et elle observe que le manque de financement des infrastructures a conduit certains pays à investir dans des solutions moins onéreuses au départ, mais qui sont souvent les plus polluantes.

La nature du processus réglementaire lui-même et la capacité des gens ordinaires à se faire entendre, parmi tous les autres groupes, lors des discussions sur le financement de l'action climatique, sont d'autres considérations à ne pas négliger. Il faut qu'il y ait une plus grande transparence sur la façon dont les décisions sont prises et sur la manière dont elles affecteront notre sécurité environnementale et financière à l'avenir. Seuls les grands intérêts économiques et les gouvernements sont à la table des discussions sur le financement de l'action climatique, ce qui nuit à l'intérêt public et au bien commun.

1. www.gcfund.org/documents/in-session-documents.html, consulté en septembre 2015.

2. T. Thompson *et al*, "A Systems Approach to Evaluating the Air Quality Co-Benefits of US Carbon Policies", *Nature Climate Change*, 2014, n° 4.

3. World Bank, *Decarbonizing Development...*, *op. cit.*, p. 97, 120.

Prendre la responsabilité au sérieux

Les coûts induits par toutes ces stratégies seront conséquents, mais les coûts du statu quo seront bien plus élevés encore. Selon toute vraisemblance, les économies rebondiront et seront peut-être même plus prospères à long terme lorsque notre société produira moins de carbone. Les entreprises très rentables pourront absorber ces coûts et les investisseurs devront composer avec une baisse de rendement des investissements pendant un certain temps. Les entreprises les plus vulnérables pourraient ne pas survivre, comme d'autres ont disparu au plus fort de la crise financière. Pour les entreprises viables, les régimes de restructuration en cas d'insolvabilité sont très efficaces pour trouver des capitaux d'emprunt et des capitaux propres visant à restructurer et à relancer l'entreprise.

En conclusion, les gouvernements ne devraient traiter avec les marchés financiers que dans la mesure où ceux-ci représentent une force positive. Les gouvernements devraient éviter les aspects spéculatifs des marchés du changement climatique ou tout faire pour les réduire. Il est inapproprié de trop compter sur le financement privé parce que le succès des marchés financiers repose sur la capacité à créer des externalités et parce que seule l'action des gouvernements permet d'internaliser ces externalités chez les émetteurs de carbone. Ces externalités, qui se présentent sous forme d'émissions de carbone, traversent les frontières, et l'action individuelle des gouvernements n'a donc qu'une efficacité limitée. Le changement climatique nécessite une réponse collective à l'échelle planétaire : en effet, la plupart des gaz à effet de serre se mélangent, et les émissions d'un agent, que ce soit une entreprise, un gouvernement ou un consommateur, peuvent affecter d'autres agents, créant un problème pour tous. Une réponse globale n'est possible que si les gouvernements agissent de manière collective. Les gouvernements se doivent de devenir plus actifs et de n'utiliser les marchés financiers que dans la mesure où leurs aspects spéculatifs peuvent être évités ou réduits afin que ceux-ci deviennent une force positive dans l'élaboration des politiques sur le changement climatique.

Troisième partie

Relever les défis du droit
de la responsabilité

Titre 1 – Identifier les responsables

CHAPITRE 13

Les bases juridiques de la responsabilité sociale des entreprises en Inde¹

par Supriya Routh*

Seules les personnes ont des responsabilités. Une entreprise est une personne artificielle et, en ce sens, elle peut avoir des responsabilités artificielles, mais on ne peut pas dire que le « monde des affaires » ait des responsabilités, même au sens vague du terme.

Milton Friedman²

INTRODUCTION

Dans un contexte de division parfaite du travail, Milton Friedman n'attribue aux entreprises que la responsabilité d'*accroître leurs profits*³. Friedman aurait raison si les entreprises conduisaient

1. Texte traduit de l'anglais par Caroline Devaux, attachée de recherche au Collège de France.

* Je tiens à remercier les participants au Colloque international « Prendre la responsabilité au sérieux » qui a eu lieu au Collège de France les 11 et 12 juin 2015 ainsi qu'Alain Supiot de m'avoir fait part de ses précieux commentaires sur les versions antérieures de ce chapitre. Je remercie aussi Caroline Devaux pour sa traduction. Toute erreur subsistante relève de ma responsabilité.

2. M. Friedman, "The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits", art. cit.

3. Voir M. Friedman, *Capitalisme et Liberté*, Paris, Leduc, 2010, p. 216.

Prendre la responsabilité au sérieux

leurs activités dans des endroits exotiques situés hors du monde et complètement détachés du contexte social terrestre. Tout porte à croire néanmoins que les entreprises ne poursuivent pas leur quête de profit dans le néant. Les entreprises sont fermement établies dans des juridictions territoriales, elles utilisent des matières premières, ont besoin de l'eau des rivières, éliminent des déchets dans l'environnement, emploient des personnes pour mener leurs activités, et ont besoin de personnes pour acheter leurs produits et financer leurs activités.

La fiscalité est un moyen approximatif (et on pourrait ajouter insuffisant) de rendre compte de l'utilisation intensive des ressources sociales et environnementales par les entreprises, comme en témoigne le récent désastre industriel au Bangladesh. Dans le cadre de cette recherche de profits pour le compte de l'entreprise, plus de 1 000 personnes furent enterrées vivantes dans une usine¹. 2 000 autres furent blessées². Ces personnes contribuaient à l'*augmentation des profits* de sociétés telles que Primark (Angleterre) et Loblaw (Canada)³. Alors que la plupart des personnes qui ont péri ou ont été blessées dans l'effondrement du Rana Plaza au Bangladesh étaient des ouvrières, des générations entières furent atteintes par la fuite de gaz de Bhopal il y a environ 30 ans en Inde – un autre exemple de cette quête de profit. Le 2 décembre 1984, une usine de pesticides, appartenant à Union Carbide, a déversé de l'isocyanate de méthyle, tuant plus de 20 000 personnes (30 000 selon certains témoignages) et entraînant des effets directs et indirects sur la santé de plusieurs générations⁴.

1. Voir « Drame du Rana Plaza : 18 personnes inculpées au Bangladesh », *Le Monde*, 16 juillet 2014. Voir également « Au Bangladesh, le bilan de l'édifice effondré s'alourdit, la colère grimpe », *Le Monde*, 9 mai 2013. Voir aussi S. Labowitz, D. Baumann-Pauly, *Business as Usual is Not an Option – Supply Chains and Sourcing after Rana Plaza*, New York, NYU Stern Center for Business and Human Rights, 2014.

2. « Drame du Rana Plaza... », art. cit.

3. « Disaster at Rana Plaza », *The Economist*, 4 May, 2013.

4. Voir « The Death Toll, International Campaign for Justice in Bhopal », available at <http://www.bhopal.net/what-happened/that-night-december-3-1984/the-death-toll/>, consulté le 7 mars 2015; « Bhopal Disaster », available at <http://www.greenpeace.org/usa/>

Les bases juridiques de la responsabilité sociale

L'influence des entreprises sur les communautés locales, la société dans son ensemble et l'environnement est colossale. Si les entreprises devaient poursuivre exclusivement un but lucratif de manière irresponsable, en niant toute considération environnementale et sociétale, on peut penser que la société ne voudrait pas les considérer comme en faisant partie intégrante. Le fait même qu'une entreprise à but uniquement lucratif ait à se conformer aux « règles basiques de la société », pour assurer sa propre existence, a d'ailleurs été reconnu par Friedman¹. Il soutient toutefois que toute responsabilité sociale additionnelle est de nature artificielle². Les responsabilités sociales sont au mieux de nature volontaire et ne peuvent être assumées que par des individus, et non par des personnes morales telles qu'une société³. Ainsi, si les entreprises adoptaient une conduite soi-disant socialement responsable, cela équivaldrait, selon Friedman, à « une façade hypocrite⁴ ».

Dans cette perspective, les normes de responsabilité sociale, y compris les codes de conduite volontaires adoptés par les plus grandes entreprises, sont une stratégie de façade conçue pour apaiser leurs clients, c'est-à-dire les consommateurs⁵. Même si les codes de conduite sont basés sur un modèle-type répandu, ils restent volon-

en/campaigns/toxics/justice-for-bhopal/, consulté le 7 mars 2015; “The Bhopal Medical Appeal”, available at <http://bhopal.org>, consulté le 7 mars 2015; Rupashree Nanda, *Bhopal Gas Tragedy: How it happened*, IBN Live, 8 December, 2014, available at <http://ibnlive.in.com/news/bhopal-gas-tragedy-how-it-happened/517131-3-236.html>, consulté le 2 mars 2015.

1. M. Friedman, “The Social Responsibility...”, art. cit.

2. M. Friedman, *Capitalisme et Liberté*, op. cit., p. 219.

3. M. Friedman, “The Social Responsibility...”, art. cit.

4. *Ibid.*

5. La responsabilité sociale des entreprises est parfois perçue comme une stratégie de façade destinée aux consommateurs. Voir L.-W. Lin, “Corporate Social Responsibility in China: Window Dressing or Structural Change?”, *Berkeley Journal of International Law*, 2010, 28: 1, p. 89. Voir aussi B. O’Laughlin, “Governing Capital? Corporate Social Responsibility and the Limits of Regulation”, *Development and Change*, 2008, 39: 6, p. 947-948. Sur le rôle de la pression des consommateurs sur la poursuite de la responsabilité sociale voir M. Micheletti, D. Stolle, “Mobilizing Consumers to Take Responsibility for Global Social Justice”, *American Academy of Political and Social Sciences*, 2007, 611, p. 157-175. Sur l’utilité d’une régulation centrée sur le

Prendre la responsabilité au sérieux

taires et dépendent donc de la volonté d'une entreprise. Une véritable responsabilité – qui ne relève pas d'une stratégie de façade – ne saurait être discrétionnaire, c'est-à-dire dépendre des caprices et fantaisies d'une entreprise. Pour être véritable, la responsabilité doit être obligatoire. Une telle responsabilité sociale des entreprises (RSE) obligatoire existe en Inde. Lors de la réforme du *Companies Act* de 2013, le Parlement indien a introduit l'idée de contribution obligatoire pour mettre en œuvre les responsabilités sociales des entreprises.

Cette réforme du droit indien des sociétés conduit à soutenir plus généralement qu'une responsabilité, pour être bien réelle, doit être *obligatoire*. La Constitution de l'Inde impose une telle responsabilité aux divers acteurs sociaux, y compris aux citoyens et à l'État (et aux entreprises par le biais d'une interprétation judiciaire). Cette idée de responsabilité obligatoire fait écho à ce que Iris Young appelle une responsabilité de lien social (*social connection responsibility*), qui est diffusée dans toute la société. Nous commencerons par décrire les conditions juridiques de la RSE obligatoire en Inde et montrer qu'elle opère un glissement d'un modèle de responsabilité des entreprises centré sur les actionnaires à un modèle centré sur les parties prenantes. Dans la section deux, nous montrerons comment l'imposition légale d'une RSE obligatoire découle des devoirs prévus par la Constitution de l'Inde. En suivant la conceptualisation d'Iris Young, nous soutiendrons que l'idée de devoir présente dans la Constitution indienne est basée sur un modèle de responsabilité fondé sur le lien social plutôt que sur un modèle de responsabilité résultant du préjudice causé (*liability*). Enfin, nous concluons en soulignant que, contrairement au discours dominant, la réglementation RSE n'est pas mauvaise en soi, même pour l'économie.

consommateur pour les chaînes globales d'approvisionnement, voir M. Dumas, "Three Misunderstandings about Consumocratic Labor Law", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2013, 35, p. 67-92.

Les bases juridiques de la responsabilité sociale

I. LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES ENTREPRISES (RSE) EN INDE

L'Inde est le premier pays à imposer aux sociétés cotées en bourse une contribution à la RSE¹. La section 135 du *Companies Act* de 2013 prévoit que les sociétés ayant une valeur nette d'au moins cinq cents roupies de crore² (environ 80 millions de dollars US), ou au moins un chiffre d'affaires de mille roupies de crore (environ 160 millions de dollars US), ou au moins un bénéfice net de cinq crores roupies (environ 800 000 dollars US) au cours d'un exercice annuel, *doivent allouer* pour chaque année fiscale au moins deux pour cent de leurs bénéfices nets moyens à la poursuite de la RSE³. Les dépenses de RSE obligatoire peuvent être versées à des initiatives telles que l'éradication de la faim et de la pauvreté, la promotion de l'éducation, l'émancipation des femmes, l'amélioration de la santé maternelle, le contrôle de la mortalité infantile, la recherche médicale, la promotion du développement durable, la promotion des compétences professionnelles et des entreprises de *social business* et la contribution à des fonds de solidarité gouvernementaux⁴.

La loi impose que les initiatives en matière de RSE des entreprises soient menées en Inde tout en précisant qu'elles devraient avant tout concerner les localités dans lesquelles les sociétés exercent leurs activités⁵. Cette responsabilité obligatoire s'ajoute aux initiatives prises par les entreprises dans le cadre de leurs activités habituelles⁶, ce qui signi-

1. Voir A. Afsharipour, S. Rana, "Corporate Social Responsibility in India", Director Notes, *UC Davis Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 399, October 2014, p. 2.

2. Les gros montants de roupies sont exprimés en roupies de Lakh ou roupies de crore. Une roupie de Lakh vaut cent mille roupies ; une roupie de crore, dix millions de roupies.

3. Voir the Companies Act, 2013 (No. 18 of 2013), section 135.

4. Voir the Companies Act, 2013 (No. 18 of 2013), schedule VII, section 135.

5. Voir the Companies (Corporate Social Responsibility Policy) Rules, 2014, section 4 and the Companies Act, 2013 (No. 18 of 2013), schedule VII, section 135 (5).

6. Voir the Companies (Corporate Social Responsibility Policy) Rules, 2014, sections 2(e), 4, 6.

Prendre la responsabilité au sérieux

fié que les obligations résultant d'une relation contractuelle, entre les travailleurs et l'entreprise par exemple, sont exclues du champ d'application du régime de la responsabilité sociale obligatoire¹.

La loi de 2013, qui abroge le *Companies Act* de 1956², est l'aboutissement d'un processus de refonte du droit des sociétés indien³. Alors que le projet de loi ayant abouti à la loi de 2013 était principalement destiné à attirer les investissements étrangers, l'orientation inconditionnelle en faveur des entreprises du projet de loi sur les compagnies (de 2009) a été atténuée, presque après coup, grâce à l'introduction des dispositions sur la RSE obligatoire⁴. Un changement de principe concernant la responsabilité des entreprises a eu lieu durant cette refonte, sa portée s'élargissant d'une simple responsabilité envers les actionnaires à une responsabilité envers les parties prenantes, y compris la population locale et l'environnement.

En 2009, le ministère des Affaires Entrepreneuriales proposa des lignes directrices sur la RSE volontaire⁵. Les lignes directrices appelaient toutes les parties prenantes, y compris les entreprises, à assumer une responsabilité envers les initiatives visant à renforcer la nation⁶. Le « secteur entrepreneurial » en particulier était appelé à « contribuer aux intérêts des parties prenantes et de la société.⁷ » Conformément aux lignes directrices, les parties prenantes comprenaient les actionnaires, les employés, les clients, les fournisseurs, les personnes affectées par le projet et la société dans son ensemble⁸. L'idée de partie prenante et les responsabilités sociale, environnementale et économique

1. The Companies (Corporate Social Responsibility Policy) Rules, 2014, section 4.

2. The Companies Act, 2013 (No. 18 of 2013), section 465.

3. C. Van Zile, "India's Mandatory Corporate Social Responsibility Proposal: Creative Capitalism Meets Creative Regulation in the Global Market", *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, 2012, 13:2, p. 291.

4. *Ibid.*, p. 292-294.

5. Voir Ministry of Corporate Affairs, Government of India, *Corporate Social Responsibility Voluntary Guidelines 2009*, available at http://www.mca.gov.in/Ministry/latestnews/CSR_Voluntary_Guidelines_24dec2009.pdf, site visited 9 March, 2015.

6. *Ibid.*

7. *Ibid.* p. 6.

8. *Ibid.* p. 11.

Les bases juridiques de la responsabilité sociale

des entreprises ont ensuite été renforcées avec les lignes directrices de 2011 sur le même sujet, mais avec ce qu'on appelle une « approche « indienne » distinctive »¹. Dans une telle approche, les orientations politiques sont marquées par le concept gandhien de tutelle (*trusteeship*) entre les entreprises et la société, selon lequel les entreprises doivent travailler pour le bien-être général de la société plutôt que dans les seuls intérêts des parties prenantes². Cette approche se révèle distinctive puisque les entreprises sont considérées comme des agents sociaux responsables et fiduciaires de la société, plutôt que comme des entreprises à but exclusivement lucratif³.

À la suite des lignes directrices de 2011, le *Securities and Exchange Board of India* (SEBI), qui régule le fonctionnement des

1. Voir Ministry of Corporate Affairs, Government of India, National Voluntary Guidelines on Social, Environmental & Economic Responsibilities of Business, 2011, available at http://www.mca.gov.in/Ministry/latestnews/National_Voluntary_Guidelines_2011_12jul2011.pdf p. 3, 5, consulté le 9 mars 2015. Des responsabilités sociales des entreprises similaires envers des parties prenantes entendues largement existent aussi dans d'autres sociétés traditionnelles. Voir L.-W. Lin, "Corporate Social Responsibility in China...", art. cit., p. 85.

2. Cette approche « indienne » distinctive a été précisée dans le discours d'ouverture du ministre de l'Union introduisant les *Orientations politiques* :

La participation des entreprises à la protection sociale et au développement est traditionnelle en Inde et son évolution, de la charité individuelle ou philanthropie à la responsabilité sociale des entreprises, la citoyenneté d'entreprise et l'entreprise responsable est perceptible dans le secteur des affaires au fil des années. L'idée de dépenser une partie de sa richesse excédentaire pour le bien de la société n'est ni moderne, ni une importation occidentale en Inde. Dès 600 av. J.-C., le commerçant fut considéré comme un atout pour la société et traité avec respect et civilité, comme en témoignent le Mahabharata et le Arthashastra. Au fil des siècles, cette forte tradition de charité, présente dans presque toutes les communautés d'affaires en Inde, a acquis un caractère laïc. De plus, plusieurs grands hommes d'affaires en Inde ont été influencés par Mahatma Gandhi et sa théorie de la tutelle de la richesse a largement financé ses programmes visant à l'élimination de l'intouchabilité, l'émancipation des femmes et la reconstruction rurale.

Je suis certain que les Orientations volontaires nationales sur les responsabilités sociales, environnementales et économiques des entreprises portées par le ministère des Affaires entrepreneuriales viendront renforcer cette tradition indienne et le secteur des affaires indien évoluera pour devenir un leader mondial dans le domaine de la responsabilité des entreprises.

Voir *ibid.* p. 1 (emphasis added).

3. Voir *ibid.*

Prendre la responsabilité au sérieux

marchés boursiers en Inde, a émis une circulaire imposant aux sociétés la divulgation d'un rapport sur la responsabilité des entreprises pour tous les marchés boursiers¹. La circulaire du SEBI souligne que les entreprises font partie intégrante du système social et, par conséquent, leur responsabilité ne peut pas rester confinée à leurs actionnaires et limitée au « chiffre d'affaires et à la rentabilité »². La société dans son ensemble est également une partie prenante dans le fonctionnement d'une entreprise, ce qui implique que les entreprises ont des responsabilités envers elle³.

Cette orientation de la RSE vers la société dans son ensemble met en lumière un changement du droit des sociétés indien qui percevait la responsabilité des entreprises sous l'ancien régime comme un engagement envers les seuls actionnaires. En vertu du *Companies Act* de 1956, la responsabilité des entreprises, plus particulièrement des dirigeants, était exclusivement tournée vers les actionnaires. Les Cours suprêmes des différents États de l'Inde soulignaient que les dirigeants sont des agents des entreprises et poursuivent les intérêts des actionnaires⁴. Les entreprises privées sont des entreprises à but lucratif appartenant aux actionnaires⁵. Cependant, la Cour suprême indienne a récemment demandé au législateur de protéger les intérêts de la société dans son ensemble en régulant le fonctionnement des entreprises frauduleuses qui conduisent leurs activités sans aucune responsabilité sociale⁶. Ainsi, alors que la loi de 1956 entendait les entreprises comme des unités isolées à but exclusivement lucratif, la loi de 2013, qui abrogea celle de 1956, semble prendre en considération les implications sociales du fonctionnement des entreprises.

1. Voir Business Responsibility Reports, Securities and Exchange Board of India Circular, CIR/CFD/DIL/8/2012, August 13, 2012, available at http://www.sebi.gov.in/cms/sebi_data/attachdocs/1344915990072.pdf, consulté le 11 mars 2015.

2. *Ibid.*, paragraphe 1.

3. *Ibid.*

4. Voir *Dikshit and Co. Ltd. v. Mathura Prasad*, AIR 1925 All 71; *Albert Judah v. Rampada Gupta and Anr.*, AIR 1959 Cal 715.

5. *Amarjit Singh v. Punjab National Bank and Others*, [1987] CompCas 153 (Delhi).

6. *K.K. Baskaran v. Secretary, State of Tamil Nadu*, AIR 2011 SC 1485.

Les bases juridiques de la responsabilité sociale

Toutefois, comme on pouvait s'y attendre, ce changement d'orientation du principe juridique n'a pas été bien reçu par les entrepreneurs en Inde. La majorité des industriels ont vu la RSE obligatoire comme une intervention gouvernementale injustifiée dans le fonctionnement des entreprises¹. Ils soulignent que les grandes entreprises sont déjà conscientes de leur responsabilité sociale et que des exigences législatives ne peuvent pas permettre de promouvoir la RSE². Les dépenses sociales imposées par le gouvernement constituent un impôt supplémentaire pour les entreprises et, à long terme, découragent les entreprises nationales et étrangères d'investir en Inde³. La responsabilité sociale des entreprises devrait donc selon eux rester volontaire⁴. Dans cette perspective, certains commentateurs affirment que le cadre indien de la responsabilité sociale obligatoire est peu orthodoxe, radical et novateur⁵. Il convient de déterminer dans quelle mesure cette obligation juridique indienne est radicale et innovante.

II. L'IDÉE DE RESPONSABILITÉ OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN INDE

Le Comité permanent des finances (*Standing Committee on Finance*) s'est appuyé sur les observations d'un ancien comité⁶ pour recommander l'introduction de la RSE dans le projet de loi sur les sociétés de 2009 :

1. C. Van Zile, "India's Mandatory Corporate Social Responsibility..." art. cit., p. 272, 295.

2. *Ibid.* p. 272.

3. *Ibid.* p. 272-273.

4. *Ibid.* p. 272-273, 295-296.

5. *Ibid.* p. 273-274.

6. Ministry for Company Affairs, Government of India, Expert Committee on Company Law (2005), Chapter II: Approach of new Company Law at Clause 10, available at <http://www.primedirectors.com/pdf/JJ%20Irani%20Report-MCA.pdf>, site consulté le 8 août 2015.

Prendre la responsabilité au sérieux

Nous ne souscrivons pas à l'idée que les entreprises cherchant un accès aux capitaux aient besoin d'être libérées des responsabilités découlant de toutes les autres lois du pays et du contrôle de l'État, pour être soumises au contrôle et à la supervision exclusifs d'un régulateur spécial. Les entreprises doivent fonctionner comme des personnes économiques au sein de l'Union de l'Inde d'une manière telle qu'elles contribuent au bien-être social et économique du pays dans son ensemble et pour cette raison elles doivent être soumises aux lois prononcées par le Parlement visant le bien-être de ses citoyens¹.

Afin de promouvoir l'uniformité juridique et d'attirer les investisseurs étrangers, les récents changements dans le droit des sociétés indien ont consisté à opérer des transplantations de règles juridiques provenant des États-Unis et du Royaume-Uni, sans doute sous la pression des institutions financières internationales². Ces récents changements dans le droit des sociétés ignorent les systèmes industriels et commerciaux indiens et l'influence des facteurs locaux, sociaux, économiques et politiques sur les affaires³. L'introduction de la RSE obligatoire, comme l'indique le Comité permanent, constitue donc une tentative d'harmoniser les transplantations juridiques occidentales⁴ avec l'éthique indienne exprimée dans les lois du pays.

Chaque loi étatique doit en dernier lieu se conformer au droit constitutionnel définissant les principes fondateurs de l'État. L'idée de responsabilité occupe une place centrale dans les principes consti-

1. Voir Ministry of Corporate Affairs, Standing Committee on Finance (2009-2010), Fifteenth Lok Sabha, The Companies Bill 2009, Twenty-First Report, New Delhi, Lok Sabha Secretariat, 2010, Clause 31, available at http://www.nfcgindia.org/pdf/21_Report_Companies_Bill-2009.pdf, consulté le 10 mars 2015.

2. U. Varottil, "A Cautionary Tale of the Transplant Effect on Indian Corporate Governance", *National Law School of India Review*, 2009, 21: 1, p. 4-5, 7, 10, 12, 25-39, 47-48; voir aussi C. Van Zile, "India's Mandatory Corporate Social Responsibility...", art. cit., p. 285-287.

3. U. Varottil, *ibid.* p. 4-5, 13, 23, 25-39, 45-47.

4. Une transplantation juridique survient lorsque les lois d'une juridiction spécifique sont transférées dans une autre juridiction sans tenir compte de la diversité sociétale et des différences entre la juridiction exportant les concepts juridiques et celle les important. Voir plus généralement U. Varottil, *ibid.*

Les bases juridiques de la responsabilité sociale

tutionnels indiens, auxquels tous les autres droits – y compris le droit des sociétés – doivent se conformer. Étant une République démocratique socialiste qui cherche à promouvoir la justice, l'État indien n'est pas uniquement fondé sur le principe de responsabilité de l'État envers son peuple ; il repose *essentiellement* sur les responsabilités des citoyens¹.

Le contrat social indien exige expressément de l'État qu'il assume certaines obligations spécifiées². L'État doit réduire les inégalités, promouvoir les moyens de subsistance, améliorer les conditions des travailleurs, promouvoir les intérêts des catégories les plus faibles, protéger et améliorer l'environnement, et promouvoir la paix internationale³. Délimités dans la Constitution, ces *devoirs* de l'État sont *fondamentaux* dans la gouvernance du pays⁴. L'engagement de responsabilité ne se limite cependant pas à l'État ; les citoyens ont aussi des responsabilités. La Constitution de l'Inde précise que chaque citoyen est tenu de respecter les idéaux constitutionnels, de préserver le patrimoine du pays, de protéger et d'améliorer l'environnement, y compris de sauvegarder la vie sauvage, de développer l'humanisme, de préserver les biens publics et de protéger les enfants⁵. Les obli-

1. Voir la Constitution de l'Inde, Préambule, Parties IV et IVA.

2. Voir la Constitution de l'Inde, Partie IV: Directive Principles of State Policy.

3. Voir plus généralement *ibid.*

4. Constitution de l'Inde, article 37.

5. Constitution de l'Inde, article 51A.

Il est du devoir de chaque citoyen de l'Inde : (a) de se conformer à la Constitution et de respecter ses idéaux et ses institutions, le drapeau national et l'hymne national [...];

(e) de promouvoir l'harmonie et l'esprit de fraternité entre tous les peuples de l'Inde en transcendant les diversités religieuses, linguistiques et régionales ou sectorielles ; de renoncer à des pratiques contraires à la dignité des femmes ;

(f) de valoriser et de préserver le riche patrimoine de notre culture composite ;

(g) de protéger et d'améliorer l'environnement naturel, y compris les forêts, les lacs, les rivières et la vie sauvage, et d'avoir de la compassion pour les êtres vivants [...];

(i) de protéger les biens publics et de renoncer à la violence ;

(j) de viser l'excellence dans toutes les sphères d'activité individuelle et collective pour que la nation atteigne des niveaux toujours plus élevés d'effort et de réussite ;

(k) pour celui qui est parent ou tuteur, d'offrir des possibilités d'éducation à son enfant ou, le cas échéant, d'assurer sa garde entre l'âge de six et quatorze ans.

Prendre la responsabilité au sérieux

gations spécifiques en matière de RSE susmentionnées sont tirées de ces devoirs constitutionnels.

Ces responsabilités spéciales, qui concernent aussi bien les citoyens que l'État, ne sont pas des responsabilités résultant des dommages causés. L'idée de responsabilité dans la Constitution indienne est indissociable de la fondation de la société et provient des interactions sociales¹. Chaque individu est responsable envers les autres individus et envers la société dans son ensemble. La société (à savoir l'État), en tant qu'entité collective, a aussi une responsabilité envers les citoyens et l'environnement. De plus, même si la Constitution impose des responsabilités aux citoyens, sa lecture attentive suggère que chaque personne, et non pas nécessairement un citoyen, doit assumer certaines responsabilités. Dans ce contexte, le terme de *personne* fait référence aussi bien aux personnes physiques que morales, ce qui est beaucoup plus large que le terme de citoyen. Alors que le concept de citoyen semble limité aux personnes naturelles dans un territoire donné, le concept de personne inclut des personnes juridiques, comme des sociétés et des non-citoyens. Il est impossible de concevoir que des responsabilités telles que la protection et l'amélioration de l'environnement, la sauvegarde de la propriété publique et la lutte contre la violence soient des prérogatives dévolues aux seuls citoyens². Chaque personne – physique ou morale – membre (de manière permanente ou temporaire) de la société doit être responsable envers elle. Par conséquent, outre les citoyens, les personnes physiques étrangères et les entreprises (c'est-à-dire des personnalités juridiques) de la société ont le devoir d'adhérer aux responsabilités constitutionnelles.

L'idée de responsabilité dans la Constitution indienne ne peut pas être réduite à une indemnisation du dommage causé à autrui. L'idée de responsabilité est fondée sur la conduite habituelle et les

1. L'idée de responsabilité comme valeur fondatrice et traditionnelle de la société indienne est confirmée par les textes anciens, notamment le *Arthashastra* de Kautilya. Voir sur cette question C. Malamoud, « En quête de l'idée de solidarité dans l'Inde ancienne », in A. Suptot, *La Solidarité : Enquête sur un principe juridique*, op. cit.

2. Voir la Constitution de l'Inde, clauses 51A (g) (i).

Les bases juridiques de la responsabilité sociale

interactions entre les individus et celles entre l'État et les individus. Bien que cette responsabilité ne puisse être précisément identifiée en répondant à une question telle que *qui doit combien à qui*, cette responsabilité existe de manière abstraite comme une obligation déterminant l'action de chacun dans une société.

La Constitution indienne propose une vision *obligatoire* de la responsabilité. La responsabilité dans la Constitution indienne n'est pas une option facultative qui dépend des caprices et souhaits de la personne (physique ou morale) responsable. Il s'agit d'une obligation en ce sens que chaque entité doit – on pourrait même dire qu'elle doit absolument – assumer sérieusement sa responsabilité. Si la responsabilité de l'État est fondamentale dans la gouvernance du pays¹, la responsabilité individuelle est semblable à celle d'une relation parent-enfant que chaque individu *doit* assumer². La responsabilité parentale est un exemple de responsabilité réelle qui est de nature obligatoire. Il s'agit d'une responsabilité obligatoire puisque prendre soin des enfants ne dépend pas des caprices et des fantaisies des parents. Les parents doivent prendre soin au mieux de leurs enfants. Ils doivent agir comme *ils sont censés le faire*. Si les parents ne parviennent pas à prendre soin de leurs enfants de manière responsable, l'État intervient. Le fait que la responsabilité parentale soit reliée à d'autres responsabilités individuelles dans la Constitution de l'Inde révèle la nature obligatoire du concept de responsabilité³.

Il s'ensuit que lorsque nous parlons de la responsabilité des entreprises au sens véritable du terme, elle doit être obligatoire et ne saurait être limitée à une responsabilité fondée sur la compensation des dommages causés. Iris Young propose une telle vision de la responsabilité, qui est fondée sur le lien social (*social connection*) plutôt que sur une responsabilité résultant du dommage causé (*liability*). La conception avancée par Young éclaire la justification sous-

1. La Constitution de l'Inde, article 37.

2. La Constitution de l'Inde, article 51A.

3. *Id.*

Prendre la responsabilité au sérieux

jacente du principe constitutionnel de la responsabilité obligatoire qui constitue une valeur fondamentale de la société indienne.

Conceptualisée dans le cadre des chaînes de production mondiales impliquant des ateliers clandestins dans les pays du Sud, Young propose sa propre vision de la responsabilité fondée sur le *lien social*. En reprenant les réflexions de Onora O’Neill et de Thomas Pogge, ce fondement de la responsabilité sur le lien social se distingue de la responsabilité fondée sur la réparation du préjudice subi¹. Young souligne que « les obligations de justice surgissent entre les personnes en raison des processus sociaux qui les relient ; les institutions politiques sont la réponse à ces obligations plutôt que leur fondement.² » Elle fait valoir que la responsabilité en matière de justice, fondée sur le lien social, couvre toute la chaîne d’approvisionnement, dont les ateliers clandestins font partie, et par conséquent, cette responsabilité s’étend au-delà des frontières de l’État-nation³. Néanmoins, cette responsabilité n’exclut pas la responsabilité nationale ; au contraire, la responsabilité nationale est beaucoup plus forte au titre du lien social⁴.

Elle souligne qu’en raison de certains liens inhérents – directs ou indirects – dans un système structurellement injuste qui « limite le choix de nombreux acteurs », les individus ont une responsabilité les uns envers les autres⁵. Dans un système structurellement injuste,

1. Voir I. M. Young, “Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model”, *Social Philosophy and Policy*, 2006, 23: 1. Young nommait auparavant ce modèle de responsabilité fondé sur le lien social une *responsabilité politique*. Voir I. M. Young, “Responsibility and Global Labor Justice”, *The Journal of Political Philosophy*, 2004, 12: 4. Voir aussi Y. Dahan, H. Lerner, F. Milman-Sivan, “Global Justice, Labor Standards and Responsibility”, *Theoretical Inquiries in Law*, 2011, 12: 2, p. 449.

2. I. M. Young, “Responsibility and Global Justice : A Social Connection Model”, art. cit., p. 102.

3. *Ibid.* p. 102-103, 105. Voir aussi I. M. Young, *Inclusion and Democracy*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 248-251.

4. I. M. Young, “Responsibility and Global Labor Justice”, art. cit., p. 366, 376. Voir aussi I. M. Young, *Inclusion and Democracy*, *ibid.*, p. 248-251, 267-271.

5. I. M. Young, “Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model”, art. cit., p. 111; voir aussi I. M. Young, “Responsibility and Global Labor Justice”, *ibid.*, p. 369-370.

Les bases juridiques de la responsabilité sociale

une seule personne (ou un groupe) ne saurait être tenue responsable de l'injustice causée à autrui et toutes les personnes dans le système ont une responsabilité partagée, mais non collective, vis-à-vis des résultats injustes¹.

David Miller propose aussi une vision de la responsabilité fondée sur les liens, mais pour lui la théorie de la responsabilité fondée sur les liens² survient avant tout lorsque qu'il s'agit d'attribuer la responsabilité (*liability*) résultant d'un préjudice³. La préoccupation de Miller porte sur l'étendue et les limites de la responsabilité nationale, c'est-à-dire de la responsabilité des « nations comme agents responsables » à propos des questions de justice mondiale⁴.

Miller articule sa conception de la responsabilité autour des notions de résultats et de réparation⁵. La responsabilité fondée sur les résultats se pose lorsqu'un agent est lié *directement et consciemment* au problème en cause, c'est-à-dire lorsqu'il « en a produit les résultats⁶ ». La responsabilité fondée sur la réparation est *attribuée* aux agents qui ont le devoir d'aider les gens dans le besoin⁷. La responsabilité de Miller, qui n'est pas une théorie complète de la responsabilité⁸, fait écho au concept de responsabilité de Young, qui a aussi les liens pour fondement, particulièrement en ce qui concerne le contexte mondial. Toutefois, le concept de Miller, exprimé en termes de résultats et de réparation, est tourné vers la détermination de la responsabilité résultant du préjudice causé⁹, alors que Young ne place

1. I. M. Young, "Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model", *ibid.*, p. 111-115.

2. D. Miller, *National Responsibility and Global Justice*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2007, p. 99-100.

3. *Ibid.* p. 81, 84, 86, 98, 106. Voir aussi Y. Dahan, H. Lerner, F. Milman-Sivan, "Global Justice, Labor Standards and Responsibility", art. cit., p. 447.

4. D. Miller, *National Responsibility and Global Justice*, *op.cit.*, p. 21, 81-82, 112-113.

5. *Ibid.*, p. 81.

6. *Ibid.*, p. 81, 83, 87-88.

7. *Ibid.*, p. 81, 84.

8. *Ibid.*, p. 83.

9. *Ibid.*, p. 83, 86, 98.

Prendre la responsabilité au sérieux

pas une telle détermination au centre de sa réflexion. Par ailleurs, contrairement à Young qui applique son concept de responsabilité à tous les acteurs de la société, Miller identifie la responsabilité seulement lorsqu'un agent est directement lié au problème¹.

Young distingue la responsabilité fondée sur le lien social de celle résultant du préjudice causé². Dans cette dernière hypothèse, la responsabilité est attribuée après qu'un individu ou une entité a causé un préjudice³. Bien qu'une responsabilité spécifiquement identifiable pourrait être attribuée en cas de dommages réels pour réparer le dommage causé, la question de la responsabilité se pose une fois que le préjudice a été commis⁴. D'après ce modèle, la responsabilité est déterminée, quantifiable et proportionnée au préjudice causé. Cette responsabilité *a posteriori* est différente de la responsabilité *a priori* que le modèle de lien social véhicule. Young fait valoir que dans les sociétés caractérisées par une injustice sociale structurelle, le modèle de la responsabilité fondée sur le préjudice causé ne fonctionne que de manière limitée⁵.

Dans une société construite autour d'échanges sociaux étroitement liés, l'idée de responsabilité est inhérente aux liens entre les personnes. Chacun est responsable envers les autres, parce que chacun participe et contribue aux structures sociales⁶. La contribution de la population à ce système social n'étant pas consciente ou méticuleusement planifiée, l'étendue de la responsabilité n'est pas précise. De plus, une telle vision de la responsabilité n'est pas fondée sur la notion de préjudice causé. La responsabilité fondée sur le lien social est inhérente à une structure sociale et est assumée par les uns envers les autres dès lors qu'ils sont socialement liés⁷. Le modèle de lien

1. *Ibid.*, p. 84-88.

2. I. M. Young, "Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model", art. cit., p. 107.

3. *Ibid.*, p. 116.

4. *Ibid.*, p. 118.

5. *Ibid.*

6. *Ibid.*, p. 119.

7. *Ibid.*, p. 119.

Les bases juridiques de la responsabilité sociale

social est à cet égard un modèle de responsabilité *a priori* qui diffère du modèle de responsabilité résultant du préjudice causé (*liability*).

Young propose cinq caractéristiques essentielles du modèle de responsabilité fondée sur le lien social¹. Premièrement, au lieu de singulariser un acteur à qui attribuer la responsabilité, le modèle de lien social distribue la responsabilité, quoique de manière inégale, à tous les participants des processus sociaux. Deuxièmement, alors que les conditions sociales existantes sont jugées normales et que toute déviance est sanctionnée dans le modèle de responsabilité résultant du préjudice causé (*liability*), le contexte social existant est lui-même remis en question dans le modèle de lien social. Troisièmement, le modèle de lien social implique une idée de prospective, qui vise à minimiser les injustices dans la société. Quatrièmement, la responsabilité en vertu de ce modèle est partagée et distribuée entre les participants des processus sociaux. Du fait de cette responsabilité partagée, Young affirme que les entreprises sont responsables envers la société dans son ensemble. Cinquièmement, en vertu de ce modèle, la responsabilité ne peut être acquittée que collectivement en travaillant, non pas individuellement, mais aux côtés des autres².

Par conséquent, cette idée de responsabilité fondée sur le lien social n'implique pas une conception volontaire des relations sociales ; il s'agit plutôt d'une caractéristique fondamentale et obligatoire d'une organisation sociale qui est basée sur les concepts d'interdépendance et de division du travail. Comme indiqué précédemment, les institutions politiques doivent, selon Young, reconnaître ces *devoirs de justice* entre les personnes participant aux processus sociaux qui les lient. Du point de vue de la société indienne, on pourrait soutenir que la Constitution reconnaît les *obligations de responsabilité* qui sont la base de la société.

La Constitution de l'Inde fait peser des responsabilités à la fois sur la société organisée politiquement (à savoir l'État) et sur les

1. *Ibid.*, p. 119-125.

2. Dans ce contexte, voir plus généralement A. Supiot, « Introduction », in A. Supiot (dir.), *La Solidarité*, *op. cit.*

Prendre la responsabilité au sérieux

membres de la société. L'idée d'une responsabilité constitutionnelle ne se fonde pas sur le principe de *liability* (même si un tel principe n'est pas complètement absent). Elle est fondée sur l'idée que, pour parvenir à une société dynamique, fonctionnelle, démocratique et progressive, chaque acteur social doit être responsable. Cette responsabilité est l'une des conditions fondamentales d'une société progressive. Il s'agit d'une obligation collective pesant sur les composantes sociales. Les principes directeurs de la politique étatique et les devoirs fondamentaux (dans la Constitution de l'Inde) constituent ainsi des obligations constitutionnelles obligatoires pesant respectivement sur l'État et sur les personnes.

Certains auteurs maintiennent une distinction entre les notions de devoir et de responsabilité. Par manque de temps, je ne commenterai pas cette distinction. Cependant, la différence semble résider dans le fait que les droits sont des formes spécifiques de responsabilité¹. La Constitution indienne énumère des *devoirs*, et non des responsabilités. Toutefois, les devoirs sont énumérés de manière si large qu'une distinction catégorique entre devoir et responsabilité sur la base de la spécificité de l'obligation est difficile à défendre. Cette distinction étant difficilement justifiable dans le cas des devoirs constitutionnels, il faut considérer les devoirs constitutionnels comme des responsabilités obligatoires.

Friedman refuse toute responsabilité obligatoire pesant sur les entreprises. Estimant que la responsabilité devrait être volontaire, il souligne toutefois que la RSE volontaire pourrait être « une façade hypocrite »². Si les entreprises mondiales étaient vraiment prêtes à accepter volontairement une responsabilité, elles n'auraient pas initialement refusé d'être tenues responsables des injustices dans les chaînes d'approvisionnement mondiales³. Leur réponse initiale, qui

1. I. M. Young, "Responsibility and Global Labor Justice", art. cit., p. 379-380.

2. M. Friedman, "The Social Responsibility", art. cit.

3. I. M. Young, "Responsibility and Global Labor Justice", art. cit., p. 367; voir aussi B. Chakrabarty, *Corporate Social Responsibility in India*, Londres/New York, Routledge, 2011, p. 12, 18, 88-90.

Les bases juridiques de la responsabilité sociale

consistait à éviter une responsabilité, révèle que le volontarisme ne fonctionne pas en matière de responsabilité.

Il n'apparaît donc pas exagéré de dire que la responsabilité volontaire n'est pas une responsabilité – elle relève de la charité. La charité ou la philanthropie dépendent des souhaits et des dispositions du philanthrope, alors que la responsabilité n'est pas une volonté subjective. La responsabilité n'est pas discrétionnaire au sens où une personne responsable peut faire tout ce qu'elle souhaite, elle signifie que l'individu doit agir comme *il est censé le faire*. Ainsi, la Constitution indienne exige des participants aux interactions sociales qu'ils agissent de manière responsable, cette exigence s'étendant aux entreprises. Cette idée de responsabilité obligatoire constitue le tissu fondamental de la société.

L'argument selon lequel les entreprises, puisqu'elles ne sont pas des personnes physiques mais des entités juridiques fictives, ne peuvent être responsables envers quiconque, ne saurait être pris au sérieux.¹ La fiction juridique consistant à assimiler l'entreprise à une personne a été conçue dans le but de promouvoir les affaires. Le voile de la société n'est à ce titre qu'un voile qui protège les promoteurs et les actionnaires de certaines charges inutiles. Cependant, lorsque les entreprises agissent, leurs activités sont menées par des personnes physiques qui doivent répondre de leurs actes auprès des promoteurs et des actionnaires.

Ainsi, les personnes physiques conduisent les affaires et ratifient les décisions des entreprises, qui sont toutes tenues de se conformer aux valeurs et aux règles fondamentales de la société dans laquelle elles opèrent. Dans une société où il est attendu que l'État comme le peuple adhèrent à la valeur fondatrice de la responsabilité, les entreprises ne peuvent pas, légalement ou moralement, réclamer une exonération d'une responsabilité qui est obligatoire. Vu sous cet angle, la RSE obligatoire n'est que l'expression juridique d'une valeur sociale profondément ancrée dans la société.

1. Voir A. Supiot, "Introduction", art. cit., p. 30-32.

Prendre la responsabilité au sérieux

CONCLUSION

Friedman, qui n'était pas un fervent partisan de la RSE, a dû reconnaître que les entreprises doivent se conformer aux *règles fondamentales de la société*¹. La responsabilité est une valeur fondatrice de la société indienne. Elle est une condition d'appartenance sociale. Les individus et les entités, y compris l'État, doivent être responsables les uns envers les autres, non pas dans le sens d'une responsabilité résultant de leur conduite, mais dans un sens volontariste consistant à entreprendre une action positive au bénéfice de l'ensemble de la société. Une telle vision de la responsabilité a été constitutionnellement imposée, devenant ainsi une règle formelle et fondamentale de la société.

Conformément à cette règle fondamentale de la société, les entreprises ne sont pas désignées spécifiquement pour assumer une telle responsabilité. Puisque la responsabilité est un principe *constitutif* de la société, celui qui participe à la société, y compris une entreprise, doit obéir à un tel principe. Les entreprises, qu'elles soient basées (c'est-à-dire immatriculées) en Inde ou à l'étranger, ont des racines sociales indéniables même si elles opèrent en dehors du pays. Leurs usines et leurs ateliers clandestins sont partie intégrante de la société dès lors qu'ils utilisent les ressources et les compétences de la société. Par conséquent, il leur incombe d'obéir au principe de responsabilité comme tous les autres participants de la société. Cette responsabilité est une obligation, pas une option.

Comme mentionné précédemment, certains commentateurs considèrent que la RSE légalement imposée en Inde est peu orthodoxe, radicale et innovante. Peut-être qu'en regardant cette obligation juridique d'un point de vue du commerce international ou des entreprises transnationales, la RSE obligatoire peut paraître peu orthodoxe, mais si l'on garde à l'esprit une vision interne tournée

1. M. Friedman, "The Social Responsibility", art. cit.

Les bases juridiques de la responsabilité sociale

vers les « conditions minimales de la coexistence sociale », l'exigence de RSE obligatoire ne semble pas radicale ou innovante. En fait, ce sont les principes fondateurs de la société indienne qui semblent peu orthodoxes, radicaux et novateurs pour un observateur externe. Il n'est donc pas surprenant que toutes les lois et les règlements découlant des principes fondamentaux apparaissent peu orthodoxes.

Cependant, dans une perspective plus pragmatique, l'affirmation selon laquelle plus de régulation, comme celle de la RSE obligatoire, est mauvaise pour l'économie d'un pays, ne résiste pas à un examen attentif. Des auteurs ont montré que les pays ayant plus de régulation en matière d'entreprises font mieux que les pays en ayant moins, et sont à même de proposer des réglementations plus poussées, telles que l'expansion des devoirs juridiques des entreprises, pour répondre à des préoccupations sociales¹. Par ailleurs, toujours dans une perspective pragmatique, la RSE obligatoire indienne ne se substitue pas aux profits. Le fait que les dépenses sociales obligatoires dépendent des profits (comme en droit indien) signifie qu'une entreprise est encouragée, non pas à réduire son bénéfice pour contribuer à des causes sociales, mais à accroître ses profits. La responsabilité première des entreprises de faire du profit – pour reprendre les termes de Friedman – reste donc centrale.

1. K. Greenfield, *The Failure of Corporate Law: Fundamental Flaws and Progressive Possibilities*, Chicago/Londres, The University of Chicago Press, 2006, p. 37-39, 61, 70, 134-135, 157-158.

L'État, garant en dernier ressort

par François Brunet

La figure de l'État garant en dernier ressort nous convoque en des terres inhabituelles. Elle contraste avec la forme de sérénité qui caractérise les temps ordinaires. Il s'agit en effet d'interroger la place et le rôle de l'État lorsque plus rien ne va de soi et que l'essentiel est en jeu.

Proprement déroutante, cette perspective suppose de marquer d'abord la distinction entre les notions juridiques de garantie et de responsabilité. La responsabilité est l'obligation pour une personne quelconque de répondre d'un fait dommageable (fautif ou non) qui lui est imputable, tandis que la garantie désigne étymologiquement la fonction de « certification d'une vérité » : c'est « donner l'assurance de la qualité de quelque chose »¹. En droit civil par exemple, la garantie transfère à un tiers (le garant) le risque, couru initialement par le créancier, d'une défaillance du débiteur. C'est donc un mécanisme par lequel une situation déterminée est protégée des aléas (ou de certains d'entre eux) par un tiers garant. Se porter garant d'une dette, c'est assurer le créancier qu'elle sera payée, quoi qu'il arrive : c'est renforcer et redoubler la promesse qu'elle contient. La garantie apparaît donc comme un mécanisme de suppléance de la responsabilité : le tiers garant se substitue au responsable. De ce point de vue, la garantie peut mettre dans l'ombre la responsabilité, au risque de la dissoudre.

1. Voir « Garant », in A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert/Seuil, t. 2, 1992 ; « Garant », in O. Bloch, W. von Wartburg, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, Puf, coll. « Quadrige », 1932.

Prendre la responsabilité au sérieux

Mais en réalité, cette distinction entre garantie et responsabilité n'est que relative. Car une garantie peut encore apparaître, d'une certaine façon – c'est-à-dire justement *en dernière analyse* – comme la mise en œuvre d'une responsabilité pour le garant, au sens d'une charge lui incombant en propre. Néanmoins, cette « responsabilité de garantir » est seconde par rapport à celle, primaire, du responsable direct. Ses fondements, ses fonctions et ses manifestations sont donc voués à présenter des spécificités.

Or quelle autre personne que l'État peut s'affirmer ainsi en dernier ressort comme l'instance salvatrice ? Face à des catastrophes de divers ordres et aux défaillances des autres acteurs sociaux, n'est-ce pas l'État qui par excellence incarne cet emblème « providentiel », seul en mesure de garantir contre les calamités ou, à défaut, de faire le nécessaire lorsqu'elles surviennent ? Il faut dire qu'une garantie n'est pas intransitive (il s'agit toujours de garantir quelque chose) ni réflexive, du moins idéalement : l'État ne se garantit pas lui-même, puisqu'il ne sert pas en principe ses propres intérêts¹. Sans voir dans l'État un bienfaiteur par nature, on ne peut négliger que l'État moderne s'appuie en effet sur une « fonction de désintéressement »² : son action est ordonnée *in fine* à la satisfaction de l'intérêt général. La parade étatique suppose donc une forme spécifique d'impartialité, qui tient à la défense de ce qui (lui) apparaît comme déterminant pour le bien commun³.

Il est indéniable que nous sommes plutôt habitués, surtout en Occident, à ce mythe d'un « État statique », si l'on peut risquer le pléonasme : l'État, tutélaire et indéfectible, tient debout. Lorsque l'ordre social ou politique est en passe de se trouver compromis, l'État

1. Si par ex. Hauriou évoquait certes « l'excuse légale de la légitime défense de l'État » (note sous CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, n° 38284, S., 1923, III, 57), il en cherchait immédiatement la justification : « Il existe des temps anormaux dans lesquels le salut de tous exige que des règles ordinaires soient en partie suspendues. Il faut bien se plier à cette nécessité, sauf à prendre des précautions pour éviter les abus ».

2. J. Caillosse, « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », *AJDA*, 1996, p. 955.

3. Sur cette question, voir les travaux de Pierre Legendre.

L'État, garant en dernier ressort

garant en dernier ressort se présente sous les traits d'un acteur paradoxal, à la fois subsidiaire et absolument déterminant. *Subsidiaire*, parce qu'il n'intervient qu'après épuisement des autres instances ou dynamiques sociales. Mais aussi *salutaire*, parce que l'État est alors l'ultime rouage qui permet soit de réparer les conséquences d'un sinistre, soit d'éviter ou de prévenir la catastrophe. Cette capacité à répondre, y compris en cas de défaillance des autres acteurs, atteste d'une sorte d'exceptionnalité de l'État, qui en fait un acteur singulier¹, parce que lieu fondamental de la décision politique souveraine.

Or il convient d'examiner l'actualité de ce mythe et, selon des termes qui pourraient s'inscrire dans le sillage de Carl Schmitt, de vérifier si l'État est encore aujourd'hui celui qui « décide de la situation exceptionnelle »². En quoi en effet l'État a-t-il, aurait-il ou devrait-il avoir la maîtrise des choses, en dernier ressort ?

Les motifs d'inquiétude sont nombreux, tant cette exceptionnalité des États paraît aujourd'hui mise à mal. Elle est en effet banalisée, voire supplantée par des enjeux ou des dynamiques désormais largement mondialisés. En relation avec ce premier mouvement, l'État connaît aussi une perte de stature idéologique, une forme de défiance tous azimuts à son égard, au point que l'institution étatique peut être sujette à « défaillance » ou à dépérissement.

Il convient donc de se demander d'abord si, tous comptes faits, en dernière instance, lorsqu'il est question de l'essentiel, l'État ne garde pas la main, conformément en cela à l'image traditionnelle que nous avons d'un État qui *tient bon*, par construction. Mais il s'agira aussi d'examiner en quoi l'État connaît une perte de crédit et n'apparaît plus du tout nécessairement comme le dernier recours.

1. D. de Béchillon, « L'État est-il une personne publique comme les autres ? », in *La Personnalité publique*, Paris, Litec, coll. « Colloques et débats », 2007, p. 127.

2. La place manque ici pour explorer l'ambiguïté de la définition du souverain comme celui qui « décide de la situation exceptionnelle », selon la traduction (C. Schmitt, *Théologie politique* [1922], trad. et présenté par J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard/NRF, coll. « Bibl. des sciences humaines », 1988, p. 15). Car il en va à la fois de la décision qui constate (y compris pour la faire advenir comme telle) une situation exceptionnelle et de la décision d'y répondre à proprement parler.

Prendre la responsabilité au sérieux

I. LA PERSISTANCE DE LA GARANTIE DE L'ÉTAT EN DERNIER RESSORT

Si la fonction de garantie en dernier ressort repose sur de solides justifications, on ne peut s'en faire une idée à peu près claire qu'en examinant quelques-unes de ses nombreuses manifestations.

A. Les justifications de l'État garant en dernier ressort

La principale justification de l'institution de l'État en tant que garant en dernier ressort tient à ce qu'il est (et demeure largement) le lieu de la décision politique souveraine. C'est précisément parce que l'État est un acteur unique en son genre qu'il est autant sollicité. C'est en vertu de la souveraineté que l'État joue un rôle éminent (avec les moyens uniques dont il dispose) pour garantir certaines missions absolument essentielles au maintien de la communauté, dans son autonomie politique comme civile. Dans la plupart des théories juridiques et politiques, certaines activités sont d'ailleurs considérées comme relevant « par nature » de l'État. Mais cette nature est profondément politique : elle est tributaire de ce qui est considéré comme étant essentiel.

Le caractère subsidiaire de l'État garant en dernier ressort est assez congruent avec le modèle de l'État libéral, qui n'agit qu'en cas de défaillance des autres acteurs ou mécanismes sociaux, dans un but fondamental de « garantie des droits » selon les termes de la Déclaration de 1789. Si certaines missions incombent par principe à l'État, cela tient au fait qu'il est regardé comme le seul en mesure de les assumer convenablement. L'intérêt général prédispose l'État à une certaine prévalence de sa volonté sur les volontés individuelles, y compris celles des volontés collectives qui ne participeraient pas – d'une manière ou d'une autre – du lien politique. C'est le cas

L'État, garant en dernier ressort

pour le maintien de l'ordre public ou de la « cohésion nationale »¹, ainsi que pour le monopole de l'édition et du contrôle en dernier ressort de l'application du droit². Cette fonction de « certification officielle » se décline d'ailleurs au titre de l'exercice des missions de justice, lesquelles relèvent toujours de la responsabilité de l'État³. Il convient également de mentionner le rôle traditionnel de l'État en matière de monnaie.

Mais on sait que, même là où elle était opératoire, cette conception proprement minimale et subsidiaire de l'État a pu être démentie par l'expérience. D'une part, l'idéal d'une intervention minimale de l'État peut à l'occasion prendre des accents expansionnistes, pour sauver l'essentiel à tout prix, dès lors que les « circonstances » le justifient. D'autre part, il a fallu se doter politiquement des moyens d'éviter les catastrophes, et non plus seulement d'y répondre après coup. Il s'est agi aussi de mieux répartir les risques sociaux. Cette nouvelle forme de service aux intérêts de la société s'explique par une lente redéfinition de la souveraineté politique, entendue comme affirmation de la capacité à assurer un destin commun. Les catastrophes, qu'elles soient naturelles ou sociales, ne peuvent plus être imputées au seul destin individuel, ni à la fatalité du monde, encore moins à l'action divine. Le service public⁴ – dont la continuité n'est que le prolongement de la continuité de l'État lui-même – et la Sécurité sociale sont deux expressions fondamentales de cet « État social » garant en dernier ressort d'une certaine qualité des rapports sociaux.

1. Voir notamment F. David, « Le président de la République, garant de la cohésion sociale », *RFDC*, 2004, p. 533.

2. En ce sens, D. Casas, concl. sur CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *RFDA*, 2006, p. 1048 *sq.*

3. CE, Sect., 27 février 2004, *Mme Popin*, *GAJA*, Paris, Dalloz, 19^e éd., 2013 (n^o 109) : « La justice est rendue de façon indivisible au nom de l'État ». Voir les analyses de O. Beaud, « L'État », in P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, t. 1, spéc. p. 249-253.

4. Voir J. Rivero, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 1980, p. 438 : « Le service public, directement ou indirectement, relève en dernier ressort d'une autorité publique ».

Prendre la responsabilité au sérieux

Mais après tout : exceptionnel, pourquoi l'État le serait-il ? La part de mythe est ici indéniable, en vertu duquel les relations sociales ne peuvent être viables – sur le long terme – si elles sont unidimensionnelles. L'État apparaît donc comme ce tiers terme indispensable au bon déroulement des échanges interindividuels, étant donné que quelque chose résiste à la spontanéité des rapports sociaux. Par exemple, comme l'affirmait un responsable d'une compagnie d'assurances au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, le risque terroriste est « illimité » et donc « incalculable »¹. Et face à cet illimité, c'est l'État qui joue le rôle d'un tiers faisant limite² et qui incarne en quelque sorte la nécessité politique de la ternarité.

B. Les manifestations de l'État garant en dernier ressort

Si l'on examine maintenant les manifestations de l'État garant en dernier ressort, il semble difficile d'affirmer que cette exceptionnalité des États aurait vécu. Loin d'avoir été démentie, on peut même dire qu'elle a parfois connu, y compris récemment, un regain de pertinence. Quoi qu'il en soit, l'enjeu essentiel est le suivant : autant il est nécessaire qu'une garantie de l'État en dernier ressort vienne suppléer les défaillances des rapports sociaux ordinaires, autant il s'agit de veiller à ne pas dissoudre purement et simplement les responsabilités. La garantie étant susceptible d'évincer les questions de responsabilité (le fait générateur n'ayant pas besoin d'être imputable à l'État), il s'agit de veiller à ne pas les disjoindre radicalement, sauf à instituer l'État comme « assureur tous risques »³.

1. D. O'Hare, "Hearing of the House Financial Services Committee", Washington, DC, 26 septembre 2001 ("the industry has a specific amount of capital, which cannot insure risks that are infinite and impossible to price").

2. Une « limite adossée au vide », pour citer P. Legendre, « Sous la conduite du poète Virgile, quelques remarques », in *De la limite*, Marseille, Parenthèses, coll. « Savoirs à l'œuvre », 2006, p. 198.

3. G. Braibant, concl. sur CE, 13 novembre 1970, *Ville de Royan*, RDP, 1971, p. 746.

L'État, garant en dernier ressort

Les formes de la garantie de l'État en dernier ressort – et de cette recherche d'équilibre entre fonction de garantie et maintien d'une responsabilité – sont extrêmement diverses. Si l'on s'attache au cas de l'État français, trois formes peuvent être décelées.

La première tient à la logique de la « solidarité nationale », initiée notamment après la catastrophe qu'a constitué la Première Guerre mondiale et qui, depuis, a pris des accents plus généraux, à travers la « socialisation du risque »¹. Les fonds d'indemnisation l'illustrent nettement : leur ressort est un découplage de principe entre l'indemnisation et la responsabilité. En raison de l'insolvabilité ou de l'impossible identification des responsables, ou du fait du caractère non assurable de certains risques, le fonds simplifie l'indemnisation. Les régimes et les modes de financement (contributions de l'État ou de la Sécurité sociale, primes d'assurance...) sont très variables. Mais le fonds étant en principe subrogé dans les droits des victimes, l'engagement de la responsabilité des auteurs du dommage n'est pas nécessairement écarté, en particulier en cas de faute², même si cela n'est pas systématique en pratique.

Le deuxième exemple tient à la garantie subsidiaire de l'État en matière environnementale. En ce domaine, le législateur français a prévu que l'État serait sollicité en dernier ressort, en cas de disparition ou de défaillance des débiteurs.

Pour ce qui concerne les installations classées tout d'abord, l'État ne doit intervenir qu'en dernier ressort, pour la mise en sécurité ou la remise en état des sites pollués. Le principe est en effet que, selon les cas, le dernier exploitant de l'installation ou à défaut le propriétaire est responsable de la prévention des risques engendrés par une installation mise à l'arrêt définitif, par exemple pour évacuer ou éliminer des produits dangereux³. Si besoin, les pouvoirs

1. Voir notamment CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport annuel, EDCE, La Doc. Fr., 2005.

2. Par ex. pour la faute inexcusable de l'employeur en matière d'indemnisation des victimes de l'amiante.

3. Le droit des sols pollués ayant été distingué du droit des déchets, voir pour l'abandon de déchets, l'art. L. 541-2 du Code de l'environnement ; *adde* CE, 26 juillet

Prendre la responsabilité au sérieux

publics peuvent assurer d'office (après mise en demeure) l'exécution des travaux nécessaires, aux frais du responsable.

Le corollaire consiste à ce que la garantie de l'État ne soit pas un facteur d'irresponsabilité. Seul le constat d'un débiteur défaillant ou introuvable rend une intervention de l'État nécessaire, le préfet étant alors tenu par ses pouvoirs de police administrative de faire réaliser les travaux de remise en état. Le mécanisme est donc bien ici une garantie ultime de l'État, *via* l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), laquelle assure *in fine* le financement des travaux dans ce cas¹.

Cela dit, ce régime juridique des « sites à responsable défaillant » n'exclut pas, lorsque c'est possible, toute responsabilité des exploitants ou propriétaires, au-delà des montages juridiques. En particulier, depuis la loi Grenelle II, une « société mère ayant contribué à une insuffisance d'actif de la filiale » défaillante peut être regardée comme ayant commis une faute, permettant de mettre à sa charge « tout ou partie du financement des mesures de remise en état ou des sites en fin d'activité »² – il s'agissait en l'occurrence d'éviter les contournements et les dilutions de responsabilité qui avaient pu être constatés par exemple lors de l'affaire *Metaleurop*.

Plusieurs mécanismes ont également été instaurés dans le domaine spécifique des dommages miniers. Le principal d'entre eux est une garantie de l'État en cas de défaillance ou de disparition du responsable minier, pour la réparation des dommages³. Cette garantie

2011, *Commune de Palais-sur-Vienne*, n° 328651 (« le propriétaire du terrain sur lequel ont été entreposés des déchets peut, en l'absence de détenteur connu de ces déchets, être regardé comme leur détenteur au sens de l'article L. 541-2 du code de l'environnement, notamment s'il a fait preuve de négligence à l'égard d'abandons sur son terrain »). Sur la chaîne des responsabilités en matière de déchets, voir CE, 1^{er} mars 2013, *Sociétés Natiocrédimurs et Finamur*, n° 354188.

1. Art. L. 556-3 du Code de l'environnement.

2. Art. L. 512-17 du même code. Voir F.-X. Lucas, « Responsabilité pour insuffisance d'actif, une étrange indulgence », *Bull. Joly Soc.*, 1^{er} juin 2015, n° 6, p. 265.

3. Art. L. 155-3 du Code minier.

de l'État se rattache à un « régime spécifique de solidarité », le but étant de faciliter l'indemnisation des victimes¹.

Enfin, la troisième illustration tient à cette « garantie illimitée » que l'État est réputé apporter à ses démembrements. En droit positif, cette garantie étatique vaut à titre subsidiaire pour certaines personnes morales de droit public distinctes de l'État : ses établissements publics (dont les biens sont insaisissables² et auxquels les procédures de droit commun d'insolvabilité et de faillite sont inapplicables) ou encore, dans des conditions spécifiques, les autorités indépendantes dotées de la personnalité morale³.

Il n'est pas certain qu'il existe un principe général en vertu duquel l'État serait tenu d'apporter sa garantie en dernier ressort à toutes les personnes morales de droit public. Il n'y a sans doute ici « aucune automaticité ». Mais l'idée est que l'État ne pourrait pas juridiquement abandonner telle ou telle personne publique qui exercerait une activité jugée cruciale pour l'intérêt général.

1. En effet, un litige portant sur le refus par l'État d'assurer la garantie légale, en cas de disparition ou de défaillance du responsable, « repose sur un régime spécifique de solidarité » qui relève de la juridiction administrative (CAA Douai, 28 mai 2014, n° 13DA00381).

2. Cass., Civ. 1^{ère}, 21 décembre 1987, *BRGM*, RFDA, 1988, p. 771, concl. L. Charbonnier, note B. Pacteau, *GAJA*, n° 94, 15^e éd., 2005. Voir désormais l'art. L. 2311-1 du CGPPP.

3. Voir le cas de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CAMIP), à propos de laquelle le Conseil d'État a précisé qu'elle était elle-même responsable en cas de faute commise dans l'exercice de ses missions, la responsabilité de l'État pouvant être mise en jeu « à titre subsidiaire » en cas d'insolvabilité de celle-ci et conduisant « soit à la condamnation de l'État dans le cadre d'un contentieux engagé contre lui, soit à l'attribution par l'État à la CCAMIP de ressources exceptionnelles destinées à remédier à son insolvabilité » (CE, avis, 8 septembre 2005, n° 371558, publié au *Rapport public* 2006 du CE, p. 211). Cela dit, selon un commentateur avisé, « la responsabilité de l'État ne tiendrait pas à ce qu'il assumerait les conséquences de l'activité de la CCAMIP mais au fait (objectif ou fautif) qu'il n'aurait pas fixé la contribution [de la CCAMIP] à un niveau permettant la constitution de réserves » susceptibles de permettre à la CCAMIP d'éviter l'insolvabilité (D. Labetoulle, « La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de "garantie de l'État" », *RJEP*, 2006, n° 635, p. 362).

Prendre la responsabilité au sérieux

C'est ce qui a conduit, assez logiquement de leur point de vue, les institutions européennes à déceler une aide d'État injustifiée dans cette « garantie illimitée » accordée à des établissements publics agissant sur des marchés (EDF, La Poste). Comme l'a affirmé la Commission,

le rôle de l'État en tant que garant en dernier ressort des dettes [de ces établissements publics] annule [...] les risques de défaillance sur tous [leurs] engagements [...], améliorent [leur] notation et réduisent le coût de [leurs] emprunts¹.

Cela dit, le raisonnement ne paraît pas pouvoir reposer sur un critère organique (la personnalité publique), puisque la garantie ultime de l'État joue essentiellement en fonction des *missions* dont il s'agit d'assurer, en dernier ressort, la continuité. Ces sauvetages en situation de crise pourraient ainsi concerner certes les services publics, mais aussi le cas échéant toute activité privée dont la disparition serait trop nettement contraire à l'intérêt général, en raison notamment d'un risque « systémique ». Les sauvetages publics de banques privées après la crise financière ou les re-nationalisations en ont été un exemple particulièrement net.

Mais la garantie en dernier ressort ne doit pas laisser entendre que l'État est une sorte de « garant universel » de l'ensemble des risques ou activités sociaux. Il en va ici de la crédibilité même de la notion de responsabilité : une répartition adéquate – en fonction des pouvoirs et des profits – doit être assurée, sinon dans l'urgence, au moins à terme. Seules les hypothèses dans lesquelles aucun autre débiteur n'est susceptible d'être sollicité méritent d'impliquer la garantie de l'État en dernier ressort.

Et surtout, encore faut-il que l'État lui-même puisse jouer effectivement ce rôle d'un garant en dernier ressort. Or rien n'est moins sûr aujourd'hui.

1. Lettre du 4 avril 2003 de la Commission ; voir la décision du 16 décembre 2003 relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, 2005/145/CE (pt. 63). Voir aussi la *Communication de la Commission sur les aides d'État sous forme de garanties*, 20 juin 2008, 155/02.

II. L'ÉROSION DE LA GARANTIE DE L'ÉTAT EN DERNIER RESSORT

Si, jusqu'à présent, les États maîtrisaient en dernier ressort la plupart des enjeux dits cruciaux d'une communauté politique, rien ne va plus aujourd'hui, en raison des déplacements que connaît la garantie en dernier ressort, mais aussi du fait que l'État lui-même n'est plus à l'abri d'une défaillance pure et simple.

A. Les déplacements de la garantie en dernier ressort

Le premier déplacement tient à des mouvements internes à l'État, tenant aux processus de décentralisation ou de régionalisation et, surtout, à des motifs idéologiques, valorisant la « privatisation » de l'État. Mais dans ces hypothèses, la figure de l'État garant en dernier ressort ne disparaît pas nécessairement. Bien que déplacée, elle peut même plutôt connaître une nouvelle vigueur. Par exemple, certaines activités, même confiées à des opérateurs privés (nonobstant le niveau de participation de l'État), demeurent des services publics, dont l'État est à ce titre le garant en dernier ressort : il peut par exemple procéder à des réquisitions en cas de circonstances exceptionnelles, pour assurer *in fine* la continuité du service public.

Le deuxième déplacement est en revanche bien plus net et massif. Il concerne une déterritorialisation, causée par un changement d'échelle des flux comme des enjeux – environnementaux et surtout économiques. Si les décisions politiques espèrent avoir quelque efficacité, elles doivent impliquer plusieurs États, voire la communauté internationale. Les souverainetés sont donc elles-mêmes questionnées par le rôle des organisations et juridictions internationales.

Le dépassement des limites étatiques est particulièrement évident dans le contexte de la globalisation. Le fonctionnement du marché mondial conduit à ce que le recours à la justice et à l'État

Prendre la responsabilité au sérieux

soit précisément perçu comme la catastrophe à éviter. En matière d'arbitrage, notamment pour les États-Unis, le « génie » consiste à « faire de la politique avec du droit privé »¹ – ce qui interroge nécessairement sur la place de l'État en tant que garant en dernier ressort de l'intérêt général.

Mais on perçoit bien toute l'ambivalence de cette déterritorialisation : l'État n'est pas absent de ces mutations. L'internationalisation du droit suppose encore, par définition, le national, c'est-à-dire la souveraineté étatique. Car ce sont bien les États eux-mêmes qui ont décidé de consentir à l'ouverture (y compris celle des marchés) ; ce sont eux aussi qui sont chargés d'organiser ou de réorganiser les responsabilités, par le droit. Simplement, l'internationalisation envisage l'État en articulation avec ses pairs.

Au cœur de ces interactions, se noue aujourd'hui le débat essentiel de la garantie des droits fondamentaux : d'une part, la souveraineté des États semble conditionnée par leur respect effectif, lequel est contrôlé de façon autonome au niveau supra-national. Mais d'autre part, les États participants à une organisation internationale font eux-mêmes valoir une réserve de compétence (une capacité de résistance) en dernier ressort, en cas de protection insuffisante de ces droits fondamentaux. On trouve nettement cette tension au sein de l'Union européenne, entre ce qui relève du commun européen et ce qui participe de « l'identité constitutionnelle » de chaque État. Autrement dit, pour en rester à l'espace européen, il est désormais tout à fait impossible d'identifier une autorité ou une légitimité suprême.

En tout cas, il n'y aura sans doute pas d'issue satisfaisante à ces enjeux sans un questionnement sur les structures et les institutions du monde capitaliste contemporain. En attendant, cette fragilisation des États connaît un prolongement inédit, au moins par son ampleur.

1. A. Garapon et P. Servan-Schreiber, *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, Puf, 2014, p. 190.

L'État, garant en dernier ressort

B. L'État défaillant

S'il existe plusieurs types de « défaillances » d'États¹, la plus actuelle est assurément la défaillance en matière de dettes souveraines. Le retournement est assez spectaculaire sur le plan des principes, notamment en ce qu'il ébranle la fiction d'un État qui tient bon. Ce n'est plus l'État qui est garant, ce sont les tiers qui ont besoin de garanties à l'égard de l'État.

Il faut d'abord rappeler ce paradoxe que l'actuelle crise financière et budgétaire des États est liée à l'activation du mécanisme de garantie des États en dernier ressort, au moment de la crise financière en 2007-2008, pour le sauvetage des banques et les mesures consécutives. En ce sens, la hausse des dettes publiques n'a pas été la cause mais la conséquence de la crise financière. D'aucuns pourraient y voir un nouvel avatar du vieux phénomène de la « privatisation des profits et de la publicisation des pertes »², ce qui montre l'importance à l'avenir de la question des contreparties.

Quoi qu'il en soit, l'État est lui-même aux prises avec la nécessité d'apparaître financièrement crédible : il faut « rassurer les marchés ». La souveraineté de l'État était autrefois la garantie ultime ; aujourd'hui, il est constamment question de « risques souverains ».

Cette défiance explique notamment l'envolée des CDS (*Credit Default Swaps*), qui assurent leurs détenteurs contre les défauts des États emprunteurs. Non sans effets spéculatifs, l'achat massif de ces assurances entraînant en retour une crainte de défaut... Le marché n'échappe pas ici à la loi du fiduciaire : le fait de croire en la survenance d'un défaut peut fort bien conduire à ce défaut, sans compter le rôle des agences de notation en la matière.

1. Voir à ce sujet les travaux de la Société française pour le droit international, *L'État dans la mondialisation*, colloque de Nancy, Paris, Pédone, 2013.

2. Pour une mise en perspective historique sur cette question, voir R. E. Wright (ed.), *Bailouts. Public Money, Private Profit*, New York, Columbia University Press, 2009.

Prendre la responsabilité au sérieux

Pour autant, la « défaillance » qui inquiète tant aujourd'hui ne va pas de soi. Le fait qu'un État soit endetté n'est pas par nature l'annonce d'une catastrophe inéluctable pour cet État. Les juristes ont (ou avaient) l'habitude de dire qu'un État ne peut faire faillite, en raison de la permanence de l'État : « Un État [...] existe dans le but de remplir envers ses membres des devoirs qui sont inaliénables »¹. Le monopole fiscal est également un atout considérable sur le long terme.

Mais il arrive à des États de se retrouver en *défaut de paiement* – plus de soixante-dix situations de défaut souverain ont pu être dénombrées entre 1975 et 2008². Le droit de la faillite peut apparaître comme une source d'inspiration pour un éventuel « droit des faillites souveraines », même si l'analogie ne peut qu'être limitée. Ainsi, de même que classiquement le failli avait droit de garder « [ses] effets d'habillement nécessaires », l'exceptionnalité des États paraît devoir empêcher qu'un État en défaut de paiement soit tenu d'y laisser sa chemise...

Or l'emprisonnement des créanciers n'ayant plus court et sauf à répudier la dette ou en déclarer certaines composantes odieuses ou illégitimes³, deux voies principales sont envisagées et pratiquées aujourd'hui. La première consiste en une restructuration de la dette souveraine, qui implique un « *haircut* » pour les créanciers.

Mais si en principe, la restructuration passe par la négociation entre État et créanciers, certains créanciers (dits *holdouts*, c'est-à-dire réfractaires) privilégient la deuxième voie, à savoir la solution contentieuse. L'hypothèse s'est produite pour l'Argentine qui, depuis son défaut en 2001, est confrontée aux assauts de certains créanciers

1. Sir J. F. Williams, *Le droit international et les obligations financières internationales qui naissent d'un contrat*, RCADI, 1923, p. 342 (« Banqueroute d'État »).

2. M. Audit (dir.), *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, Paris, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 2011 ; C. M. Reinhart, K. Rogoff, *Cette fois c'est différent. Huit siècles de folie financière*, Paris, Pearson, coll. « Les temps changent », 2010.

3. Voir en ce sens l'audit citoyen de la dette grecque, dont les conclusions ont été rendues en juin 2015 et mis en place sur le fondement textuel de l'art. 9 de l'art. 7 du Règlement (UE) n° 472/2013.

dits « fonds vautour ». En s'adressant aux tribunaux qui voudront bien entendre leurs doléances, ces créanciers en font le bras armé de leur spéculation contre les États. De ce point de vue, l'internationalisation de la justice et le *law shopping* fragilisent nettement l'idée d'une infaillibilité des États...

Une récente et intéressante proposition de loi belge vise à limiter l'action des fonds vautours, en retenant notamment le critère de « l'impact défavorable [du remboursement] sur la situation de l'État débiteur et le bien-être de sa population ». Comme le précisent les auteurs de la proposition de loi, si certes « le fait que le remboursement de la créance provoque la ruine du débiteur n'est pas un motif de rejet de la demande du créancier », en l'occurrence « il ne s'agit pas de débiteurs privés mais d'États »¹. On voit par là qu'il est décidément difficile de passer outre l'exceptionnalité des États.

Quid du côté européen ? Dans le cadre de la zone Euro, les États sont soumis à une « discipline » budgétaire reposant sur des « chiffres [...] devenus totémiques »² – 3 % de déficit public, dette inférieure à 60 % du PIB – dont la discipline est prolongée par la Banque centrale européenne. Celle-ci a été contrainte en 2012 de déclarer qu'elle était prête à un rachat, sans limites prédéterminées, des dettes souveraines sur le marché secondaire. Cette intervention exceptionnelle a parfois été interprétée comme le signe que la BCE serait devenue un « prêteur en dernier ressort »³.

Dans tous les cas, les mesures prises pour aider les États confrontés à des difficultés de financement l'ont été en vertu d'une « conditionnalité » héritée des « programmes d'ajustement structurel » que la Banque mondiale et le FMI avaient pu exiger des pays (notam-

1. Proposition de loi concernant la lutte contre les activités des fonds vautours, document 54K0394001. Une proposition de loi, plus imprécise, avait été déposée en 2007 en France (proposition « visant à lutter contre l'action des fonds financiers dits "fonds vautours" »).

2. M. Devoluy, « L'Euro et le PSC dans la tourmente », *Les Cahiers français*, n° 359, 2010, p. 77.

3. La Cour de Luxembourg a admis la conformité de cette action exceptionnelle au droit primaire de l'Union : CJUE, 16 juin 2015, *Gauweiler et autres contre Deutscher Bundestag*, aff. C-62/14.

Prendre la responsabilité au sérieux

ment africains) en voie de développement dans les années 1990. Dans la doctrine des institutions européennes et internationales, ces aides ne doivent pas être perçues comme inconditionnées, sauf à favoriser l'indiscipline et cet « aléa moral » dénoncé par les économistes.

Mais les politiques d'austérité qui résultent du conditionnement des aides sont extrêmement problématiques au quotidien pour les États concernés et leurs populations, notamment d'un point de vue social, avec par exemple une hausse des inégalités et une forte dégradation de la qualité des soins. En ce sens, il y a probablement une sorte d'« état d'urgence sociale » ou humanitaire lorsqu'un État, sous couleur d'engagements austéritaires, est conduit à ne plus pouvoir assumer sa fonction de protection minimale de la population. Quelle réponse à un tel état d'urgence ? En dernier ressort, à défaut d'une solution européenne ou internationale viable, la résistance à l'échelle étatique paraît faire retour. Au demeurant, cette résistance étatique n'est pas nécessairement un repli des États sur eux-mêmes : les arguments contre l'austérité ont par exemple pu prendre appui sur des engagements internationaux et européens, notamment la Charte des droits sociaux. À ce titre, l'État apparaîtrait décidément comme le garant en dernier ressort de la protection effective des droits fondamentaux.

Autrement dit, même dans le contexte de la mondialisation, nous n'en avons pas fini avec les États, en tout cas tant que la légitimité politique restera largement attachée aux structures étatiques, pour le meilleur et pour le pire.

Titre 2 – Déclencher l'action en responsabilité

Les lanceurs d'alerte

par René de Quénaudon

L'alerte¹ désigne généralement un signal qui prévient d'un danger imminent. Bien des espèces connaissent la pratique du guet et lui doivent leur survie. Grâce à la domestication de certaines d'entre elles, depuis des millénaires les hommes ont mis à leur profit l'alerte animale². Aujourd'hui, sans abandonner celle-ci, c'est à l'alerte numérique³ qu'ils ont de plus en plus recours.

En l'état actuel de nos connaissances en matière d'intelligence – biologique ou artificielle –, l'alerte humaine semble avoir le monopole de l'indétermination. Seul l'homme se pose la question de savoir s'il doit ou non sonner le tocsin. Le danger est-il réel ? Fait-il partie de ceux requérant une alerte ? Si oui, quelles seront les conséquences d'un déclenchement ou, inversement, d'une absence de déclenchement d'une alerte ? En d'autres termes, l'alerte est pour son auteur une question de responsabilité morale et juridique.

Mais n'est-ce pas là une vue idéalisée du lanceur d'alerte⁴ ? Tant l'histoire de notre pays durant le second conflit mondial que

1. Sur l'origine de ce mot, voir *Le Trésor de la langue française informatisé*, V° Alerte, Étymol. et hist. 1. 1552 loc. adv., *estre a l'herbe*.

2. Voir Pline l'Ancien, *Histoire romaine*, Livre V, La prise de Véies et sac de Rome par les Gaulois.

3. Voir Conseil d'État, étude annuelle 2014, *Le Numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La Documentation française, spéc. p. 65.

4. Sur l'origine du concept « lanceur d'alerte », voir respectivement, M.-A. Hermitte et C. Noiville « L'obligation d'information en matière de santé publique à la lumière de la loi du 1^{er} juillet 1998 sur la sécurité sanitaire », *La Gazette du palais*, 23 octobre 1998, p. 42 et F. Chateauraynaud et D. Tornay, *Les sombres précurseurs, une sociologie*

Prendre la responsabilité au sérieux

nombre de faits dont la presse se fait l'écho quotidiennement ne nous rappellent-ils pas que ce qu'on appelle l'alerte, ce peut être aussi la délation, la trahison, l'accusation, le cafardage, le balançage, le moucharmage, le rapportage, le caftage ? Comment distinguer le lanceur d'alerte digne de considération et de protection de l'individu dont le comportement n'appelle que la réprobation ? On peut songer au critère de l'absence d'intérêt personnel du lanceur d'alerte. Mais il est assurément trop restrictif car, dans bien des cas, l'intérêt général et l'intérêt particulier sont mélangés¹, y compris lorsque le second n'est que vengeance, appât du gain² ou recherche de célébrité. En revanche, on peut admettre que l'intérêt général (tel qu'il est entendu dans une société démocratique) serve de critère entre le lanceur d'alerte méritant protection et celui qui appelle désapprobation et condamnation. C'est ainsi que le Conseil de l'Europe énonce que le lanceur d'alerte est la personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général³. Ce lanceur d'alerte – nous évoquerons ici surtout la situation du salarié –, qui sert l'intérêt général, appelle protection de la part du droit⁴. Quelles sont ces règles protectrices ? Elles semblent appartenir à deux catégories, chacune représentant un état de la démocratie, sans que le second exclue le premier.

Prenant une image informatique, on peut dire que la première réglementation relève de la « démocratie 1.0 ». Il s'agit des normes

pragmatique de l'alerte et du risque, Paris, éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1999.

1. Voir par exemple art. L 4131-1 du C. trav.

2. En cas de fraudes fiscale ou douanière, la loi prévoit la rémunération de ceux qu'elle appelle les aviseurs.

3. Recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des ministres aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte (adoptée par le Comité des ministres le 30 avril 2014, lors de la 1198^e réunion des Délégués des ministres). La recommandation est circonscrite à la relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé.

4. Voir J.-M. Sauvé, intervention dans le cadre du colloque « Lanceurs d'alerte : la sécurisation des canaux et des procédures », Assemblée nationale, 4 février 2015 : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/39466/342477/version/1/file/2015-02-04%2520colloque%2520lanceurs%2520dalerte.pdf>

Les lanceurs d'alerte

qui assurent la liberté d'expression et donc la transparence dans une démocratie ; il s'agit aussi des règles qui, inversement, protègent l'opacité estimée légitime (secret professionnel¹, secret des affaires², secret de la défense nationale³, etc.). Ces règles ne sont pas spécifiques au lanceur d'alerte. Elles peuvent s'appliquer à son cas, pour assurer sa protection ou inversement sa condamnation, comme elles s'appliquent à tout citoyen qui utilise la liberté d'expression.

Mais il y a aussi un autre ensemble de règles, celles de la « démocratie 2.0 », en ce sens qu'elles répondent aux préoccupations que posent les risques de la société contemporaine⁴ : environnementaux, sanitaires, sociaux, économiques, financiers... Ces risques requièrent la mise en place de vigies afin d'empêcher qu'ils ne se réalisent ou d'en limiter les effets s'ils viennent à se réaliser. Cette prise en compte du risque invite à revisiter l'idée de responsabilité ou plutôt, à la suite de Paul Ricœur, conduit à la compléter. La responsabilité, ce n'est plus uniquement la réparation du dommage causé mais c'est aussi faire preuve d'anticipation, c'est-à-dire faire en sorte que le dommage ne se réalise pas ou, tout au moins, diminuer le plus possible le risque de sa réalisation et des conséquences de sa réalisation. En d'autres termes, c'est l'anticipation, la vérification de la conformité de l'entreprise ou de l'organisation au droit qui lui est applicable. Cette nouvelle approche favorise la mise en place de droits d'alerte spécifiques.

Ce sont sans doute les États-Unis d'Amérique qui ont été les premiers à mettre en place des dispositifs pour sécuriser les lanceurs d'alerte⁵, la loi la plus emblématique en la matière étant celle du 30 juillet 2002, plus connue sous le nom de « loi SOX »⁶. Faisant suite à la faillite de grands groupes dont les comptes, bien

1. Voir B. Py, Répertoire Dalloz de droit pénal, *Vis Secret professionnel*.

2. *Ibid.* n° 45 *sq.* et M. Jardinaud, « Secret des affaires : la directive de la discorde », *Liaisons Sociales Magazine*, 30 avril 2015.

3. Voir art. 413-9 *sq.*, C. pén.

4. Voir U. Beck, *La Société du risque*, *op. cit.*

5. Voir E. Alt, « Lanceurs d'alerte : un droit en tension », *La Semaine Juridique – Édition générale* n° 43, 20 octobre 2014, doct. 1092.

6. *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act* (dit loi « Sarbanes-Oxley » du nom de ses auteurs), ratifié par le Président Bush le 30 juillet 2002.

Prendre la responsabilité au sérieux

que régulièrement contrôlés et audités, s'étaient finalement révélé des comptabilités erronées, infidèles, voire mensongères¹, cette loi a obligé les plus grandes entreprises ayant leur siège sur le sol américain ainsi que leurs filiales à l'étranger à mettre en place un « dispositif d'alerte professionnelle »².

Si l'on se tourne du côté du droit français, on s'aperçoit qu'il n'échappe pas à ce mouvement, qu'il s'agisse de droits d'alerte spécifiques (I) ou de dispositifs d'alerte professionnelle. Cette dynamique est-elle parvenue à son aboutissement ? La réponse est négative. Ici ou là des voix s'élèvent pour demander qu'on améliore le droit positif (II).

I. LES DROITS D'ALERTE SPÉCIFIQUES EN DROIT FRANÇAIS

Trois codes contiennent des dispositions sur le droit d'alerte :

A. Les droits d'alerte spécifiques mis en place par le Code du travail

Les premiers lanceurs d'alerte mis en place par le Code du travail ont été les représentants du personnel. C'est à la quatrième loi Auroux³ qu'on doit de les avoir institués. Il s'agit du droit d'alerte :

1. Voir P. Descheemaker, « Nouvelle régulation internationale des sociétés cotées : les principales dispositions du Sarbanes-Oxley Act of 2002 », *Bull. Joly Sociétés*, 2003, p. 5 sq.

2. Selon la CNIL, un tel dispositif « est un système mis à la disposition des employés d'un organisme public ou privé pour les inciter, en complément des modes normaux d'alerte sur les dysfonctionnements de l'organisme, à signaler à leur employeur des comportements qu'ils estiment contraires aux règles applicables et pour organiser la vérification de l'alerte ainsi recueillie au sein de l'organisme concerné » (Autorisation unique n° AU-004 – Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle, mod. par délib. n° 2010-369 du 14 octobre 2010 et délib. n° 2014-042 du 30 janvier 2014).

3. Loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982.

Les lanceurs d'alerte

- du délégué du personnel ; ce droit est prévu lorsqu'il y a « une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise¹ » ;
- du comité d'entreprise en matière économique² ;
- des membres du CHSCT³.

Ces lanceurs d'alerte sont théoriquement assez bien protégés. Au plan du contrat de travail, leur licenciement est soumis à autorisation de l'inspecteur du travail, sous peine de nullité-réintégration. Au plan pénal, toute entrave à leur alerte est constitutive d'un délit. Mais la réalité, c'est-à-dire le vécu des personnes, est peut-être bien différente. Une toute récente étude du Groupe Alpha montre que les représentants du personnel sont sujets plus que les autres salariés aux risques psychosociaux⁴.

Il faut noter également que la même loi Auroux a aussi prévu qu'un salarié sans mandat puisse être un lanceur d'alerte. En effet, tout salarié en situation d'exercer son droit de retrait a le droit et même le devoir de lancer une alerte⁵. Il faut dire que cette dernière obligation est également prévue par la Convention n° 155 de l'OIT⁶ et par la directive européenne du 12 juin 1989⁷.

Vingt-cinq ans plus tard, la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, relative à la lutte contre la corruption, a introduit un article dans le Code du travail se rapportant aux lanceurs d'alerte en matière de corruption⁸. Ce dispositif fait suite à la convention civile

1. Voir art. L 2313-2 C. trav.- *Adde* et Cass. soc. 17 juin 2009, n° 08-40.274 FS+P+B, *RDT* 2009, p. 591 *sq.*, note L. Marino, *Semaine juridique – Social*, n° 31, 28 juillet 2009, 1362.

2. Art. L 2323-78 C. trav.- *Adde* et Cass. soc. 11 mars 2003, *Bull. civ.* V, n° 92, p. 89.

3. Voir art. L 4131-2 C. trav.

4. Voir V. Leblanc, « Représentants du personnel : le stress du mandat », *Entreprise & Carrières*, 8 juin 2015.

5. Voir art. L. 4131-1 C. trav.

6. Convention n° 155 de l'OIT sur la sécurité et la santé des travailleurs, adoptée en 1981, art. 19, *litt. f.* Mais ce traité n'a pas été ratifié par la France.

7. Directive n° 89/391 du 12 juin 1989, art. 13, al. 2, *litt. d.*

8. Art. L. 1161-1 C. trav.

Prendre la responsabilité au sérieux

du Conseil de l'Europe contre la corruption du 4 novembre 1999¹ et à la Recommandation du Conseil de l'OCDE visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée le 26 novembre 2009².

Un autre cas a été ajouté par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Elle a introduit dans le Code du travail des dispositions protégeant les salariés qui témoignent ou relatent, respectivement, de faits de harcèlement moral ou de harcèlement sexuel³.

Quelques mois plus tard, la loi 2013-1117 du 6 décembre 2013, relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière, a ajouté dans le Code du travail une disposition qui vise l'alerte donnée sur l'existence d'un crime ou d'un délit⁴. Le lanceur d'alerte doit être protégé « pour avoir relaté ou témoigné, [...] de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ». La formulation est générale et vise tous ces types d'infraction, pas seulement ceux en matière de fraude fiscale et de grande délinquance économique et financière⁵.

B. Le droit d'alerte spécifique mis en place par le Code de commerce

Il convient de signaler l'existence d'une procédure d'alerte concernant le commissaire aux comptes. Par exemple, dans les sociétés anonymes, si le commissaire aux comptes constate l'existence de faits de nature à compromettre la poursuite de l'exploitation, il doit

1. Voir art. 9.

2. IX, iii.

3. Art. L. 1152-2, L. 1152-3, L. 1153-3 et L. 1153-4 C. trav. Plus généralement, voir l'art. 5, *litt.* c, de la Convention (n° 158) de l'OIT sur le licenciement, entrée en vigueur le 23 novembre 1985 et ratifiée par la France le 16 mars 1989.

4. Art. L 1132-3-3 C. trav.

5. Voir J. Bouton, « Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 471 *sq.*

Les lanceurs d'alerte

en informer le dirigeant puis, le cas échéant, le conseil d'administration, puis l'assemblée générale des actionnaires. Si des mesures efficaces ne sont pas décidées pour améliorer la situation, il doit informer de ses démarches le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance, selon le cas. Le comité d'entreprise est informé de la mise en œuvre de l'alerte¹.

C. Les droits d'alerte spécifiques mis en place par le Code de la santé publique

La loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011, dite « Bertrand », relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé a introduit deux dispositions relatives à l'alerte dans le Code de la santé publique.

La première pose une obligation d'alerter sous peine de sanction financière².

Constituent un manquement soumis à une sanction financière : [...] 2° le fait pour toute personne exploitant un médicament ou produit mentionnés à l'article L. 5121-1 ou pour tout titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 4211-6 ayant eu connaissance d'un effet indésirable suspecté de s'abstenir de le signaler sans délai selon les modalités définies par voie réglementaire à l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé. Lorsque ce manquement est également susceptible de faire l'objet d'une pénalité financière au titre de l'article L. 5421-6-1, les pénalités peuvent se cumuler dans la limite du montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

La seconde institue une protection du lanceur d'alerte salarié³ qui relate ou témoigne, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux

1. Voir art. L. 234-1 C. com. Voir également, règlement n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, qui prévoit également une procédure d'alerte, art. 11-2, al. 2.

2. Art. L. 5421-8, 2°.

3. Art. L. 5312-4-2.

Prendre la responsabilité au sérieux

autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à la sécurité sanitaire des produits dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. La disposition ou la mesure prise à l'encontre d'un tel lanceur d'alerte est nulle de plein droit.

À côté de ces dispositions éparses prévues par le législateur français, les entreprises, sous la pression d'un législateur étranger ou pour se conformer à la pratique suivie par des concurrents, mettent en place des dispositifs d'alerte professionnelle (DAP).

II. L'ENCADREMENT DES DISPOSITIFS D'ALERTE PROFESSIONNELLE PAR LE DROIT FRANÇAIS

Suite à la loi SOX, de plus en plus de groupes transnationaux ont introduit dans leurs documents d'entreprise, notamment dans des codes de conduite des affaires, une procédure d'alerte que les salariés doivent suivre lorsqu'ils ont connaissance de faits pouvant nuire à l'entreprise comme des faits de corruption.

Puisque cette pratique de l'entreprise a des conséquences sur la vie de ses salariés, le ministère du Travail a été conduit à rédiger une circulaire qui rappelle aux inspecteurs du travail les règles que l'employeur doit suivre lorsqu'il instaure un dispositif d'alerte professionnelle (DAP)¹.

Par ailleurs, puisque ces procédures font appel à un traitement de données à caractère personnel, la CNIL, sous le contrôle du juge², a été conduite à mettre en place des règles encadrant l'alerte professionnelle. En somme, le responsable du traitement est devant l'alternative suivante : soit son dispositif remplit les conditions posées par le « cahier des charges »³ de la CNIL et il lui suffit

1. Voir circulaire DGT 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur.

2. Voir Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 46, al. 3 ; voir également Cass. soc. arrêt n° 2524 du 8 décembre 2009.

3. Voir Autorisation unique n°AU-004, préc. qui fixe les conditions quant aux « finalités du traitement », au « traitement de l'identité de l'émetteur de l'alerte »,

Les lanceurs d'alerte

d'envoyer à cette commission un engagement de conformité, soit son dispositif n'est pas conforme à l'autorisation unique édictée par la CNIL et il doit alors demander une autorisation spécifique à cette autorité.

Le périmètre de l'autorisation unique recouvre les domaines suivants :

- financier, comptable, bancaire et de la lutte contre la corruption ;
- pratiques anticoncurrentielles ;
- lutte contre les discriminations et le harcèlement au travail ;
- santé, hygiène et sécurité au travail ;
- protection de l'environnement.

Le responsable du traitement est en conformité dès lors que la mise en œuvre de ces traitements répond à une obligation légale ou à un intérêt légitime dans ces domaines¹.

Les règles instituant des alertes spécifiques sont-elles suffisantes ? Des améliorations doivent-elles leur être apportées ?

III. AMÉLIORER LE DROIT POSITIF

A. À la recherche d'un dispositif global

[En] France, nous demeurons sans définition globale du lanceur d'alerte, sans loi globale, avec des décrets et amendements en suspens, des recours et saisines variables, sans sanction pénale pour entrave à l'alerte ou représailles envers le salarié mais avec

aux « catégories de données à caractère personnel enregistrées », aux « destinataires des données à caractère personnel », aux « transferts de données à caractère personnel hors de l'Union européenne », à la « durée de conservation des données à caractère personnel », aux « mesures de sécurité, à l'« information des utilisateurs potentiels du dispositif », à l'« information de la personne faisant l'objet d'une alerte professionnelle » et au « respect des droits d'accès et de rectification ».

1. *Ibid.*, art. 1.

Prendre la responsabilité au sérieux

sanction pour mauvaise foi (ou fait inexact) de ce dernier ; sans agence indépendante de l'alerte, sans canaux sécurisés – internes et externes, sans garantie de confidentialité ou d'anonymat, sans fonds, ni fondation ni guide¹.

Pour trouver remède aux carences du droit français en matière de lanceurs d'alerte, on pourrait s'inspirer de certaines législations étrangères². Les exemples ne manquent pas, notamment dans les pays anglo-saxons, qu'il s'agisse du Royaume-Uni³ ou des États-Unis⁴.

Dépassant dans une proposition le périmètre national, l'ONG Sherpa⁵ suggère que soit adopté un statut international des lanceurs d'alerte pour les protéger face aux pressions⁶. Plus précisément, l'idée serait de confier, dans chaque pays, à une institution *ad hoc* la mission d'appliquer ce statut international. Pour ce faire, elle devrait disposer d'un pouvoir de coercition sur les entreprises ou organisations en prenant des mesures de mise à l'écart, ainsi que des moyens permettant aux lanceurs d'alerte en difficulté de poursuivre leur travail.

B. À la recherche de dispositifs spécifiques

Un lanceur d'alerte en matière de protection des données à caractère personnel ?

La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite « Foyer », a été modifiée par

1. M. Meyer, « Alerte éthique et fonction publique : la fin d'un malentendu français ? », *Revue des juristes de Sciences Po*, printemps 2014, cité par E. Alt, « Lanceurs d'alerte : un droit en tension », art. cit., n° 46 et note 44.

2. Voir D. Lewis, D. Oppenheimer et S. Robin-Olivier, « L'alerte éthique », *Revue de droit du travail* 2009, p. 184 *sq.*

3. Voir *Public Interest Disclosure Act* du 2 juillet 1998.

4. Voir *Whistleblower Protection Act* du 10 avril 1989.

5. Sherpa, *Réguler les entreprises transnationales*, 46 propositions, 2014.

6. *Ibid.*, Proposition 37, p. 66.

Les lanceurs d'alerte

la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 afin de transposer (enfin !) en droit français la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. La loi de 2004 a introduit en droit français un nouveau personnage au sein des entreprises : le correspondant à la protection des données à caractère personnel, appelé par la CNIL le correspondant informatique et libertés ou encore CIL. Le décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi « Foyer » dispose que le CIL « informe le responsable des traitements des manquements constatés avant toute saisine de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ». Il est donc alerteur en matière de protection de données à caractère personnel. Souvent le CIL est un salarié du responsable du traitement. La logique voudrait qu'il soit protégé au même titre qu'un représentant du personnel mais le législateur a refusé d'entrer dans cette voie. La loi se contente d'affirmer que le CIL « ne peut faire l'objet d'aucune sanction de la part de l'employeur du fait de l'accomplissement de ses missions » et qu'« il peut saisir la Commission nationale de l'informatique et des libertés des difficultés qu'il rencontre dans l'exercice de ses missions »¹.

Dans son étude annuelle datant de 2014 et intitulée « Le numérique et les droits fondamentaux », le Conseil d'État ne préconise pas le renforcement du statut du CIL. Il propose toutefois d'organiser un droit d'alerte en matière de protection des données personnelles². Selon lui, il existe dès lors deux bases légales possibles pour organiser un droit d'alerte en matière de protection des données personnelles :

– Ce droit d'alerte pourrait se fonder sur le droit d'alerte général pour tout crime ou délit issu de la loi du 6 décembre 2013³. En

1. Art. 22, III, al. 3, LIL.

2. Rapport du Conseil d'État, Proposition 7, p. 282 *sq.*

3. Voir *supra*, art. L 1132-3-3 C. trav.

Prendre la responsabilité au sérieux

effet, la plupart des manquements à la législation sur les données personnelles font l'objet en France d'incriminations pénales prévues par les articles 226-16 à 226-24 du code pénal, notamment le fait de procéder à un traitement sans respecter les formalités préalables à sa mise en œuvre ou de collecter des données par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite. La CNIL aurait seulement à indiquer que le droit d'alerte peut être exercé, dans un premier temps devant le CIL de l'organisme lorsque celui-ci en est doté, puis devant elle, pour les infractions à la législation sur les données personnelles (les dispositions issues de la loi du 6 décembre 2013 ne précisent pas auprès de quelle autorité le droit d'alerte doit être exercé). Elle aurait également à mettre en place un mécanisme de signalement (par exemple sur une page dédiée de son site web) et à présenter aux salariés les garanties dont ils bénéficient en vertu de la loi du 6 décembre 2013.

– La seconde base légale, dit le Conseil d'État, serait que le législateur instaure un nouveau droit d'alerte spécifique. Ce droit pourrait alors couvrir l'ensemble des manquements à la législation sur les données personnelles, y compris ceux qui ne font pas l'objet d'une incrimination pénale. Il pourrait s'exercer devant le correspondant informatique et libertés de l'entreprise, concomitamment ou préalablement à la saisine de la CNIL.

En définitive, le Conseil d'État avoue avoir une préférence pour la première voie afin de ne pas augmenter encore le nombre de droits d'alerte spécifiques créés au cours des dernières années. Une communication active de la CNIL est préconisée pour faire connaître ce nouveau droit.

Par ailleurs, le Conseil d'État formule une proposition n° 8 qui vient utilement compléter la précédente¹. Elle consiste à créer une action collective, distincte de l'action de groupe, destinée à faire cesser les violations de la législation sur les données personnelles. Cette action serait exercée devant le tribunal de grande instance

1. Rapport du Conseil d'État, p. 283.

Les lanceurs d'alerte

par les associations agréées de protection de consommateurs ou de défense de la vie privée et des données personnelles. Cette fois-ci le vecteur serait la loi.

C. Un lanceur d'alerte en matière de responsabilité sociale des entreprises ?

Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi n° 2578 du 11 février 2015 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, il est dit que :

[le plan de vigilance] devra comporter les mesures raisonnables propres à prévenir les atteintes et risques préalablement identifiés¹. Ce plan pourra inclure *a minima* les éléments suivants : cartographie des risques pays par pays, contractualisation des obligations RSE, procédure d'alerte et mesures de protection des lanceurs d'alerte, audits sociaux et environnementaux à tous les niveaux de la chaîne de valeur, adhésion à des initiatives sectorielles et à des référentiels internationaux, mesures de prévention de la sous-traitance en cascade, mesures d'information et de consultation des organisations syndicales, formation des salariés. Il devra faire l'objet d'une concertation entre l'entreprise et ses parties prenantes, entendues comme l'ensemble de ceux qui participent à sa vie économique et des acteurs de la société civile influencés, directement ou indirectement, par ses activités (au sens de la loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012²)³.

Qui pourrait être lanceur d'alerte dans ce cas ? On songe, bien entendu, aux salariés de la société qui édicte le plan de vigilance (société mère ou société donneuse d'ordre) mais il est évident qu'il faut aller plus loin et inclure ceux des filiales de la société mère et ceux des sous-traitants de la société donneuse d'ordre.

1. Proposition de loi n° 2578, p. 11.

2. Loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque publique d'investissement, art. 4.

3. Sur le devoir de vigilance et sur cette proposition en particulier, voir N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1049 *sq.*

Prendre la responsabilité au sérieux

Si les salariés sont a priori les mieux placés pour être lanceurs d'alerte, c'est parce que ce sont eux qui ont généralement accès aux informations se rapportant à l'entreprise. Cependant, en élargissant le cercle des personnes ayant accès aux dites informations, on peut aussi étendre celui des lanceurs d'alerte potentiels. Mais comment justifier cette extension ? Par la notion de parties prenantes. Même s'ils occupent une place méritant une considération particulière, les salariés ne sont qu'une des catégories des parties prenantes de l'entreprise. Il y a d'autres parties prenantes, comme les ONG, qui aimeraient accéder à plus d'informations sur l'entreprise pour pouvoir mieux exercer leur rôle de lanceur d'alerte. C'est ainsi que Sherpa¹ demande que les ONG aient accès à des informations sociales et environnementales qui ne figurent pas dans l'obligation de reporting ESG à laquelle les plus grandes sociétés sont soumises². Cette ONG demande également l'accès à des informations en cas de projet d'investissement industriel ou de survenue d'un accident³.

Le lanceur d'alerte est un dispositif qui contribue certainement à « prendre la responsabilité au sérieux ». Mais, en l'état actuel de notre droit, il comporte des trous, des imperfections ; en d'autres termes, il est inachevé.

1. Sherpa, *Réguler les entreprises transnationales. 46 propositions, op. cit.*, proposition 13.

2. Selon l'ONG, il s'agit « d'assurer aux parties prenantes intéressées par la défense de l'intérêt général (santé publique, protection de l'environnement, droits sociaux, etc.) et à tout tiers victime d'un dommage, une garantie d'accès aux informations sociales et environnementales des entreprises » à l'instar de celle dont disposent les actionnaires et, dans une certaine mesure, les salariés et les autorités publiques. Pour prendre l'exemple des informations sociales, on peut imaginer que doivent être mises à disposition les informations contenues dans le bilan social (art. L. 2323-68 à L. 2323-77 C. trav.), lesquelles sont plus nombreuses que celles figurant dans le rapport se rapportant aux risques ESG (environnement, social, gouvernance) que les plus grandes entreprises doivent fournir au titre du décret du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale.

3. Sherpa, *Réguler les entreprises transnationales. 46 propositions, op. cit.*, proposition 13, p. 51.

Les lanceurs d'alerte

Pour aller plus loin, la balle est bien entendu dans le camp des juristes, notamment des comparatistes, mais aussi et peut-être surtout des politiques au niveau national.

Enfin, si les entreprises transnationales savent poser les problèmes en termes de mondialisation, il serait peut-être bon que la question de l'alerte soit traitée au moyen de règles juridiquement contraignantes, en articulant le niveau national – indispensable – avec le niveau régional et le niveau mondial.

Titre 3 – Juger de la responsabilité

CHAPITRE 16

Le juge national américain et le droit de l'environnement

par Vivian Grosswald Curran

Le juge national qui tranche une affaire de droit environnemental se trouve actuellement dans une situation singulière. Elle fait pourtant écho à l'internationalisation du droit en ce sens que le droit environnemental se situe à la croisée du droit national, d'accords bilatéraux, de conventions multilatérales et de droit et principes internationaux. L'acteur politique peut parfois hésiter à se prononcer dans un domaine où se heurtent intérêts industriels – ainsi qu'inquiétudes vis-à-vis d'éventuelles suppressions d'emploi – et vigilance concernant la préservation de l'environnement. Contrairement au politicien, le juge est indépendant. Dès lors, du moins peut-on l'espérer, il est plus apte à des prises de position dénuées d'intérêts politiques¹. Dans un système de droit fédéraliste, il procède cependant à l'étalonnage de la balance des trois pouvoirs et de cette autre balance délicate qui aux États-Unis doit être tenue entre le gouvernement fédéral et celui des États fédérés.

1. Voir C. Huglo, « Le recours au juge est la garantie de conservation de l'intégralité de la règle environnementale », <http://www.actu-environnement.com/ae/news/Christian-huglo-juge-avocat-droit-environnement-18540.php4>. Pour une perspective différente, voir J. A. Sautter, L. Littvay, "Environmental Judicial Interpretation and Agency Review: An Empirical Investigation of Judicial Decision-Making in the Clean Water Act and the Clean Air Act", 2011, 19 *Buff. Envtl. L.J.* 269 et P. Bentata, Y. Hiriart, "Biased Judges: Evidence from French Environmental Cases", <http://www.touteconomie.org/afse2014/index.php/meeting2014/lyon/paper/view/209>.

Prendre la responsabilité au sérieux

Trois évolutions significatives marquent la jurisprudence récente de la Cour suprême américaine dans le domaine du droit de l'environnement.

Premièrement, après avoir consacré, entre 1940 et 1995, pendant donc plus de cinquante années, la constitutionnalité de quasiment toute réglementation fédérale facilitant le commerce interétatique (c'est-à-dire le commerce entre les États fédérés composant les États-Unis) – par le biais de la clause sur le commerce interétatique de l'article premier de la Constitution fédérale, au détriment de toute réglementation de la part des États fédérés qui risquerait d'entraver le commerce interétatique¹ –, la Cour se ravisa en 1995. Dans le cadre du droit de l'environnement plus spécifiquement, elle a décidé six ans plus tard, en 2001, que cette clause sur le commerce imposait des limites dans l'adoption d'un règlement fédéral².

La deuxième évolution n'a eu lieu qu'en 2011, quand la Cour suprême mit fin à la tradition de l'action civile pour faute ayant entraîné des dommages environnementaux. Cette théorie de la faute, du *tort* « *common law* », avait vu le développement d'un droit prétorien de l'environnement. Or, dans l'arrêt *American Electric Power c/ Connecticut*³, la juge Ginsburg annonça que les actes réglementaires provenant de l'exécutif excluaient dorénavant toute autre base légale de dédommagement. La fermeture en 2011 de la voie de l'action pour faute en « *common law* fédérale » ne signifie pas pour autant que le particulier n'a plus accès à la justice, car les lois environnementales prévoient pour la plupart des actions

1. *United States c/ Lopez*, 414 U.S. 549 (1995).

2. *Solid Waste Agency of Northern Cook County (SWANCC) c/ United States Army Corps of Engineers*, 531 U.S. 159 (2001) (Remise par la cour de la réglementation de certaines terres humides entre les mains des États fédérés en accréditant l'hypothèse qu'elle n'était pas liée au commerce interétatique en cas de terres insuffisamment proches d'eaux navigables). Voir M. G. Faure, J. S. Johnston, "The Law and Economics of Environmental Law Federalism: Europe and the United States Compared", 2009, 27 *Va. Envtl. L.J.* 205, 235-236 ; J. S. Johnson, "The Tragedy of Centralization: The Political Economics of American Natural Resource Federalism", 2003, 74 *U. Colorado L. Rev.* 487.

3. 131 S.Ct. 2527 (2011).

Le juge national américain

dites de « citoyens » (les « *citizen suits* »), afin que le particulier puisse veiller à l'exécution de la loi dès lors que sa non-exécution lui cause préjudice. La plupart de ces lois prévoient toutefois qu'un demandeur n'aura d'intérêt à agir que contre un défendeur du secteur privé ayant violé une norme environnementale¹.

De telles actions ne relèvent donc plus de la théorie *common law* de la faute, dont l'évolution est indépendante des lois et réglementations émanant directement ou indirectement de l'Agence chargée par le Président de réguler et surveiller le domaine environnemental, à savoir l'EPA (l'*Environmental Protection Agency*). Le droit de la responsabilité pour faute fondé sur la *common law* relève uniquement de la doctrine du *stare decisis* – c'est-à-dire de l'autorité des précédents sur les décisions nouvelles. Jusqu'à l'arrêt de 2011, les actions fondées sur cette base coexistaient avec les actions fondées sur les règlements de l'EPA. Aujourd'hui, la *méthodologie* du *stare decisis* perdure en ce qui concerne les arrêts de la Cour après celui de 2011 et ceux qui en découlent, mais elle sert à l'interprétations de lois, alors que les actions pour *tort* représentaient la forme la plus pure de la *common law* – celle où le droit évolue sans loi textuelle, mais par voie de décisions judiciaires créatrices de droit.

Cet arrêt de 2011 est lié avec une troisième évolution importante. En même temps qu'elle a commencé à limiter le champ dans lequel la justice peut être saisie, la Cour suprême a développé une méthode d'interprétation déférente vis-à-vis de l'EPA. La Cour s'oblige même, par ses propres interprétations, à s'incliner devant l'EPA tant que celle-ci n'agit pas de manière « aléatoire ou capricieuse », termes qui restent à définir pourtant par la Cour.

Une question récurrente, soulevée par bon nombre d'affaires, est celle de l'intérêt pour agir. L'article III de la Constitution restreint la compétence des tribunaux fédéraux aux controverses concrètes.

1. Malgré la renonciation à l'immunité souveraine de l'État dans les Clean Air Act et Clean Water Act, la Cour a beaucoup restreint la capacité d'agir du particulier contre l'État ou ses représentants. F. P. Grad, *Treatise on Environmental Law*, New York, M. Bender, 1997, 1-1, §1.05.

Prendre la responsabilité au sérieux

Ne sont dès lors pas justiciables les questions politiques ou celles de nature abstraite¹. Aussi L'EPA a-t-elle opposé l'argument de l'incapacité d'agir dans une action où plusieurs États fédérés l'attaquaient pour avoir renoncé à ses obligations de restreindre l'émission des gaz à effet de serre (GES) de nouveaux véhicules à l'époque du gouvernement Bush fils². Selon l'EPA, les préjudices des émissions des GES revêtaient un caractère trop diffus et concernaient trop de monde pour que les demandeurs puissent ester en justice. La Cour donnera raison à l'État de Massachusetts, trouvant un statut particulier au demandeur en sa capacité d'État fédéré, et décidant de façon plus générale qu'un préjudice réparti parmi une population importante ne contredit pas la nature concrète du mal vécu par le particulier qui s'en plaindrait³.

Les agents de l'EPA, qui sont nommés par le président des États-Unis, peuvent être remplacés au gré de chaque nouveau gouvernement. Si bien que pendant plusieurs années les actions en droit de l'environnement ont surtout été dirigées contre l'EPA, pour obtenir une protection plus importante de l'environnement, par l'édiction de règlements et des mesures de surveillance. En effet, en raison du renouvellement périodique de son personnel, l'EPA peut relâcher sa surveillance au point de pouvoir être accusée de négliger ses obligations. Malgré l'amplitude de la marge d'appréciation qu'elle a à maintes reprises reconnue à l'EPA, la Cour suprême a jugé qu'à partir d'un certain point, la négligence de la part de l'EPA à l'égard des conséquences environnementales des opérations industrielles et autres pouvait s'avérer incompatible avec les lois⁴.

De nos jours, en revanche, le demandeur tend à être une personne morale, dans des hypothèses où la plus récente réglementation du gouvernement Obama augmente le coût – ou même remet en cause

1. Art. III Constitution; *Massachusetts c/ Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497, para. IV (2007). Voir aussi chapitre 3, in A. Deysine, *La Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2015.

2. *Ibid.* (*Massachusetts c/ EPA*).

3. *Ibid.*, p. 517.

4. *Ibid.*

Le juge national américain

l'avenir – de l'exploitation de ressources ou de la production d'une entreprise. Chaque semaine, sinon chaque jour, voit le Président prendre de nouvelles mesures relatives à la protection de l'environnement, tantôt pour protéger la qualité de l'air, tantôt celle des eaux. Mais presque aussitôt promulgué, chaque règlement est attaqué en justice, souvent avec une requête d'injonction contre sa mise en œuvre. Aussi dans l'affaire *Utility Air Regulatory Group c/ EPA*¹, jugée l'année dernière, des groupes industriels et des États fédérés avaient saisi la Cour suprême pour attaquer la décision de l'EPA selon laquelle ses règlements relatifs aux émissions de gaz à effet de serre (GES) des véhicules à moteur étaient aussi applicables aux installations immobilières polluantes. Celles-ci devaient donc inclure leurs émissions de GES dans les demandes de permis d'émission auxquelles elles étaient tenues par le *Clean Air Act*². La majorité de la Cour, suivant une opinion du juge Scalia, décida que l'EPA avait excédé ses pouvoirs en étendant ainsi le champ d'application de la réglementation des GES à des installations qui n'étaient auparavant pas soumises à cette loi et en relevant en conséquence les seuils de déclaration fixés par le *Clean Air Act*. Selon l'EPA, ce relèvement des seuils était nécessaire pour l'application des nouvelles réglementations, entre autres afin d'éviter une surabondance de demandes de permis et une situation administrativement ingérable. Étant donné que le *Clean Air Act* régit les installations polluantes, l'EPA prétendait qu'elles devaient obéir à la même réglementation des émissions de GES que les véhicules motorisés. La Cour a décidé qu'il n'était pas « raisonnable » d'interpréter ainsi le *Clean Air Act* dans le sens d'une extension à des installations immobilières des règlements sur les véhicules motorisés³.

1. 134 S.Ct. 2427 (2014).

2. Clean Air Act, § 101 et *sq.*, 42 U.S.C.A. § 7401 et *sq.*

3. *Utility Air Regulatory Group c/ Environmental Protection Agency*, 134 S.Ct. 2427 (2014), n 9. La Cour donna raison à l'EPA concernant l'application de la « best available control technology (BACT) » à ces sources de pollutions déjà soumises à l'obligation d'obtenir des permis. Voir aussi *infra*, l'analyse de cet arrêt par William A. Fletcher, chapitre 7, p. xx.

Prendre la responsabilité au sérieux

En juin 2015 ont eu lieu à la Cour suprême les débats relatifs à trois affaires consolidées, sous le nom de *Michigan c/ Environmental Protection Agency*¹. Elles concernent la décision de l'EPA de réguler l'émission de fumées chimiques nocives que produisent les centrales électriques par l'utilisation de charbon brûlé. Vingt-et-un États fédérés et de nombreuses entreprises reprochent à l'EPA de ne pas avoir fait de bilan « coût-avantage » dans le cadre de son contrôle préliminaire². La Cour a donné raison aux demandeurs³.

Entre-temps, la Maison-Blanche a annoncé en mai 2015 un nouveau règlement relatif à 60 % des eaux du pays, incluant lacs, fleuves, ruisseaux et terres humides⁴. Parmi ceux qui promettent d'ores et déjà de s'y opposer, se trouvent de nombreux métayers et groupes industriels qui se verraient dans l'obligation d'obtenir un permis pour toute activité agricole ou industrielle qui engagerait une émission dans une eau sous contrôle de l'EPA⁵. Paradoxalement, cette annonce suit de deux semaines la décision de la Maison-Blanche de permettre à la société Shell une exploitation pétrolière en eaux arctiques, pourvu qu'elle se conforme à certaines exigences de l'EPA.

Quelles sont les conclusions à tirer de ces affaires récentes ? Malgré la marge d'appréciation reconnue à l'exécutif et la déférence

1. Audience du 25 mars 2015. La transcription des débats est disponible : http://www.google.com/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAAAhUKewiQoNqfqNvGAhVHnYAKHQwYcAk&url=http%3A%2F%2Fwww.supremecourt.gov%2Fforal_arguments%2Fargument_transcripts%2F14-46_869c.pdf&ei=Xl2l-VZD5K8e6ggSMsKTICg&usq=AFQjCNEVbcMbTmxhh_Cj655TKgXvcxOfIA&cbvm=bv.97653015,d.eXY, consulté en septembre. Les autres affaires consolidées étaient *Utility Air Regulatory Group c/ Environmental Protection Agency* et *National Mining Association c/ Environmental Protection Agency*.

2. La loi prévoit que le contrôle se limite au « nécessaire » et à l'« approprié ». 42 USC §741(n)(91)(A).

3. -U.S.-, 2015 WL 2473453 (29 June, 2015).

4. C. Davenport, "Obama Announces New Rule Limiting Water Pollution", *New York Times*, 28 May, 2015, A-14. Le règlement s'inscrit sous le Clean Water Act de 1972.

5. Plus précisément, qui engagerait le Clean Water Act. C. Davenport, "Obama Announces New Rule Limiting Water Pollution", art. cit.

Le juge national américain

affichée à son égard par la Cour suprême, nous pouvons d'ores et déjà remarquer que le juge a su garder le rôle primordial. C'est à lui qu'il incombe d'interpréter des normes intentionnellement vagues afin que sa propre marge d'appréciation puisse s'adapter aux besoins changeants d'un monde où une technologie continuellement en voie de progression sème l'incertitude. Paradoxalement, ce flux technologique continu et l'impossibilité du juge de développer des compétences scientifiques à la hauteur des questions posées actuellement constituent l'une des raisons données par la Cour en faveur de sa déférence à l'EPA, car aux États-Unis la Cour n'est pas en mesure d'être conseillée par des experts techniques, alors que l'EPA a cette opportunité¹. Ces changements rapides imposent que la Cour soit adaptable et elle se garde précieusement de céder son contrôle. Elle a toujours le dernier mot.

Mais qu'en est-il de la dimension internationale pour le juge ? Deux tendances se heurtent aux États-Unis. Lors d'une conférence en avril 2015, le juge Breyer parlait au Conseil d'État d'une évolution foudroyante à la Cour suprême des États-Unis quant à son appréciation du droit étranger. Il évoquait notamment la courtoisie internationale. Aujourd'hui les juges de la Cour sont devenus, disait-il, très sensibles aux opinions d'autres États, opinions dont ils ont connaissance surtout quand ceux-ci interviennent en tant qu'*amicus curiae*, ce qui se passe assez fréquemment, le plus souvent pour signaler à la Cour qu'une certaine décision signifierait une ingérence dans les affaires de leur pays. Selon le juge Breyer, la Cour suprême étudie l'aspect pertinent du droit étranger pour juger de la valeur de l'argument invoqué par l'autre État. Aux États-Unis, l'*amicus curiae* n'est pas recherché par la cour, mais rédigé spontanément par toute personne, particulier, groupe ou État, qui désire influencer sur le résultat de l'affaire pendante, en instruisant la cour sur le droit qui lui paraît pertinent pour sa décision.

Mais alors qu'ouverture vers l'autre se manifeste ainsi, semble-t-il – et le juge Breyer tenait à confirmer qu'il s'agissait d'une évolu-

1. Voir *Chevron c/ N.R.D.C.*, 467 U.S. 837 (1984), p. 856-66.

Prendre la responsabilité au sérieux

tion de la part de toute la Cour suprême –, la tradition juridique américaine comporte aussi la volonté incontournable de voir le juge national ne pas faire de droit comparé et de ne pas avoir à comprendre le droit étranger. Il s'agit d'une longue tradition solidement ancrée dans la jurisprudence de la Cour suprême et ayant acquis force juridique par le biais de la *stare decisis*, méthodologie primordiale de la *common law*. Cette attitude envers le droit d'autrui persiste de nos jours. Reste à rappeler que depuis l'arrêt *Medellin*¹ de la Cour suprême en 2008, le juge national n'est pas obligé de se plier à la décision d'un tribunal international concernant les États-Unis suite à une convention internationale, du moment que celle-ci n'est pas étayée par une loi pour son application nationale. Cela demeure l'un des grands défis pour le système de droit états-unien face au droit international en général et au droit international de l'environnement en particulier.

Je terminerai sur un autre défi, ou peut-être un paradoxe, soulevé par le droit environnemental. La Cour suprême a bel et bien écarté le droit des États pour favoriser le niveau fédéral, et le droit de l'environnement est par excellence un droit qui doit être interétatique, dans tous les sens du terme, puisque les dégâts ne connaissent pas de frontières. Mais la réglementation de l'EPA s'adresse surtout à des problèmes de pollution locaux². Sans avoir la possibilité d'une confirmation, nous pouvons faire l'hypothèse que cette tendance relève de la conception de la loi dans le régime de *common law*, à savoir, une progression non pas du principe général censé être appliqué au problème spécifique en litige, mais selon le processus inverse : un problème ou un événement particulier qui émerge de la société sous une forme concrète et inspire la rédaction d'une loi pour le traiter.

1. *Medellin c/ Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

2. Voir M. G. Faure, J. S. Johnston, "The Law and Economics of Environmental Law Federalism", art. cit., p. 261.

Les instances internationales

par Cláudia Perrone Moisés

Ce chapitre se rapporte aux défis du droit de la responsabilité observés à partir des jugements produits par les instances internationales et qui concernent des cas qui ont des conséquences, directes ou indirectes, pour la protection de l'environnement.

Du point de vue de la justice internationale, celui qui comparaît devant l'instance chargée de statuer a violé une norme de droit international et doit répondre de son acte. Nous parlerons donc de la responsabilité au sens de l'obligation de répondre d'actes passés. C'est donc un jugement orienté vers le passé. Il faut essayer, une fois qu'il est rendu, de rétablir, dans la mesure du possible, le *status quo ante* (la situation antérieure).

Cette responsabilité, au sens classique, semble néanmoins inadaptée pour faire face aux grands défis du XXI^e siècle, comme le changement climatique, qui affectent toute l'humanité. En même temps, les instances internationales chargées de juger de la responsabilité doivent faire face à deux obstacles majeurs : la souveraineté des États, d'un côté, et les pouvoirs économiques privés, de l'autre. Ces obstacles infléchissent de plus en plus les modes de résolution des litiges.

Prendre la responsabilité au sérieux

I. LA SOUVERAINETÉ DEVANT LES INSTANCES INTERNATIONALES

La responsabilité, du point de vue du droit international, est un des sujets les plus sensibles. La première et principale raison est évidente. La responsabilité ne s'accorde pas volontiers avec la souveraineté, celle-ci étant comprise comme le caractère d'un organe qui n'est soumis au contrôle d'aucun d'autre¹. C'est en affirmant leur souveraineté que les États refusent d'être jugés par d'autres États ou par des instances internationales. Ainsi, même les règles qui portent sur la possibilité de saisine par des cours internationales sont basées sur la liberté laissée aux États de choisir de se soumettre ou non à leur juridiction. Il est de principe que les États ne peuvent se voir imposer aucune règle à laquelle ils n'auraient donné leur assentiment².

Dans l'ordre international, le recours à une procédure juridictionnelle est donc subordonné au consentement de toutes les parties. Dans le domaine de la Cour internationale de justice, le mécanisme utilisé est la clause facultative de juridiction obligatoire. Mais il faut rappeler que, même une fois acceptée la juridiction, celle-ci peut être dénoncée : deux exemples importants le démontrent : d'un côté la France, dans l'affaire des *Essais nucléaires* (1974/22 en juin 1973) et de l'autre les États-Unis, dans l'affaire des *Activités militaires au Nicaragua* (1985/26 en novembre 1984).

Dans le domaine de l'environnement, la responsabilité n'est pas prise au sérieux par les États, qui ne veulent pas s'engager dans une définition des conditions de mise en œuvre de la responsabilité internationale pour des dommages causés par leurs actions. La preuve en est que le Programme des Nations unies pour l'environnement

1. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf, 1987, p. 754 sq.

2. J.-P. Machelon, « La souveraineté aujourd'hui », *Cadernos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 2013, n° 23, São Paulo, Manole, p. 13.

Les instances internationales

a commencé des travaux pour mettre en œuvre le principe 22 de la déclaration de Stockholm, mais que le projet a échoué par manque de volonté politique des États¹.

Selon ce principe, les États devraient coopérer pour développer les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité et de l'indemnisation des victimes des dommages écologiques. Rares sont les textes qui donnent des précisions sur la portée de la responsabilité pour ces dommages. La plupart se limitent à reconnaître la responsabilité comme principe inséré dans les préambules des conventions internationales.

Il est intéressant de remarquer que dans le Projet d'articles sur la responsabilité des États, élaboré par la Commission de droit international de l'ONU, dans la version de 1996, l'article 19 désignait comme un crime international la violation grave d'une obligation internationale essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement, comme celle interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers (ce qui démontre la conscience que les rédacteurs de ce projet avaient de l'importance qui devrait être accordée au bien protégé).

La pratique internationale démontre que bien que le principe de responsabilité soit généralement proclamé, les États se gardent de le préciser et de le mettre en œuvre. Même dans les cas où ils acceptent de payer des indemnisations, ils n'assument pas leur responsabilité, comme ce fut le cas lors des expériences nucléaires des États-Unis dans les Îles Marshall, en 1954.

Mais il y a toujours des issues porteuses d'espoir². En 1997, dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, qui concernait la décision de la Hongrie de suspendre sa part des travaux dans la construction d'écluses dans le Danube, se basant sur le principe de précaution, la Cour internationale de justice a accepté la thèse hongroise et a affirmé :

1. A. Kiss, *Droit International de l'environnement*, Paris, Pedone, 2004, p. 441.

2. M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit, vol. IV : Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011, p. 377-392.

Prendre la responsabilité au sérieux

Dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommage¹.

II. L'INFLUENCE DU MARCHÉ SUR LES INSTANCES INTERNATIONALES

La question devient encore plus complexe si nous considérons la responsabilité et son jugement quand il s'agit d'autres acteurs de la scène internationale, comme les entreprises transnationales qui, ayant un pouvoir aujourd'hui estimé plus grand que celui de la plupart des États, n'ont aucune responsabilité, au niveau international, qui soit adaptée au pouvoir qu'elles exercent. Dans ce qui se réfère aux solutions des litiges, les formes non-judiciaires et spécialement l'arbitrage se substituent aux décisions judiciaires, internes et internationales.

Les accords de libre-échange, comme celui qui est en discussion sur le Partenariat transatlantique entre l'Union européenne et les États-Unis, proposent des mécanismes de règlement des différends basés sur l'arbitrage international, qui dans la pratique sont des tribunaux privés. Ils pourront même apprécier si le comportement des États dans les domaines social et environnemental peut causer des préjudices, non aux citoyens ou à l'environnement, comme on pourrait raisonnablement le penser, mais aux activités et intérêts des entreprises ! Dans les accords de libre-échange, les clauses sociétales et environnementales sont, en général, des catalogues de bonnes intentions, sans aucun effet concret.

Les contentieux basés sur des traités bilatéraux d'investissement, dans lesquels les politiques publiques des États sont mises en cause par des entreprises privées, ont proliféré depuis les années 1990.

1. Affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, CIJ, septembre 1997, paragraphe 140.

Les instances internationales

Deux affaires ressortent de ces contentieux : l'affaire *Philip Morris*, mettant en cause les politiques de santé publique de l'Australie et de l'Uruguay, et l'affaire *Vattenfall*, liée à la décision du gouvernement allemand de sortir de l'énergie nucléaire¹.

Dans ces traités d'investissement, il n'existe pas d'obligations opposables aux entreprises transnationales alors que les investisseurs ont la possibilité d'engager une procédure devant l'instance internationale de la Banque mondiale chargée des règlements de conflits d'investissement, le Centre international de résolution des différends sur les investissements (CIRDI), pour demander des indemnités. Ce qui est en cause, c'est la « protection juridique et la facilitation des investissements », selon le langage utilisé dans les accords, et non l'intérêt public.

L'existence d'une tension presque insoluble entre le « droit des investisseurs » et le bien commun est un fait prouvé. Les institutions chargées des arbitrages entre investisseurs et États semblent servir surtout à assurer les intérêts des entreprises contre les politiques publiques des États. En réalité, dans ce domaine, nous sommes en présence d'un traitement privilégié pour les investisseurs et d'un vrai « déclin de la souveraineté »² en faveur des pouvoirs privés.

La situation est similaire dans le domaine des litiges traités par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Bien que réputés interétatiques, ces règlements confondent souvent les intérêts des États avec ceux des acteurs économiques privés³. L'instance chargée de trancher dans le domaine du commerce est aussi un tribunal arbitral, où chaque *panel* est constitué pour analyser différents cas. Dans le domaine de la protection

1. Vantefall a posé une plainte devant le Centre international de résolution de différends sur les investissements – CIRDI, en demandant une indemnisation au gouvernement allemand due à la fermeture des centrales nucléaires appartenant à cette entreprise. N. Bernasconi-Osterwalder et R. T. Hoffmann, *La sortie du nucléaire en Allemagne sur le banc d'essai d'un recours d'arbitrage international d'investissement ?*, aitec.reseau-ipam.org.Berlin/Paris/Janvier 2013.

2. A. Supiot, *Homo Juridicus*, op. cit., p. 228 sq.

3. M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit vol. III : La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2010, p. 164.

Prendre la responsabilité au sérieux

de l'environnement lié aux questions commerciales, les décisions de l'OMC sont en général en désaccord avec les règles issues d'autres organisations internationales, considérant que le libre-commerce doit avoir la préférence, même au détriment de la santé humaine ou de la protection de l'environnement. Il suffit de vérifier que les textes et les décisions de cette organisation ne prennent pas en compte les règles établies dans un domaine sensible comme celui qui est couvert par la Convention de la protection de la biodiversité et ses protocoles¹.

Rappelons les paroles d'Alain Supiot :

Traiter les hommes et la nature comme des pures marchandises est non seulement fâcheux au plan moral, mais ne peut que conduire à des catastrophes écologiques et « humanitaires » majeures².

Et celles de Mireille Delmas-Marty :

La logique libérale qui domine à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) privilégie la compétition et la performance, alors que la logique humaniste, celle des cours constitutionnelles nationales ou cours régionales des droits de l'homme, suppose le partage et la solidarité³.

III. LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT DANS LES INSTANCES INTERNATIONALES DES DROITS DE L'HOMME

Dans le contexte européen de protection des droits de l'homme, c'est grâce à l'article 8 de la Convention, qui protège le droit au respect de la vie privée, qu'un droit à l'environnement a été reconnu par la Cour de Strasbourg. C'est dans l'arrêt *Lopez Ostra* (1994)

1. Protocole de Nagoya 2010 (Accès et partage des avantages de la biodiversité) et protocole additionnel de Nagoya-Kuala Lumpur 2010 (Responsabilité et réparation dans le domaine des organismes génétiquement modifiés).

2. A. Supiot, *Homo Juridicus*, *op. cit.*, p. 156.

3. M. Delmas-Marty, *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*, Paris, Seuil, 2013, p. 8

Les instances internationales

que le juge européen fait entrer le droit à un environnement sain dans le champ de la convention. En 2002, dans l'arrêt *Onerlydiz contre la Turquie*, la Cour, en développant cette reconnaissance, a jugé que les États ont l'obligation positive de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes, en ce qui concerne les questions environnementales¹.

Dans le système interaméricain, les affaires qui ont trait à la protection de l'environnement portent, en général, sur la violation des droits de populations vulnérables, comme les indigènes et les populations traditionnelles. Des violations graves des droits de l'homme se produisent dans le cadre d'activités économiques, de projets de développement menés par les États ou d'exploitation sans contrôle par des entités privées qui sont en tension avec la protection des ressources naturelles et les populations autochtones.

Dans le contexte brésilien, les exemples les plus connus sont ceux des barrages, comme celui de Belo Monte, développés dans les Projets de croissance accélérée (PACS) menés par le gouvernement fédéral. Ce cas a été analysé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, qui a décidé, en 2010, d'appliquer des mesures conservatoires entraînant l'arrêt du projet, après la demande des populations indigènes, menacées par la construction du barrage².

La question qui se pose est celle de savoir comment procéder quand les atteintes à l'environnement sont causées par une conception erronée du développement et font néanmoins partie des politiques publiques choisies par un gouvernement.

1. V. Rebeyrol, *L'affirmation d'un droit à l'environnement et la réparation des dommages environnementaux*, Paris, Deffrénois, 2010, p. 29-30.

2. Le projet Belo Monte date des années 1970 et prévoyait la construction de six usines dans la rivière du Xingu (Pará). Étant donné les impacts environnementaux et sociaux du projet, à la fin des années 1980, en raison de la pression de la société civile (nationale et internationale), il est arrêté. À partir de 1994, le projet est repris et entre 2005 et 2010 les travaux s'accroissent. En 2010, les expulsions des populations autochtones, les inondations de certaines villes et la perte de biodiversité dues au projet sont dénoncées à la OEA, ainsi que des problèmes dans l'étude d'impact élaborée. La Commission demande alors l'arrêt des travaux par une mesure conservatoire (MC 328/10). Le gouvernement brésilien menace de sortir de l'organisation, arrête le paiement de ses contributions et retire son ambassadeur.

Prendre la responsabilité au sérieux

Dans les cas qui portent sur le droit des peuples autochtones à vivre dans un environnement salubre¹ et sur l'utilisation des ressources naturelles, la Cour interaméricaine a innové, en acceptant des notions comme la propriété collective et les droits collectifs², qui sont plus appropriées pour protéger les intérêts des communautés indigènes, ainsi que l'environnement, dans la mesure où leur connaissance de la nature leur permet d'utiliser les ressources naturelles de façon durable. Selon la Cour interaméricaine, chez ces peuples indigènes, qui furent les responsables de la « construction » de la forêt et sont aujourd'hui des agents indirects de la protection de l'environnement :

Il existe une tradition communautaire qui se traduit par une forme communale de la propriété collective de la terre dans le sens que celle-ci n'appartient pas à un individu mais au groupe et à sa communauté³.

IV. QUELQUES CONCLUSIONS

Sans un droit de l'environnement qui protégé effectivement les ressources naturelles, on ne pourra faire longtemps comme si la nature était une marchandise⁴.

1. Article 11 du protocole de San Salvador (1988) : « Toute personne a droit de vivre dans un environnement salubre ».

2. Article 21 de la Convention interaméricaine de droits de l'homme (1978) : « Toute personne a droit à l'utilisation et la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cette utilisation à l'intérêt public ». Pendant l'élaboration de la Convention, les rédacteurs ont décidé, après de longs débats, de supprimer du texte final la mention « propriété privée ». L. Burgorgue-Larsen et A. Úbeda de Torres, *Las Decisiones Básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Civitas, Navarra, 2009, p. 328.

3. Affaires *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*. Décision du 31 août 2001 (par. 149) et *Comunidad indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*. Décision du 29 mars 2006.

4. A. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, *op.cit.*, p. 59.

Les instances internationales

La responsabilité jugée dans les instances internationales est une responsabilité orientée vers le passé, inadaptée aux défis du XXI^e siècle. Dans le domaine de la protection de l'environnement, les jugements des instances internationales, comme ceux de la Cour internationale de justice, peuvent aider à développer des principes, mais sont insuffisants pour régler les problèmes liés à des dégâts environnementaux au niveau global qui sont, dans la plupart des cas, définitifs et irréversibles.

Le concept de responsabilité doit être réorienté, du point de vue juridique, d'une acception répressive et tournée vers le passé, vers une acception positive, tournée vers l'avenir. Il est urgent de renforcer l'idée de la responsabilité comme une charge ou mission, au sens que le titulaire a la responsabilité de donner une réponse en relation aux situations données, indépendamment de l'existence d'une faute. Il faut « préserver pour l'homme l'intégrité de son monde et de son essence contre les abus de son pouvoir.¹ »

Il est également nécessaire de renforcer l'idée d'une responsabilité partagée entre les divers acteurs : États, entreprises privées et société civile².

Il faut établir un cadre juridique envisageant une responsabilité préventive ou par anticipation pour les États et acteurs privés et intégrer les principes de prévention, précaution et de protection des générations futures dans la définition juridique de la responsabilité pour l'environnement³.

Comme nous le rappelle encore Mireille Delmas-Marty :

Les processus d'anticipation sont nés des concepts dynamisés par l'utilisation d'adjectifs qui introduisent l'avenir (générations « futures ») et la durée (paix et développement « durables »). [...] Si de telles expressions sont apparues en droit international, c'est qu'on attend désormais du droit qu'il contribue à préserver un monde habitable⁴.

1. H. Jonas, *Le Principe responsabilité*, *op. cit.*, p. 18.

2. M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit*, *op. cit.* ; É. Canal-Forgues (dir.), *Démocratie et diplomatie environnementales. Acteurs et processus en droit international*, Paris, Pedone, 2015.

3. M. Delmas-Marty, *Résister, responsabiliser, anticiper...* *op. cit.*, p. 165-193.

4. *Ibid.*

Prendre la responsabilité au sérieux

V. LES PRINCIPAUX DÉFIS

La souveraineté est souvent utilisée par les États pour se prémunir des décisions qui peuvent engendrer leur responsabilité au niveau global. Cependant, dans le domaine des investissements et du commerce, la souveraineté est en déclin : les intérêts privés prennent les devants et les formes de solution des litiges et d'attribution de responsabilités se privatisent. Le droit devient un instrument au service du marché¹.

Dans le domaine des droits de l'homme, la protection des droits individuels qui concernent la collectivité, comme le droit à un environnement sain, s'est développée, mais elle a encore un long chemin à faire pour être à même de protéger l'environnement à un niveau global. Il faut donc continuer à renforcer la protection de l'environnement dans le domaine des droits de l'homme.

Il serait en définitive nécessaire de rétablir l'importance de la promesse dans les affaires humaines, en insistant sur le principe du *pacta sunt servanda* (l'inviolabilité des accords et traités) ou la « force obligatoire de la parole² ». Dans ce contexte, l'idéal serait que les négociations climatiques aboutissent à un traité multilatéral, ayant force contraignante et que soit créée, finalement, une instance internationale chargée du climat ayant un réel pouvoir juridique. Ce serait le « garant universel de la parole donnée³ ».

Comme nous le rappelle Hannah Arendt⁴, une puissance est engendrée lorsque les hommes se rassemblent et agissent de concert. Cette puissance, qui assure la cohésion, c'est la force de la promesse mutuelle. La promesse, selon Arendt, crée des îlots de prévisibilité dans un monde marqué par des incertitudes quant à son futur. Espérons alors que, dans la prochaine réunion sur le climat (COP/Paris 2015), la promesse sorte victorieuse !

1. A. Supiot, *Homo Juridicus*, *op. cit.*, p. 167 *sq.*

2. *Ibid.*, p. 135 *sq.*

3. A. Supiot, *Homo Juridicus*, *op. cit.*, p. 155.

4. H. Arendt, *La Condition de l'homme moderne*, Paris, Calmann-Lévy, 1983, p. 310-314.

Quatrième partie

Jalons pour une reconnaissance du principe de responsabilité à l'échelle mondiale

INTRODUCTION

par Mireille Delmas-Marty

Après le constat, la recherche de solutions. Pour y parvenir, nous avons suivi une méthode en trois temps : l'élaboration d'un premier ensemble de propositions au sein de l'équipe de juristes du Collège de France, puis leur discussion dans le cadre des trois groupes de recherche dits réseaux « ID » sur l'internationalisation du droit (franco-américain, franco-brésilien et franco-chinois) élargis à d'autres chercheurs, lors du séminaire qui s'est tenu à Paris le 10 juin 2015¹. Enfin ces propositions ont fait l'objet d'un débat public organisé à la fin du colloque « Prendre la responsabilité au sérieux » dont les actes sont réunis dans cet ouvrage. Ce débat a été animé par des représentants de différents milieux : de la grande entreprise au syndicat, de la science à la société civile.

Nous sommes partis de propositions relatives au dérèglement climatique car ce thème apparaît comme le miroir de la plupart des interrogations concernant le droit de la responsabilité quand il est confronté à la globalisation. Les solutions préconisées pourraient en effet montrer la voie pour une véritable gouvernance mondiale qui ne se limite pas à l'impérialisme des acteurs les plus puissants que sont certains États et certaines entreprises transnationales (ETN).

1. En matière climatique, le constat est particulièrement clair : si l'homme a toujours transformé son environnement, son action

1. Pour une présentation des réseaux « ID » et de leurs activités, voir la page web : http://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/laboratoire__2.htm

Prendre la responsabilité au sérieux

est désormais déterminante. Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) souligne de façon de plus en plus nette que l'impact des activités humaines sur le climat est sans précédent, en rythme comme en amplitude¹. La « grande accélération » de cette pression anthropique sur la planète serait d'ailleurs l'un des signes de notre entrée dans l'ère de l'anthropocène². Comment s'en étonner ? Il suffit de considérer l'explosion démographique : il a fallu des millions d'années pour l'apparition de l'espèce humaine, dix mille ans pour que se forme le monde moderne et que l'humanité atteigne (en 1750) un milliard d'êtres humains, encore deux cents ans pour arriver à trois milliards (en 1950), mais seulement soixante ans pour atteindre (dès 2010) sept milliards, et sans doute plus de onze milliards à la fin du siècle³.

Pris dans un mouvement inéluctable de « globalisation » (au sens propre car la forme sphérique de la Terre empêche l'expansion illimitée des êtres humains), nous voici contraints d'organiser la protection de notre habitat, car l'hypothèse d'un grand effondrement de la planète ne peut être écartée. Selon certaines évaluations scientifiques, nous devrions être fixés avant la fin du siècle. Face à une telle urgence, comment expliquer la lenteur des réponses ?

Certains l'imputent au *modèle universaliste* onusien qui, depuis le premier Sommet de la Terre (Rio 1992) et les textes qui ont suivi (la Convention-climat en 1992 et le Protocole de Kyoto en 1997), vise un accord à vocation universelle (s'imposant à tous autour d'objectifs communs) et à caractère contraignant (fixant un calendrier, un système d'évaluation, voire un mécanisme de sanction). Pour y parvenir, un processus descendant, dit *top-down*, est préconisé par l'Union européenne et la plupart des pays en

1. Voir notamment les Conclusions du cinquième Rapport d'évaluation du GIEC présentées en novembre 2014.

2. W. Stephen *et al.*, "The Trajectory of the Anthropocene. The Great Acceleration", *The Anthropocene Review*, 2015, p. 1-18.

3. Voir Conseil économique et social Onu, *World population Prospects – The 2015 Revision*.

Introduction

développement, tout en étant revendiqué par les ONG et soutenu par les scientifiques. Apparemment rationnel, ce modèle universaliste fait néanmoins l'objet d'une double critique. D'une part, il ne tiendrait pas suffisamment compte des différences entre les divers groupes humains, qu'il s'agisse de différences dans l'espace (les risques climatiques ne sont pas les mêmes au Nord, au Sud, ou dans les territoires insulaires) ; ni des différences dans le temps, car il faudrait à la fois tenir compte du passé (la « dette écologique » des pays industrialisés), du présent (le rattrapage des pays émergents et les difficultés économiques et sociales dans les pays en développement) et du futur (préserver une terre habitable pour les générations futures). D'autre part, le modèle universaliste semblerait ignorer la réalité des relations de pouvoirs et la force des résistances. Ainsi, lors du sommet de Copenhague en 2009, les États-Unis et les grands pays émergents, menés par la Chine et sans l'Europe, négocièrent directement un accord *a minima* : ni universel (car reposant sur des engagements définis par chaque État selon ses propres critères), ni contraignant (car dépourvu de procédure de contrôle).

Or le repli sur un *modèle souverainiste* ne serait guère plus réaliste. Même quand il s'agit d'une grande puissance, un État seul est impuissant face à la nature globale du risque climatique. Quant au *modèle dit « libéral »* parce qu'il repose sur le pouvoir des acteurs privés que sont les entreprises transnationales (ETN), dont le budget est supérieur à celui de certains États, il pourrait faire des ETN la forme dominante d'organisation du monde¹ : elles gouverneraient le monde à partir de Davos et leurs experts deviendraient les véritables pilotes de la gouvernance mondiale. Or on voit mal comment l'autorégulation horizontale par le marché suffirait à garantir la légitimité, donc l'efficacité, d'une telle gouvernance dont les seuls contre-pouvoirs seraient les ONG et autres lanceurs d'alertes. Il est temps de renoncer à ce que le pape François dénonce comme une « conception magique du marché qui fait penser que les problèmes

1. J.-Ph. Robé, *Le Temps du monde de l'entreprise*, *op. cit.*

Prendre la responsabilité au sérieux

se résoudre tout seuls par l'accroissement des bénéfices des entreprises ou des individus »¹.

Si la Conférence de Paris de 2015 suscite de grandes attentes, c'est que la question climatique est sans doute l'occasion d'aller plus loin et de sortir de cette impasse, en raison de la convergence exceptionnelle des divers acteurs de la scène internationale, qu'il s'agisse des ONG et autres acteurs civiques, y compris les Églises, des acteurs scientifiques ou des entreprises. Même les grands États comme les États-Unis ou la Chine seraient disposés à reconnaître l'urgence. C'est ainsi que les pratiques qui se mettent en place en matière climatique pourraient devenir l'avant-garde d'une future gouvernance mondiale.

En ce qui concerne la *responsabilité des États*, nos propositions suggèrent de dépasser l'opposition entre universalisme et souverainisme au profit d'un modèle hybride qui consiste à rendre opérationnel le principe des « responsabilités communes et différenciées » et dessine un universalisme assoupli, combinant une politique climatique commune et des engagements différenciés selon les États. Quant à la *responsabilité des ETN*, il est proposé d'encadrer le modèle libéral de manière à rendre les objectifs communs opposables aux ETN et justiciables devant un organe de contrôle, autrement dit de mettre en place des dispositifs de mise en conformité qui permettraient, dans le prolongement et au-delà de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), d'articuler *soft law* et *hard law*.

Mais ce n'est pas tout, car le succès de la politique climatique dépendra largement de la capacité à repenser le modèle économique et à remettre en question une partie des pratiques liées à la globalisation économique et financière.

2. Face à la globalisation économique et financière, la contradiction éclate entre le souci affiché concernant le climat et la concurrence économique féroce, conduisant à l'exploitation effrénée des

1. Pape François, *Loué sois-tu*, Lettre Encyclique *Laudato Si' sur la sauvegarde de la maison commune*, 2015, p. 144.

Introduction

ressources d'énergie fossile qu'elle génère. On peut l'observer à la fois pour les États, accrochés plus que jamais à leur souveraineté nationale, et pour les ETN, guidées par l'objectif de maximisation à court terme de leurs profits. Cette schizophrénie apparente reflète sans doute une contradiction structurelle plus profonde – certains parlent de « schisme de réalité »¹ – entre les sociétés démocratiques faites d'individus animés d'un désir de bien-être, individuel et le plus souvent matériel, et les écosystèmes dont les enjeux sont essentiellement de nature globale. C'est pourquoi la recherche de solutions innovantes en matière climatique ne doit pas conduire à renoncer aux anciens modèles (libéral autorégulé et souverainiste totalement indépendant) mais inciter plutôt à les adapter à la protection des biens publics mondiaux.

Face à la globalisation économique et financière, nous soutenons l'élargissement de la gouvernance de l'entreprise dite actionnariale ou capitalistique dans la perspective d'une responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) qui ajoute explicitement à l'intérêt privé des actionnaires la protection des intérêts mondiaux (bien commun). Nous préconisons aussi la transformation de la « souveraineté solitaire » des États en une « souveraineté solidaire » incluant la défense du bien commun.

Le débat s'est donc engagé en deux temps.

Une première table ronde a été consacrée à la question climatique, autour de six propositions tendant à un véritable changement de direction de la gouvernance mondiale par une sorte d'hybridation des modèles. L'innovation consisterait : pour les États, à promouvoir un universalisme assoupli et pluraliste (voir propositions n° 1 à n° 3 – « *Rendre opérationnel le principe des responsabilités communes mais différenciées* ») ; pour les ETN, à encadrer le libéralisme en cessant d'opposer *soft law* et *hard law* pour apprendre à les articuler dans un même processus dynamique de responsabilisation (voir

1. S. Aycut et A. Dahan, *Gouverner le climat ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015 ; voir aussi P. Kemp et L. W. Nielsen, *The Barriers to Climate Awareness*, Danish Ministry for Climate and Energy, 2009.

Prendre la responsabilité au sérieux

propositions n° 4 à n° 6 – « *Rendre les objectifs de réduction des gaz à effet de serre (GES) opposables aux ETN et justiciables* »).

Une seconde table ronde a ensuite permis d'élargir le débat à la globalisation économique et financière en s'interrogeant sur les moyens de remédier à l'irresponsabilité en adaptant les modèles existants. À commencer par le modèle libéral qu'il est proposé d'adapter pour remédier à l'irresponsabilité des ETN (voir Propositions n° 7 à n° 9 – « *Moduler les responsabilités en fonction du pouvoir économique et de l'impact sociétal* »). Encore faut-il également adapter le modèle souverainiste à l'irresponsabilité des États (voir propositions n° 10 à n° 12 – « *Intégrer les enjeux sociétaux dans le droit international économique* »).

CHAPITRE 18

Quelles propositions en matière climatique ? Présentation des propositions¹

par Luca d'Ambrosio

La COP 21 de Paris ne marque que le début d'un long chemin qui devrait nous conduire à repenser un modèle économique fondé sur la domination de l'homme sur la nature et de l'homme sur l'homme. En attendant que cet enjeu soit enfin pris sérieusement en considération par la société et par ses représentants, la question est celle de savoir si le droit peut être armé afin de permettre que les acteurs les plus puissants de l'ordre global – les États et les ETN – puissent prendre en charge la protection du climat et répondre des conséquences que leur action et leur inaction ont sur ses dérèglements. À cette fin, une double dynamique devrait se déclencher pour, d'une part, rendre opérationnel le principe des responsabilités communes mais différenciées (I) et, d'autre part, rendre les objectifs de réduction de gaz à effet de serre (GES) opposables et justiciables (II).

1. Les propositions présentées lors de la première table ronde sont le résultat d'un travail à quatre mains. Plus précisément, les propositions de 1 à 3 ont été élaborées par Mireille Delmas-Marty tandis que les propositions de 4 à 6 ont été élaborées par Luca d'Ambrosio. Les auteurs tiennent à remercier tout particulièrement Sandrine Maljean-Dubois pour les échanges eus lors de la réunion de travail du 3 février 2015 et du séminaire du 10 juin 2015. Ils tiennent également à remercier William Fletcher, Roger Guesnerie, Bin Li, Laurent Neyret, Danièle Rached, Deisy Ventura, Leandro Varison pour les commentaires aux propositions présentés lors du séminaire préparatoire du 10 juin 2015.

Prendre la responsabilité au sérieux

I. RESPONSABILISER LES ÉTATS : RENDRE OPÉRATIONNEL LE PRINCIPE DES « RESPONSABILITÉS COMMUNES MAIS DIFFÉRENCIÉES »

Le Principe des responsabilités communes mais différenciés (PRCD) est l'une des clés de la réussite du futur accord de Paris : il est en effet clair qu'en matière climatique il ne serait ni *équitable*, ni *acceptable*, ni *durable* d'imposer les mêmes objectifs à tous les pays du monde sans prendre en considération leur histoire et leur situation présente. Il serait en outre peu efficace de prévoir des engagements qui ne soient pas contraignants pour tous les États parties. C'est pourquoi il est nécessaire de rendre le PRCD opérationnel pour la période post-Kyoto en l'explicitant par référence à des objectifs communs, à des contributions comparables et à des critères de différenciation précis.

Proposition n° 1 : élargir les objectifs communs

Les objectifs communs devraient être à la fois qualitatifs et quantitatifs. La réduction des émissions de GES est un objectif typiquement quantitatif : il implique une réduction progressive des émissions de GES jusqu'à atteindre la « neutralité carbone ». On rappellera seulement que l'objectif de limiter de 2 °C par rapport à l'ère préindustrielle le réchauffement moyen de la planète a été adopté en 2009 (Sommet de Copenhague) puis intégré aux accords climatiques (Conférence de Cancun 2010). En revanche, l'adaptation des sociétés au dérèglement climatique est un objectif essentiellement qualitatif : il suppose en effet de mettre en œuvre des actions visant à réduire la vulnérabilité des systèmes naturels et humains aux effets négatifs du dérèglement climatique. Mais encore faut-il prendre en considération les variantes géographiques et économiques de l'adaptation : ainsi, ce sont les pays les plus vulnérables (petits États

Quelles propositions en matière climatique ?

insulaire, groupe Afrique et pays en développement) qui mettent l'accent sur cet objectif. À la Conférence de Lima (COP 20), les pays développés ont fait des importantes concessions sur ce point dans la mesure où il a été décidé que l'accord de Paris portera « de manière équilibrée » sur la réduction *et* sur l'adaptation¹. La décision engage également les pays développés à fournir et mobiliser un soutien financé renforcé aussi « en faveur d'actions ambitieuses d'adaptation »². De plus, les « *contributions prévues déterminées au niveau national* » pourront comporter un volet atténuation, mais sur une base facultative³.

Le futur accord de Paris devra aller encore plus loin et considérer l'atténuation et l'adaptation comme des « objectifs globaux » (« *global goals* ») communs relevant de la responsabilité globale des tous les États parties⁴. Mais il reste à évaluer les efforts de ces derniers à la réalisation des objectifs communs, ce qui suppose que les contributions nationales soient établies selon une grille commune.

Proposition n° 2 : établir une grille commune pour les contributions nationales

Afin de rallier la participation de la totalité des pays à une dynamique ambitieuse et inclusive, dans le cadre du processus de négociation d'un accord sur la période post-2020, le terme « engagement » a été remplacé par celui de « contribution ». Les contributions prévues déterminées au niveau national, dites « INDC »

1. Décision 1/CP.20 (2015), § 2.

2. Décision 1/CP.20 (2015), § 4.

3. Décision 1/CP.20 (2015), § 12. D'où l'on a parfois déduit que la composante réduction était « obligatoire » : voir S. Maljean-Dubois, « Après la Conférence de Lima, quelles perspectives pour la Conférence de Paris sur le climat ? », *Environnement et Développement durable*, janvier 2015.

4. Voir l'Option n° 1 de l'Article E [Adaptation and Loss and damage] du *Draft Agreement* envisagé par la *Scenario note on the tenth part of the second session of the Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action*, 24 July 2015, ADP.2015.4.InformalNote.

Prendre la responsabilité au sérieux

(pour l'anglais « *Intended Nationally Determined Contributions* ») constituent le « véhicule » par lequel les États entendent communiquer leurs engagements sur la période après 2020. Le processus de détermination « national » respecte les souverainetés les plus sensibles à la question climatique, ce qui a permis de restaurer un peu de confiance entre les États. En décembre 2013, la Conférence de Varsovie (COP 19) avait demandé à la Conférence de Lima de préciser les informations à fournir par les États dans leurs propres contributions. L'enjeu était crucial : plus on encadre la démarche des États et plus on réintroduit un peu de coordination internationale dans un processus national. Par ailleurs, plus les informations sont encadrées, plus les contributions nationales seront comparables, et éventuellement évaluables de manière agrégée à l'aune de l'objectif des 2 °C¹. Mais le projet d'annexe, négocié depuis plusieurs mois, a été abandonné à Lima au profit d'un texte très vague, qui recense quelques éléments simplement à titre indicatif (« une année de référence » ; « les délais et/ou les périodes de mise en œuvre » ; etc.)². Certes, les États doivent expliquer en quoi leurs contributions sont équitables et ambitieuses à la lumière du contexte national et comment elles contribuent à atteindre les objectifs communs. Mais en absence d'une grille commune, il sera difficile de mesurer le niveau d'ambition de l'ensemble et d'amener éventuellement les États à augmenter leurs objectifs de réduction.

Afin de rendre les contributions nationales comparables et évaluables, il est donc nécessaire de revenir à Paris vers un dispositif – comme celui qui avait été négocié à Lima sans finalement être retenu – fixant le périmètre (atténuation *et* adaptation), le niveau d'ambition (qu'il s'agisse d'engagements nationaux ou définis au titre de la deuxième période du Protocole de Kyoto, ou de NAMA³

1. S. Maljean-Dubois, « Après la Conférence de Lima, quelles perspectives pour la Conférence de Paris sur le climat ? », art. cit.

2. Décision 1/CP.20 (2015), § 14.

3. Cet acronyme de l'anglais « *Nationally Appropriate Mitigation Actions* » désigne les actions nationales de réduction à caractère volontaire que les pays en développement pouvaient mettre en œuvre jusqu'à présent.

Quelles propositions en matière climatique ?

souscrits au titre de l'accord de Copenhague et des accords de Cancún) et les démarches méthodologiques de comptage des émissions (calendrier, année de référence, etc.) que chaque État doit détailler dans sa contribution nationale.

Proposition n° 3 : préciser les critères de différenciation

La partition binaire du monde envisagée par le Protocole de Kyoto (pays industrialisés/non industrialisés), d'ailleurs abandonnée, ne correspond plus à la réalité : les pays émergents (BRICS) rattrapent les pays industrialisés en termes de richesse produite, alors que celle-ci reste à un niveau très bas dans les pays en développement, où se situe néanmoins l'essentiel du bond démographique. Ce cadre demeure par ailleurs extrêmement évolutif. L'accord de Paris devra alors être assez souple pour saisir cette complexité et assez robuste pour s'adapter à ses évolutions.

À cette fin, les États devront dégager des critères de différenciation susceptibles de prendre en considération le contexte national dans le temps et dans l'espace. La différenciation s'impose d'abord *dans le temps* en raison de la dette écologique que les générations présentes ont héritée des générations antérieures. Une telle dette conditionne la notion de développement « équitable ». Cette première forme de différenciation – la seule à avoir été prise en compte à Rio et Kyoto – est de nature rétrospective et renvoie à la notion de responsabilité « historique ». Mais la différenciation des responsabilités nationales s'impose aussi *dans l'espace*. La question est plus délicate encore car il s'agit de reconnaître aux générations présentes un certain droit au développement sans compromettre l'existence des générations futures (développement « durable »). Cette deuxième forme de différenciation est de nature évolutive. Elle renvoie à la notion d'acceptabilité : économique (notion de « coût économique acceptable »), mais aussi sociale et culturelle (lutte contre les exclusions), géographique (vulnérabilité de certains pays), voire technologique (dangerosité de certaines pratiques). Cela

Prendre la responsabilité au sérieux

dit, « historiciser » et « contextualiser » les responsabilités des États ne veut pas dire renoncer à toute responsabilité commune, mais, comme en matière de droits de l'homme, admettre une « marge nationale d'appréciation ».

Si l'accord se fait sur des objectifs communs et si les contributions nationales, établies selon une grille commune, sont comparables et évaluables selon les critères de différentiation énoncés ci-dessus, les engagements des États pourraient devenir contraignants, condition nécessaire pour assurer l'effectivité du futur accord¹. Mais pour faire face au dérèglement climatique, il ne suffit pas de responsabiliser les États car les acteurs les plus puissants sur la scène internationale sont bien souvent les ETN.

II. RESPONSABILISER LES ETN : RENDRE LES OBJECTIFS DE RÉDUCTION DE GAZ À EFFET DE SERRE (GES) OPPOSABLES ET JUSTICIALES

En tant qu'acteurs non étatiques, les ETN ne sont pas directement soumises au régime international du climat. Elles dépassent par ailleurs les capacités de réglementations de tout système étatique, déployant par définition leur activité au-delà des frontières. Le résultat est qu'en matière climatique les entreprises transnationales bénéficient de la plus complète impunité. Certes, les ETN se sont

1. Pour atteindre cet objectif, il restera à concevoir un dispositif de contrôle efficace. Plusieurs voies sont à cette fin possibles. La plus simple consisterait à reprendre le mécanisme d'observance de Kyoto. La mise en œuvre de ce mécanisme, parfait sur le papier, a cependant engendré des effets pervers (le retrait du Canada du Protocole). D'où l'intérêt de la proposition de S. Maljean-Dubois (« *Les métamorphoses de la responsabilité des États dans le champ de l'environnement* », in C. Bréchnignac, G. de Broglie, M. Delmas-Marty (dir.), *L'Environnement et ses métamorphoses*, Paris, Hermann, à paraître, 2015) de combiner des mécanismes de règlement des différends, permettant de mettre en cause la responsabilité des États, avec des dispositifs informels de vigilance sur le modèle de la mise en conformité prévue pour les entreprises par les Principes directeurs de l'OCDE.

Quelles propositions en matière climatique ?

progressivement impliquées dans la lutte contre le dérèglement climatique par le biais d'engagements volontaires. Mais afin de rendre ces engagements effectifs, il s'avère nécessaire à la fois de rendre les objectifs de réduction de GES opposables aux ETN, c'est-à-dire de reconnaître leur obligation juridique de les mettre en œuvre, et d'instituer une instance tierce qui puisse garantir le contrôle de cette mise en œuvre et éventuellement en sanctionner le manquement, autrement dit de garantir la justiciabilité des objectifs de réduction de GES.

Proposition n° 4 : garantir le suivi et le contrôle des initiatives internationales d'autorégulation

Soucieuses de répondre aux critiques faites à la logique de profit dans un contexte de mondialisation, les ETN se sont progressivement impliquées dans l'action de réduction des émissions de GES. Cet objectif a été essentiellement poursuivi par le biais de l'autorégulation, c'est-à-dire par le biais d'engagements volontaires qui permettent aux ETN de déterminer elles-mêmes les objectifs de réduction des émissions de GES qu'elles souhaitent atteindre. C'est le cas de l'adoption de normes issues de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), de normes techniques ou de la compensation carbone ainsi que des accords sectoriels, tels que les accords signés par les entreprises du transport aérien et du transport maritime international. Les accords environnementaux constituent un autre dispositif utilisé par les ETN afin de participer à l'objectif de réduction de GES : leur négociation étant obtenue « sous la menace d'une action législative ou réglementaire », ils se situent entre autorégulation et corégulation »¹.

Ces initiatives méritent certainement attention : elles peuvent en effet permettre de contourner les blocages de la gouvernance inter-

1. S. Maljean-Dubois, A. Roger (dir.), *L'Implication des entreprises dans les politiques climatiques. Entre corégulation et autorégulation*, Paris, La Documentation Française, 2011, p. 11-12.

Prendre la responsabilité au sérieux

nationale du climat tout en révélant les potentialités de sa dimension « multi-acteurs ». Cependant, leur prolifération peut devenir nuisible dans la mesure où elle instaure une compétition entre normes publiques et normes privées. D'où la nécessité de garantir la coordination et le suivi des engagements volontaires des ETN en matière de réduction des émissions de GES. À cet égard, les « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales » pourraient représenter un modèle à suivre. Ce mécanisme prévoit en effet l'institution de « points de contact nationaux » qui peuvent recevoir les plaintes des ONG, des syndicats et de la société civile concernant le non-respect des Principes par une entreprise d'un pays adhérent, quel que soit le lieu où l'acte a été commis, y compris par une filiale ou un fournisseur sur lequel un pouvoir économique peut s'exercer.

L'extension du champ d'application des Principes directeurs de l'OCDE à la matière climatique pourrait ainsi renforcer la légitimité et l'efficacité des dispositifs internationaux d'autorégulation des émissions de GES. Mais l'expérience des Principes directeurs de l'OCDE démontre que les conséquences du constat d'un manquement sont limitées, même s'il ne faut pas sous-évaluer les conséquences « réputationnelles » pour les ETN. D'où la nécessité que l'autorégulation s'articule avec la réglementation des objectifs de réduction.

Proposition n° 5 : régler les objectifs de réduction des émissions de GES

Les normes sont le principal outil des politiques environnementales domestiques : c'est ainsi que, suite à l'échec des accords environnementaux entre la Commission et les entreprises de l'automobile, le Parlement et le Conseil européens ont adopté à partir de 2011 des règlements visant à réduire les émissions de CO₂ des véhicules légers (Reg. n° 510/2011, modifié par le Reg. n° 253/2014). Ce dispositif fixe pour les constructeurs des objectifs de réduction ainsi que les modalités permettant d'atteindre ces objectifs. Il impose, en cas de

Quelles propositions en matière climatique ?

dépassement, le paiement d'une « prime » sur les émissions excédentaires selon le principe « pollueur-payeur ». Mais il s'agit d'une exception car en Europe, dans les principaux secteurs d'émission de GES (énergie et production industrielle), c'est la loi du marché qui fixe le prix des émissions excédentaires que les entreprises peuvent échanger dans le cadre du système communautaire d'échange de quotas d'émission (SCEQE, en anglais *European Union Emission Trading Scheme* – EU ETS).

Mais l'échec de l'expérience du marché carbone européen, dont les défaillances ont contribué à l'effondrement du prix du carbone, démontre que la réglementation des objectifs de réduction des émissions de GES devrait combiner les leviers financiers avec des dispositifs juridiques contraignants¹. C'est ainsi que, forte de l'arrêt de la Cour suprême qui a disposé que le CO₂ est un polluant et que l'Agence fédérale pour la protection de l'environnement a le pouvoir de lutter contre ses émissions sur la base du *Clear clean act*², l'administration Obama a recours à la voie réglementaire pour réduire les émissions de GES des centrales thermiques américaines de 32 % d'ici 2030 sur la base de celles enregistrées en 2005³. Mais une telle réglementation risquerait de rester inefficace si les entreprises fautives ne pouvaient pas être appelés à répondre des effets dommageables de leurs agissements : d'où la nécessité d'adapter les mécanismes d'imputation de la responsabilité à la dimension diffuse, cumulative et transnationale des émissions de GES. Au civil, la notion de *market share liability* – utilisée aux États-Unis dans le domaine des dommages sanitaires⁴ – pourrait être utilement

1. En ce qui concerne les leviers financiers, le débat entre économistes sur la meilleure façon de lutter contre le réchauffement climatique est encore ouvert. Voir « Climat : le débat entre économistes s'échauffe », *Lemonde.fr*, 30 juin 2015.

2. *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007). Pour un commentaire de cette décision, voir W. Fletcher, in M. Delmas-Marty, S. Breyer (dir.), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France-États-Unis*, Paris, SLC, 2009.

3. Voir *Clean Power Plan Final Rule*, 3 août 2015.

4. Voir *Sindell v. Abbot Laboratories* (1980), 607 P.2d 924 (Calif.). Voir aussi dans cet ouvrage la contribution de L. Neyret, « Construire la responsabilité écologique », chapitre 6, p. xx.

Prendre la responsabilité au sérieux

sollicitée afin de donner vie à une responsabilité des entreprises fautives proportionnée à leur contribution au réchauffement climatique¹. Au pénal, l'introduction du crime d'écocide pourrait changer considérablement le paysage juridique : aux termes d'un projet de Convention récemment proposé par un groupe de chercheurs, cette incrimination permettrait en effet de punir « des actes qui causent une dégradation étendue, durable et grave de l'air ou de l'atmosphère » ou « qui dépossèdent durablement une population de ses terres, territoires ou ressources »².

La réglementation « domestique » des émissions des ETN reste pourtant conditionnée à la volonté des États. D'où la question de savoir si l'inertie de ces derniers peut être contrôlée et éventuellement sanctionnée par une instance tierce. À défaut de l'institution d'une telle instance dans le cadre du droit international du climat, le droit des droits de l'homme pourrait à cette fin être en dernier ressort mobilisé.

Proposition n° 6 : relier la qualité du climat aux droits de l'homme

Comme l'explique le Rapport du Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme sur les liens entre les changements climatiques et les droits de l'homme, le dérèglement climatique peut avoir tant des conséquences directes (par exemple la menace que les phénomènes météorologiques extrêmes peuvent faire peser sur le droit à la vie) que des conséquences indirectes ou progressives (par exemple une surcharge des systèmes de santé et les situations de vulnérabilité découlant des migrations induites par les changements climatiques) sur la jouissance effective des droits de l'homme³.

1. D.J. Grimm, "Global Warming and Market Share Liability: A Proposed Model for Allocating Tort Damages among CO2 Producers", *Columbia Journal of Environmental Law*, 2007, n° 32, p. 209 sq. Voir aussi R. Lord QC et al. (ed.), *Climate Change Liability. Transnational Law and Practice*, Cambridge University Press, 2012.

2. L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide*, op. cit.

3. A/HRC/10/61, 15 janvier 2009.

Quelles propositions en matière climatique ?

Or, aux termes de la « jurisprudence environnementale » développée par les cours régionales des droits de l'homme (Cour européenne et Cour interaméricaine), les États ont l'obligation positive d'adopter toutes les mesures susceptibles de prévenir la violation des droits garantis par les Conventions (droit à la vie, droit au respect de la vie privée et familiale, droit à un recours effectif) engendrée non seulement par l'action des acteurs publics mais aussi, et c'est là l'intérêt, par l'action des acteurs privés. C'est ainsi que l'effet dit « horizontal » des droits de l'homme pourrait contribuer à renforcer « par ricochet » la responsabilité des ETN. S'agissant d'appliquer ces principes en matière climatique, les instances internationales de protection des droits de l'homme se montrent toutefois encore très prudentes. La Commission interaméricaine a rejeté en 2006 une première requête qui avait été déposée contre les États-Unis par l'Inuit Circumpolar Conference¹. En 2013, la Commission a été à nouveau saisie, cette fois par l'Arctic Athabaskan Council qui a déposé une nouvelle requête contre le Canada². Selon le requérant, l'absence de mesures de réduction des émissions de particules fines (*Black carbon*) de la combustion de fuels fossiles, bio fuels et biomasse entraînerait une accélération du réchauffement de la calotte arctique. Accélération qui se traduirait en violation de multiples droits des peuples indigènes, tels que le droit à transmettre leur propre culture aux générations futures, l'accès à la nourriture traditionnelle, le droit à la propriété et le droit à la santé.

Le choix de relier le changement climatique aux droits de l'homme pourrait aussi déclencher l'action du juge national contre les ETN. Au Nigeria, par exemple, les riverains des puits de pétrole

1. *Petition to the Inter American Commission on Human Rights seeking relief from Violations resulting from Global Warming caused by Acts and Omissions of The United States*, 7 December, 2005, n° P-1413-05. Sur cette affaire, voir H. M. Osofsky, "The Inuit Petition as a Bridge ? Beyond Dialectics of Climate Change and Indigenous Peoples' Rights", in W. C. G. Burns, H. M. Osofsky (dir.), *Adjudicating Climate Change*, Cambridge University Press, 2009, p. 272 sq.

2. *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations of the Rights of Arctic Athabaskan Peoples Resulting from Rapid Arctic Warming and Melting caused by Emissions of Black Carbon by Canada*, 23 April, 2013.

Prendre la responsabilité au sérieux

ont attaqué en justice la pratique de « *gas flaring* » menée par la compagnie pétrolière Royal Dutch Shell¹. Selon les requérants, la combustion du gaz produit par l'extraction du pétrole causerait des émissions de GES et d'autres rejets dans l'atmosphère susceptibles de porter atteinte au droit à la vie et à la dignité des populations riveraines. En 2005, la Cour suprême Fédérale s'est prononcée en faveur des requérants sans pour autant s'attarder sur le lien entre les émissions de GES et la violation des droits fondamentaux (la société fut également condamnée à s'abstenir de cette pratique, mais encore aujourd'hui les puits de pétrole continuent de brûler). Par ailleurs, en juin 2015, un juge de La Haye a ordonné à l'État néerlandais de réduire les émissions de GES dans le pays d'au moins 25 % d'ici à 2020 par rapport à 1990, donnant raison à l'ONG qui été à l'origine de cette action. Pour les juges néerlandais, les effets dévastateurs des émissions polluantes sont désormais prouvés scientifiquement par le GIEC : le devoir incombe donc à l'État de protéger ses citoyens du danger imminent causé par le changement climatique².

1. Sur cette affaire, voir A. Sinden, "An Emerging Human Rights to Security from Climate Change: the Case Against Gas Flaring in Nigeria", in W. C. G. Burns, H.M. Osofsky (dir.), *Adjudicating Climate Change*, *op. cit.*, p. 173 sq.

2. The Hague District Court, Chamber for Commercial Affairs, *Urgenda Foundation v. The State of Netherlands*, 24.June, 2015.

DISCUSSION

Remarques de JEAN JOUZEL, directeur de Recherches au CEA, vice-président du groupe de travail scientifique du GIEC

L'implication des juristes dans la question du changement climatique est cruciale. La clé de l'accord de Paris sera en effet la forme juridique qu'il va prendre. Une forme juridique qu'encore aujourd'hui personne ne connaît. On utilise souvent le terme « outil juridique » mais sans savoir très bien de quoi on parle. La communauté des juristes est donc destinée à avoir un rôle central au sommet de Paris et c'est très important qu'elle interagisse avec la communauté scientifique et qu'elle s'investisse dans ce travail de réflexion « opérationnelle ».

Je souhaiterais donner, à la lumière notamment du diagnostic de la communauté scientifique que l'on retrouve largement dans le dernier rapport du GIEC, quelques éclairages sur les propositions que vous avez formulées. Ces éclairages porteront plus précisément sur les trois premières propositions ayant pour objet la mise en œuvre du principe des responsabilités communes mais différenciées dans la période post-Kyoto.

- *Sur la proposition n° 1 : formuler les objectifs communs*

La dualité entre adaptation et mitigation peut être éclairée au prisme des scénarios d'évolution future du climat. Deux scénarios, que je qualifierais d'extrêmes, sont présentés par les climatologues : un scénario « émetteur » et un scénario « sobre ».

Prendre la responsabilité au sérieux

Dans le premier, les États ne feraient rien pour réduire les émissions de gaz à effet de serre. Le réchauffement climatique atteindrait ainsi de 4 à 5 °C d'ici la fin du siècle. On parle là d'un changement radical du climat, avec des conséquences désastreuses sur les écosystèmes et les sociétés humaines. Dans ce scénario, qu'il s'agisse de l'acidification des océans, de la fréquence des phénomènes climatiques extrêmes (cyclones, sécheresses, inondations, etc.), de l'augmentation des migrations climatiques, de la perte de la biodiversité ou des phénomènes irréversibles, tels que l'élévation du niveau de la mer et la fonte du permafrost, tous les voyants seraient au rouge. Les conséquences multiples – très variées, très différenciées, très régionalisées selon certains – d'un tel réchauffement de la planète peuvent être qualifiées d'importantes à très importantes. Autrement dit, dans le scénario « émetteur », le risque est tout simplement de ne pas pouvoir s'adapter au réchauffement climatique. Nous vivons dans un monde où l'adaptation sera de plus en plus difficile, le plus souvent impossible.

L'autre scénario, dit « sobre » et auquel j'adhère, permet de contenir les dégâts. Si l'augmentation de la température reste en dessous de 2 °C, les risques seront effectivement modérés ou peu importants. L'accord de Paris vise à rendre possible ce scénario. L'idée sous-jacente est que le réchauffement climatique est inéluctable. Mais on peut essayer de le limiter et de s'y adapter. De notre côté, on constate que, pour pouvoir s'adapter au changement climatique, il faut aussi lutter contre lui. Limiter la hausse à 2 °C maximum par rapport à l'ère préindustrielle, soit un peu moins de 1,5 °C par rapport à aujourd'hui, devrait effectivement nous permettre de nous adapter pour l'essentiel. Certes, les récifs coralliens seront mis à mal, les pertes de biodiversité seront inévitables et le niveau de la mer montera de 40 centimètres environ d'ici la fin du siècle. Il s'agit pourtant d'un cadre encore gérable.

Discussion

- *Sur la proposition n° 2 : établir une grille commune pour les contributions nationales*

Le GIEC a pour mission de faire des analyses des différents scénarios indiquant ce qu'il faudrait faire pour rester en dessous des 2 °C... sans pour autant faire des recommandations aux États ! Or, nous pouvons distinguer trois temps auxquels correspondent différents objectifs d'action. Il faut tout d'abord agir d'ici 2020. Si rien n'est fait pour infléchir l'augmentation des émissions globales d'ici 2020, nous nous retrouverons, au mieux, dans un scénario d'augmentation de 3 °C à l'horizon 2100. Et cela même si nous arrivons à être très vertueux dans l'après-2020. Il y a donc urgence. À partir de 2020, et jusqu'à 2050, il faudra réduire par trois les émissions de gaz à effet de serre. Enfin, il faudra arriver à la neutralité carbone à l'horizon 2100. Si nous voulons rester en dessous de 2 °C, les objectifs communs sont donc clairement affichés. Aussi correspondent-ils à un effort très important pour passer rapidement à une énergie sobre en carbone. Pour rester en dessous du seuil des 2 °C, il faudra laisser 80 % des combustibles fossiles que nous avons facilement à notre disposition là où ils sont. Autrement dit, il faudra modifier fondamentalement et très rapidement notre système énergétique.

- *Sur la proposition n° 3 : préciser les critères de différenciation*

Le GIEC attribue le réchauffement climatique aux activités humaines au sens large. Mais dans cette attribution, nous sommes bien conscients que chaque pays n'a pas la même responsabilité. En effet, on ne peut pas faire table rase des émissions passées. Sur ce point, le principe des responsabilités communes mais différenciées est central, mais il appelle à un effort dans les deux sens. Il appelle un effort des pays développés, qui ne peuvent pas ne pas prendre en considération le passé. Il appelle aussi un effort des pays en développement. Ceux-ci ne doivent pas croire qu'ils ont

Prendre la responsabilité au sérieux

le droit et le devoir de se développer sur un modèle énergétique « carboné » parce que les pays développés l'ont fait. Si on raisonne d'une telle manière, nous ne pourrons jamais atteindre l'objectif de 2 °C. D'ailleurs, si les pays en développement – et notamment les grands émergents – ne participent pas à la lutte contre le changement climatique, l'objectif de limiter le réchauffement climatique à 2 °C sera impossible à respecter. Et cela même si les pays développés arrêtaient aujourd'hui d'émettre des gaz à effet de serre.

Le principe des responsabilités communes mais différenciées permet alors de garantir une continuité entre l'histoire du développement des pays développés et la nécessité d'un investissement des pays en développement non seulement dans l'adaptation de leurs sociétés au changement climatique mais aussi dans la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Dans ce sens, le principe des responsabilités communes mais différenciées nous amène à l'idée de justice climatique. D'où l'importance de la création d'un fonds vert qui devrait atteindre, à l'horizon 2020, 100 milliards de dollars. Il s'agit d'un autre objectif fondamental de la Conférence de Paris. Ces ressources devraient être destinées pour moitié à l'adaptation des pays en voie de développement (et notamment des pays les plus vulnérables) et pour moitié à la lutte contre le changement climatique (de la part notamment des grands émergents). L'idée sous-jacente de ce dispositif est que les pays en voie de développement puissent construire leur futur sur un modèle sobre en carbone.

En guise de conclusion, on peut dire que la position de la communauté scientifique est tout à fait en phase avec ce qui a été proposé, c'est-à-dire de rendre opérationnel le principe des responsabilités communes mais différenciées dans le nouveau contexte économique et géopolitique de l'après-Kyoto. On a bien vu à Lima qu'il s'agit d'un élément clé des négociations climatiques. La tentative de gommer ce principe a engendré des tensions qui ne se sont estompées qu'au moment de la déclaration finale, où le principe des responsabilités communes mais différenciées fut réintroduit de manière explicite.

Remarques d'ANTOINE FRÉROT, président directeur général de Veolia

Records de chaleur, multiplication des cyclones, fonte de la banquise... D'abstraction lointaine, la crise climatique est devenue réalité. Une situation d'autant plus critique que le monde dispose désormais de peu de temps pour infléchir le flux annuel d'émissions de gaz à effet de serre, afin de contenir la hausse des températures à 2 °C et éviter des bouleversements climatiques majeurs. Pourtant, l'économie à bas carbone n'est pas une utopie ! Elle est à portée de main, dès lors qu'existe une réelle volonté politique et que l'on tient compte des enseignements du terrain.

De longue date, Veolia s'est impliqué dans la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Notre groupe partage les dernières conclusions du GIEC sur la responsabilité humaine dans le dérèglement climatique. Suivant de près la préparation de la COP 21, je ressens toute la difficulté d'aboutir à un accord universel et contraignant, même si celui-ci est différencié. Or, si la communauté internationale ne parvient pas cette année à un accord, il est presque sûr qu'aucun programme d'envergure ne sera entrepris d'ici 2020 pour juguler les émissions de gaz à effet de serre.

I. TROIS PROPOSITIONS D'ACTION IMMÉDIATE ET EFFICACE

Statu quo impossible, accord contraignant improbable, c'est dans un contexte préparatoire à la COP 21 marqué d'incertitude que Veolia a émis trois recommandations qui apporteraient, dès

Prendre la responsabilité au sérieux

maintenant, des moyens tangibles pour lutter contre les gaz à effet de serre.

- *Changer de modèle d'utilisation des ressources naturelles*

Au-delà de l'emploi d'énergies carbonées qui provoquent des rejets massifs de CO₂, le dérèglement climatique résulte d'une logique économique linéaire, du type extraire-fabriquer-jeter, prélevant toujours plus de ressources dans la nature. La non-valorisation des déchets, la non-réutilisation des produits usagés et le non-recyclage accroissent fortement les besoins en énergie, et donc les rejets de gaz carbonique. À l'inverse, produire de nouvelles matières premières en recyclant les déchets émet beaucoup moins de gaz à effet de serre qu'extraire des matières vierges de l'environnement. Par exemple, fabriquer une bouteille de plastique en recyclant de vieilles bouteilles usagées dégage 70 % de CO₂ en moins que la fabriquer à partir de produits pétroliers.

Si le modèle économique linéaire qui prévaut en ce début de xxi^e siècle perdure, les émissions de gaz à effet de serre augmenteront inévitablement, au fur et à mesure du développement des pays émergents et de leurs classes moyennes. D'où l'obligation d'instaurer un autre modèle économique, circulaire, plus sobre et plus efficient, dans lequel les déchets des uns deviennent les ressources des autres, et qui soit alimenté par des énergies propres. Ce modèle ne se cantonne pas aux matières premières, il concerne également l'eau, que l'on peut recycler à l'infini, et l'énergie. En effet, il existe de nombreuses sources d'énergie, « à portée de main », qui ne sont pas valorisées et que l'on pourrait récupérer pour alimenter des activités économiques variées : la chaleur des *data center*, les calories des eaux usées, les biogaz des centres de stockage des déchets, l'énergie fatale des usines... En conséquence, la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre n'est pas l'apanage des seuls énergéticiens et électriciens, elle doit mobiliser tous les secteurs industriels et, plus généralement, tous les acteurs économiques, dans les pays émergents comme dans les pays développés. L'économie circulaire est d'autant

Discussion

plus adaptée à ces derniers, que leurs poubelles constituent la plus grande mine du monde !

- *Combattre les gaz à effet de serre à courte durée de vie et à fort pouvoir de réchauffement, en particulier le méthane*

Parmi les gaz à effet de serre, figure en premier chef le gaz carbonique, mais celui-ci n'est pas le plus néfaste. Il faut aussi compter avec le méthane, dont le pouvoir de réchauffement, calculé sur un siècle, est environ 25 fois supérieur à celui du CO₂. Comme la durée de vie du méthane dans l'atmosphère est très courte par rapport à celle du gaz carbonique, son potentiel de réchauffement global varie de façon importante avec l'horizon temporel retenu. Au point que, sur les deux dernières décennies, la contribution du méthane aux émissions de gaz à effet de serre a atteint 40 %, c'est-à-dire autant que le CO₂ ! Si nous voulons obtenir des résultats rapides dans la réduction des gaz à effet de serre, nous devons donc, sans tarder, nous attaquer à cet autre polluant atmosphérique. De plus, le méthane présente le double avantage d'être plus facile et moins cher à capter et à valoriser que le CO₂ ! Diminuer ses émissions aurait un impact important à court terme et laisserait un plus grand délai à l'humanité pour résoudre la complexe question du CO₂.

- *Créer des incitations économiques pour réduire les rejets de gaz à effet de serre*

En matière de lutte contre la pollution, le principe d'attribuer un coût à la pollution – quelle que soit la nature de celle-ci – a démontré sa pertinence. C'est le cas des déchets industriels ou ménagers, c'est le cas encore plus flagrant des eaux usées. Pour que de telles incitations soient efficaces, deux conditions sont nécessaires : d'une part, polluer doit revenir plus cher que dépolluer ; d'autre part, les sommes collectées en taxant les pollutions doivent servir à financer des actions de dépollution. En pratique, les incitations économiques doivent être suffisamment fortes pour que les acteurs économiques « passent à l'acte » et s'attellent avec détermination à la tâche de dépolluer. Un prix de 30 ou 40 € par tonne de CO₂ produite serait

Prendre la responsabilité au sérieux

un signal économique à même de réduire massivement les émissions de gaz à effet de serre.

Dès lors, survient une autre question. Quelle forme donner à cette incitation financière ? Espérer l'organisation rapide d'un marché planétaire des quotas de CO₂ est illusoire, puisque cette solution exige une gouvernance mondiale. De surcroît, elle peut facilement être contournée par des fraudeurs. À court terme, il est plus simple d'instaurer une redevance sur les émissions de gaz à effet de serre, fonctionnant sur le double principe « qui pollue paie » et « qui dépollue est aidé », c'est-à-dire taxant « le vice » et « rémunérant la vertu », comme le conseillait déjà Montesquieu il y a trois siècles. Depuis 1964, la France s'est dotée d'une redevance sur les eaux usées. Si elle fut en butte à de nombreuses critiques lors de son lancement, 40 années plus tard, les résultats sont incontestables : la pollution des eaux d'origine industrielle et domestique a été éradiquée en quasi-totalité. Pour preuve, en 1970, on ne recensait que 3 espèces de poissons dans la Seine, à hauteur de Paris ; en 2014, on en dénombrait 41.

Une redevance sur le CO₂ pourrait fonctionner sur le même principe. À défaut d'accord universel l'établissant à l'échelle planétaire, elle pourrait facilement être mise en place de manière partielle, dès lors que le territoire visé est suffisamment vaste, par exemple de la taille de l'Union européenne. Afin d'éviter les distorsions de concurrence entre les industries produisant en Europe et les autres, il serait indispensable de créer, en parallèle, une taxe sur le carbone frappant les produits importés. Sa mise en œuvre exigerait, sinon l'unanimité, du moins une large majorité au sein de l'Union européenne, ainsi que l'aval de l'OMC.

Donner un prix robuste, prévisible et non-dérisoire au carbone – autrement dit intégrer le coût de l'externalité climatique – est le seul moyen de rendre le captage du CO₂ moins cher que son rejet dans l'atmosphère, la dépollution moins coûteuse que la pollution. Or actuellement, la plupart des systèmes économiques favorisent les pollueurs et pénalisent ceux qui dépolluent. En l'absence de plafond de rejet imposé par une norme ou d'un prix du carbone dissuasif, faisant payer l'usage de l'atmosphère en tant que « décharge de gaz

Discussion

à effet de serre », chacun est libre d'y renvoyer des quantités illimitées de CO₂. La valorisation monétaire des émissions de gaz à effet de serre par le biais d'une redevance permettrait de désintoxiquer rapidement l'économie européenne, droguée, comme toutes les autres, au gaz carbonique.

II. DE L'INTERNATIONALISATION DU DROIT CLIMATIQUE

Les activités humaines ont atteint une magnitude comparable à celle des grands phénomènes naturels qui affectent l'ensemble de la planète. Ce changement d'échelle de nos activités et de leurs impacts induit un changement d'échelle de nos responsabilités. L'humanité doit désormais « gérer » le climat, conjointement avec la nature. Si la terre accomplit une partie du travail de dépollution du CO₂, il appartient à l'homme de faire le reste. Étant un ensemble unique, indivisible, qui ignore les frontières, le climat terrestre constitue un enjeu de solidarité planétaire. D'où la nécessité de transcrire cet enjeu dans le droit international et dans des accords universels. L'internationalisation du droit environnemental constituerait alors le pendant de l'internationalisation des défis climatiques.

Parmi les douze propositions sur les responsabilités des États et des entreprises transnationales en matière climatique, qui ont été présentées lors du Colloque *Prendre la responsabilité au sérieux* du Collège de France, j'aborderai les trois qui concernent directement les entreprises.

- *Sur la proposition n° 4 : garantir le suivi et le contrôle des initiatives internationales d'autorégulation*

En érigeant des chartes de Responsabilité sociale et environnementale (RSE), les grandes entreprises suppléent en partie à la faiblesse des règles internationales. Ces engagements libres et spontanés se sont étoffés au cours de la dernière décennie, intégrant

Prendre la responsabilité au sérieux

des objectifs de réduction des gaz à effet de serre. Il ne faut pas sous-estimer la portée de telles initiatives : elles ont été à l'origine d'avancées notoires dans la protection de l'environnement et la lutte contre les rejets de CO₂. De plus, les grandes entreprises ont un effet d'entraînement sur les autres. Mais ces engagements sont facultatifs, à la carte, chaque entreprise en fixant elle-même le curseur et les modalités de vérification.

C'est pourquoi je souscris sans réserve à la proposition n° 4 : ériger un dispositif de suivi et de contrôle des engagements volontaires des entreprises, et communiquer régulièrement sur leur application. Un contrôle crédible, effectué par des tiers extérieurs, est probablement la seule façon de prévenir les soupçons de *greenwashing* pesant sur les entreprises. Celles-ci passeraient ainsi de l'autorégulation à la co-régulation.

Par ailleurs, la mise en place de points de contacts nationaux, ces antennes susceptibles de recevoir les plaintes de la société civile en cas de non-conformité aux engagements pris unilatéralement par les multinationales, ainsi que l'extension des principes directeurs de l'OCDE au thème du climat, me paraissent souhaitables. De telles initiatives favorisent la transparence et le respect des obligations, souscrites de plein gré, par les entreprises.

- *Sur la proposition n° 5 : réglementer les objectifs de réduction des émissions de GES*

Il s'agit là de passer d'une régulation financière à une régulation normative des émissions de CO₂. Cette proposition prend acte de l'échec du système européen de permis d'émissions. C'est le mécanisme économique le plus sophistiqué jamais inventé pour lutter contre le changement climatique, mais il délivre des signaux tarifaires insignifiants (5 à 7 € la tonne de carbone), qui n'incitent aucunement les 11 000 sites et entreprises concernés à infléchir leur trajectoire d'émissions de gaz à effet de serre. Au contraire, il est beaucoup plus avantageux pour elles de s'acquitter de leurs droits à polluer, puis de polluer en toute liberté...

Discussion

La solution normative est intéressante, mais ne répond qu'à une partie de la question. On peut aisément plafonner, par une norme, les émissions de CO₂ des produits utilisés à l'intérieur d'un marché, comme cela se pratique pour les automobiles en Europe. Par contre, cette mesure ne peut pas s'appliquer aux conditions de fabrication des produits, sauf à s'accommoder d'une distorsion de concurrence et donc d'équité entre les pays ayant instauré des normes sur la fabrication des produits et ceux ne l'ayant pas fait. À juste titre, les industriels européens sont très vigilants sur ce thème : ils acceptent que leurs homologues chinois, indiens ou latino-américains bénéficient de contraintes plus légères en matière d'émissions du CO₂, mais ils refusent que ceux-ci n'en aient aucune.

Dès lors, la seule manière d'assurer l'égalité de traitement serait d'établir, à l'entrée des territoires qui veulent en faire plus dans la lutte contre le CO₂, des taxes frappant les produits fabriqués dans les pays qui en font moins. La théorie économique condamne ce type de taxes érigées aux frontières des États ; néanmoins, l'urgence et l'ampleur du défi climatique autorisent à s'affranchir de l'orthodoxie économique.

- *Sur la proposition n° 6 : relier la qualité du climat aux droits de l'homme*

Cette suggestion part du constat que le dérèglement climatique peut avoir des conséquences sur les droits de l'homme. Elle a pour objectif de rendre opposables aux États les engagements, internationaux et nationaux, en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Relier ainsi droit de l'environnement et droits de l'homme compliquerait fortement les négociations climatiques. Il est déjà difficile de trouver un accord sur les gaz à effet de serre. Si l'on ajoute à la question climatique celle des droits de l'homme, si l'on couple ces deux problèmes qui sont certes réels et liés entre eux, mais qui sont chacun d'une immense complexité, on créera alors un problème d'une complexité encore plus grande, exponentielle,

Prendre la responsabilité au sérieux

et donc insoluble. Tentons déjà, plus modestement, de résoudre l'équation climatique...

Pragmatisme et ambition, ce sont finalement les deux principes qui doivent nous guider dans la recherche de solutions « anti-CO₂ ». Pragmatisme, car lorsqu'on place les négociateurs devant l'alternative « un accord universel et contraignant ou rien », on risque fort de ne rien obtenir. Or il existe une multitude d'options intermédiaires. L'essentiel n'est pas tant « d'arracher » la signature des 197 membres des Nations unies, que de parvenir à un accord acceptable par les pays représentant 80 % des émissions de gaz à effet de serre. Ambition, car on ne peut pas faire de politique environnementale forte avec des mécanismes de régulation faibles ! Sans incitation financière ni réglementation ambitieuse, il est vain d'espérer gagner la bataille du CO₂ ; avec elles, nous pouvons encore conjurer la menace climatique.

Quels remèdes à l'irresponsabilité
des États et des entreprises
transnationales (ETN) en matière
environnementale, sociale et financière ?
Présentation des propositions¹

par Kathia Martin-Chenut et Caroline Devaux

L'asymétrie flagrante entre la responsabilité des États et celle des entreprises transnationales n'est pas compensée par un droit international permettant de rendre la responsabilité proportionnelle au pouvoir exercé par les différents acteurs. La multiplication des acteurs de la mondialisation, qui devrait impliquer une redistribution des responsabilités, aboutit plutôt à leur dilution. Par ailleurs, l'intensité et l'effectivité de l'internationalisation varient selon que l'observateur se place sur le terrain économique ou sur celui des droits fondamentaux. L'internationalisation du « droit de la globalisation », à vocation éminemment économique, est beaucoup plus rapide et efficace – notamment en termes de mécanismes de contrôle – que l'internationalisation du droit sous l'influence des droits fondamentaux. En l'état actuel du droit international, à l'exception des litiges concernant les États et les investisseurs, soumis à

1. Les auteurs tiennent à remercier Ana Flavia Barros, François Brunet, Michel Capron, Vivian Curran, Emmanuel Decaux, Catherine Le Bris, Claudia Perrone Moisés, Camila Perruso, Valérie Pironon, Yann Queinnec et Jean-Bernard Racine pour leurs commentaires présentés lors du séminaire du 10 juin 2015.

Prendre la responsabilité au sérieux

l'arbitrage international (qui, d'ailleurs, ne fait qu'accentuer l'asymétrie), seuls les États et les individus sont assujettis aux conventions et juridictions internationales.

Dans un tel contexte, comment distribuer les responsabilités entre États et ETN afin de réduire les zones où prime le moins-disant social, environnemental, voire sociétal ? Les propositions qui suivent, en cherchant à remédier à l'irresponsabilité des entreprises transnationales (I) et des États (II) dans une perspective plus large que celle du changement climatique, tendent à réduire l'asymétrie dénoncée.

I. REMÉDIER À L'IRRESPONSABILITÉ DES ETN : MODULER LES RESPONSABILITÉS EN FONCTION DU POUVOIR ÉCONOMIQUE ET DE L'IMPACT SOCIÉTAL

Remédier à l'irresponsabilité des ETN suppose la modulation de leurs responsabilités en fonction de l'impact sociétal de leurs activités, autrement dit des conséquences sociales, sanitaires et environnementales de l'ETN tant sur ses parties prenantes externes et internes, que sur la société en général. À cette fin, il faudrait renforcer les obligations des ETN en matière de droits fondamentaux, notamment par l'adoption d'un instrument contraignant pour réglementer leurs activités ; élargir la responsabilité des sociétés mères et donneuses d'ordre ; enfin, repenser la mission et la notion même d'entreprise pour intégrer les enjeux sociétaux à l'objet social, voire à l'intérêt social.

Proposition n° 7 : soutenir le processus d'adoption d'un instrument juridiquement contraignant en matière de droits fondamentaux

Au sein des Nations unies, même si dès les années 1970 l'implication d'entreprises dans des violations graves des droits de l'homme au Chili ou en Afrique du Sud a donné lieu à quelques initiatives

Quels remèdes à l'irresponsabilité des États

(Groupe de travail pour l'élaboration d'un Code de conduite des entreprises multinationales et Rapporteur spécial sur la question des « conséquences pour la jouissance des droits de l'homme de l'aide apportée aux régimes racistes et colonialistes de l'Afrique australe »), relayées par l'OCDE (Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales de 1976) et l'OIT (Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de 1977), aucun texte juridique contraignant n'a été adopté.

C'est plutôt vers un « droit souple » que la réponse des Nations unies s'est orientée jusqu'à maintenant, à la faveur du développement d'une « responsabilité sociétale des entreprises » (RSE) avec, notamment, l'adoption du Pacte mondial des Nations unies en 2000, puis en 2011, l'adoption par le Conseil des droits de l'homme des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme¹.

Or, malgré l'échec du Projet de Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises de l'ancienne Sous-Commission des droits de l'homme des Nations unies² – et non sans lien avec la « saga judiciaire » de l'affaire *Chevron-Texaco* en Équateur –, un espoir est permis depuis l'adoption, le 25 juin 2014, d'une Résolution par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies³ qui décide de la création d'un groupe de travail intergouvernemental chargé d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises.

Certes l'opposition de la France, de l'Allemagne et des États-Unis lors du vote n'est pas de bon augure. Pourtant, sans ignorer l'importance de l'évolution de la *soft law* en la matière et de la jurisprudence (ou quasi-jurisprudence) qui en résulte, un tel processus devant le Conseil des droits de l'homme devrait être soutenu.

1. A/HRC/17/31 du 21 mars 2011.

2. E/CN.4/Sub2/2003/12/Rev.2.

3. A/HRC/26/L.22/Rev.1.

Prendre la responsabilité au sérieux

Indépendamment du type de texte adopté par cette instance, une attention particulière doit être portée aux mécanismes de contrôle, étant donné l'absence de juridiction internationale compétente pour juger les ETN et les obstacles auxquels les juges internes sont souvent confrontés.

Proposition n° 8 : renforcer la responsabilité des sociétés mères et donneuses d'ordre

Comment contrer les effets pervers de l'organisation réticulaire des entreprises transnationales qui favorise une « irresponsabilité organisée » ? Une piste serait le renforcement d'une responsabilité solidaire dans la chaîne de valeur, permettant de percer l'écran de la personnalité morale afin d'obliger ceux qui exercent un pouvoir de répondre des conséquences sociétales de leurs décisions.

L'internationalisation du droit favorise un tel mouvement, dont un des exemples est celui de l'affirmation d'une obligation de diligence ou de vigilance, notamment grâce au rayonnement des Principes directeurs des Nations unies (principe 17). Selon ce texte non contraignant, qui répartit la responsabilité selon un triptyque « *Protect, respect and remedy* », les entreprises doivent tout d'abord s'abstenir de porter atteinte aux droits de l'homme (obligation négative). Or, de cette obligation négative découlent des obligations positives, notamment celle de « diligence raisonnable » (*due diligence*) : prévenir et éviter les impacts négatifs de leurs activités pouvant constituer des violations des droits de l'homme, y compris celles liées aux atteintes à l'environnement.

Malgré les critiques adressées aux Principes directeurs des Nations unies, son processus d'adoption a eu le mérite de maintenir le thème de la responsabilité des entreprises dans l'agenda des Nations unies pendant environ six ans et d'éveiller nombre d'instances, y compris en dehors de l'ONU. Outre l'adoption de l'ISO 26 000, l'OCDE a inséré un chapitre spécifique sur les droits de l'homme dans ses Principes directeurs à l'intention des multinationales ; la Société finan-

Quels remèdes à l'irresponsabilité des États

cière internationale (SFI) a intégré à ses *Performance standards* des références aux droits de l'homme ; et, au niveau européen, tant le Conseil de l'Europe (Travaux du Comité directeur pour les droits de l'homme), que l'Union européenne¹, ont adhéré aux principes onusiens et œuvrent à leur mise en application au sein des États membres respectifs. Grâce aux interactions entre différents espaces normatifs, ces principes finissent par acquérir une certaine force normative.

Le renforcement de la responsabilité solidaire peut se manifester à travers des réformes législatives ou d'évolutions jurisprudentielles (à l'instar du mécanisme du co-emploi² ou d'autres mécanismes du droit comparé qui établissent des liens de subordination novateurs³). Certains processus de réforme législative au niveau national français illustrent ce mouvement qui transcrit en droit interne les standards internationaux « durcissant », ainsi, la RSE. C'est notamment le cas du processus initié à la fin 2013 par la présentation d'une Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre⁴. Ce premier texte (auquel se sont ajoutés trois autres PPL de la même teneur) a été rejeté par la Commission des lois le 21 janvier 2015 pour des motifs d'ordre économique et remplacé par un nouveau texte, certes plus « édulcoré »⁵, mais dont l'adoption pourrait placer la France à la tête d'un mouvement européen en matière d'obligation de vigilance des entreprises transnationales, au même titre qu'elle l'a été en matière d'obligation d'information non financière. D'ailleurs, l'obligation de diligence ou de vigilance est également consacrée par la directive européenne sur

1. COM(2011)681 final, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 ».

2. CJUE, 21 octobre 2010, C-242/09, *Albron Catering BV, SSL* 2011, n° 1485, p. 10 ; *RDT* 2011, 35 ; Cass. soc. 30 novembre 2011, n° 10-22964 à 10-22985 ; Cass. soc. 12 septembre 2012, n° 11-12343, *Metaleurop*.- *Comp. Soc.* 29 mai 2013, n° 12-13943.

3. Par exemple, la subordination structurelle ou réticulaire consacrée par la jurisprudence du Tribunal supérieur du travail (TST) brésilien.

4. Proposition de projet de loi (PPL) n° 1519 du 6 novembre 2013.

5. PPL n° 2578 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 11 février 2015.

Prendre la responsabilité au sérieux

les informations non financières¹, en cours de transposition en droit français, qui prévoit parmi les informations devant être rendues publiques celles relatives aux « procédures de diligence raisonnée » mises en œuvre. Une porosité entre *soft law* et *hard law* peut être en effet constatée. L'impact du « droit souple » sur les chaînes de valeur est en effet relayé par le « droit dur » afin de remédier à l'irresponsabilité des entreprises transnationales. L'accroissement de la responsabilité solidaire dans la chaîne de valeur dépend de la mobilisation créative des différents outils juridiques ainsi que de l'articulation entre différents types de normes (autorégulation et régulation, *soft law* et *hard law*) provenant de différents espaces normatifs (mondial, régional et national). Enfin, le renforcement de la responsabilité solidaire passe également par l'accès des victimes (individuellement et surtout collectivement) à la justice.

Proposition n° 9 : intégrer les enjeux sociétaux à l'objet social/intérêt social

Pour pallier les effets pervers du capitalisme financiarisé et de l'argument économique selon lequel la finalité de l'entreprise est la maximisation du profit, cette proposition vise à repenser la mission et la notion même d'entreprise, notamment par l'intégration des enjeux sociétaux à l'objet social voire à l'intérêt social.

Cette intégration pourrait prendre différentes formes (à l'instar de la « société à objet social étendu », fruit des travaux développés au sein du Collège des Bernardins²) et pourrait être mise en place

1. 2014/95/UE du 22 octobre 2014.

2. Ces travaux, qui proposent une nouvelle forme de société en droit français (SOSE), visent à introduire un lien concret entre mission et gouvernance de l'entreprise, en s'inspirant d'un modèle américain (*Benefit Corporation* et *Flexible Purpose Corporation*). Voir B. Roger (dir.), *Entreprise : formes de la propriété et responsabilités sociales*, Paris, Collège des Bernardins/Lethielleux, 2012 ; J.-Ph Robé, « Pour en finir avec Milton Friedman », in A. Lyon-Caen et Q. Urban (dir.), *La Crise de l'entreprise et de sa représentation*, Paris, Dalloz, 2012, p. 11-32 ; O. Favereau, « La fin de l'entreprise privée », in A. Supiot (dir.), *L'Entreprise dans un monde sans frontières*, op. cit.,

Quels remèdes à l'irresponsabilité des États

soit à travers des réformes législatives (en revisitant, par exemple, la société commerciale), soit par le biais d'évolutions jurisprudentielles. En France, par exemple, des propositions émanant de Sherpa¹ pour réguler les entreprises transnationales ou celles émises lors de l'élaboration de l'avant-projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, visent à ouvrir la définition d'intérêt social à la prise en compte des enjeux sociétaux. En droit comparé, des interprétations jurisprudentielles évolutives permettent, par exemple, d'affirmer une « fonction sociale de l'entreprise » comme une dérivation de la fonction sociale de la propriété et de la fonction sociale du contrat. Pourtant, ces constructions ne doivent pas consister en un déguisement rhétorique favorisant la démission de l'État. L'accroissement des responsabilités des acteurs économiques privés ne doit en aucun cas se réaliser au détriment de celles des États.

II. REMÉDIER À L'IRRESPONSABILITÉ DES ÉTATS : INTÉGRER LES ENJEUX SOCIÉTAUX DANS LE DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

Le droit international économique est resté largement autonome par rapport aux enjeux sociétaux, qu'il gère comme des externalités, soit en les interprétant de manière utilitariste, soit en les ignorant. Pourtant, les enjeux sociétaux et le commerce international ne sont pas nécessairement antinomiques. Les investissements étrangers, tout comme les échanges commerciaux, avaient originellement pour finalité de donner aux pays pauvres les moyens de se développer. Cet objectif de développement est d'ailleurs inscrit dans la plupart des préambules des traités commerciaux. Le droit international écono-

p. 305-320 ; B. Segrestin, B. Roger, S. Vernac (dir.), *L'Entreprise : point aveugle du savoir*, Colloque de Cerisy, Éditions Sciences humaines, 2014.

1. Y. Queinnec et W. Bourdon, « Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions », *Les cahiers de propositions*, 2010, proposition n° 1.

Prendre la responsabilité au sérieux

mique s'est toutefois progressivement replié sur lui-même au fil de son évolution, jusqu'à apparaître aujourd'hui comme une discipline isolée et centrée sur la seule poursuite du libre-échange.

L'élaboration d'une politique sociale internationale nécessite de mettre fin à la conduite paradoxale, voire schizophrénique, des États qui ont consacré universellement les droits de l'homme tout en tardant à les transposer dans le cadre de leurs relations commerciales. Un tel repositionnement des États suppose une réintégration des enjeux sociétaux tant dans le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) que dans le droit international des investissements étrangers. Dans cette optique de décloisonnement, trois propositions nous paraissent fondamentales.

Proposition n° 10 : Renforcer les clauses sociétales dans les accords de l'OMC

La réintégration des enjeux sociétaux n'est possible que si le droit de l'OMC et le droit international des droits de l'homme se reconnaissent mutuellement. L'OMC doit prendre acte des engagements internationaux conclus par les États en matière de droits de l'homme, d'où la nécessité d'insérer, dans toutes les composantes du droit de l'OMC, des clauses sociétales qui tiendront lieu de « passerelles juridiques » entre les deux disciplines. De telles clauses sociétales viendront consacrer les enjeux sociétaux comme des intérêts légitimes protégés par l'OMC et non plus comme des exceptions au libre marché relevant de l'article XX du GATT.

Proposition n° 11 : Replacer l'État au centre de l'arbitrage d'investissement

La réintégration des enjeux sociétaux dans le droit international économique implique aussi de recadrer le règlement des différends en matière d'investissement autour des États exclusivement, en excluant

Quels remèdes à l'irresponsabilité des États

l'implication des investisseurs privés. À l'heure actuelle, l'arbitrage entre États et investisseurs ne permet pas de protéger suffisamment les enjeux sociétaux. Les tribunaux arbitraux continuent d'ignorer les enjeux sociétaux ou les interprètent de manière restrictive. Dans la célèbre affaire *Tecmed*¹, afin de déterminer si le refus de la part des autorités mexicaines de renouveler le permis d'exploitation d'une décharge pour des considérations écologiques constituait une expropriation indirecte, le tribunal arbitral a déclaré que l'intention du gouvernement hôte est moins importante que les effets de sa mesure sur l'investissement étranger². En conséquence, il a été décidé que le refus des autorités mexicaines constituait un coût excessif pour l'investisseur, condamnant ainsi le Mexique à payer une indemnité de plus de 5,5 millions de dollars à la société Tecmed. Plus récemment, dans le litige opposant la société Suez à l'Argentine³, le tribunal arbitral a été amené à se prononcer explicitement sur les liens entre le droit international de l'investissement et les droits de l'homme, particulièrement le droit à l'eau. Dans cette affaire, le gouvernement argentin avait annulé un contrat de privatisation des services de l'eau au profit de Suez sur la base de problèmes relatifs à la qualité de l'eau distribuée aux populations locales. Le tribunal arbitral a décidé que le gouvernement argentin, devant respecter aussi bien ses obligations vis-à-vis des investisseurs que celles en matière de droits de l'homme, aurait dû trouver un moyen de concilier ses deux séries d'obligations. Il a en conséquence condamné l'Argentine à verser une indemnité de 380 millions d'euros à Suez pour avoir annulé le contrat tout en refusant de lui octroyer une compensation supplémentaire pour préjudice moral et annulation abusive du contrat que Suez réclamait⁴. Il faut

1. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 mai 2003.

2. "The government's intention is less important than the effects of the measures on the owner of the assets or on the benefits arising from such assets."

3. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal S.A. and the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, 30 July 2010, Decision on liability.

4. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal S.A. and the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, 9 April 2015.

Prendre la responsabilité au sérieux

remarquer, dans ce contexte, qu'une vague de renationalisation des services publics, notamment des services de l'eau, a lieu actuellement. À Jakarta par exemple, où Suez détient un contrat de privatisation du service de l'eau depuis 1997, le tribunal constitutionnel vient de déclarer la privatisation de l'eau inconstitutionnelle, entraînant ainsi la résolution immédiate et sans compensation du contrat avec Suez¹.

Si l'arbitrage d'investissement réserve un rôle central aux investisseurs, il faut néanmoins souligner les dispositions innovantes du nouveau modèle brésilien de traité d'investissement qui prévoit, en cas de différend, le recours à un arbitrage entre États exclusivement². Par ailleurs, les États doivent être encouragés à renforcer le contrôle exercé par leurs juges étatiques dans le cadre des demandes de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales sur leur territoire. Il faut enfin inciter l'État d'origine, qui a encouragé ses ressortissants à investir à l'étranger, à les poursuivre devant ses juges étatiques en cas de violation des droits de l'homme sur le territoire de l'État d'accueil (une telle procédure pourrait en retour servir de moyen de défense pour l'État d'accueil devant le tribunal arbitral).

Proposition n° 12 : Concevoir des mécanismes de surveillance, de contrôle et de sanction adaptés

La réintégration des enjeux sociétaux dans les accords commerciaux passe enfin par la mise en place de mécanismes de contrôle pour surveiller les effets des accords commerciaux sur les populations locales. Même si des progrès considérables restent à faire, les mécanismes de contrôle conçus dans le cadre des accords de

1. Cour constitutionnelle indonésienne, décision du 20 février 2015 abrogeant la loi n° 7/2004 sur les ressources en eau. Voir aussi la décision de la Central Jakarta District Court du 24 mars 2015 qui met fin au contrat de privatisation de l'eau au profit de Suez. <http://www.thejakartapost.com/news/2015/03/24/court-decision-ends-privatization-water-jakarta.html>.

2. Accords Brésil-Mozambique signé le 30 mars, Brésil-Angola le 1^{er} avril et Brésil-Mexique le 26 mai 2015 sur la coopération et la facilitation des investissements.

Quels remèdes à l'irresponsabilité des États

libre-échange entre le Canada, les États-Unis et le Mexique¹ et des accords de la Banque mondiale² constituent des premiers pas vers une telle réintégration, en assurant une surveillance permanente de l'impact sociétal des accords commerciaux et en offrant au public des moyens de participer au contrôle du respect des obligations sociétales pesant sur chaque État membre. L'accord de libre-échange UE-Colombie/Pérou prévoit aussi la mise en place d'un sous-comité sur le commerce et le développement durable pour mettre en œuvre les objectifs de développement durable de l'accord³, ainsi que des points de contact nationaux⁴ et l'instauration d'un dialogue avec la société civile⁵. De tels mécanismes de surveillance ne sauraient toutefois se substituer à une procédure contentieuse de règlement des différends. Il est regrettable que l'Union européenne prévoie, dans certains accords de libre-échange, une procédure consultative devant un panel d'experts pour la résolution des différends concernant les dispositions relatives à la protection environnementale⁶.

1. Commission de coopération environnementale dans le cadre de l'accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement en vigueur depuis 1994.

2. Panel d'inspection de la Banque mondiale créée en 1993.

3. Article 280.

4. Article 281.

5. Article 282.

6. Voir par exemple l'article X.16 du traité UE/Canada.

DISCUSSION

Remarques de WILLIAM BOURDON, avocat au Barreau de Paris – président de l'association Sherpa

Réfléchir à la mise en œuvre des nouvelles responsabilités, qu'il s'agisse d'acteurs privés ou publics, face aux multiples menaces qui affectent notre planète et qui sont susceptibles, si elles n'étaient pas contenues, de laisser aux générations futures une humanité et une biodiversité en lambeaux, suppose de s'interroger sur l'émergence de ce qui irrigue toutes les nouvelles figures de la responsabilité, c'est-à-dire une coresponsabilité partagée.

Cette coresponsabilité partagée est le résultat diffus, visible ou invisible, mais repérable parfois dans les comportements individuels les plus anodins, d'une conviction qui se mondialise, celle que chacun, quels que soient ses droits, devoirs et pouvoirs, est porteur d'une nouvelle exigence : défendre l'intérêt général dans toutes ses dimensions et sa complexité croissante.

De tout temps, des individus ont pu considérer, parfois en bravant tous les codes et toutes les lois, que leur intérêt individuel devait céder devant l'intérêt public lorsqu'il était menacé.

C'est d'ailleurs cette insurrection de l'intérêt individuel, comme la qualifie Vaclav Havel, qui est déterminante dans le fait que des citoyens du monde entier, brutalement ou après une longue maturation, doivent rebattre toutes les cartes de leur vie personnelle, familiale ou professionnelle pour lancer l'alerte quand ils sont témoins de faits qu'ils considèrent comme une menace pour l'intérêt général.

Disons tout de suite qu'une meilleure protection des lanceurs d'alerte, si elle ne répondra pas à tous les défis, dans le puzzle des

Prendre la responsabilité au sérieux

outils que nous devons inventer, en est certainement l'un des plus décisifs.

Étant un des avocats d'Edward Snowden, d'Hervé Falciani (SwissLeaks) et d'Antoine Deltour (LuxLeaks), je témoigne du fait que plus la volonté de maintenir son impunité est forte, plus les secrets qui peuvent apparaître comme légitimes sont instrumentalisés et moins une loi, si exemplaire soit-elle, n'est en mesure de faire quoi que soit pour briser ces nouveaux cadenas. Aussi, la loi devra permettre un accompagnement des lanceurs d'alerte quand ils sortent de l'obscurité et déverrouillent les secrets parfois au risque de poursuites judiciaires. Ils deviennent des hyper-citoyens, clé dans la révélation de systèmes gravement attentatoires à nos droits les plus fondamentaux.

On sait également que les acteurs publics supposés incarner l'intérêt public ont été querellés sur le fait qu'ils étaient trop souvent contaminés par des intérêts privés.

C'est cette culture de l'entre soi qui est au cœur parfois du maintien d'une culture de l'irresponsabilité des acteurs privés, si éprouvante et source de tant de dérives populistes ou fanatiques.

Cette nouvelle exigence crée un paradigme inédit et en miroir une nouvelle intolérance qui elle aussi se mondialise, provoquée par les nouvelles formes d'irresponsabilités de fait ou de droit. Elles sont de fait concernant les plus grandes entreprises transnationales (ETN), quand leur pouvoir d'influence se dispute avec la souveraineté des États, voire même la fragilise ; c'est également le cas lorsque, du fait de la fragmentation et de l'éparpillement du pouvoir de décision quant au lieu de détention des richesses et du retour sur investissement, aucune entité ne semble pouvoir être atraite devant quelque juridiction que ce soit pour répondre des dommages causés par ces plus grands groupes.

Si les victimes des grands crimes de sang ont pu imposer une nouvelle justice mondialisée, même balbutiante et imparfaite, les victimes de grands crimes économiques et environnementaux ont le sentiment aujourd'hui d'être démunies, impuissantes, d'autant que la mondialisation financière offre chaque jour de nouveaux instru-

Discussion

ments de plus en plus sophistiqués d'opacification, de dissimulation du produit de ces crimes, mais aussi des personnes physiques ou morales qui devraient théoriquement en répondre.

C'est cet effet de ciseaux qui accentue parfois des radicalités et conduit des communautés, des groupes à oublier que la fin ne justifie jamais les moyens, et ce y compris en cherchant à tordre le coup au droit qui, si flexible soit-il, parfois n'y peut rien et n'en peut plus.

C'est la diffusion quotidienne et de plus en plus envoûtante de messages éthiques très puissants par les plus grandes entreprises de la planète qui, au lieu de rassurer – même si ce mouvement doit être encouragé –, inquiète parfois tant il semble que les affichages ou les vitrines sont faits pour séduire, tranquilliser, anesthésier les frustrations et les colères des populations et de plus en plus des syndicats, des actionnaires et des fonds de pension éthiques.

La responsabilité sociale et environnementale est la nouvelle doxa des acteurs privés.

Mais comme nous le savons, d'un côté, ils enchantent toutes les vertus et de l'autre, ils s'activent dans les corridors de Bruxelles, de Paris ou d'ailleurs pour briser les reins à toute tentative d'instaurer des lois contraignantes et normatives, la menace du juge étant de façon essentialiste un frein à leur « épanouissement ».

Quoi qu'il en soit, en vertu d'un principe de proportionnalité, plus ce sentiment de coresponsabilité sera partagé par des acteurs d'horizons et d'agendas très divers, parfois très antagonistes, plus se fédéreront des nouvelles coalitions d'intérêts portées par un même drapeau, celui de rendre plus responsables, de gré ou de force, ceux qui voudraient être plus irresponsables. Quand ce grand écart entre cette nouvelle doxa éthique et la réalité sur le terrain est souligné par une ONG, les réactions sont elles-mêmes d'une grande pluralité : certains grands dirigeants comprennent qu'oublier la vertu du dialogue peut être suicidaire, tandis que d'autres, portés par une arrogance qui tue la lucidité, multiplient les « procédures baillons ».

C'est le cas de l'association Sherpa, que j'ai l'honneur de présider et qui a reçu plusieurs citations en diffamation publique, atteinte à

Prendre la responsabilité au sérieux

la présomption d'innocence de la société Vinci, pour nous demander le paiement d'une somme de 400 000 €, très largement supérieure à notre budget. Nous sommes néanmoins confiants à ce sujet.

Le principe d'une coresponsabilité des responsables publics à agir face aux plus graves offenses commises à l'encontre de l'humanité a été acté depuis le Tribunal de Nuremberg jusqu'à l'adoption du statut de la Cour pénale internationale, avec comme fondement cette idée que les représentants des États, personnes physiques, qui se rendaient responsables des crimes les plus abominables devaient en répondre au nom de toute l'humanité et pour l'humanité.

En filigrane, se trouve la protection de l'humanité elle-même et de ses autres déclinaisons : à savoir la responsabilité de protéger, concept qui a fait irruption dans les années 2000 aux Nations unies, coresponsabilité qui pourrait aujourd'hui s'exprimer d'une autre façon, en imposant à chaque individu de nous protéger de tous, pour tous et parfois contre tous.

Cette coresponsabilité de protéger des populations en danger de mort a connu tant d'avatars qu'elle a été perçue par ceux-là même qui parfois devaient en bénéficier comme le paravent d'intérêts géopolitiques inavoués et inavouables. Reste que grandit cette idée que nous serions tous coresponsables et dans l'obligation d'agir face à des communautés en danger d'extermination.

La complexité, déjà très grande, est accentuée par le fait qu'il faut donc demander aux acteurs économiques, et notamment les plus puissants, d'intégrer dans leur stratégie une exigence d'intérêt général de faire des sacrifices, d'endosser des coûts supplémentaires au moment même où les États leur demandent davantage pour lutter contre un chômage massif et où la crise économique accentue la rivalité entre les acteurs économiques, parfois de façon perverse entre les moins-disant éthiquement d'entre eux (ceux qui notamment proviennent des pays émergeant) et les autres, qui souffrent à l'idée qu'être vertueux peut sembler parfois très coûteux.

L'une des réponses juridiques, qui devrait pouvoir s'imposer à l'universalisation de cette coresponsabilité, est celle de l'obligation de vigilance des entreprises. Enfin ! Comment imaginer qu'il puisse

Discussion

en être autrement, sauf à récompenser ou gratifier ce que nous relevons trop souvent comme étant le cynisme de ces belles déclarations humanistes ?

L'encouragement à se comporter éthiquement de façon sincère et efficace, comme nous l'avons relevé, peut résulter aussi de mille incitations, notamment fiscales.

L'essentiel ici est de dire qu'il n'y aura pas de participation effective des entreprises à la lutte contre le réchauffement climatique tant que la loi ne prévoira pas de mécanisme de sanction, tant que la loi ne tirera pas les conséquences de façon normative de ces nouveaux engagements éthiques.

Rappelons que 90 entreprises sont responsables de 60 % des émissions de gaz à effet de serre. Ce pourcentage donne le vertige et il ne suffira pas, lors de la conférence en novembre, que les États prennent des engagements. Il faudra qu'ils en prennent à la hauteur de cette démesure, c'est-à-dire ne pas simplement contrôler l'activité de ces entreprises, mais prévoir des sanctions extrêmement dissuasives en cas de violations des obligations mises à leur charge.

À l'heure où nous réfléchissons, un projet de loi est toujours en débat¹ devant le Parlement français et déjà le texte initial a fait l'objet d'une érosion puissante sous les coups de boutoirs des lobbies œuvrant en faveur du grand patronat, parfois malheureusement relayé par Bercy.

On peut comprendre à certains égards que les entreprises instrumentalisent les belles déclarations d'amour qui leur sont faites par notre Premier ministre pour tenter de délégitimer ces nouvelles contraintes que l'on voudrait leur imposer.

Le périmètre du projet en cours d'examen est en tout état de cause beaucoup trop étroit. En l'état, il serait en effet limité aux entreprises employant au moins 5 000 salariés dans leurs filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français et au moins 10 000 salariés en son sein, dans leurs filiales

1. S. Cossart, M.-L. Guislain, « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable », *RLDA*, mai 2015, n° 104.

Prendre la responsabilité au sérieux

directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger.

Pratiquement, cela concerne 125 sociétés, pas plus.

Ces critères devront être révisés, comme devra être élargie la notion de contrôle au sens de l'article L 233-16 du Code de commerce, aujourd'hui trop restrictive pour viser de façon effective le pouvoir qu'une société peut avoir sur une autre. D'autant plus que le contrôle est parfois extrêmement difficile à prouver, par un faisceau d'indices, alors même que la victime n'a bien souvent accès à aucun de ces indices, par définition le plus souvent secrets ou opacifiés.

L'obligation de vigilance doit être intégrée également dans le code pénal ; doivent être prévus de vrais outils répressifs et dissuasifs, sauf à ce que ce nouveau projet de loi se résume à une nouvelle obligation renforcée à la charge des entreprises de *reporting* social et environnemental.

Il faut évidemment aller plus loin et nous préconisons que soit intégré dans la Loi un véritable renversement de la charge de la preuve, qui évidemment ne se confond pas avec la présomption de responsabilité.

Souvenons-nous que lorsque ce renversement de la charge de la preuve a été intégré dans la Loi européenne et ensuite dans différentes lois nationales dans le cadre de la lutte contre le blanchiment, les grandes banques ont hurlé en considérant que c'était leur activité qui se trouvait en danger de mort... Elles ne se sont jamais aussi bien portées.

Renverser la charge de la preuve s'agissant des manquements des entreprises à leur obligation de vigilance (qu'elles se sont imposée à elles-mêmes) sera donc nécessaire, et la loi française devra donner l'exemple pour l'Europe. Cela signifie que lorsqu'un grand groupe est pris la main-dans-le-sac d'un grand écart entre ses déclamations et la réalité du terrain dans une filiale ou une sous-filiale qu'elle contrôle, et notamment en cas de dommages environnementaux ou sociétaux, c'est à elle qu'il devrait appartenir dorénavant de faire la preuve devant le juge qu'elle a mis en œuvre tout ce que

Discussion

ses moyens et son mandat l'obligeaient à faire pour prévenir et contenir le risque.

Légiférer est d'autant plus essentiel que le juge lui-même hésite. Il va se trouver de plus en plus sous la pression de mille forces centrifuges, à savoir les forces citoyennes qui lui font injonction de préempter ce législateur pour que justice se fasse et que les victimes de ces grands dommages et ces grandes catastrophes environnementales soient justement indemnisés.

Comment oublier la volte-face récente du juge italien¹ qui a exonéré les responsables d'Eternit de toute responsabilité après que dans un premier temps, au terme d'une immense et longue bataille judiciaire, le juge de Turin a condamné en mars 2012 ses dirigeants à 16 ans de prison ferme et à de lourdes indemnités ? Cette multinationale avait contrôlé pendant des décennies le marché mondial de l'amiante, exposant à ses fibres mortelles des dizaines de milliers de salariés et d'habitants.

Comment oublier que dans l'affaire *Venel*², la famille d'un ancien expatrié français travaillant dans des mines d'uranium au Niger avait obtenu dans un premier temps la condamnation solidaire d'AREVA avec sa filiale de droit nigérien à les indemniser du fait des manquements aux obligations de sécurité, jugement ensuite renversé totalement par la Cour d'appel de Paris ? L'arrêt de la Cour de Cassation est d'ailleurs attendu prochainement.

Ces hésitations fabriquent de l'imprévisibilité et de l'illisibilité dans l'action du juge, et sont source de frustration, d'exaspération et de radicalisation.

La coresponsabilité sera donc mise en œuvre de gré ou de force. Nous y avons songé quand, au sein du groupe de travail formé à l'initiative de Jacques Attali, nous avons proposé dans notre rapport remis à Monsieur le président de la République en septembre 2014 que soit modifié l'article 1833 du Code civil dont la reformulation aurait été la suivante :

1. 19 novembre 2014, Corte Suprema di Cassazione, n° 7941.
2. CA Paris, Pôle 6, 12° ch., 24 octobre 2013, n° 12/05650.

Prendre la responsabilité au sérieux

Toute société doit avoir un objet licite, être constituée et gérée dans l'intérêt pluriel des parties prenantes et concourir à l'intérêt général, notamment économique, environnemental et social.

Ce texte avait été intégré dans une première mouture de la Loi Macron pour ensuite disparaître, encore une fois sous la pression des mêmes lobbies.

La responsabilisation des acteurs privés imposera nécessairement une aggravation significative des sanctions financières qui n'ont actuellement rien de dissuasif. Le groupe de travail a déjà épinglé la France pour le caractère trop modeste des sanctions mises à la charge des personnes morales en cas de condamnations, notamment pour corruption d'agents publics étrangers.

Un livret vert sur le droit de l'environnement l'avait dit il y a quelques années à Bruxelles s'agissant des infractions environnementales. Elles sont même anticipées et permettent, aux termes de jeux d'écriture subtils, de favoriser des provisions généreuses qui réduisent d'autant les obligations fiscales.

L'irruption du préjudice écologique entériné par la Cour de Cassation dans l'affaire *Erika*¹ consacre maintenant dans la loi cette nouvelle exigence improbable qui va peser sur le juge, celle de fixer un prix aux atteintes graves portées à la nature.

Tout ceci va exiger une véritable révolution copernicienne de la société civile, consistant à rendre les ONG chargées de la défense de l'environnement de plus en plus professionnelles, techniques, exigeantes, lucides et à abandonner les logiques paresseuses des seules dénonciation et protestation.

L'irruption de la notion de crime environnemental est aussi une notion juridique récente qui va être, même si sa définition ne fait pas encore consensus, progressivement reconnue par la majorité des pays.

Aujourd'hui, les masques tombent et ils devraient tomber de plus en plus pour que cesse l'instrumentalisation par certains acteurs

1. Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 septembre 2012, 10-82.938.

Discussion

privés, voire publics, d'un nouvel engagement en faveur de l'intérêt général pour mieux servir leurs intérêts privés.

Tout ceci implique de mettre au centre de l'action publique, mais aussi des politiques privées, une vertu aujourd'hui en berne, celle du courage et de l'audace et d'illustrer ce qu'Aristote nous disait : « Le courage est le juste milieu entre la peur et l'audace ».

Remarques de PHILIPPE POCHET, directeur général de l'Institut syndical européen

Par rapport aux propositions présentées et discutées précédemment¹, je voudrais faire deux réflexions liminaires sur le rôle des entreprises et la nature des changements apportés par la question climatique (I), pour ensuite développer ma réflexion sur le rôle des syndicats relatif à la question de la responsabilité, elle-même liée à l'utilisation du droit (II).

I. LE RÔLE DES ENTREPRISES

Ma première réflexion porte sur les rôles que l'on veut attribuer aux entreprises. Des propositions soumises à réflexion et des débats du colloque, il ressort que les entreprises et en particulier les entreprises multinationales devraient, de manière complémentaire à leur mission économique (être rentable et faire des profits), se donner des missions sociales, sociétales, environnementales², ou encore, comme en Inde, se plier à une sorte de responsabilité sociale des entreprises (RSE) obligatoire³. Mais est-ce nécessairement la bonne voie à suivre ?

1. Voir *supra* les propositions de Caroline Deveaux et Kathia Martin-Chenut, p. xx.

2. O. Favereau, *Entreprise : la grande transformation*, Paris, Parole et Silence, 2014 ; I. Ferreras, *Gouverner le Capitalisme*, Paris, Puf, 2012.

3. Voir *supra*, le chapitre de Supriya Routh, « Les bases juridiques de la responsabilité sociale des entreprises en Inde », p. xx.

Prendre la responsabilité au sérieux

Est-ce que cela n'aboutirait pas *in fine* à justifier comme étant le summum de l'entreprise sociale des initiatives telles que la Fondation Bill and Melinda Gates ? Les bénéficiaires de Microsoft permettant à cette dernière de devenir une alternative privée à l'Organisation mondiale de la santé (OMS) mais avec ses propres critères de justice et ses propres priorités en matière de santé définies sans délibération publique ?

En poussant à peine le propos, l'entreprise totale deviendrait une alternative globale au rôle social de l'État. C'est aussi, comme le souligne Mireille Delmas-Marty, l'ambiguïté de la notion de responsabilité qui signifie rendre compte mais aussi prendre en charge. Dans cette double dimension se pose la question du contrôle démocratique.

Finalement, ne faut-il pas en revenir de manière paradoxale à Milton Friedman (sans les excès évidemment) et demander à l'entreprise de faire principalement des profits pour autant que les États puissent les taxer de manière juste ? Finalement la seule vraie responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise serait de payer loyalement ses impôts à l'endroit de production. C'est à l'État d'assurer de manière transparente et démocratique la redistribution et la justice sociale. Les dépenses correspondant aux recettes sont au moins validées par les choix électoraux.

La responsabilité de « sauver la planète » – ou plutôt nos conditions de vie sur cette planète – n'est pas uniquement du ressort des États et des entreprises. C'est bien plus compliqué. Il ne s'agit pas seulement donner un prix à la nature ou au carbone ni d'adopter des accords généraux sur des limites au réchauffement climatique et aux émissions de gaz à effet de serre. La question climatique et plus largement celle des externalités environnementales vont conduire à une redéfinition de la globalisation, des modes et lieux de production et de travail. Faute de place, je ne vais pas élaborer davantage ce point, mais mon argument est qu'on ne peut pas réfléchir à la question de la responsabilité comme si l'environnement restait stable ou était en changement incrémental, ou en considérant seulement le rôle des États et des entreprises. Nous sommes dans une phase de redéfinition beaucoup plus radicale.

Discussion

II. LE RÔLE DES SYNDICATS

Dans la phase actuelle de la mondialisation, nombreux sont ceux qui considèrent que l'État national est démembré ou en voie de démantèlement, ce qui pose la question du contrôle sur la mise en œuvre des législations (inspection du travail par exemple) et des formes alternatives ou complémentaires non-étatiques de ce contrôle par les acteurs privés, syndicats, ONGs, groupes de consommateurs, associations d'étudiants... La question du rôle des syndicats s'inscrit donc bien dans une double dimension, d'une part un affaiblissement du contrôle par l'État et d'autre part, un affaiblissement syndical qui nécessite d'envisager de nouvelles alliances.

La question que nous voulons développer est celle de leurs responsabilités dans l'espace (chaînes de valeurs) et dans le temps (changement climatique) en tant qu'acteurs.

Concernant le premier point (la place des syndicats dans les réflexions proposées sur la responsabilité), la première question est de savoir de qui les syndicats sont responsables dans un moment où les structures productives sont en pleine évolution.

Je voudrais illustrer la nature du problème par une discussion au sein de la Confédération européenne des syndicats (CES) à propos de traduire en français le slogan : « Social Europe for the people ». Quelle traduction adopter ? Chacun des termes couvre des périmètres différents : les gens, les personnes, les citoyens, les travailleurs, les travailleurs et leurs familles.

Si l'on parle des travailleurs, que signifie-t-on ? Ceux ayant un emploi ? inclut-on les chômeurs (travailleurs sans emploi) ? Les pensionnés (anciens travailleurs) ? Les (vrais ou faux) travailleurs indépendants ? Ou au contraire, quand on défend les travailleurs, considère-t-on seulement les membres (en ordre de cotisation) des syndicats (ce qui est par exemple le cas pour les pays scandinaves) ?

Derrière cette anecdote se cache la question fondamentale : de qui les syndicats sont-ils les représentants et quels sont les pourtours de leurs actions ?

Prendre la responsabilité au sérieux

Plus on élargit le champ de leur action, plus on dilue les spécificités syndicales liées au milieu de travail *stricto sensu* au point d'arriver à pouvoir finalement considérer les syndicats, s'ils ont la prétention de défendre quasi tous les citoyens, comme étant une grosse, très grosse ONG ou agissant presque à la manière d'un parti politique.

Cela se transcrit dans des pratiques sociales qui font que par exemple en Allemagne, IGMetall aura une stratégie centrée essentiellement sur l'entreprise et la codétermination avec les employeurs, tandis que Ver.di, dans des secteurs comme l'alimentation, aura une stratégie centrée sur l'entreprise dans son environnement (ici les consommateurs) et donc plus favorable à des alliances externes avec des groupes sensibles aux questions de consommation et d'environnement.

Mais il existe aussi des différences entre secteurs dans la capacité de mobiliser des acteurs extérieurs. Certains secteurs, comme celui du textile et de la chaussure, sont très visibles et les marques peuvent être particulièrement exposées aux risques en termes d'image de pratiques ne correspondant pas aux valeurs sociales ou environnementales généralement partagées. Mais quid des produits industriels standardisés ou des biens intermédiaires ? À ma connaissance, il n'y a pas d'ONG ou d'associations de consommateurs s'occupant des conditions de travail dans des industries ayant peu de visibilité médiatique, telles que la production de tracteurs ou les usines de ciment. Il est difficile de mobiliser l'opinion publique internationale sur des produits ayant une si faible exposition médiatique.

Enfin, ceci est également lié au niveau d'action privilégié comme niveau d'action principal : l'entreprise, le secteur, le niveau national ou une approche transnationale.

En prenant en compte ces différents éléments, on aboutit alors au tableau suivant, qui comprend trois variables, les objectifs des syndicats en termes de groupes couverts, le niveau de l'action et la nature de la production.

Discussion

Les objectifs du syndicat sont de défendre :

COMMUNAUTÉS – TRAVAILLEURS – MEMBRES

Le principal niveau d'action est :

LOCAL – SECTORIEL – NATIONAL – GLOBAL

Il s'agit de produits :

FORTEMENT VISIBLES – PEU VISIBLES

À partir de ces trois variables, on peut construire deux pôles extrêmes allant d'alliances compétitives au niveau d'entreprises locales produisant des biens à faible visibilité (pactes locaux de compétitivité) à des alliances globales (syndicats-ONG) sur des produits visibles globalisés (campagne Clean Clothes).

Ceci étant, les syndicats sont, comme la toute grande majorité des acteurs, essentiellement des acteurs nationaux comptant sur les ressources de pouvoir, institutionnelles et de légitimité nationale. Le passage au supranational (européen, par exemple), transnational (chaîne de valeurs) ou global (accords-cadres internationaux) doit se construire dans des espaces très différents avec des ressources institutionnelles faibles. En d'autres mots, la solidarité doit s'inscrire dans des espaces plus complexes et moins articulés.

Dans les articulations des chaînes de valeur de plus en plus diversifiées, il peut se produire des conflits de légitimité entre une partie de la chaîne fonctionnant sur un modèle d'alliances compétitives et d'autres sur une idée de syndicalisme global.

Il se produit une redéfinition des frontières sectorielles dans les chaînes de valeur et sur un même lieu de travail. Comme le souligne Gary Herrigel¹ à propos de l'Allemagne :

Most pressing for German Unions is the emergence of Multi-Union bargaining Units, both within the core firms themselves and along the

1. G. Herrigel, "Globalization and German Model of Production", *Journal of Labour Market Research*, 2014.

Prendre la responsabilité au sérieux

supply chain. [...] Multiple Union/multiple agreement environments are even more rife in the many supplier parks that have sprung up around large automobile assembly facilities. Suppliers perform many operations once done in-house, and the suppliers come from different industrial and service sectors. Workers in supplier parks are covered by multiple agreements between several Unions and employers associations (IG Metall, Ver.di, I.G. Chimie, etc.) Obviously, this kind of intra supply-chain segmentation poses extremely challenging (and largely unprecedented) coordination problems for Unions¹.

Cela pose une autre question, qui est celle de la stratégie à adopter. Faut-il viser une action horizontale autour des chaînes de valeur (responsabilité du donneur d'ordre, convention collective trans-secteurs ou transfrontalière, accords-cadres européens ou internationaux) ou au contraire essayer de réguler un ensemble de pays (une action au niveau européen pour avoir des socles sociaux minimaux) ou couvrant un secteur entier, comme l'accord textile avec le Cambodge ?

Certes, les différentes stratégies ne sont pas nécessairement incompatibles, et peuvent aussi être complémentaires. Je voudrais en citer deux.

Tout d'abord, les nouveaux accords commerciaux signés par l'UE avec la Corée du Sud et la Colombie ouvrent des espaces innovants pour un dialogue avec la société civile (espaces qui commencent à être explorés). Ce dialogue pourrait être articulé avec les acteurs syndicaux et non gouvernementaux actifs dans

1. « Le plus préoccupant pour les syndicats allemands est l'émergence d'unités de négociations regroupant plusieurs syndicats, à la fois au cœur des entreprises elles-mêmes et tout au long de la filière de production. [...] Ces accords et syndicats multiples sont encore plus courants dans les nombreux parcs de fournisseurs qui ont proliféré autour des grandes usines d'assemblage automobile. Les fournisseurs réalisent beaucoup d'opérations autrefois effectuées en interne et ils viennent de différents secteurs industriels et de service. Dans ces parcs de fournisseurs, les travailleurs sont couverts par des accords multiples entre plusieurs syndicats et associations d'employeurs (IG Metall, Ver.di, I.G. Chimie, etc.) Évidemment, cette segmentation interne à la filière de production pose aux syndicats des problèmes de coordination extrêmement complexes et sans précédent. »

Discussion

les chaînes de valeur. Ceci ouvrirait de nouveaux espaces d'action dans le cadre des dispositions des traités de commerce dominé par les États et les acteurs privés (entreprises, associations, syndicats) actifs transversalement.

L'autre exemple que je voudrais évoquer est celui des suites du drame de Rana Plaza. On connaît assez bien l'articulation innovante entre IndustriAll et UNI-global avec les ONG¹.

Mais récemment (en octobre 2015), des représentants de comités d'entreprises européens se sont réunis pour essayer de suivre les engagements pris par les entreprises du secteur. C'est la première fois que ce type d'instance se saisit d'une question internationale et vise à articuler ses capacités d'action en matière d'information et consultation avec les engagements pris dans l'accord.

Stratégiquement, il faut, selon moi, considérer le droit comme créant une structure d'opportunité et non comme une fin en soi, un système cohérent ou clos. Cela signifie qu'il faut le penser en interaction avec les acteurs qui vont ou non utiliser les opportunités juridiques qui sont offertes. Dans certains cas, ils parviendront même à en faire une utilisation créative qui permettra d'ouvrir de nouvelles voies non nécessairement anticipées par le législateur.

Un exemple clair est celui des directives européennes concernant l'égalité entre hommes et femmes, dans lesquelles la Cour de justice de l'UE joue, comme on le sait, un rôle extrêmement important. Sabrina Tesoka² a montré que le droit européen était utilisé de manière très différente en fonction d'une part des coalitions d'acteurs nationaux et d'autre part de formes et articulations des systèmes juridiques nationaux. Il y a là une double hétérogénéité nationale (acteurs et systèmes judiciaires) qui conduit à ce qu'il y ait beaucoup plus de recours au Royaume-Uni qu'en Allemagne ou en France.

1. J. Reinecke, J. Donaghey, "After Rana Plaza: Building Coalitional Power for Labour Rights between Unions and (Consumption-Based) Social Movement Organizations", *Organization* 22.

2. S. Tesoka, "Judicial Politics in the European Union: Its Impact on National Opportunity Structures for Gender Equality", Cologne, Max-Planck Institute, 1999.

Prendre la responsabilité au sérieux

Pour être efficace, le droit nécessite donc des acteurs actifs ainsi qu'une articulation de différents espaces et instruments à leur disposition.

Mon argument principal est qu'on doit absolument approfondir notre réflexion sur les acteurs – en particulier les acteurs syndicaux – capables d'utiliser les cadres normatifs émergeant, sans minimiser les différences existantes ou nouvelles.

Passons maintenant rapidement aux responsabilités liées aux questions environnementales.

La question pour les syndicats est temporelle dans le sens où il faut articuler la défense de l'emploi actuel et des emplois futurs. Ceci pose la question de la qualité et de la localisation des emplois créés et de ce qui pourrait être une transition juste¹.

En effet, le changement climatique peut être considéré comme étant une période de transition forte. Cela s'accompagne de l'émergence de nouveaux thèmes tels que la relocalisation, les circuits courts de production et distribution, l'économie circulaire, les biens communs, l'économie sociale, la réduction du temps de travail, la productivité *versus* la qualité.

Il est donc nécessaire de repenser le cadre de référence plus radicalement dans le temps. Il ne s'agit pas de prolongations des tendances actuelles mais de l'émergence de nouveaux narratifs et de nouvelles alliances. Pour le mouvement syndical, c'est une opportunité car les trente dernières années ont montré les limites des stratégies classiques tant dans la nature des revendications (essentiellement salariales) que par les pourtours de l'action. Les gains de la croissance ont été de plus en plus accaparés par une petite minorité tandis que l'augmentation constante de la productivité a le plus souvent été accompagnée par une réduction de la qualité du travail et des services.

Il s'agit ici de réfléchir à ce que pourrait être un droit de la transition comprenant une série de garanties à la fois personnelles

1. E. Laurent, Ph. Pochet, *Pour une transition social-écologique, Quelle solidarité face aux défis environnementaux ?*, Paris, Les Petits Matins, 2015.

Discussion

et collectives, et qui garantirait en même temps la sécurité mais aussi le changement.

Si on me demande ce que signifie prendre la responsabilité au sérieux, ma réponse directe est : savoir comment aborder ce changement radical qu'est l'enjeu climatique. Il nous force, si nous l'envisageons de manière conséquente, à explorer et emprunter des chemins nouveaux, certes chaotiques et sinueux, mais indispensables pour refonder un avenir prometteur.

CONCLUSION

Trois dynamiques pour responsabiliser les États et les entreprises transnationales

par Mireille Delmas-Marty

Pour conclure cet ouvrage, on évoquera la notion de « biens publics mondiaux » (BPM) que les économistes décrivent comme des biens à la fois « non exclusifs » (pouvant être utilisé par tous) et « non rivaux » (l'usage par quiconque ne compromet pas l'utilisation par autrui). Ce détour apparent pourrait en effet offrir un fil conducteur à nos travaux. Le climat en est sans doute l'exemple le plus emblématique, mais la notion est transposable aux autres « marchandises fictives » étudiées dans ce livre, la santé, le travail, ou la monnaie. Au confluent des deux facteurs d'internationalisation du droit que sont la globalisation économique et financière et l'universalisme éthique des droits de l'homme, cette notion de BPM exprime l'idée de valeurs communes en formation qui caractérisent la notion de bien commun au singulier¹. Elle appellerait par conséquent à prendre la responsabilité au sérieux en instituant une responsabilité de type universel.

Pourtant le processus d'internationalisation du droit, qui ne relève ni du seul droit international, ni du seul droit interne, mais de leurs interactions, n'apporte qu'une réponse très partielle, incomplète et fragmentée, à cet appel. Il semble même brouiller l'attri-

1. Voir M. Delmas-Marty, « Les biens publics mondiaux : des valeurs universelles en formation », in *Vers une communauté de valeurs ?*, *op. cit.*

Prendre la responsabilité au sérieux

bution et la mise en œuvre des responsabilités, en mêlant les deux sens occidentaux du terme : *responsibility* au sens anglais de prise en charge et *responsabilité* au sens français de rendre compte (le cas échéant devant un juge).

En ce qui concerne la prise en charge des BPM, l'internationalisation ébranle la conception traditionnelle qui confie la protection des biens « publics » à l'État selon le *modèle souverainiste*. Certes l'État reste sujet fondamental de l'ordre et du droit international, mais s'agissant de biens « mondiaux » il est concurrencé par d'autres acteurs publics, comme les organisations internationales dans le *modèle universaliste*. Mais il est surtout concurrencé par les acteurs privés. Or il faut souligner la diversité de ces acteurs qui vont du simple citoyen lanceur d'alerte aux plus puissantes entreprises transnationales (ETN), en passant par la société civile organisée (ONG et syndicats dont on a pu observer la présence active après le drame du Rana Plaza) ; également les experts scientifiques (rapports du GIEC sur le climat) ou les Églises, fortement engagées aussi dans la lutte contre le dérèglement climatique (Lettre encyclique du Pape François). On accordera cependant dans ces conclusions, comme nous l'avons fait dans nos propositions, une place particulière aux ETN en raison d'un paradoxe. On observe en effet la montée en puissance des ETN sur la scène internationale, au point de concurrencer les États (comme on l'a vu *supra* à propos de la santé mondiale avec la Fondation Gates), voire d'usurper leurs fonctions (comme le dénonce Susan George¹), alors que leur obligation de rendre compte devant un juge s'est trouvée considérablement affaiblie par la dérégulation qui accompagne la globalisation du *modèle libéral*.

En ce qui concerne l'obligation de rendre compte, en effet, la dispersion des acteurs semble entraîner la dilution des responsabilités et l'impuissance des instances de contrôle (national ou supranational) et des organes de sanction (juridictionnels ou quasi juridictionnels : face aux acteurs les plus puissants (États et ETN), les BPM

1. Voir S. George, *Les Usurpateurs. Comment les entreprises transnationales prennent le pouvoir*, Paris, Seuil, 2014.

Conclusion

ne seraient ni opposables, ni justiciables devant un juge (national ou international). Ainsi l'internationalisation du droit aboutirait, pour reprendre la formule de Pierre Calame, à un système d'irresponsabilité illimitée.

À moins que les pratiques n'annoncent une métamorphose : au lieu de conduire à la dilution des responsabilités, la dispersion des acteurs préparerait une redistribution des responsabilités afin de consolider le lien entre la détention d'un pouvoir global, qu'il soit exercé par des acteurs étatiques ou non étatiques, et l'obligation de répondre des effets de ce pouvoir.

Plutôt que de décrire un nouveau modèle, encore en gestation, on tentera de saisir les dynamiques qui transforment le droit de la responsabilité et sous-tendent les propositions formulées ci-dessus¹.

La dynamique déjà observable, la moins intrusive, consiste à *adapter les modèles existants*, qu'ils consacrent la souveraineté des États ou l'autonomie des entreprises : adapter le modèle libéral en passant de l'entreprise actionnariale à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) et adapter le modèle souverainiste en élargissant la souveraineté solitaire à une souveraineté solidaire.

Si ce type d'adaptation permet sans doute de répartir la charge à la fois sur les États et sur les ETN, il ne supprime pas le risque d'irresponsabilité. D'où la recherche de dynamiques alternatives, de nature hybride, encore en débat. S'agissant de responsabiliser les États, le modèle souverainiste, même élargi à la prise en charge des BPM, limite la responsabilité au bon vouloir des États, selon qu'ils acceptent ou refusent les mécanismes d'arbitrage. En revanche le modèle universaliste, qui placerait leur responsabilité sous le contrôle de juges internationaux, peut sembler peu effectif (en raison de la résistance des États) et peu légitime (d'un point de vue démocratique). L'alternative consisterait donc à combiner les deux modèles afin d'*assouplir l'universalisme* et d'en améliorer

1. Voir *supra*, partie IV, « Jalons pour une reconnaissance du principe de responsabilité à l'échelle mondiale ».

Prendre la responsabilité au sérieux

l'effectivité et la légitimité selon le principe des « responsabilités communes mais différenciées » (RCD).

Quant aux ETN, l'autorégulation du modèle libéral, même étendue aux BPM par la RSE, reste très proche de l'irresponsabilité car elle n'est ni précise, ni obligatoire, ni sanctionnée. D'où l'alternative qui tendrait à *encadrer le libéralisme* en combinant la *soft law* et la *hard law* dans la perspective d'une mise en conformité qui concilie l'autorégulation avec une régulation plus contraignante.

I. ADAPTER LES MODÈLES EXISTANTS À LA PRISE EN CHARGE DES BPM

Venue de l'économie, la notion de bien « mondial » aurait vocation à être prise en charge sur le marché mondial par les ETN, mais l'adjectif « public » désignerait plutôt les États. En réalité, responsabiliser les unes comme les autres commence sans doute par une adaptation des modèles existants.

A. Adapter le modèle libéral : de l'entreprise actionnariale à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE)

La notion de biens publics mondiaux met notamment en évidence les insuffisances de la théorie économique classique sur la régulation par le marché ; elle renouvelle les représentations de l'entreprise, élargissant la vision de l'intérêt général perçu comme conjugaison des intérêts particuliers¹. Pour éviter que la finalité de l'entreprise se limite à la maximisation du profit, elle incite à intégrer des objectifs d'intérêt général à l'objet social des entreprises, rejoignant ainsi la notion de « responsabilité sociale et environnementale de

1. M. Capron, F. de Quairel-Lanoizelée, *L'Entreprise dans la société : une question politique*, Paris, La découverte, 2015.

Conclusion

l'entreprise » (RSE), notamment à travers les codes de conduite, publics et privés.

Dès les années 1970, l'implication d'entreprises dans des violations graves des droits de l'homme en Amérique latine ou en Afrique du Sud a donné lieu à l'élaboration de Codes de conduite publics à l'intention des entreprises : Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales, 1976 ; Déclaration tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale, 1977 ; enfin il faut signaler, dans le prolongement du Projet de Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises de l'ancienne Sous-Commission des droits de l'homme des Nations unies¹, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme² adoptés par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies en 2011.

Explicité par le rapport Ruggie (« *Protect, respect and remedy* »), ce dispositif non contraignant n'est pas sans effets, comme en témoignent l'ajout d'un chapitre spécifique sur les droits de l'homme dans les Principes directeurs à l'intention des multinationales de l'OCDE, ou l'adhésion du Conseil de l'Europe³ et de l'Union européenne⁴ aux Principes onusiens et leur mise en application au sein des États membres. En outre, il impose aux entreprises une obligation de « diligence raisonnable » (*due diligence*) afin de prévenir des activités pouvant constituer des violations des droits de l'homme ou des atteintes à l'environnement. Sous la pression des médias, de l'opinion publique, des consommateurs et des ONG apparaîtront d'autres initiatives, à caractère privé (codes et déontologie des entreprises) ou mixte (par exemple la norme générale élaborée par l'International Standardisation Organisation, ISO 26000).

En somme, la RSE pourrait être comprise comme une incitation à intégrer la notion de bien commun à l'objet social. Mais elle

1. E/CN.4/Sub2/2003/12/Rev.2.

2. A/HRC/17/31 du 21 mars 2011.

3. Travaux du Comité directeur du Conseil de l'Europe pour les droits de l'homme.

4. COM(2011)681 final, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 ».

Prendre la responsabilité au sérieux

ne garantit pas l'existence d'un contrôle qui reste en définitive du domaine des États¹. D'où l'intérêt qu'il y aurait à replacer l'État au centre du règlement des différends en matière d'investissement (comme le fait déjà le Brésil) et à renforcer les clauses sociétales dans les accords de l'OMC. À défaut, il resterait à compléter la RSE par un second processus d'adaptation concernant le modèle souverainiste, par extension des compétences nationales.

B. Adapter le modèle souverainiste : de la souveraineté solitaire à la souveraineté solidaire

À la différence du partage de souveraineté, parfois évoqué à propos de l'Europe, l'expression de souveraineté « solidaire » n'implique pas une division par exclusion de certaines des compétences traditionnelles, mais une addition par inclusion de nouvelles compétences, tendant précisément à intégrer les solidarités liées à l'accroissement des interdépendances.

Pour qu'une telle métamorphose soit possible, il faut réussir à organiser les réponses aux interdépendances tout en conservant le minimum d'indépendance sans laquelle le concept même d'État serait menacé. On rejoint ici le souhait exprimé par Isabelle Daugareilh,

que les Nations unies adoptent un instrument de coopération judiciaire consacrant de manière contraignante un principe d'obligation solidaire entre États pour assurer le respect des droits humains, sociaux et environnementaux².

En attendant un tel instrument, on pourrait songer à mettre la compétence extraterritoriale des États au service du droit international. C'est un peu l'exercice auquel se livre la Cour suprême des

1. Voir *supra*, François Brunet, chapitre 14, « L'État garant en dernier ressort », p. xx.

2. Voir *supra*, Isabelle Daugareilh, chapitre 10, « La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité », p. xx.

Conclusion

États-Unis à partir de l'*Alien Tort Statute* (ATS), un texte de 1789 étonnamment actuel parce qu'il donne compétence aux juridictions fédérales US pour prononcer des sanctions civiles (dommages et intérêts punitifs et dissuasifs), en cas de violation du droit international (*Law of Nations*, droit des gens), expression extrêmement large, d'autant que les violations visées sont commises à l'étranger par des étrangers, sur des victimes étrangères. L'objectif était de protéger les diplomates, mais aussi tout citoyen étranger, contre des violations universellement réprouvées, commises à l'époque par les pirates, ennemis du genre humain ("*common enemies of mankind*"). Redécouvert dans les années 1970, après un long sommeil, par des avocats défenseurs des droits de l'homme, l'ATS fut invoqué, et parfois appliqué, dans des affaires de torture, d'esclavage, de travail forcé, ou même d'atteintes à l'environnement.

Mais son avenir est incertain depuis l'affaire *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*¹. Les victimes de graves violations des droits de l'homme commises au Nigeria par les forces armées militaires (afin de réprimer la résistance de la population locale aux effets polluants de l'exploitation du pétrole sur leur territoire) avaient mis en cause la responsabilité de Shell pour complicité. Les juges d'appel ayant motivé leur refus par l'inapplicabilité de l'ATS aux personnes morales, la Cour suprême devait confirmer l'inapplicabilité du texte en avril 2013, mais au motif qu'« il existe en droit américain des présomptions défavorables à l'extraterritorialité » car il faut respecter la courtoisie afin d'éviter les « *unintended clashes* ».

Cette conception solitaire de la souveraineté (« United States law does not rule the world ») peut sembler quelque peu décalée quand on observe la multiplication des lois extraterritoriales qui imposent le droit américain dans des domaines comme la corruption, la comptabilité des sociétés, ou les embargos économiques sur le modèle d'un souverainisme hégémonique, car il tend à protéger non pas les BPM mais les intérêts américains. De façon plus nuancée, le

1. V. Curran, « La jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis sur l'extraterritorialité et d'autres questions d'importance internationale », *D.* 2014. 2473.

Prendre la responsabilité au sérieux

juge Breyer, rejoint dans son opinion séparée par trois autres juges, admet l'extraterritorialité dans certains cas, notamment pour éviter que les États-Unis ne deviennent un refuge pour les « ennemis du genre humain ». En l'espèce, les juges rejettent l'argument des victimes, considérant que le groupe Shell avait seulement un bureau à New York.

À travers cet exemple, on entrevoit cependant comment l'émergence d'un souverainisme non plus solitaire, mais solidaire, pourrait ajouter la protection des BPM aux intérêts nationaux. Reste à savoir qui sont les « ennemis du genre humain ». Au XVIII^e siècle il s'agissait des pirates. Au XXI^e siècle la difficulté est qu'il peut s'agir d'acteurs aussi puissants que les États eux-mêmes ou les ETN.

D'où l'apparition de nouvelles dynamiques plus complexes car elles tentent de concilier des impératifs opposés : assouplir l'universalisme pour responsabiliser les États au niveau supranational, sans pour autant supprimer leur diversité (dispositif des responsabilités communes mais différenciées RCD) ; ou encore encadrer le libéralisme, sans pour autant renoncer à l'autorégulation (programmes de mise en conformité).

II. ASSOUPLIR L'UNIVERSALISME :

LES « RESPONSABILITÉS COMMUNES MAIS DIFFÉRENCIÉES »

Le dispositif des « responsabilités communes mais différenciées » (RCD) est apparu dans la Convention climat de Rio en 1992 et a été repris dans le Protocole additionnel de Kyoto en 1997. Critiqué pour avoir servi d'alibi à l'inertie, ce dispositif avait sans doute été mal utilisé dans sa première version, car limité à deux catégories : les pays industrialisés qui s'engagent immédiatement sur un agenda précis et les autres, dont l'engagement se réduit à une obligation d'adaptation extrêmement vague. Du coup, il obligeait à renégocier l'accord quand la situation évolue, ce qui a conduit au blocage que l'on observe depuis 2009 face aux tentatives pour organiser la période

Conclusion

post Kyoto. Or les données sont évolutives : les pays émergents (membres des BRICS) rattrapent les pays industrialisés (membres de l'OCDE) en termes de PNB, mais aussi en termes de pollution. Ainsi, depuis 2006, le taux de tonnes de CO₂ émises par personne et par an en Chine dépasse le taux Européen (7,2 au lieu de 6,8).

Ce n'est pas une raison pour renoncer au dispositif RCD mais, au contraire, c'en est une pour le consolider car il serait transposable à d'autres marchandises fictives, comme la santé, le travail ou la stabilité de la monnaie. Dans tous ces domaines, où des valeurs communes sont en formation, on peut faire le même constat : dans le monde tel qu'il est, il est peu réaliste de prétendre imposer les mêmes règles, et la même vitesse d'intégration de ces règles, à tous les États ; mais il serait aussi peu réaliste, face à la nature globale des phénomènes concernés, de laisser chaque État faire ses choix en toute autonomie. D'où la proposition, pour sortir de l'impasse, de combiner trois éléments : une politique commune, une évaluation différenciée des pratiques nationales, enfin un mécanisme contraignant.

La politique commune peut être définie, comme elle l'est en matière climatique, à travers des objectifs communs, ainsi qu'une grille d'analyse commune permettant de comparer les contributions de chaque État à sa mise en œuvre¹.

Encore faut-il résoudre la contradiction entre une politique commune et des pratiques qui peuvent varier d'un pays à l'autre. Pour y parvenir, il faut que l'évaluation des pratiques nationales différencie les responsabilités selon des principes communs.

La différenciation des responsabilités est particulièrement complexe si l'on prend l'exemple de la responsabilité climatique, ou plus largement écologique, car sa double dimension (transnationale et transtemporelle) entraîne une différenciation différente aux trois temps de l'engagement.

Au futur, la responsabilité climatique correspond à la reconnaissance d'un devoir des générations présentes à l'égard des générations futures, qui impose de limiter le développement afin qu'il

1. Voir *infra*, § IV

Prendre la responsabilité au sérieux

soit « durable ». Cette première forme de responsabilité, de nature prospective, repose sur un *principe d'anticipation*. Ce principe relève de critères qui ont une vocation globale car ils sont éclairés par les scientifiques du GIEC selon deux échelles qui devraient permettre de mesurer la gravité objective du risque (probabilité ou vraisemblance, gravité des conséquences) et de considérer la fiabilité des preuves (qualité, cohérence, etc.)

Au passé, la reconnaissance de la « dette écologique », que les générations présentes ont hérité des générations antérieures, conditionne la notion de développement « équitable ». Cette deuxième forme de responsabilité, de nature rétrospective, renvoie à un *principe de responsabilité « historique »*. C'est une réponse à l'injustice qu'il y aurait d'imposer les mêmes limites au développement dans les pays qui n'ont jamais profité de la croissance économique et dans ceux qui en ont déjà profité. Un tel principe, qui sous-tend, par exemple, la création d'un Fonds vert pour le climat afin de financer des aides en faveur des pays en développement, est cependant d'application limitée à quelques pays et transitoire.

Au présent, le droit au développement impose de rendre la norme internationale « acceptable » par les générations présentes. Cette troisième forme de responsabilité appelle la différenciation des pratiques nationales selon un *principe de contextualisation* qui évoque la notion de subsidiarité en droit européen et celle de marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce principe relève en effet de choix politiques au sens large, donc de critères relatifs au contexte national : économique (notion de « coût économique acceptable »), mais aussi social et culturel (lutte contre les exclusions), géographique (vulnérabilité de certains pays), voire technologique (dangerosité de certaines pratiques).

Si les deux premiers principes semblent limités pour l'essentiel à la protection du climat et de l'écosystème, le principe de contextualisation semble indispensable à la protection de tous les BPM car il offre, au prix d'un surcroît de transparence et de rigueur dans sa mise en œuvre, un instrument pour harmoniser les responsabilités sans les uniformiser et pour faire de l'Espace planétaire un espace

Conclusion

normatif unique mais à géographie variable et à plusieurs vitesses. Un tel espace permettrait en outre d'adapter la responsabilité à mesure que les données se modifient, sans recommencer chaque fois les négociations (notion de responsabilité évolutive).

Enfin un mécanisme contraignant serait sans doute nécessaire. La Conférence de Paris sur le changement climatique est une occasion exceptionnelle de dépasser les résistances habituelles des États car le climat mobilise non seulement la société civile et les scientifiques, mais aussi les acteurs économiques. Même les grands pays naguère les plus réservés commencent à évoluer (voir l'accord Chine-États-Unis de novembre 2014).

Plusieurs voies sont possibles. La plus simple consisterait à étendre le mécanisme d'observance de Kyoto, conçu comme le jeu de la carotte et du bâton, qui combine la prévention par le groupe (devenu chambre) de facilitation (des conseils et une « action en facilitation ») et la sanction, le constat d'incompatibilité pouvant aboutir à des mesures proches des pénalités. Encore faudrait-il le renforcer car son application reste très insuffisante.

À défaut, il conviendrait de suivre la voie proposée par Sandrine Maljean-Dubois¹ en favorisant d'abord des dispositifs informels de vigilance comme la *due diligence*, sans pour autant exclure par la suite une clause de règlement des différends permettant de mettre plus directement en cause la responsabilité des États.

On pourrait d'ailleurs assortir la *due diligence* d'un dispositif analogue à la mise en conformité pour les entreprises (*compliance*) de type OCDE : à partir de principes directeurs non contraignants il est possible en cas de violation de saisir le « point de contact national ».

On pourrait aussi, en suivant la proposition n° 6 évoquée *supra*, renforcer l'articulation entre droit international de l'environnement et droit international des droits de l'homme (voir cependant les réserves d'Antoine Frérot², Président de Veolia). Enfin il ne faut

1. À paraître in C. Bréchnac, G. de Broglie et M. Delmas-Marty (dir.), *L'Environnement et ses métamorphoses*, *op. cit.*

2. Voir *supra*, chapitre 19, p. xx.

Prendre la responsabilité au sérieux

pas exclure à terme la reconnaissance directe d'un pouvoir de sanction confié à une instance internationale, juridictionnelle ou quasi juridictionnelle, sur le modèle soit de l'Organe d'appel de l'OMC, soit du Tribunal international du droit de la mer, voire de la Cour pénale internationale. Mais aucun de ces mécanismes ne permet sanctionner des ETN. D'où la nécessité d'une troisième dynamique.

III. ENCADRER LE LIBÉRALISME : LA « MISE EN CONFORMITÉ » (*COMPLIANCE*)

La libre circulation des capitaux et des marchandises a permis aux ETN de s'émanciper des responsabilités sociales et environnementales qui pesaient sur elles à travers les droits nationaux. C'est ainsi que les droits nationaux sont devenus concurrents sur un vaste marché des droits. Ils participent à une course au « moins-disant social et environnemental » et favorisent le phénomène dit *forum shopping* qui traduit la tendance des ETN à s'orienter vers les États dont les législations sont les moins contraignantes, que ce soit au regard des normes sociales, financières, sanitaires ou environnementales. Cette dérégulation n'est que très imparfaitement compensée par les mécanismes d'autorégulation résultant de la RSE. Car les victimes potentielles des dommages causés directement ou indirectement par les activités des ETN se trouvent de fait dans des pays dépendant des investissements étrangers ou abritant leur siège social : il est extrêmement difficile dans ces conditions d'obtenir réparation, comme en témoignent les exemples évoqués *supra* de Bhopal en Inde, du Probo Koala en Côte d'Ivoire, de Chevron en Équateur, ou encore du Rana Plaza au Bangladesh.

La responsabilité des entreprises transnationales ne semble donc assurée ni par le droit interne limité par sa territorialité, ni par le droit international traditionnellement réservé aux États. La seule exception, destinée à permettre aux investisseurs privés de soumettre à l'arbitrage international leurs litiges avec les États, ne fait

Conclusion

qu'accentuer l'asymétrie car les États n'ont pas la possibilité de poursuivre les investisseurs qui violeraient les droits de l'homme. En effet, l'internationalisation du droit à vocation économique est beaucoup plus rapide et efficace – notamment en termes de mécanismes de contrôle – que l'internationalisation concernant les droits sociaux, ou plus largement les BPM.

Pour remédier à ce constat d'irresponsabilité, il faudrait réussir à articuler *soft law* et *hard law*, comme tentent de le faire les programmes de mise en conformité (*compliance*) selon deux processus inverses et complémentaires.

Adoucir la hard law, c'est partir du droit interne, notamment pénal. On sait que les voies d'évitement de la voie pénale se sont développées depuis quelques années, d'abord aux États-Unis puis en Europe, par le jeu d'accords (*deals of justice*) avec le procureur pour différer les poursuites (*Differed Prosecution Agreement*, loi US 1992-93) en contrepartie de programmes de *compliance* particulièrement efficaces pour responsabiliser les ETN. Ces accords dispensent le procureur d'établir les preuves, tâche extrêmement difficile à l'échelle mondiale, et sont acceptés par le suspect qui évite ainsi un procès pénal pouvant déstabiliser l'entreprise pendant des années et impliquant une menace d'incarcération pour les dirigeants. Toute la mise en scène du procès pénal s'en trouve inversée : le suspect avoue pour ne pas être déclaré coupable et recrute un avocat pour enquêter contre lui-même afin de préparer la procédure de *compliance*. Comme l'avait montré Stefano Manacorda, « c'est une dynamique normative qui voit le jour, dans laquelle l'État et la communauté internationale deviennent des régulateurs de l'autorégulation »¹. Encore faut-il que la menace d'un procès pénal soit crédible, ce qui favorise les systèmes pénaux les plus redoutés comme le système américain, au risque de consacrer une forme hégémonique de régulation peu compatible avec une conception démocratique de l'ordre mondial.

1. S. Manacorda, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises : déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ? », in A. Supiot (dir.), *L'Entreprise dans un monde sans frontières*, op. cit., p. 205.

Prendre la responsabilité au sérieux

D'où l'intérêt de durcir la soft law, à partir des dispositifs, nationaux et internationaux, de la RSE. C'est notamment la méthode appliquée par l'OCDE pour la mise en œuvre de ses *Principes directeurs* non contraignants : il est possible en cas de violation de saisir le « point de contact national », organe tripartite qui vérifie la mise en conformité et le cas échéant organise une médiation devant les institutions internationales. C'est aussi la méthode qui sous-tend l'Accord sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments signé le 13 mai 2015 par deux fédérations syndicales et par des sociétés transnationales, à la suite de l'accident du Rana Plaza et placé sous la garantie de l'OIT. Mais on a vu *supra* que la résistance américaine en avait singulièrement compliqué la mise en œuvre¹.

En toute hypothèse, une telle méthode implique, face à l'organisation réticulaire des ETN, la reconnaissance non seulement déontologique mais juridique d'un devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. La question est actuellement débattue en France. La proposition de loi du 11 février 2015 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre établit sur la base du code civil un régime de responsabilité civile délictuelle qui fait abstraction de la personnalité distincte des composantes du groupe. Si le projet est adopté, il pourrait déclencher un mouvement européen, d'autant qu'une obligation analogue est consacrée par la directive européenne sur les informations non financières², en cours de transposition en droit français, qui prévoit parmi les informations devant être rendues publiques, celles relatives aux « procédures de diligence raisonnée ».

À l'échelle mondiale, une Résolution du Conseil des droits de l'homme des Nations unies, adoptée le 25 juin 2014, annonce la création d'« un groupe de travail intergouvernemental » chargé d'élaborer « un instrument international juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de

1. Voir *supra*, Isabelle Daugareilh, « La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité », chapitre 10, p. xx.

2. 2014/95/UE du 22 octobre 2014.

Conclusion

l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises »¹. On pourrait y voir aussi l'amorce d'une articulation de la *soft law* à la *hard law* concernant, à travers les droits de l'homme, la protection des BPM.

En définitive, les trois dynamiques sont nécessaires : il faut adapter le souverainisme pour le rendre plus solidaire et le libéralisme pour l'ouvrir à la responsabilité sociétale de l'entreprise, mais cela ne suffira pas pour responsabiliser États et ETN à l'heure de la globalisation. Deux autres dynamiques, qui relèvent davantage de l'innovation juridique selon des modèles hybrides, peuvent être testées comme instruments d'une véritable coresponsabilité des États et des ETN. En matière climatique, il s'agit d'assouplir l'universalisme afin de consacrer une responsabilité universelle des États à la fois commune et différenciée. En revanche dans les autres domaines étudiés, et notamment en matière sociale, la priorité serait plutôt d'encadrer le modèle libéral. Façon de combiner l'autorégulation avec une régulation plus contraignante qui pourrait relever du droit national ou international, en attendant la mise en place de juridictions internationales pour juger les ETN.

À condition d'éviter à la fois les dérives hégémoniques qui assujettissent les ETN aux intérêts nationaux des superpuissances (américanisation des programmes de *compliance*²) et les dérives ultralibérales qui font des ETN la forme dominante de l'organisation politique du monde³, se dessinerait ainsi, dans toute sa complexité, le nouveau modèle dit du « pluralisme ordonné » qui inspire nos douze propositions.

* * *

À l'heure où les interdépendances entre États sont de plus en plus visibles, le profit et la peur peuvent apparaître comme de puissants

1. A/HRC/26/L.22/Rev.1.

2. S. Manacorda, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises », art. cit.

3. J.-Ph. Robé, *Le Temps du monde de l'entreprise*, op. cit.

Prendre la responsabilité au sérieux

facteurs de cohésion. Mais ils ne suffisent pas, car ils peuvent aussi dresser les peuples les uns contre autres, conduisant vers la séparation, voire l'affrontement dans une guerre civile mondiale permanente, comme en témoigne de façon tragique le terrorisme global.

Si le plus probable est sans doute l'avènement d'un grand marché mondial, autorégulé par les financiers et les opérateurs économiques et/ou assujetti aux plus grandes puissances, il n'y a pas d'étanchéité d'un domaine à l'autre. C'est pourquoi la déstabilisation des ordres juridiques nationaux par le marché, combinée à un terrorisme qui se globalise et se radicalise, et à des dérèglements climatiques en pleine accélération, peut aussi bien conduire au Grand effondrement de la planète, qu'au Grand enfermement dans une société de contrôle rendue possible par les innovations technologiques, et dont on observe déjà les premières manifestations.

En revanche, il y a peut-être encore une chance de prendre appui sur la mobilisation actuelle face au dérèglement climatique pour concevoir et appliquer une politique mondiale de protection des BPM, liée à un sentiment d'appartenance à la même communauté mondiale interhumaine. Certes cette communauté ne peut s'enraciner dans une histoire et une mémoire communes, mais elle pourrait naître de la conscience de la vulnérabilité du territoire commun de la planète et de la volonté de préserver un avenir à l'humanité¹. Nourrie d'une éthique commune, voire d'une fierté commune liée à un sentiment de responsabilité des humains comme seuls êtres conscients, cette conscience et cette volonté pourraient à terme unir les hommes et les groupes humains, par-delà leur diversité, dans une commune responsabilité. Tel est en tout cas le pari qu'il faut tenter de relever.

1. Voir l'ardente interpellation lancée par M. Rocard, *Suicide de l'Occident, suicide de l'humanité ?*, Paris, Flammarion, 2015.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- Naissance du code civil. An VIII-an XII, 1800-1804*, Paris, Flammarion, 1989.
- Arendt Hannah, *Condition de l'homme moderne*, Paris, Calmann-Lévy, 1983.
- Archer David, Rahmstorf Stefan, *The Climate Crisis*, New York, Cambridge University Press, 2010.
- Audit Mathias (dir.), *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, Paris, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 2011.
- Aycut Stefan, Dahan Amy, *Gouverner le climat ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015.
- Beck Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, Suhrkamp, 1986, trad. fr. *La société du risque : Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2008.
- Berns Thomas et al., *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- Biardeau Madeleine, *Le Mahābhārata, Un récit fondateur du brahmanisme et son interprétation*, tomes I et II, Paris, Seuil, 2002.
- Boidin Bruno, *La Santé, bien public mondial ou bien marchand ? Réflexion à partir des expériences africaines*, Lille, Presses universitaires du Septentrion, 2014.
- Bright Claire, *L'Accès à la justice civile en cas de violation des droits de l'homme par les entreprises multinationales*, Thèse 2013, Florence, EUI.
- Burgorgue-Larsen Laurence, Úbeda de Torres Amaya, *Las Decisiones Básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Civitas, Navarra, 2009.

Prendre la responsabilité au sérieux

- Caillet Marie-Caroline, *Le Droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, thèse de doctorat, université de Bordeaux, 24 novembre 2014.
- Canal-Forgues Éric (dir.), *Démocratie et diplomatie environnementales. Acteurs et processus en droit international*, Paris, Pedone, 2015.
- Capron Michel, Quairel-Lanoizelée Françoise, *L'Entreprise dans la société. Une question politique*, Paris, La Découverte, 2015.
- Cartry Michel, Detienne Marcel, *Destins de meurtriers*, numéro spécial de la revue *Systèmes de pensée en Afrique Noire*, 1996, cahier 14, Paris, CNRS-EPHE.
- Cummins David, Mahul Olivier, *Catastrophe Risk Financing in Developing Countries*, Washington, DC, World Bank, 2008.
- Dam Cees (van), *European Tort Law*, Oxford, OUP, 2013.
- Daugareilh Isabelle, *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- Delmas-Marty Mireille, *Les Forces imaginantes du droit, vol. III, La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2010.
- , *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010.
- , *Les Forces imaginantes du droit, vol. IV, Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011.
- , *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*, Paris, Seuil, 2013.
- Descamps Olivier, *Les Origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005.
- Du Qun, *Ecosystem, Conservation Law in China : Legal Study on Integrated Ecosystem Management and Ecological Compensation (生态保护法论——综合生态管理和生态补偿法律研究)*, Higher Education Press, 2012.
- Dumézil Georges, *Mythe et épopée*, tome I, Paris, Gallimard, 1968.
- Dumont Daniel, *La Responsabilisation des personnes sans emploi en question*, Bruxelles, La Charte, 2012.
- Ewald François, *L'État-providence*, Paris, Grasset, 1986.
- Fabre-Magnan Muriel, *Droit des obligations. Tome 2 : Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, Puf, 3^e éd., 2013.
- Fauconnet Paul, *La Responsabilité : Étude de sociologie (1920)*, Paris, Alcan, 1928.
- Favereau Olivier, *Entreprise : la grande transformation*, Paris, Parole et Silence, 2014.

Bibliographie

- Ferreras Isabelle, *Gouverner le capitalisme*, Paris, Puf, 2012.
- Friedman Milton, *Capitalisme et liberté*, Paris, Leduc, 2010.
- Garapon Antoine, Servan-Schreiber Pierre (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, Puf, 2013.
- George Susan, *Les Usurpateurs. Comment les entreprises transnationales prennent le pouvoir*, Paris, Seuil, 2014.
- Girard Bénédicte, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2015, Bibliothèque de droit privé, préface M. Fabre-Magnan.
- Goldman Berthold, *La Détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, Paris, Sirey, 1947.
- Gostin Lawrence, *Global Health Law*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 2014.
- Grad Frank P., *Treatise on Environmental Law*, New York, M. Bender, 1997.
- Greenfield Kent, *The Failure of Corporate Law : Fundamental Flaws and Progressive Possibilities*, Chicago/Londres, The University of Chicago Press, 2006.
- Hu Yunteng, *Compréhension et application de l'avis d'interprétation relatif aux affaires criminelles de pollution environnementale (环境污染刑事司法解释理解与适用)*, The People's Court Press, 2014.
- Huang Taiyun, « Explications sur l'Amendement VIII à la loi pénale (II) » (刑法修正案[八]解读[二]), *People's Procuratorial Semimonthly (中国检察)*, 2011, n° 7, p. 49-63.
- Huret Romain, *Katrina, 2005. L'ouragan, l'État et les pauvres aux États-Unis*, Paris, Éditions de l'EHESS, coll. « Cas de figure », 2010.
- Ibbetson David J., *A Historical Introduction to the Law of Obligation*, Oxford, OUP, 1999.
- Jonas Hans, *Le Principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique (1979)*, Paris, Flammarion, 1995.
- Kane Pandurang Vaman, *History of Dharmaśāstra*, volume III, Poona, Bhandarkar Oriental Research Institute, 1973.
- Kapani Lakshmi, *La Notion de saskāra dans l'Inde brahmanique et bouddhique*, tome I, Paris, De Boccard, 1992 ; tome II, Paris, De Boccard, 1993.
- Kemp Peter, Nielsen Lisbeth Witthøfft, *The Barriers to Climate Awareness*, Danish Ministry for Climate and Energy, 2009.
- Laurent Éloi, Pochet Philippe, *Pour une transition social-écologique, Quelle solidarité face aux défis environnementaux ?*, Paris, Les Petits Matins, 2015.

Prendre la responsabilité au sérieux

- Legendre Pierre, *Les Enfants du Texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Paris, Fayard, 1992.
- Legendre Pierre (dir.), *Tour du monde des concepts*, Paris, Fayard/Institut d'études avancées de Nantes, 2014.
- Lequette Yves, Molfessis Nicolas (dir.), *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, Paris, Dalloz, 2015.
- Liberski-Bagnoud Danouta, *Les Dieux du territoire. Penser autrement la généalogie*, Paris, Éditions du Cnrs, 2002.
- Liu Junhai, *Droit des sociétés*, Pékin, Presses de l'Université de Pékin, 2008 (刘俊海 : « 公司法 », 北京, 北京大学出版社, 2008年第一版).
- Lord Richard *et al.* (ed.), *Climate Change Liability. Transnational Law and Practice*, Cambridge University Press, 2012.
- Madjarian Grégoire, *L'Invention de la propriété. De la terre sacrée à la société marchande*, Paris, L'Harmattan, 1991.
- Maljean-Dubois Sandrine, Roger Apolline (dir.), *L'Implication des entreprises dans les politiques climatiques. Entre corégulation et autorégulation*, Paris, La Documentation Française, 2011.
- Masson-Oursel Paul, Wilman-Grabowska Hélène (de), Stern Philippe, *L'Inde antique et la civilisation indienne*, Paris, La Renaissance du livre, 1933.
- Moreau Marie-Ange, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006.
- Moss David A., *When All Else Fails. Government as the ultimate risk manager*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- Miller David, *National Responsibility and Global Justice*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2007.
- Neyret Laurent, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2006.
- (dir.), *Des écocrimes à l'écocide – Le droit pénal au secours de l'environnement*, Paris, Bruylant, 2015.
- Ost François, *La Nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995.
- Papadakis Konstantinos (ed.), *Shaping Global Industrial Relations – the Impact of International Framework Agreements*, ILO, 2011.
- Perdue Peter, *Exhausting the Earth. State and Peasant in Hunan (1500-1850)*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.
- Polanyi Karl, *The Livelihood of Man* [1977], trad. fr. *La Subsistance de l'homme. La place de l'économie dans l'histoire et la société*, Paris, Flammarion, 2011.

Bibliographie

- Postel Nicolas, Sobel Richard, (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Lille, Presses Universitaires du Septentrion, 2013.
- Qin Yucai, Wang Jin, *Developing Eco-compensation Regulations in China : The Way forward* (中国生态补偿立法 : 路在前方), Peking University Press, 2013.
- Rebeyrol Vincent, *L’Affirmation d’un droit à l’environnement et la réparation des dommages environnementaux*, Paris, Defrénois, 2010.
- Reinhart Carmen M., Rogoff Kenneth S., *Cette fois c’est différent. Huit siècles de folie financière*, Paris, Pearson, coll. « Les temps changent », 2010.
- Rèmond-Gouilloud Martine, *Du droit de détruire, essai sur le droit de l’environnement*, Paris, Puf, coll. « Les voies du droit », 1989.
- Renou Louis, Filliozat Jean, *L’Inde classique, Manuel des études indiennes*, tome I, Paris, Payot, 1947 ; tome II, Paris/Hanoï, Imprimerie nationale/École française d’Extrême Orient, 1953.
- Robé Jean-Philippe, *Le Temps du monde de l’entreprise, Globalisation et mutation du système juridique*, Paris, Dalloz, 2015.
- Roger Baudoin (dir.), *Entreprise : formes de la propriété et responsabilités sociales*, Paris, Collège des Bernardins/Lethielleux, 2012.
- Segrestin Blanche, Roger Baudoin, Vernac Stéphane (dir.), *L’Entreprise : point aveugle du savoir*, Colloque de Cerisy, Éditions Sciences humaines, 2014.
- Sherpa, *Réguler les entreprises transnationales. 46 propositions*, 2014.
- Sizoo Édith, *Responsabilité et cultures du monde : Dialogue autour d’un défi collectif*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, 2008.
- Société française pour le droit international, *L’État dans la mondialisation*, colloque de Nancy, Paris, Pédone, 2013.
- Stuckler David, Basu Sanjay, *The Body Economic ; Why Austerity Kills*, Basic Books 2013, trad. fr. *Quand l’austérité tue*, Autrement, 2014.
- Supiot Alain, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005.
- , *L’Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.
- , *La Gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015.
- (dir.), *L’Entreprise dans un monde sans frontières*, Paris, Dalloz, 2015.
- Tchotourian Ivan, Bernier Jean-Christophe, *Devoir de prudence et de diligence des administrateurs et RSE*, Montréal, Yvon Blais, 2014.

Prendre la responsabilité au sérieux

- Vacca Letizia (dir.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica* (Madrid, 7-10 ottobre 1993), Torino, Giappichelli, 1995.
- Ventura Deisy, *Direito e Saúde Global – o caso da pandemia de gripe A(H1N1)*, São Paulo, Expressão Popular/Dobra Editorial, 2013.
- Viney Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2008.
- Wright Robert E. (ed.), *Bailouts. Public Money, Private Profit*, New York, Columbia University Press, 2009.
- Zhao Jingchen, *Corporate Social Responsibility in Contemporary China*, Cheltenham, Northampton, E. Elgar Publishing Limited, 2014.
- Zhou Ke, *Droit de l'environnement et de l'écologie* (生态环境法论), China Law Press, 2 000.

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

- Le Big Bang des devoirs de vigilance ESG : les nouveaux enjeux de RSE et de droits de l'homme*, in *Revue Lamy de droit des affaires*, n° 104, mai 2015.
- Afsharipour Afra, Rana Shruti, “Corporate Social Responsibility in India”, Director Notes, *UC Davis Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 399, October 2014.
- Alt Éric, « Lanceurs d’alerte : un droit en tension », *La Semaine juridique*, 20 octobre 2014, n° 43, p. 1925-1932.
- Béchillon Denys (de), « L’État est-il une personne publique comme les autres ? », in *La personnalité publique*, Paris, Litec, coll. « Colloques et débats », 2007.
- Bentata Pierre, Hiriart Yolande, “Biased Judges : Evidence from French Environmental Cases”, <http://www.touteconomie.org/afse2014/index.php/meeting2014/lyon/paper/view/209>.
- Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Hoffmann Rhea Tamara, « La sortie du nucléaire en Allemagne sur le banc d’essai d’un recours d’arbitrage international d’investissement ? », aitec.reseau-ipam.org/Berlin/Paris/ Janvier 2013.
- Biehl João, Petryna Adriana, “Critical Global Health”, in Biehl João, Petryna Adriana (ed.), *When People Come First*, Princeton, Princeton University Press, 2013.

Bibliographie

- Billard Anna, Duranton Marc, Foegle Jean-Philippe, Martin-Teodorczyk Tristan, « Le “milieu du gué” de la protection législative des lanceurs d’alerte », *La Revue des droits de l’homme*, Actualités droits-libertés, mis en ligne le 20 mai 2014 : <http://redh.revues.org/752>
- Boisson de Chazournes Laurence, « Le pouvoir réglementaire de l’OMS », in *Droit du pouvoir, Pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- Bourdon William, « L’accord Sherpa société civile africaine/ Areva – Un accord inédit et ambitieux » in Daugareilh Isabelle, *La RSE, vecteur d’un droit de la mondialisation ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016 (à paraître).
- Bourgon Jérôme, « Sauver la vie. De la fraude judiciaire en Chine à la fin de l’empire », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2000, n° 133, p. 32-39.
- , « Principe de légalité et règle de droit dans la tradition juridique chinoise », in Delmas-Marty Mireille, Will Pierre-Étienne (dir.), *La Chine et la démocratie. Tradition, droit, institutions*, Paris, Fayard, 2007.
- Bouton Jacqueline, « Le salarié, lanceur d’alerte, et sa protection », in Mestre Christian, Sachs-Durand Corinne, Storck Michel (dir.), *Le Travail humain au carrefour du droit et de la sociologie. Hommage au Prof. Nikitas Aliprantis*, Strasbourg, PUS, 2014, p. 27-38.
- Buissonnière Marine, « La nouvelle donne de la santé globale : dynamiques et écueils », *Revue internationale de politique de développement*, IHEID, 2012, n° 3.
- Chang Kai, « Sur la nature juridique de la RSE », *Revue de l’université normale de Shanghai*, 2006, n° 6, p. 36 (常凯：“论企业社会责任的法律性质”, « 上海师范大学学报 », 2006年第5期, 页36).
- Christensen Jan Erik, “Building an Environmental Ethics from the Confucian Concepts of *Zhengming* and *Datong*”, *Asian Philosophy*, 2014, vol. 24, n° 3, p. 279-293.
- Cossart Sandra, Guislain Marie-Laure, « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable », *RLDA*, mai 2015, n° 104.
- Covington Howard, Thamotheram Raj, “The Case for Forceful Stewardship”, January 2015, <http://ssrn.com/abstract=2551478>.
- Cuzacq Nicolas, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre », *Recueil Dalloz 2015*, Paris, p. 1049.

Prendre la responsabilité au sérieux

- Dahan Yossi, Lerner Hanna, Milman-Sivan Faina, “Global Justice, Labor Standards and Responsibility”, *Theoretical Inquiries in Law*, 2011, 12: 2.
- Daugareilh Isabelle, « Les accords-cadres internationaux : une réponse à la globalisation de l'économie ? », in Descolonges Michèle, Saincy Bernard (dir.), *Les Nouveaux Enjeux de la négociation sociale internationale*, Paris, La Découverte, 2006.
- , « La dimension sociale des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *RGDIP*, 2008, n° 3.
- , « La responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne », *Sociologie du travail, L'Europe sociale*, 2009, n° 4, vol. 51.
- Davenport Coral, “McConnell Urges States to Help Thwart Obama’s ‘War on Coal’”, *The New York Times*, March 19, 2015.
- Delmas-Marty Mireille, « Les biens publics mondiaux : des valeurs universelles en formation », in *Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011.
- Eisen Joel B., “From Stockholm to Kyoto and Back to the United States : International Environmental Law’s Effect on Domestic Law”, 1999, 32 *U. Rich. L. Rev.* 1435.
- Fauchier-Delavigne Moïna, Roger Simon, « Climat : la justice condamne les Pays-Bas à agir », *Le Monde*, 26 juin 2015, p. 8.
- Faure Michael G., Johnston Jason Scott, “The Law and Economics of Environmental Law Federalism : Europe and the United States Compared”, 2009, 27 *Va. Env'tl. L.J.* 205, 235-236.
- Favereau Olivier, « La fin de l'entreprise privée », in Supiot Alain, *L'Entreprise dans un monde sans frontières : perspectives économiques et juridiques*, Paris, Dalloz, 2015.
- Flament Lucien, Thomas Philippe, « Le *whistleblowing* : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique », *La Semaine juridique Social*, 18 octobre 2005, n° 17.
- Friedman Milton, “The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits”, *The New York Times Magazine*, 13 September, 1970.
- Garg Sandip, “Multiyear Cat Bonds and Investor Behavior”, *Wharton SRSJ*, May 2008.
- Gentilini Marc, « La santé sera mondiale ou ne sera pas », in Kerouedan Dominique (dir.), *Santé internationale*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011.
- Gernet Jacques, « À propos de la notion de responsabilité dans l'ancien droit chinois », in Gernet Jacques, *L'Intelligence de la Chine*, Paris, Gallimard/NRF, 1994.

Bibliographie

- Gerrard Michael B., MacDougald Joseph A., “An Introduction to Climate Change Liability – Litigation and a View to the Future”, *Connecticut Insurance Law Journal*, 2013, vol. 20.1, p. 153.
- Grimm Daniel J., “Global Warming and Market Share Liability : A Proposed Model for Allocating Tort Damages among CO2 Producers”, *Columbia Journal of Environmental Law*, 2007, n° 32.
- Halbfass Wilhelm, “Karma, Apūrva, and ‘Natural’ Causes : Observations on the Growth and Limits of the Theory of Saṃsāra”, in Doniger O’Flaherty Wendy (ed.), *Karma and Rebirth in Classical Indian Traditions*, University of California Press, 1980, p. 268-302.
- Hannoun Charley, Schiller Sophie, « Quel devoir de vigilance des sociétés-mères et des sociétés donneuses d’ordre ? », *Revue de droit du travail*, 2014, n° 7.
- Hanrieder Tine, Kreuder-Sonnen Christian, “WHO Decides on the Exception ? Securitization and Emergency Governance in Global Health”, *Security Dialogue* 45 :5, 2014.
- Herrigel Garry, “Globalization and German Model of Production”, *Journal of Labour Market Research*, 2014.
- Hyde Alan, « Nine Lessons from Rhana Plaza : Implications for the Emerging System of Global Labor Rights », Paper presented for the LLRN, Amsterdam, 25-27 juin 2015.
- Ibbetson David J., “The Tort of Negligence in the Common Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries”, in E. J. H. Schrage (ed.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*, Berlin, Duncker und Humblot, 2001 (*Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, t. 22).
- Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), “Cross-cutting Investment and Finance Issues”, 2014, p. 1228.
- Johnston Jason Scott, “The Tragedy of Centralization : The Political Economics of American Natural Resource Federalism”, 2003, 74 *U. Colorado L. Rev.* 487.
- Karsenti Bruno, « Nul n’est censé ignorer la loi », *Archives de philosophie*, 2004, vol. 4, tome 67, Paris, Centre Sèvres.
- Keogh Bryan, Westbrook Jesse, Suess Oliver, “The Trouble with Catastrophe Bonds”, *Business Week*, 21 April 2011.
- Kerouedan Dominique, « Globaliser n’est pas sans risques pour les populations les plus pauvres du monde – Émergence de la “Global Health” en Afrique subsaharienne », *Revue Tiers Monde*, 2013, vol. 3, n° 215.

Prendre la responsabilité au sérieux

- Lazarus Richard J., “Restoring What’s Environmental About Environmental in the Supreme Court”, 2000, 47 *UCLA L. Rev.* 703.
- Legendre Pierre, « Civiliser signifie appliquer au monde le droit civil » in Legendre Pierre, *L’Inestimable Objet de la transmission. Études sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985.
- Li Mankui, « Étude sur “l’interdiction d’agir en justice” en matière d’accident du travail », *Global Law Review*, 2010, n° 4, p. 22 (李满奎 : “工伤保险体系中的‘诉讼禁止条款’研究”, « 环球法律评论 », 2010年第4期, 页22).
- Lin Hang, “Traditional Confucianism and its Contemporary Relevance”, *Asian Philosophy*, November 2011, vol. 21, n° 4, p. 437-445.
- Lin Li-Wen, “Corporate Social Responsibility in China : Window Dressing or Structural Change ?”, *Berkeley Journal of International Law*, 2010, 28 : 1.
- Liu Yun, « Le fondement théorique de la RSE et sa réalisation », *Revue de l’université de droit et de science politique du sud-ouest*, 2010, n° 6, p. 36 (刘贇 : “公司社会责任制度的理论基础与路径选择”, « 西南政法大学学报 » 2010年第6期, 页36).
- Long J. Bruce, “The Concepts of Human Action and Rebirth in the *Mahābhārata*”, in Doniger O’Flaherty Wendy (ed.), *Karma and Rebirth in Classical Indian Traditions*, University of California Press, 1980, p. 38-60.
- Lou Jianbo, “The Moral Aspect of Corporate Social Responsibility”, *Peking University Law Journal*, 2008, vol. 20, n° 1, p. 36. (楼建波 : “中国公司法第五条第一款的文义解释及实施路径”, « 中外法学 » 2008年第1期, 页36).
- Machelon Jean-Pierre, « La souveraineté aujourd’hui », *Cadernos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 2013, n° 23, São Paulo, Manole.
- Malamoud Charles, « En quête de l’idée de solidarité dans l’Inde ancienne », in Supiot Alain, *La Solidarité : Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2015.
- Maljean-Dubois Sandrine, « Après la Conférence de Lima, quelles perspectives pour la Conférence de Paris sur le climat ? », *Environnement et Développement durable*, janvier 2015.
- , « Les métamorphoses de la responsabilité des États dans le champ de l’environnement », in Bréchnignac Catherine, Broglie Gabriel (de) et Delmas-Marty Mireille (dir.), *L’Environnement et ses métamorphoses*, Hermann, 2015, à paraître.

Bibliographie

- Mbambi Vincent Kangulumba, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », *Les Cahiers de droit*, 2005, vol. 46, n° 1-2.
- Mehta Shailesh, Merz Prisca, “Ecocide – a New Crime against Peace ?”, *Environmental Law Review*, 2015(1), p. 3-7.
- Moreau Marie-Ange, « Travail forcé et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie : réflexion sur l'action de l'OIT », *Droit social*, 2014.
- Neyret Laurent, « Le préjudice écologique : hier, aujourd'hui et demain », *Environnement*, 2014, n° 10, p. 20.
- Osofsky Hari M., “The Inuit Petition as a Bridge ? Beyond Dialectics of Climate Change and Indigenous Peoples' Rights”, in Burns William C. G., Osofsky Hari M. (dir.), *Adjudicating Climate Change*, Cambridge University Press, 2009.
- Perdue Peter, “Property Rights on Imperial China's Frontier,” in Richards John F. (ed.), *Land, Property, and the Environment*, Oakland, Institute for Contemporary Studies, 2002.
- Polanyi Karl, « Le marché régulateur et les marchandises fictives : travail, terre et monnaie », in *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps* (1944), Paris, Gallimard, 1983.
- Queindec Yann, Bourdon William, « Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions », *Les cahiers de propositions*, 2010.
- Rao Connor N., Eskridge William N., “Chevron as a Canon, Not a Precedent : An Empirical Study of What Motivates Judges in Agency Deference Cases”, 2010, 110 *Colum. L. Rev.* 1727.
- Reinecke Juliane, Donaghey Jimmy, “After Rana Plaza : Building Coalitional Power for Labour Rights between Unions and (Consumption-Based) Social Movement Organisations”, *Organization* 22.
- Revesz Richard L., “Environmental Regulation, Ideology and the D.C. Circuit”, 1997, 83 *Va. L. Rev.* 1717.
- Riahi Keywan *et al.*, “Locked into Copenhagen Pledges”, *TFSC*, 2015, vol. 90.
- Robé Jean-Philippe, « Pour en finir avec Milton Friedman », in Lyon-Caen Antoine et Urban Quentin (dir.), *La Crise de l'entreprise et de sa représentation*, Paris, Dalloz, 2012.
- , « Les multinationales vecteur d'un nouveau constitutionnalisme », in Sève René (dir.), *L'Entreprise multinationale dans tous ses États*, Paris, Dalloz, 2013.

Prendre la responsabilité au sérieux

- Ryan Erin, “The Elaborate Paper Tiger : Environmental Enforcement and the Rule of Law in China”, 24 *Duke Envtl. L. & Pol’y F.* 183.
- Sarra Janis, “Embedding Fairness as a Fundamental Norm in Financial Markets”, in Sarra Janis (ed.), *An Exploration of Fairness, Interdisciplinary Inquiries in Law, Science and the Humanities*, Toronto, Carswell, 2013.
- Sautter John A., Littvay Levente, “Environmental Judicial Interpretation and Agency Review : An Empirical Investigation of Judicial Decision-Making in the Clean Water Act and the Clean Air Act”, 2011, 19 *Buff. Envtl. L.J.* 269.
- Sinden Amy, “An Emerging Human Rights to Security from Climate Change : the Case Against Gas Flaring in Nigeria”, in Burns William C. G., Osofsky Hari M. (dir.), *Adjudicating Climate Change*, Cambridge University Press, 2009.
- Supiot Alain, « L’alerte écologique », in Société française pour le droit de l’environnement (dir.), *Droit du travail et droit de l’environnement*, Paris, Litec, 1994, p. 91-110.
- Tesoka Sabrina, “Judicial Politics in the European Union : Its Impact on National Opportunity Structures for Gender Equality”, Max-Planck Institute, Cologne, 1999.
- Thibierge Catherine, « Libres propos sur l’évolution du droit de la responsabilité », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999.
- , « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l’avenir », *Recueil Dalloz*, 2004.
- Thompson Tammy M. *et al.*, “A Systems Approach to Evaluating the Air Quality Co-Benefits of US Carbon Policies” *Nature Climate Change*, 2014, n° 4.
- Van Zile Caroline, “India’s Mandatory Corporate Social Responsibility Proposal : Creative Capitalism Meets Creative Regulation in the Global Market”, *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, 2012, 13: 2.
- Varottil Umakanth, “A Cautionary Tale of the Transplant Effect on Indian Corporate Governance”, *National Law School of India Review*, 2009, 21: 1.
- Wang Canfa, « L’action pour l’intérêt général n’entraîne pas l’abus de droit » (公益诉讼不会导致滥用诉权), in Bie Tao, *Public Interest Environmental Litigation (环境公益诉讼)*, Law Press China, 2007.
- Wang Yong, « La législation sur les infractions environnementales : évolution de l’idéologie et les prospectives » (环境犯罪立法 : 理念转换与趋势前瞻), *Modern Law Review (当代法学)*, 2014, n° 3, p. 56-63.

Bibliographie

- Waquet Philippe, « Règlement intérieur, charte éthique et système d'alerte. À propos du jugement du 19 octobre 2007 du TGI de Nanterre », *SSL*, 12 novembre 2007, n° 1378, p. 8.
- Weiss Edith Brown, "International Environmental Law : Contemporary Issues and the Emergence of a New World Order", 1993, 81 *Geo. L. J.* 675.
- Xiao Jianguo et Huang Zhongshun, « Étude sur la personne capable d'introduire une action d'utilité publique dans le domaine du droit de la consommation », *Revue de l'école policière de Shandong*, 2013, n° 6, p. 5 (肖建国, 黄忠顺 : “消费公益诉讼中的当事人适格问题研究”, « 山东警察学校学报 », 2013年第6期, 页5).
- Ye Jingyi et Xiao Jing, « Rapport de synthèse pour le colloque international relatif à la RSE », *Peking University Law Journal*, 2006, vol. 18, n° 5, p. 553-563 (叶静漪, 肖晶 : “‘企业社会责任’国际研讨会综述”, « 中外法学 » 2006年第5期, 页553).
- Ying Shen, "Combating Climate Change : China's Effort on Environmental Legislation", 44 *Envtl. L. Rep. News & Analysis* 10153.
- Young Iris Marion, "Responsibility and Global Labor Justice", *The Journal of Political Philosophy*, 2004, vol. 12, n° 4.
- , "Responsibility and Global Justice : A Social Connection Model", *Social Philosophy and Policy*, 2006, 23: 1.

TEXTES JURIDIQUES ET RAPPORTS

- Circulaire DGT 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur. Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport annuel, EDCE, La Doc. Fr., 2005.
- CNIL, Autorisation unique n° AU-004 – Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle, mod. par délib. n° 2010-369 du 14 octobre 2010 et délib. n° 2014-042 du 30 janvier 2014.
- Jégouzo Yves (dir.), *Pour la réparation du préjudice écologique*, Rapport à la Garde des sceaux, 17 septembre 2013.
- Mieux réparer le dommage environnemental*, Rapport de la Commission environnement du Club des juristes, janvier 2012.

Prendre la responsabilité au sérieux

- California Environmental Protection Agency, *Climate Change Research Plan for California*, February 2015.
- Clean Air Act, § 101 et sq., 42 U.S.C.A. § 7401 et sq.
- Report of the Standing Committee on Finance to the Conference of the Parties*, December 2014.
- Transparency International, *Rapport Whistleblowing in Europe – Legal Protections for Whistleblowers in the UE* : www.transparency.org/whatwedo/pub/whistleblowing_in_europe_legal_protections_for_whistleblowers_in_the_eu
- U.S. Environmental Protection Agency, *Climate Change Indicators in the United States*, 2014 (3d edition).
- U.S. Congressional Research Service, *Renewable Energy R & D Funding History*, October 10, 2014.
- White House, Office of the Press Secretary, *U.S.-China Joint Announcement on Climate Change*, November 12, 2014.

LISTE DES SIGLES

ACI	accords-cadres internationaux
APE	Agence américaine de protection de l'environnement, voir <i>EPA</i>
APE	accords de partenariat économique
AT	<i>Alien Tort Statute</i>
BCE	Banque centrale européenne
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)
BINUSIL	Bureau intégré des Nations unies en Sierra Leone
BPM	biens publics mondiaux
BRICS	Bésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud
CAFE (normes)	<i>Corporate Average Fuel Economy</i>
CAT <i>bonds</i>	obligations catastrophes
CDS	<i>Credit Default Swap</i> (<i>Swaps</i> sur défaillance)
CHSCT	comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
CIL	Correspondant informatique et libertés
CIRDI	Centre international de résolution des différends sur les investissements
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
COP21	Conférence sur le climat à Paris
CSU	couverture sanitaire universelle
DAP	dispositif d'alerte professionnelle
EPA	<i>Environmental Protection Agency</i> , voir APE
ESG (<i>reporting</i>)	<i>Environmental, Social and Governance Report</i>
EU ETS	<i>European Union Emission Trading Scheme</i> , voir SCEQE
ETN	entreprises transnationales
FMI	Fonds monétaire international

Prendre la responsabilité au sérieux

GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)
GES	gaz à effet de serre
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
GREEN	Groupe de recherche et d'enquête pour l'environnement
ICPE	installations classées pour la protection de l'environnement
ID (réseaux)	Internationalisation du droit
INDC	<i>Intended Nationally Determined Contributions</i>
ISO	<i>International Standardisation Organisation</i> (Organisation internationale de normalisation)
MINAUCE	Mission des Nations unies pour la lutte contre Ebola
MINUL	Mission des Nations unies au Libéria
NAMA	<i>Nationally Appropriate Mitigation Actions</i>
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations unies
PACS	projets de croissance accélérée
PIB	produit intérieur brut
PNB	produit national brut
PPL	proposition de projet de loi
PRCD	Principe des responsabilités communes mais différenciées
RSE	responsabilité sociale des entreprises
RSEE	responsabilité sociale et environnementale des entreprises
RSI	Règlement sanitaire international
SCEQE	système communautaire d'échange de quotas d'émission, voir <i>EU ETS</i>
SEBI	<i>Securities and Exchange Board of India</i>
SFI	Société financière internationale
SPG	système de préférences généralisées
UE	Union européenne
USPPI	urgence de santé publique de portée internationale

TABLE DES AUTEURS

- William Bourdon – Avocat au Barreau de Paris, président de l’association Sherpa
- Jérôme Bourgon – Directeur de recherche au CNRS, institut d’Asie orientale de Lyon
- François Brunet – Professeur de droit public à l’Université François-Rabelais de Tours
- Vivian Grosswald Curran – Professeur à la School of law de l’Université de Pittsburgh
- Luca d’Ambrosio – Chargé de recherche au Collège de France
- Isabelle Daugareilh – Directrice de recherche CNRS, directrice du COMP-TRASEC, Bordeaux
- Mireille Delmas-Marty – Membre de l’Institut, professeur honoraire au Collège de France
- Olivier Descamps – Professeur à l’Université Paris 2 Panthéon-Assas
- Caroline Devaux – Attachée de recherche au Collège de France, doctorante à Science Po
- William A. Fletcher – Juge à la Cour d’appel du 9^e circuit des États-Unis
- Antoine Frérot – Président directeur général de Veolia
- Linxin He – Attaché de recherche au Collège de France, doctorant à l’Université Paris 1
- Jean Jouzel – Directeur de recherche au CEA, Vice-président du groupe de travail scientifique du GIEC
- Bin Li – Professeur à l’Université normale de Pékin
- Danouta Liberski-Bagnoud – Directrice de recherche au CNRS, membre associé à l’Institut d’études avancées de Nantes
- Charles Malamoud – Directeur d’études honoraire à l’École pratique des hautes études

Prendre la responsabilité au sérieux

- Kathia Martin-Chenut – Chargée de recherche au CNRS, UMR DRES (CNRS/UNISTRA), Équipe RSE
- Laurent Neyret – Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin
- Claudia Perrone Moisés – Professeur de droit international à l'Université de São Paulo
- Philippe Pochet – Directeur général de l'Institut syndical européen
- René de Quenaudon – Professeur à l'Université de Strasbourg
- Jean-Noël Robert – Professeur au Collège de France, chaire « Philologie de la civilisation japonaise »
- Supriya Routh – Professeur assistant à la Faculté de droit de l'Université de Victoria
- Janis Sarra – Professeur à l'Allard Law School de l'Université de la Colombie-Britannique
- Alain Supiot – Professeur au Collège de France, chaire « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités »
- Deisy Ventura – Professeur à l'Institut des relations internationales de l'Université de São Paulo

TABLE

REMERCIEMENTS	7
INTRODUCTION – Face à l’insoutenable : les ressources du droit de la responsabilité <i>par Alain Supiot</i>	9

PREMIÈRE PARTIE

La responsabilité au prisme des civilisations

CHAPITRE 1 – Histoire du droit de la responsabilité dans le monde occidental <i>par Olivier Descamps</i>	39
CHAPITRE 2 – Les Gardiens de la Terre. La notion de responsabilité dans les systèmes rituels voltaïques <i>par Danouta Liberski-Bagnoud</i>	55
CHAPITRE 3 – En quête de la responsabilité dans l’Inde brahmanique <i>par Charles Malamoud</i>	73
CHAPITRE 4 – Aux fondements dogmatiques de la responsabilité en droit chinois L’empereur « aimant la vie » et « gestionnaire du monde » <i>par Jérôme Bourgon</i>	83

Prendre la responsabilité au sérieux

CHAPITRE 5 – Traduire la responsabilité <i>par Jean-Noël Robert</i>	101
--	-----

DEUXIÈME PARTIE

La responsabilité à l'épreuve des marchandises fictives : la terre, l'homme, la monnaie

Titre 1 – la responsabilité écologique	119
CHAPITRE 6 – Construire la responsabilité écologique <i>par Laurent Neyret</i>	121
CHAPITRE 7 – Les États-Unis et le réchauffement climatique : état des lieux et perspectives <i>par William A. Fletcher</i>	137
CHAPITRE 8 – La responsabilité écologique en droit chinois <i>par Bin Li</i>	149
Titre 2 – la responsabilité sociale et sanitaire	165
CHAPITRE 9 – À propos de la RSE(E) en Chine : enjeu vital d'un pari périlleux ? <i>par Linxin He</i>	167
CHAPITRE 10 – La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité <i>Isabelle Daugareilh</i>	183
CHAPITRE 11 – Responsabilité et santé globale <i>par Deisy Ventura</i>	201
Titre 3 – la responsabilité financière	221
CHAPITRE 12 – Assumer notre responsabilité financière en matière de changement climatique <i>par Janis Sarra</i>	223

Table

TROISIÈME PARTIE	
Relever les défis du droit de la responsabilité	
Titre 1 – Identifier les responsables.....	251
CHAPITRE 13 – Les bases juridiques de la responsabilité sociale des entreprises en Inde <i>par Supriya Routh*</i>	253
CHAPITRE 14 – L’État, garant en dernier ressort <i>par François Brunet</i>	275
Titre 2 – Déclencher l’action en responsabilité	291
CHAPITRE 15 – Les lanceurs d’alerte <i>par René de Quénaudon</i>	293
Titre 3 – Juger de la responsabilité	309
CHAPITRE 16 – Le juge national américain et le droit de l’environnement <i>par Vivian Grosswald Curran</i>	311
CHAPITRE 17 – Les instances internationales <i>par Cláudia Perrone Moisés</i>	319
QUATRIÈME PARTIE	
Jalons pour une reconnaissance du principe de responsabilité à l’échelle mondiale	
INTRODUCTION	
<i>par Mireille Delmas-Marty</i>	331

Prendre la responsabilité au sérieux

CHAPITRE 18 – Quelles propositions en matière climatique ?	
Présentation des propositions	
<i>par Luca d'Ambrosio</i>	337
Discussion	
<i>par Jean Jouzel et Antoine Frérot</i>	349
CHAPITRE 19 – Quels remèdes à l'irresponsabilité des États et des entreprises transnationales (ETN) en matière environnementale, sociale et financière ?	
Présentation des propositions	
<i>par Kathia Martin-Chenut et Caroline Devaux</i>	361
Discussion	
<i>par William Bourdon et Philippe Pochet</i>	373
CONCLUSION – Trois dynamiques pour responsabiliser les États et les entreprises transnationales	
<i>par Mireille Delmas-Marty</i>	393
BIBLIOGRAPHIE	409
LISTE DES SIGLES	423
TABLE DES AUTEURS	425

*Composition et mise en pages
Nord Compo à Villeneuve-d'Ascq*