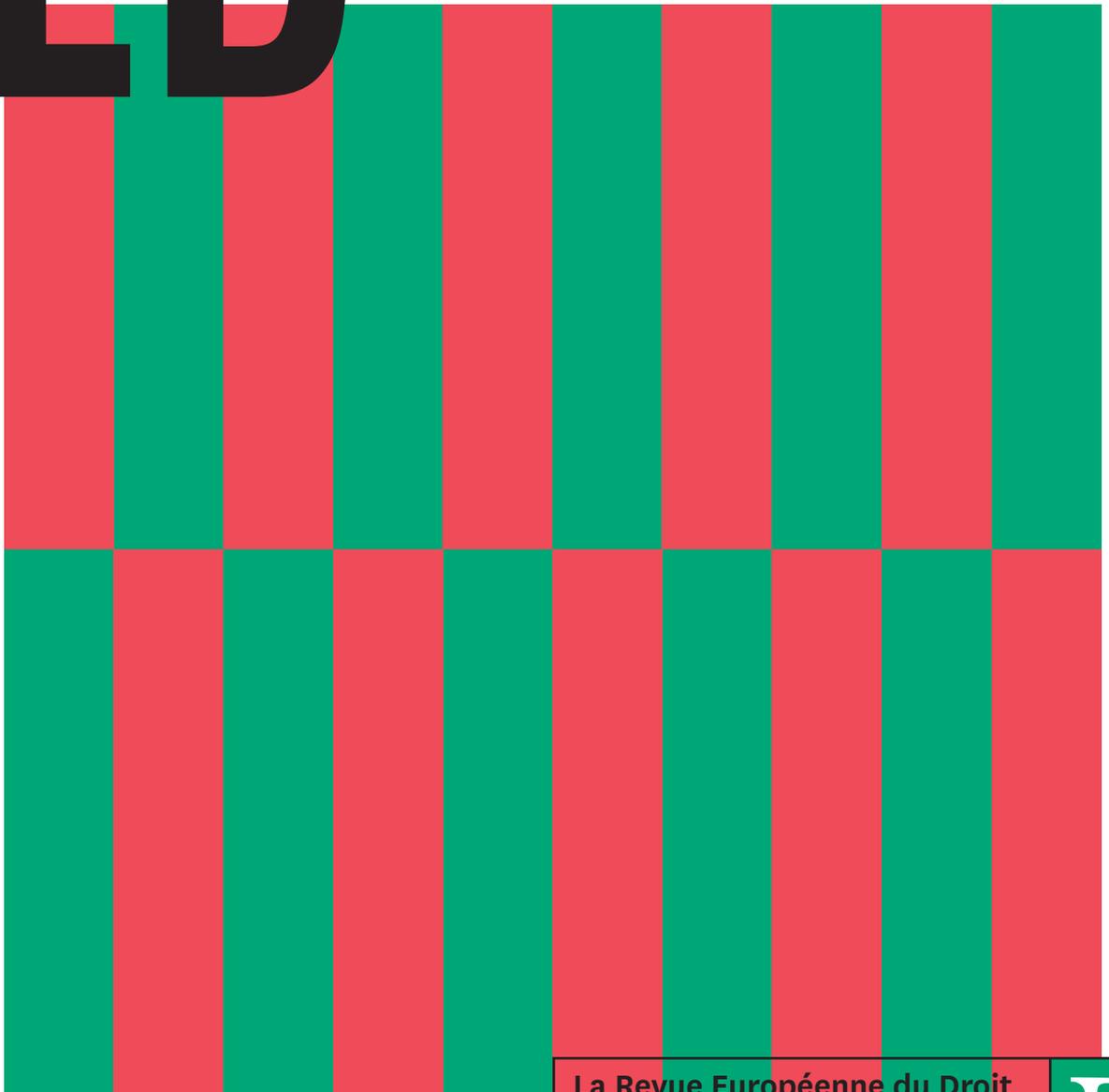


02 | année 02  
mars 2021

Gouverner  
la mondialisation

RED



La Revue Européenne du Droit

Directrice scientifique  
**Mireille Delmas-Marty**

DOCTRINE  
GROUPE D'ÉTUDES  
GÉOPOLITIQUES



# RED

## La Revue Européenne du Droit

ISSN 2740-8701

Revue éditée par le Groupe d'études géopolitiques.

45 rue d'Ulm 75005 Paris  
<https://legrandcontinent.eu/>  
[red@geopolitique.eu](mailto:red@geopolitique.eu)

**Président du comité scientifique**  
Guy Canivet

**Comité scientifique**  
Alberto Alemanno, Luis Arroyo Zapatero, Emmanuel Breen, Laurent Cohen-Tanugi, Mireille Delmas-Marty, Pavlos Eleftheriadis, Jean-Gabriel Flandrois, Antoine Gaudemet, Aurélien Hamelle, Noëlle Lenoir, Emmanuelle Mignon, Astrid Mignon Colombet, Alain Pietrancosta, Pierre-Louis Périn, Sébastien Pimont, Pierre Servan-Schreiber et Jorge E. Viñuales.

**Rédacteurs en chef**  
Hugo Pascal et Vasile Rotaru

**Directeurs de la publication**  
Gilles Gressani et Mathéo Malik

**Comité de rédaction**  
Lorraine De Groote et Gérald Giaoui (Dir.), Dano Brossmann, Jean Cattán, Pierre-Benoit Drancourt, David Djaiz, Sara Gwiadza, Joachim-Nicolas Herrera, Francesco Pastro, Armelle Royer.

**Pour citer un article de la revue**  
[Nom de l'auteur], [Titre],  
*Revue européenne du droit*,  
mars, 2021, n°2



**Mireille Delmas-Marty** • Professeur émérite  
au Collège de France, Membre de l'Institut

**Hugo Pascal** • Doctorant en droit civil, Uni-  
versité Paris 2 - Panthéon-Assas

**Vasile Rotaru** • Doctorant en droit (DPhil),  
Oxford University

## Une gouvernance mondiale plurielle

2

S'interroger sur une gouvernance mondiale pourrait sembler, de prime abord, anachronique, l'heure n'étant plus guère aux grandes déclarations universalistes, ni à la globalisation des échanges, ni aux accords supranationaux, mais à la redécouverte des intérêts particuliers de l'« État-nation », au repli du chacun chez soi, voire à l'égoïsme du « *Me First* ». La crise - sans doute faudrait-il dire la polycrise - dans laquelle nous sommes engagés sous l'effet d'interdépendances économiques découplées des liens de solidarité, est avant tout le produit d'une certaine mondialisation, caractérisée par une fragilité structurelle héritée de transformations profondes et précipitées. Déjà s'esquisse un monde nouveau, amalgame hétérogène, instable et imprévisible, dont nul n'aurait pu anticiper les traits, les lignes de faille et les cassures. En témoignent non seulement les nouveaux protectionnismes et la crise du multilatéralisme, mais encore la multiplication des modèles politiques, sociaux et économiques alternatifs mais parfois incompatibles entre eux.

Ainsi se multiplient, sans prétendre à l'exhaustivité, les défis globaux, qu'ils soient liés aux pandémies vécues et annoncées, aux crises migratoires actuelles et futures, à la lutte contre les crimes contre l'humanité, aux crises financières et sociales, à l'évasion fiscale, sans oublier, avec la puissance du numérique, l'ambivalence des nouvelles technologies. Un tel ensemble, transformant l'humanité en une force capable de menacer son propre avenir, crée, de fait, une communauté (involontaire) de destin. Qu'on le veuille ou non, ces nouveaux défis appellent une concertation globale et, sans doute, une rupture avec les réflexes nationalistes et une redéfinition d'un régime de coexistence des communautés. Plutôt qu'une négation de ces réalités, la polycrise actuelle est l'occasion d'interroger, avant un nouveau départ, les concepts qui sous-tendent cette imperturbable course.

Encore faut-il prendre conscience de l'inadaptation

croissante de la pensée juridique traditionnelle. À défaut d'une véritable idéologie commune qui ordonnerait les multiples espaces normatifs, disparates et parcellaires, nos sociétés semblent encore à la recherche du récit juridique, censé les refléter et / ou les apprivoiser, qui éviterait la double menace du « grand effondrement » et du « grand asservissement ».

Loin de se limiter à une globalisation des échanges économiques, la mondialisation appelle une redéfinition du régime de coexistence de communautés politiques hétérogènes, où le repère normatif (le « pôle Nord ») ne peut plus émerger dans les foyers historiques de valeurs communes. Au temps des communautés nationales, faites de mémoires et oublis partagés, les accords et les désaccords collectifs semblaient façonner les règles de droit et structurer les cadres politiques, stabilisés par des valeurs et des intérêts partagés, fussent-ils évolutifs et imposés. Or, devenues éphémères, ces « boussoles nationales » disparaissent l'une après l'autre sous le coup des forces corrosives de la mondialisation, incapables de relever les défis communs à l'humanité entière. Sans boussole, l'humanité voyage comme un bateau ivre, portée aux quatre vents du monde dans la nostalgie d'une mémoire disparue et de valeurs communes inexistantes. Où trouver alors les outils d'une telle recomposition et comment réinventer avec les divers acteurs une forme de gouvernance mondiale ?

Certes, les réflexions autour d'un droit « global » ne sont pas inédites. On les voit à l'œuvre dans les théories cherchant à construire un constitutionnalisme global, un droit administratif global, ou encore un ordre juridique transnational privé non-étatique. Si ces efforts, multiples et divers, peinent à aboutir, c'est parce qu'ils témoignent des tensions inhérentes, voire de l'irrationalité de toute tentative de trouver un appui dans des catégories bien ordonnées, issues d'histoires et mémoires idiosyncratiques, pour comprendre et agir dans un monde foncièrement désordonné, interactif, instable, non hiérarchisé.

Autrement dit, la complexité de défis inédits, ainsi que la diversité des modes de vie et d'intérêts en présence, rendent les transplantations juridiques, ou les extrapolations au niveau global des solutions nationales, inefficaces et, surtout, inopportunes.

Entre l'ordre hégémonique de cette monarchie universelle que Kant nommait « despotisme », et le grand désordre d'un monde non seulement divisé mais éclaté, les deux écueils de la mondialisation obligent à penser un universalisme contextualisé, où la raison juridique n'offrirait pas des solutions prêtes-à-porter, mais bien plutôt des outils de délibération et de fécondation réciproque (*cross fertilization*) capables de fonder l'unité dans la pluralité. Autrement dit, à défaut d'une impossible identité entre des systèmes normatifs nationaux unifiés, une véritable gouvernance mondiale des biens communs, si elle est possible, ne peut être que plurielle et instable, hybride et flexible.

À y regarder de plus près, cet appel à la mise en place d'une gouvernance plurielle n'est que le reflet d'une pratique courante, celle du « bricolage » juridique des acteurs de la mondialisation, c'est-à-dire la tentative de « globaliser » les ordres juridiques nationaux en les rapprochant sans les confondre, et de « contextualiser » les normes internationales en les adaptant aux réalités locales ; au catégorique, le bricoleur substitue le proportionnel, à l'intégration verticale il oppose la concertation horizontale, à l'identique il préfère le semblable. Ses incarnations en sont multiples.

Il s'agit, au fond, d'un effort de tolérance mutuelle apparent, par exemple en droit international privé, dont l'exercice de qualification et de reconnaissance repose sur une identification de la proximité des institutions dans la diversité de leurs manifestations, à condition toutefois que son résultat ne heurte pas les principes fondamentaux (ou l'ordre public international) du « reconnaissant », autrement dit que ce dernier puisse accueillir dans son ordre une solution différente sans nier par là même sa propre essence.

Il s'agit aussi de méthodes utilisées dans la mise en œuvre des instruments internationaux lorsque toute uniformisation est inenvisageable, telle la méthode dite « d'équivalence fonctionnelle », issue d'un mélange fécond de réalisme juridique et de fonctionnalisme systémique. Lorsque l'OCDE a pris l'initiative d'une Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers, ses rédacteurs, conscients des divergences profondes entre les cultures juridiques en matière pénale des États membres, se sont contentés de définir un système de principes de base et se sont tournés vers cette notion d'équivalence fonctionnelle afin d'aménager une marge d'adaptation nationale, et ce sans exiger l'uniformité et sans heurter des principes fondamentaux des systèmes juridiques des États membres, par exemple s'agissant des formes de responsabilité pénale des personnes morales.

Dans ce contexte, l'équivalence entre les mesures nationales est tout à la fois une méthode et un objectif, dont le succès dépend des méthodes de suivi et contrôle des mesures nationales, telles qu'elles sont écrites et telles qu'elles sont appliquées en pratique.

Il en est de même, en matière de droits de l'homme, de la « marge nationale d'appréciation », à l'origine absente de la Convention EDH mais très tôt dégagée par le juge européen dans des affaires où des mesures restrictives, voire dérogatoires, sont admises par la convention au nom de l'ordre public national : les juges tiennent compte du contexte (culturel, social, économique...) de chaque État afin d'assouplir les exigences d'une application uniforme et de préserver ainsi le principe de subsidiarité.

Ces exemples démontrent qu'harmoniser les différences (de façon ascendante, du niveau local au niveau global) et contextualiser l'universel (de façon descendante, en le diversifiant du global au local) ne signifie nul-

lement l'abandon de toute rationalité axiologique. La gouvernance plurielle repose, d'abord, sur un ensemble de principes directeurs dont le respect est nécessaire pour qu'il soit possible d'évaluer la proximité dans la diversité.

On trouve les traces d'une telle recherche dans la longue (mais quelque peu méconnue) tradition du *ius gentium* de l'antiquité romaine, reflet des exigences de la raison naturelle, soit des besoins communs à tous les humains en tant qu'êtres doués d'entendement. La tradition s'est prolongée au Moyen Âge à travers le *ius commune*, fruit d'une hybridation du droit romain, du droit canon et de *lex mercatoria*, appliqué comme méthode de raisonnement et guide d'interprétation des variations locales diversifiées et complexes.

Aujourd'hui, de nouvelles valeurs communes peuvent être pensées à travers l'intégration dynamique, en spirale, des différentes visions de l'humanisme : l'humanisme émancipé des Lumières, suggérant l'égalité de dignité des êtres humains, mais aussi l'humanisme relationnel, qui évoque l'humain dans ses relations de proximité et d'hospitalité, ainsi que l'humanisme émergent des interdépendances, qui reconnaît que l'humain appartient à la nature et n'en est pas maître, ajoutant à l'exigence de solidarité sociale celle d'une solidarité écologique face aux nouvelles capacités de nuisance de l'humanité. S'ajoutent à ces valeurs fondatrices celles qui découlent, comme le montrent des constitutionnalistes contemporains, de l'hybridation et de l'enrichissement mutuel et graduel d'identités juridiques organisées dans un réseau non hiérarchisé, un exercice de rapprochement par la fréquentation et la compréhension réciproque, la délibération, l'échange, l'accord et le désaccord.

Ce dernier point nous amène à l'exigence d'une gouvernance plurielle où la validité formelle, qui accompagne la définition de normes de rationalité délibérative communes, se combine à la validité axiologique qui admet des différences, à condition qu'elles soient compatibles entre elles. Cela implique un effort d'intégration et d'adaptation, et non le rejet *ab initio* des valeurs proposées. Cela implique également des exigences procédurales, visant à rendre la décision finale, dont elles ne préjugent pas, rationnellement acceptable : représentation équitable des parties, transparence dans la motivation des décisions, rigueur et cohérence dans l'usage des méthodes de pondération ; ainsi que, dans les domaines qui s'y prêtent, le respect des données scientifiques quand elles sont fiables.

Telles sont les conditions de possibilité d'une délibération rationnelle, qui substitue la contextualisation à l'uniformité et la compatibilité à la conformité pure et simple sans tomber dans l'arbitraire, grâce à un formalisme revisité par les logiques non standards, telles que les *fuzzy logics* (logiques floues) ou la topologie (logique des voisinages).

C'est en ce sens qu'une gouvernance plurielle permettrait l'émergence d'un récit de l'humanité comme

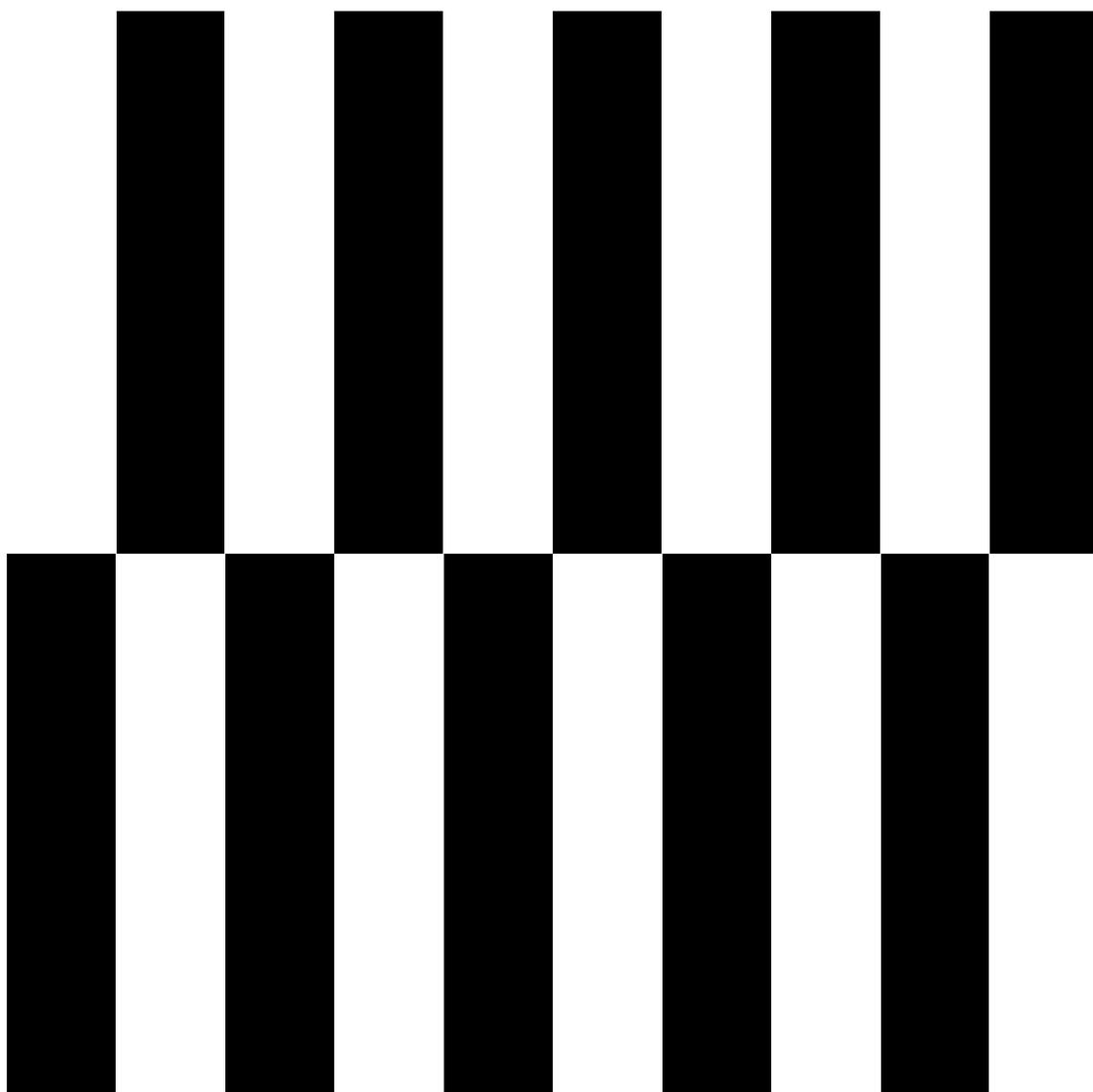
une aventure commune, à la recherche d'un « équilibre dynamique » permettant de stabiliser les sociétés dans leurs rapports réciproques sans les figer dans leurs différences. En somme, de pacifier les humains sans les uniformiser. A cet égard, la construction de l'Europe est sans doute l'un des plus ambitieux des laboratoires d'observation et d'essai dont nous disposons pour construire des solidarités communes. C'est parce que l'Europe est floue qu'elle réussira peut-être à mettre en place un pluralisme ordonné. Valorisant par emprunts réciproques le meilleur de chaque tradition nationale (le statut du procureur européen en est un exemple), l'Europe souveraine inventerait ainsi un ordre souverain qui ne soit ni autoritaire ni uniforme, mais démocratique et pluraliste.

Utopie d'autant plus réalisable que l'Union européenne tente aussi d'inventer une autre façon de gouverner par le droit, non seulement en séparant les pouvoirs, mais en

agrégeant les niveaux d'organisation (étatiques, *infra* et *supra* étatiques) et les catégories d'acteurs (publics et privés comme les ETN, ainsi que les acteurs civiques et scientifiques), dans une gouvernance encore régionale, mais substituant déjà des relations interactives et évolutives, donc complexes, aux relations hiérarchiques et stables de l'État-nation. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'idée de « souveraineté » européenne : si la constitution d'une Europe « souveraine, unie et démocratique » permet de redonner au politique sa « capacité d'action » dans le contexte de la mondialisation, c'est parce qu'elle marque le passage d'une souveraineté solitaire, protégée mais aussi enfermée dans ses frontières, à une souveraineté solidaire, ouverte et augmentée, qui viserait à protéger, par-delà les seuls intérêts nationaux, de véritables biens communs mondiaux.

- 2 **Une gouvernance mondiale plurielle**  
Mireille Delmas-Marty, Hugo Pascal et Vasile Rotaru
- MÉTODES
- 7 **Quelle méthode pour une harmonisation pénale ?**  
Luis Arroyo Zapatero
- 14 **Raison naturelle et fondements éthiques du droit européen**  
Pavlos Eleftheriadis
- 20 **Gouverner la mondialisation par le droit : l'hypothèse d'un nouveau droit naturel**  
Vincent Forray et Sébastien Pimont
- 26 **Répondre à la crise du multilatéralisme par le polylatéralisme**  
Pascal Lamy
- 30 **Vers une gouvernance plurielle : l'équivalence fonctionnelle dans la lutte contre la corruption transnationale**  
Astrid Mignon Colombet et Nicola Bonucci
- 36 **Le périmètre adéquat de la gouvernance mondiale et le renforcement de la démocratie**  
Dani Rodrik
- 46 **Le rôle de la *soft law* dans la gouvernance mondiale : vers une emprise hégémonique ?**  
Jean-Marc Sorel
- 51 **Monde, mondialisation et mondialité**  
Christiane Taubira
- ACTEURS
- 56 **Le parquet européen sera-t-il un coup de poignard en plein cœur ?**  
Frédéric Baab
- 65 **Reconstruire le droit international à partir des organisations régionales**  
Samantha Besson
- 70 **Les nouvelles routes de la Soie : un nouveau paysage pour cartographier l'évolution de la gouvernance mondiale**  
Li Bin
- 76 **Penser l'Union européenne dans la mondialisation : l'« effet Bruxelles »**  
Anu Bradford
- 82 **La Cour Suprême des États-Unis : pouvoir et contre-pouvoir**  
Stephen Breyer
- 90 **Une nouvelle architecture pour la mondialisation**  
David Djaiz
- 97 **Éviter un requiem pour l'OMC**  
Bernard Hoekman et Petros Mavroïdis
- 101 **Pour une gouvernance mondiale démocratique**  
Dominique Rousseau
- 107 **Participer à la gouvernance de la mondialisation par le droit : de nouveaux horizons pour les cours suprêmes nationales**  
Bernard Stirn
- DÉFIS
- 113 **Un Martien aux Nations Unies ou réflexions naïves sur la gouvernance mondiale de l'environnement**  
Yann Aguila et Marie-Cécile de Bellis
- 124 **La nécessité d'une approche ascendante pour la lutte contre le réchauffement climatique dans un monde kaléidoscopique**  
Edith Brown Weiss et Vicki Arroyo
- 132 **Régulation par le marché et développement durable**  
Guy Canivet
- 140 **Protection des données personnelles et gouvernance mondiale des données**  
Peter Chase
- 145 **Le droit est plus que jamais le langage nécessaire de la mondialisation**  
Laurent Cohen-Tanugi
- 148 **La taxation de l'économie numérique**  
Martin Collet
- 153 **La gouvernance des biens communs comme levier politique**  
Thierry de Montbrial
- 156 **Géopolitique de la transition énergétique**  
Jorge Vifuales
- OUVERTURE
- 166 **Une spirale des humanismes**  
Olivier Abel et Mireille Delmas-Marty

# Méthodes





Luis Arroyo Zapatero • Recteur honoraire de l'Université de Castilla-La Mancha, Président de la Société Internationale de Défense Sociale

## Quelle méthode pour une harmonisation pénale ?

### 1. Les limites traditionnelles du droit pénal comparé pour l'harmonisation

À l'heure de la mondialisation, un saut qualitatif dans le contenu et la méthodologie du droit comparé, en particulier concernant la politique criminelle, est indispensable. La question demeure cependant difficile, en raison des profondes discontinuités dans les processus politiques, et en particulier des deux guerres mondiales, qui ont directement affecté les acteurs académiques du droit comparé, traditionnellement français et allemands. Le drame a été verbalisé par le président de la Société de Législation Comparée de France Jean Paulin Niboyet lors de la séance solennelle du 19 février 1949 : « Berlin nous faisait une grande concurrence : il y avait là deux institutions, avec des hommes extrêmement savants à leur tête, qui faisaient paraître des travaux de grande valeur, et qui avaient deux bibliothèques magnifiques : un institut de droit public comparé et un institut de droit privé comparé. Ils ont été chassés de Berlin. C'est à nous à savoir faire en sorte que Paris devienne le principal centre du droit comparé de l'Europe »<sup>1</sup>.

Les objectifs sont aussi devenus plus complexes. Deux classiques modernes comme Zweigert et Kötz pouvaient dire jusqu'à récemment que le droit comparé dans son approche traditionnelle était orienté pour être invoqué dans les processus d'élaboration de nouvelles lois ou pour l'élaboration d'éléments technico-juridiques dans le but d'augmenter la connaissance scientifique<sup>2</sup>.

Les processus d'harmonisation juridique internationale sont très récents. Ils naissent avec la Société des Nations puis se multiplient aux Nations Unies, avec des instruments d'harmonisation portant sur de nombreuses

questions juridiques. Dans le domaine des droits de l'homme, la Déclaration universelle de 1948 a ainsi lentement trouvé ses incarnations régionales, avec les cours européennes et américaines et, plus modestement, au niveau mondial. Dans le domaine de la protection pénale des intérêts communs internationaux, le processus s'est arrêté avant de donner naissance à ce qui aurait dû être la première norme d'harmonisation : une Cour pénale internationale, avec des règles matérielles et de procédures internationales. Toutefois, depuis la fin de la guerre froide, le processus d'harmonisation pénale internationale a été plus rapide et plus étendu qu'il n'y paraît.

Il n'est pas exagéré d'affirmer que plus d'un cinquième du droit pénal est aujourd'hui harmonisé au niveau international, ce qui, dans l'Union européenne, représente plus de 30% de la matière, avec des règles pénales harmonisées en plus du principe de reconnaissance mutuelle. L'harmonisation réalisée au niveau mondial a été historiquement davantage portée par des diplomates que des juristes, y compris les comparatistes, bien que certaines personnalités brillantes aient réussi à allier diplomatie et droit. Il suffit de mentionner le rôle de René Cassin et Hartley Shawcross dans l'élaboration de la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention contre le génocide ou la Convention européenne des droits de l'homme. Parmi les responsables politiques, la première femme à présider avec succès un organe international mérite d'être rappelée et louée : Eleanor Roosevelt. Ce travail faisait toutefois peu de cas de la théorie.

Jusqu'aux années 1900, on se contentait de moderniser et d'étendre la *lex mercatoria*, si pertinente et si facile tant la croyance que l'unification du droit privé et du droit commercial à l'échelle mondiale, facilitant les échanges économiques, était forte. Cependant, en matière pénale, objet par excellence de la souveraineté de l'État au même titre que la monnaie par exemple, la difficulté était bien plus grande. Malgré tout, la question pénale se retrouve inscrite dans les discussions académiques internationales avant 1914, notamment en doctrine avec la multiplication des congrès pénitentiaires internationaux à partir de la fin du 19<sup>ème</sup> siècle<sup>3</sup>.

Le premier grand pas en avant fait à l'initiative de Franz von Lizst à Berlin, fut de compiler une gigantesque collection de codes pénaux. Von Lizst avait pour objectif de les comparer et d'en extraire les principes directeurs (*Vergleichende Darstellung des deutschen und des ausländischen Strafrechts* (1905-1909)). Cinq ans plus tôt, en 1900, se tenait à Paris le premier Congrès international de droit comparé, où Raymond Saleilles et Édouard Lambert proclamaient que le droit comparé devait servir de science en faveur du rapprochement des civilisations et du développement du droit international par l'élaboration d'un droit commun de l'humanité. Initiative fortement soutenue par la Société de Législation Comparée, créée

1. La réconciliation de l'Europe était très lointaine, surtout celle du fameux axe franco-allemand ; v. L. Arroyo Zapatero, « Soixantième anniversaire de la Société Internationale de Défense Sociale, 1949-2009 : L'esprit des temps », *Cahiers de Défense Sociale*, 2009-2010, p. 11 et s.  
2. K. Zweigert, Konrad, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Band I und II, Tübingen JCB Mohr, 1984 (1ère édition de 1969), p. 51.

3. Sur l'évolution des sciences pénales v. L. Arroyo Zapatero, « Las tres pasiones de las Ciencias penales », *Criminalia*, 2020, p. 96.

en 1869<sup>4</sup>. Enfin, au début du 20<sup>ème</sup> siècle, John Henry Wigmore fondait à Chicago le Bureau de droit comparé de l'*American Bar Association* (1906), avec une intense activité de traduction et de publication d'ouvrages de droit pénal et de criminologie<sup>5</sup>.

De leur côté, les universitaires mettaient en route un puissant mouvement sous le nom d'Association Internationale de Droit Pénal, sous la direction du berlinois von Lizst de Berlin, de l'hollandais van Hammel et du belge Adolph Prins, qui réussirent à rassembler à Berlin des pénalistes de tous les pays d'Europe continentale et à constituer un large catalogue d'idées et de projets d'institutions pénales. Comme l'a souligné Ignacio Berdugo, presque tout ce qui a été mis en œuvre par la suite est issu de ce gigantesque effort scientifique<sup>6</sup>.

Ces ambitions internationalistes trouvèrent un nouvel élan avec la création de la Société des Nations (SDN), qui mit à l'ordre du jour la coopération juridique internationale, notamment avec la création de la Cour internationale de justice et de l'Organisation internationale du travail. L'objectif était de construire un gouvernement mondial qui préviendrait les guerres et ouvrirait la voie au progrès<sup>7</sup>.

Les initiatives de la SDN au cours des dix premières années furent d'abord d'éliminer autant que possible les divergences entre les législations nationales qui étaient de nature à empêcher la coopération entre les États dans la lutte contre la criminalité. L'outil majeur de cette ambition fut l'unification des incriminations des actes criminels portant atteinte aux intérêts communs. Le champ était vaste et comprenait notamment les régimes d'extradition, le principe de la double incrimination, la contrefaçon de monnaie, la traite des femmes, le trafic de drogue, l'esclavage, la piraterie, les publications obscènes et même le terrorisme, ce dernier faisant l'objet d'une Convention adoptée en 1937. La même année, une proposition fut formulée pour la création d'un tribunal pénal international afin de protéger la paix internationale.

Outre ces propositions d'unification des groupes d'infractions, une longue liste de propositions pénales fut établie sur des questions générales, telles que l'harmonisation des concepts de faits justificatifs de condamnation, de légitime défense, d'état de nécessité et de récidive. Le travail engagé sur la période précédente en matière de condamnations avec sursis et de libération conditionnelle fut également poursuivi avec une plus grande systématisation de l'incorporation dans les codes pénaux des États. En réalité, il s'agissait plus d'une harmonisation « topique » de certaines des institutions nationales que

d'une unification de la législation pénale, expression qui ne sera forgée que plus tard par Theodor Viehweg.

## 2. Portée et limites de l'harmonisation verticale : le différend de Nuremberg sur la « conspiracy »

Le droit commun que les comparatistes espéraient forger au-delà des lois nationales fut élaboré principalement par des personnes non liées au mouvement comparatiste<sup>8</sup>. Ce fut notamment le cas du premier droit mondial « unifié » : la Charte de Londres (la « Charte ») pour la création de la Cour pénale militaire internationale, avec sa liste d'incrimination et ses précisions processuelles. La Charte instaura quatre grands crimes et un principe qui représentait une innovation juridique dans l'histoire de l'humanité : la responsabilité pénale personnelle des dirigeants des États ayant commis des atrocités. Au-delà de ce dépassement de l'impunité des chefs d'État et de gouvernement, c'est plus largement la non-pertinence du traitement interne par chaque pays des crimes contre l'humanité et l'impunité pour la commission d'atrocités commises sur l'ordre de supérieurs que la Charte avait pour ambition de traiter. Ce corpus unifié se heurta toutefois à des difficultés concernant l'incrimination autonome de la *conspiracy*. La genèse des discussions à ce sujet montre les frictions qui surgissent lorsque les comparatistes ne participent pas à l'harmonisation du droit pénal.

La clause de « *conspiracy* » avait une grande valeur stratégique pour les Américains, mais ce mode unique d'imputation de la responsabilité en *common law* n'était ni acceptable ni compréhensible en droit continental. Il ne s'agissait pas seulement d'une « question de culture juridique ». L'enjeu était de sanctionner des participants et complices des crimes consommés au même titre que leurs auteurs. L'objectif de la « *conspiracy* » est ainsi d'atteindre tous les responsables quel que soit leur niveau d'implication.

On rappellera les divergences profondes qui ont existé entre les Britanniques, les Soviétiques et les Américains quant à l'attitude à adopter pour punir les principaux criminels de guerre. Les Britanniques étaient favorables à une solution « politique », c'est-à-dire à ce qu'ils appellent les « exécutions sommaires » qui devaient toucher jusqu'à 50 dirigeants nazis, « multipliées par 100 » a-t-on fait dire à Staline. En réalité, ces paroles relevaient vraisemblablement d'une plaisanterie de Staline à Churchill lors d'une réunion bilatérale à Moscou en octobre 1944 après la réunion de Québec. D'ailleurs lorsque Churchill évoque cette rencontre à Roosevelt, il lui indique que Staline aurait pris position en défaveur d'exécutions sans procès<sup>9</sup>. Pour sa part, F. D. Roosevelt ne voulait pas prendre le risque d'une solution « d'avocats », dont l'issue était incertaine et donc politiquement risquée pour les vainqueurs. Ses plus proches conseillers, d'anciens procureurs, le mirent toutefois en garde contre la solution dite « politique », tant sur le principe qu'en raison du risque

4. B. Fauvarque-Cosson, « Deux siècles d'évolution du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 63 n°3, 2011. pp. 527-540 ; M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Editions Ides et Calendes, 1971, p. 17.

5. L. Arroyo Zapatero, « Las tres pasiones de las ciencias penales », *op. cit.*

6. I. Berdugo Gómez de la Torre, *El movimiento de política criminal tendente a la unificación legislativa*, Madrid 1976 ; <www.cienciaspenales.net>.

7. M. Ancel, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Ides et Calendes, 1971. p. 22 et s.

8. M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les Forces imaginantes du droit*, 1, Seuil, *cit. infra*, p. 36 et 37.

9. T. Taylor, *The anatomy of the Nuremberg Trials*, A. Knof, 1982, chap. 4.

que le peuple américain - qui n'avait pas connu les atrocités nazies sur son sol - rejette les exécutions de masse.

Au contraire, Henry L. Stimson, ministre de la guerre et ancien secrétaire d'État, le juge Samuel Roseman, conseiller spécial du Président et le procureur général Biddle pensaient que la voie des procès serait une manière de présenter à l'opinion publique américaine les raisons pour lesquelles les parents avaient sacrifié leurs enfants en Europe pour la deuxième fois en deux générations. Pour convaincre Roosevelt, Stimson lui présenta l'idée d'intégrer la *conspiracy* dans les charges. Il lui rappela son expérience comme procureur du district sud de New York contre les sociétés impliquées dans la fraude fiscale et la contrebande de sucre sur la côte est - et accessoirement, dans la lutte contre les grèves et les syndicats.

À cette époque, l'impunité des chefs d'entreprise pris fin avec l'application des premières lois pénales économiques qui prévoyaient l'incrimination pour *conspiracy*, vieil héritage britannique. Stimson ainsi armé ne s'était pas limité à punir les exécutants, c'est-à-dire les employés qui chargeaient et déchargeaient les cargaisons de sucre, et fit condamner les dirigeants et les entreprises elles-mêmes. L'accord de Roosevelt obtenu, les juristes américains purent proposer aux alliés à Londres un système de procès « *conspiracy and criminal organization* »<sup>10</sup>.

Lorsque la délégation américaine arriva à Londres le 4 avril, elle constata que les Britanniques continuaient à rejeter tout type de solution juridique et s'en tenaient à la solution dite « politique ». Toutefois, l'alternative du système « *conspiracy and organization* » gagna du terrain. Le 12 avril, Roosevelt décéda sans qu'aucun accord ne soit trouvé avec les Britanniques et les Soviétiques. Dans le même temps, le cabinet de guerre de Londres accepta la proposition américaine, qu'il considérait comme un bon compromis entre un procès et des exécutions sommaires. Washington envoya alors à Londres un comité présidé par le juge Rosenman, maintenu en fonction par le nouveau Président Truman, ainsi que le secrétaire à la Guerre Stimson. Toutefois les relations entre Alliés étaient instables. Roosevelt qui avait promis à Staline de le laisser prendre Berlin n'était plus, et des tensions commençaient à se faire jour faisant craindre un effondrement des alliances.

La libération du camp de concentration de Buchenwald le 11 avril, celle du camp Bergen Belsen par les Britanniques un jour plus tard, et enfin celle de Dachau par les Américains le 24 avril mirent fin aux tergiversations. Les photographies des atrocités commises firent la une des journaux et les citoyens américains pouvaient maintenant comprendre pourquoi ils s'étaient battus et enfin croire ce que les Soviétiques dénonçaient depuis l'été 1944 et la libération de Majdanek, des trois autres camps de l'Est, puis d'Auschwitz en janvier 1945. Les Alliés eux-mêmes avaient découvert le camp de Struthof-Natzweiler en

France à la fin du mois de novembre 1944.

Pour les Américains, la notion de *conspiracy* qui apparaît dans la Charte comme une sous-section et avec un caractère subsidiaire, représentait la clé pour atteindre les grands criminels de guerre. Ainsi, il devint possible d'inclure dans les poursuites même les personnages les plus difficiles à inculper comme Schacht et von Papen qui semblaient s'être limités à assister aux débuts de la dictature. C'est pourquoi le procureur Jackson, dans son discours d'ouverture de l'acte d'accusation, l'a érigé en crime autonome. Toutefois, le tribunal rejeta d'emblée l'interprétation américaine et a appliqué les critères ordinaires de perpétration et de complicité. Il déclara au sujet de la *conspiracy* que le dernier paragraphe de l'article 6 de la Charte « *n'avait pas pour objet d'ajouter une infraction distincte aux crimes précédemment énumérés... Aussi le tribunal néglige-t-il désormais l'inculpation de complot...* »<sup>11</sup>.

Ce moment majeur dans l'adoption d'une politique d'unification radicale et l'universalisation du droit pénal, montre les difficultés à imposer de manière hiérarchique et verticale des institutions singulières propres à un pays ou à une culture juridique. Ainsi, l'incrimination pour *conspiracies* s'est radicalement effondrée devant l'étonnement d'Henri Donnedieu de Vabres et des juges Soviétiques<sup>12</sup>.

Aucun des juges n'a précisé sa position, peut-être parce que la référence aux « autres cultures juridiques » a évité une discussion de fond sur les différences entre la clause de *conspiracy* dans le droit américain et le droit continental. En fait, il y avait dans le grand cercle à Londres et plus tard à Nuremberg quelques juristes dotés de fortes qualifications comparatistes. Parmi eux figuraient les juges Henry Donnedieu de Vabres et Nikichenko, tous deux ayant déjà écrit des livres sur le droit pénal international. Le premier avait déjà publié ses *Principes modernes de Droit pénal international* en 1928. Le juge suppléant soviétique A. Trainin, auteur de *La Défense de la paix et du droit pénal*, avait également publié avant la guerre et à nouveau pendant la guerre. Parmi les collaborateurs de chaque équipe de juristes des alliés, il faut mentionner Hersch Lauterpacht, réfugié à l'université de Cambridge depuis la fin des années 20 et professeur de droit international, et Raphaël Lemkin, réfugié aux États-Unis. Bien que dépourvus de réels pouvoirs décisionnels, le premier a eu de très bonnes relations avec le groupe anglais et surtout avec le procureur général américain Jackson, grâce auquel, les concepts de guerre d'agression, de crimes contre l'humanité et la future Décla-

11. J.-B. Herzog, *Nuremberg. Un échec fructueux ?*, LGDJ, Paris 1975, p. 99.

12. V. Donnedieu de Vabres, *Le procès de Nuremberg, Cours de Doctorat*, p. 247 et 254. Ceci est également expliqué par le juge américain du tribunal Francis Biddle : v. J. Owen, "Nuremberg. Evil on trial", *Hedline Review*, 2006, p. 316 ; H. L. Stimson et M. Bundy, *On active service in peace and war*, Harpers, 1948 ; B. F. Smith, *Reaching Judgment at Nuremberg*, Andre Deutsch, 1977 ; S. M. Twist, *Retrospectivity at Nuremberg: the nature and limits of a schmittian analysis*, University of Central Lancashire, 2012 ; S. Cordini, "Delitos de organización: los modelos de "conspiracy" y "asociación criminal" en el Derecho interno y en el Derecho internacional", *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 38, 2017, pp. 75-120. La complexité des différentes solutions juridiques dans les pays de l'UE est analysée dans le livre de J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 3. ed., Dalloz, 2008, p. 72 et s., p. 117 et s.

10. B. F. Smith, *The American Road to Nuremberg, The documentary record 1944-1945*, Hoover Institution Press, Stamford 1982, p. 98 et s. ; Stimson 586 ; T. Taylor, *The anatomy of the Nuremberg Trials*, op. cit.

ration des droits de l'homme sont devenus centraux.

Lemkin quant à lui, a contribué à la systématisation décisive des lois et règlements nazis et à la première apparition du concept de génocide inclus dans le texte de l'acte d'accusation de Jackson. Lemkin avait d'ailleurs rencontré ce dernier à Washington, mais sans parvenir alors à faire accepter le concept de génocide en raison de l'inquiétude des Américains liée au système de discrimination raciale. Le concept et son protagoniste s'épanouiront lors de la rédaction de la Convention sur le génocide en 1948. Philip Sands a présenté une excellente image de ces deux juristes dans son *Retour à Lemberg*<sup>13</sup>, ouvrage qui dévoile la véritable genèse des concepts criminels les plus pertinents de notre époque, le crime contre l'humanité et le génocide. Les travaux de Guillaume Mouralis, en particulier dans *Le moment Nuremberg* sont également très précieux. Il s'agit de l'essai le plus original sur Nuremberg. Il porte une attention particulière à la typologie des juristes, à la question raciale, à la réflexion des deux côtés de l'Atlantique et à l'héritage de Nuremberg<sup>14</sup>.

Il faut également évoquer l'influence d'un important groupe d'exilés allemands de la « *Frankfurt School* » qui avaient rejoint les universités de New York où ils avaient transféré l'Institut de recherche sociale. Ses membres les plus qualifiés rejoignirent l'équipe de l'OSS, l'ancêtre de la CIA, avec pour mission d'expliquer aux hauts commandants militaires que l'Allemagne n'était pas une simple dictature mais aussi un État national-socialiste totalitaire.

Parmi ces hommes, on retrouve Otto Kirchheimer, Herbert Marcuse et Franz Neumann. Ce dernier, auteur de *Béhémot : structure et pratique du national-socialisme*, en 1942, une théorie politique et sociale du nazisme, parue dix ans avant le livre de Hannah Arendt, avait fait son doctorat en droit pénal avec Max Ernst Mayer, un disciple de Hugo Sinzheimer, spécialiste du droit du travail à Weimar. Il était un avocat des syndicats allemands et du Parti social-démocrate, jusqu'au début des persécutions en 1933, qui le conduisirent à la *London School of Economics* avec Harold Laski, où il fit un deuxième doctorat, cette fois en sociologie, puis à l'université de Columbia. Toutefois le plus haut responsable américain, très actif dans l'équipe de Nuremberg, était favorable à ce que les nazis soient jugés selon le droit allemand et les tribunaux allemands<sup>15</sup>.

Une analyse comparée du terme « *conspiracy* » et de ses significations aurait pu être très utile. Dans la conception continentale, la *conspiracy* permet d'incriminer la participation à la phase de conception et d'accord pour l'exécution, sans qu'il y ait eu pour autant

commission de l'infraction en elle-même. Si l'infraction est effectivement commise, la peine punissant l'auteur concernera aussi son complice. La peine pour complicité en droit continental est toujours moins lourde que celle des auteurs et coauteurs. Ainsi, par exemple, les codes espagnols successifs depuis 1822 étaient plus ou moins libéraux et punissaient le complot ou la conspiration pour tous les crimes ou seulement pour les plus graves<sup>16</sup>. En revanche, quelle que fût l'époque, la peine était toujours inférieure à celle du crime consommé ou de la tentative de crime. Dans la conception américaine, la fonction de la clause de *conspiracy* était de sanctionner toutes les participations à partir du moment de la conception et de l'accord, de la peine applicable à l'auteur principal de l'infraction commise, que l'infraction ait été effectivement consommée ou non. Il est clair que les deux clauses n'étaient pas fonctionnellement équivalentes. Mais même chez les comparatistes, le débat doctrinal sur l'équivalence fonctionnelle n'avait pas encore surgi.

Il serait certainement nécessaire aujourd'hui de prendre en compte ces différents effets ou fonctions pour juger les nombreuses lois pénales américaines d'ordre économique qui tendent à être appliquées de manière extraterritoriale. Ces dernières, en sanctionnant des actes par des peines disproportionnées ou des actes, parfois non punissables dans d'autres traditions juridiques, compromettent la coopération juridique internationale. L'appréciation de cette équivalence fonctionnelle devrait précéder toute coopération judiciaire entre l'Union européenne et les États-Unis. À l'heure actuelle, l'incrimination de conspiration avec des peines disproportionnées sert également à rechercher la coopération de l'accusé pour qu'il se rende sans arme à l'accusation<sup>17</sup>.

Après le début de la guerre froide, avec l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la Convention contre le génocide, l'activité législative des Nations Unies a été réduite et limitée à des questions très éloignées des droits de l'homme et des affaires pénales, exception faite de l'approbation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en 1966. Les deux faits d'harmonisation les plus aboutis durant cette période furent la Déclaration des droits de l'homme du Conseil de l'Europe et la Déclaration américaine des droits de l'homme, avec leur Cour et leur Tribunal. Ces constructions ont conduit à une grande harmonisation, y compris par l'effet de leur application par la jurisprudence. L'action conventionnelle et son application systématique et programmée a été le plus puissant harmonisateur de normes. En matière pénale, surtout, elle a limité l'excès du pouvoir punitif de l'État et a donné une puissante impulsion à l'évolution du droit comparé. La catégorie juris-

13. P. Sands, *Retour à Lemberg*, Albin Michel, 2016, et à ce sujet L. Arroyo Zapatero, *Delitos contra la humanidad y genocidio: genética de dos conceptos en Philippe Sands*, Calle Este-Oeste, leer.tirant.es, 2017; R. Lemkin, *Axis Rule in occupied Europe*, Carnegie End., 1944; H. Lauterpacht, *An International Bill of the Rights of Man*, 1945; A. Tisseron, *La France et le procès de Nuremberg. Inventer le Droit international*, préf. de A. Wiewiorka, Les prairies ordinaires, 2014.

14. G. Mouralis, *Le moment Nuremberg*, Presses de Sciences Po, 2019, spéc. p. 53 à 57.

15. Neumann, Marcuse, Kirchheimer, *Im Kampf gegen Nazideutschland*, ed. *Raf-faele Laudani*, Institut für Sozialforschung, Campus, Frankfurt, 2016, p. 585 et s.

16. M. Barbero Santos, *Política criminal en España*, Túcar, 1977.

17. Sur les formules actuelles de *conspiracy*, v. Carsten Momsen/S. Lisa, « Conspiracy als Beteiligungsmodell », *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 3 et 4, 2019, p. 182 et p. 243 et s.; S. Cordini, « Delitos de organización: los modelos de 'conspiracy' y 'asociación criminal' en el Derecho interno y en el Derecho internacional », *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 38, 2017, Bogotá, *Universidad Externado de Colombia*, pp. 75-120.

prudentielle de la « marge d'appréciation nationale », qui intervient dans la phase d'application de la convention et qui constitue le point de rencontre entre universalité et souveraineté, a été particulièrement fructueuse.

### 3. De nouvelles voies pour l'harmonisation internationale à l'heure de la mondialisation

C'est après la chute du mur de Berlin que le phénomène de mondialisation a été rendu visible et que des forces matérielles sont apparues, exigeant une harmonisation dans certains domaines. La plus urgente d'entre elles était la lutte contre la corruption et le crime organisé, rapidement suivie par d'autres.

C'est précisément en observant l'organisation de la lutte contre la corruption internationale, d'abord conduite par le petit groupe expérimenté d'États qui composent l'OCDE, que l'on constate les difficultés non surmontées par la science du droit comparé à unifier les règles de pays ayant des cultures juridiques et parfois des principes très différents. La solution pour éviter une impasse prévisible nécessita une double « invention » : l'harmonisation des règles nationales, en évitant l'unification nominale des catégories et en identifiant celles qui fournissent un équivalent fonctionnel dans chaque pays. En même temps, par opposition à la tentative traditionnelle d'uniformiser toutes les infractions et les sanctions dès le début de la rédaction de la convention, le système mis en place innova avec un mécanisme de suivi par les parties à la convention du processus de mise en œuvre par chaque partie. Cette innovation, notamment celle relative au concept d'équivalence fonctionnelle, apparaît avec Marc Pieth et s'appuie sur les modifications notables produites dans la construction théorique du droit comparé au cours des dernières décennies. Cette construction s'est notamment faite sur le terrain avec la combinaison du réalisme juridique traditionnel anglo-saxon et du fonctionnalisme systémique qui imprègne toute la science juridique allemande sociologique - et juridico-criminelle - au cours des dernières décennies. C'est surtout en droit international privé et commercial que le principe juridique traditionnel des comparatistes a été dépassé par le fonctionnalisme, en construisant des institutions et des normes internationales sur la base de la comparaison non pas de principes et de leur désignation, mais des fonctions et de leurs équivalences.

Toujours en 1978, à l'occasion d'une grande réunion à l'Institut de droit pénal étranger et international de Fribourg i. Br., organisé par Hans Henrich Jecheck, Marc Ancel proclama que jusqu'alors la seule évolution, bien que précieuse, du droit pénal comparé avait porté sur des éléments de politique pénale. Alors que les contributions des autres participants ne montraient pas la conscience de la nécessité de dépasser l'opposition entre les arguments de principe et d'utilité, Marc Ancel montra la voie. Il déclara : « *de nombreux comparatistes modernes préconisent l'exemple de la méthode fonctionnelle qui, au lieu de partir du texte ou de l'institution pour en déduire les conséquences logiques, s'efforce de partir du problème lui-même qui exige*

*une solution de la part du juriste* »<sup>18</sup>.

Le début du processus de création de la Convention anticorruption de l'OCDE coïncide avec le moment de maturité de l'harmonisation pénale dans l'Union européenne. C'est au sein de ses organes que se produisit la plus grande impulsion à la théorie et à la pratique de l'harmonisation au sujet de laquelle Mireille Delmas-Marty mena un grand travail collectif appelé « Les chemins de l'harmonisation »<sup>19</sup>. Elle proposa dans ce cadre une théorie de l'harmonisation fondée sur une théorie générale qu'elle enrichit puissamment tant dans son fondement que dans sa portée pendant ses années au Collège de France<sup>20</sup>. Sa théorie générale comporte au moins trois éléments clés : l'harmonisation par voie d'hybridation avec la primauté des droits de l'homme, la marge nationale d'appréciation<sup>21</sup> et la trilogie des acteurs, des faits et des processus d'harmonisation internationale. Ce sont les fondements du droit comparé moderne. Au cours des séminaires sur les voies de l'harmonisation, un élément abordé par Marc Pieth dans le processus d'élaboration de la convention de l'OCDE fut examiné, mais il ne fit pas l'objet de l'attention qu'il méritait, ni dans les commentaires académiques sur les conventions successives de lutte contre la corruption, ni dans la réflexion générale sur le droit comparé. Il est utile de réexaminer la question, car nous sommes à la veille de la conclusion de deux grandes conventions internationales sur le changement climatique et la protection des droits de l'homme contre les sociétés multinationales.

### 4. Le critère de l'équivalence fonctionnelle clé pour les futures conventions pénales

À la fin des années 90, alors que la mondialisation s'accroissait, la lutte contre la corruption devint une nécessité collective et multilatérale en faveur du progrès économique. La mise au jour de grands et graves scandales internationaux de corruption impliquant de grandes entreprises - qui incluait même parfois dans leurs comptes des dépenses de corruption de fonctionnaires étrangers - mais aussi plusieurs crises économiques liées à la corruption massive dans certaines régions, comme la crise asiatique de 1997, servirent d'électrochocs. Sous la pression et l'expérience concurrentielle du *Foreign Corrupt Practices Act* américain de 1977, l'OCDE pris l'initiative d'une Convention internationale contre la corruption (la « Convention »). Dans une première phase, seules des recommandations aux États membres furent produites, puis une véritable

18. M. Ancel, *Le droit pénal comparé en tant que moyen de recherche dans le domaine de la politique criminelle*, en H.H. Jescheck G. Kaiser, *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, Duncker&Humblot, Berlin 1980, p. 91.
19. M. Delmas-Marty, M. Pieth, U., Sieber (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris, 2008.
20. Depuis sa leçon inaugurale, M. Delmas-Marty, *Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Fayard, Paris, 2003 puis *Les forces imaginantes du droit, I : Le Relatif et l'Universel*, Paris, Seuil, 2004, II ; *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2005, III ; *La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2006, IV ; *Vers une communauté de valeurs*, Seuil, 2011.
21. M. Delmas-Marty, M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 52.4, 2000, pp. 753-780.

convention fut adoptée à la fois pour harmoniser la définition la plus élémentaire de la corruption de fonctionnaires étrangers par des entreprises exportatrices, et pour établir les éléments de base des poursuites pénales<sup>22</sup>.

Les rédacteurs de la Convention, conscients d'évoluer dans un univers de cultures juridiques très différentes, renoncèrent à l'unification des textes, mais adoptèrent un système de principes de base que les parties doivent mettre en œuvre dans leur législation nationale, selon un certain nombre de critères indicatifs, tous inspirés du principe de l'équivalence fonctionnelle.

La Convention définit l'infraction visée, la corruption de fonctionnaires, et requiert des États qu'ils adoptent une telle infraction dans leur législation pénale, y compris les formes de perpétration et de participation, ainsi que la conspiration ou la tentative de la commettre. Elle exige que les sanctions soient appliquées de la même manière que la législation de l'État partie s'applique à la corruption de leurs propres fonctionnaires nationaux. Elle proclame également que chaque pays doit adopter les mesures législatives nécessaires, conformément à ses propres principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales afin de punir les infractions de corruption.

Elle prévoit globalement des sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, d'une sévérité comparable à celle des infractions de corruption des propres agents de l'État. Dans le cas des personnes physiques, elles comprennent une peine d'emprisonnement suffisante pour permettre la coopération judiciaire et l'extradition. En outre, elle exige des pays qu'ils prévoient la saisie et la confiscation des produits de l'acte de corruption ou qu'ils prévoient des sanctions pécuniaires d'« effet comparable ». Elle invite à prévoir des sanctions civiles et administratives en plus des sanctions principales.

Les États s'engagent à réguler l'exercice de leur compétence pour la poursuite des infractions de corruption, qu'elles soient commises sur leur territoire ou à l'étranger, et à poursuivre aussi bien les ressortissants nationaux que les ressortissants étrangers. Ils s'engagent également à revoir leur système de compétence pour en assurer l'efficacité et à prévoir une coopération judiciaire pénale et, dans le cas des personnes morales, une coopération civile et administrative. Ils s'obligent aussi à revoir leur système de compétence pour en assurer l'efficacité et le corriger en conséquence, ainsi qu'à établir un délai de prescription adapté au temps nécessaire pour les enquêtes et les poursuites. L'État partie est également tenu d'appliquer l'infraction de blanchiment d'argent en cas de corruption de fonctionnaires étrangers par des nationaux.

La Convention intègre également des clauses relatives aux normes comptables des entreprises, interdisant les règles permettant de faciliter la dissimulation de la corruption et exigeant la sanction du non-respect par l'en-

gagement de la responsabilité civile, administrative ou pénale avec des *sanctions effectives, proportionnées et dissuasives*. Enfin, elle exclut l'argument de la double incrimination dans ces infractions et du secret bancaire aux fins de la coopération judiciaire. Elle autorise l'extradition pour la simple participation et oblige les États à poursuivre leurs propres ressortissants s'ils n'accordent pas l'extradition. Enfin, l'article 12 de la Convention établit l'obligation pour les États de se soumettre à un « contrôle systématique » (surveillance et suivi) pour promouvoir la pleine application de la Convention<sup>23</sup>.

Le préambule de la Convention indique que son objectif est de parvenir à une *équivalence fonctionnelle* dans son application par les différents pays. De plus, le premier commentaire officiel de la conférence de négociation explique dans des termes généraux, que « (cette) Convention a pour objectif d'assurer une *équivalence fonctionnelle* entre les mesures prises par les Parties pour sanctionner la corruption d'agents publics étrangers, sans exiger l'*uniformité* ou une modification de principes fondamentaux du système juridique d'une Partie ».

La Convention n'impose pas la responsabilité pénale des personnes morales (article 2), car cette pratique n'était pas uniformément présente dans la plupart des pays à l'époque. Toutefois, elle exige qu'en plus de poursuivre les infractions commises par des personnes physiques à l'intérieur et à l'extérieur des entreprises, le pays dispose d'un système sérieux de responsabilité civile ou administrative. Le suivi de la Convention vérifie que les systèmes de sanctions civiles ou administratives des personnes morales soient fonctionnellement équivalents, c'est-à-dire qu'ils ont des effets dissuasifs et une efficacité similaire à celle du système pénal. En particulier, le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes physiques agissant au sein et pour le compte de personnes morales commettant des actes de corruption devait être revu (Recommandation 2009, annexe 1, Guide de bonnes pratiques, paragraphe B).

Comme on peut le constater, l'harmonisation implique l'identification claire des comportements qui sont destinés à être interdits au niveau international. Ce faisant elle doit conduire à ce que ces comportements fassent l'objet d'une transposition par le législateur national, tant pour les cas de perpétration que pour ceux de participation, de préparation et de tentative. L'indication relative aux sanctions (article 3.1) mérite une attention particulière. Elle met l'accent sur l'idée que les sanctions pénales doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives » et que, dans le cas de la responsabilité des personnes physiques, elles doivent être comparables ou analogues à celles que la légis-

22. M. Pieth, L. A. Low, P. J. Cullen (eds.), *The OECD convention on bribery: A commentary*, CUP, 2006, p. 14 et s. et sur le principe d'équivalence fonctionnelle, p. 37 et s.

23. M. Pieth, L. A. Low, P. J. Cullen (eds.), *The OECD convention on bribery: A commentary*, op. cit., p. 37 et s.; Mark Pieth, M. Delmas-Marty, M. Pieth, U. Sieber (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, op. cit., p. 231; V. Mongillo, *Harmonization within the European Union*, in A. Fiorella, *Corporate criminal liability and compliance programs, volume II, Towards a common model in the European Union*, Jeunes éditions de Naples, 2012; M. Pieth, "The Responsibility of Legal Persons", in *the OECD Commentary*, op. cit., p. 2 et s.

lation nationale prévoit pour ce comportement. Des peines de privation de liberté suffisantes doivent également être prévues pour permettre une entraide judiciaire efficace, l'extradition doit être prévue (article 3.1). En outre, elle demande l'exclusion de circonstances injustifiées qui pourraient empêcher les poursuites, telles que la prescription, les limitations à l'extradition, comme l'exigence induite de double incrimination dans ce cas. En outre, lorsque le texte fait référence aux sanctions relatives à la confiscation des bénéfices illicites, il affirme que d'autres conséquences juridiques telles que celles de nature monétaire qui ne sont pas des amendes et qui ont un « effet comparable » peuvent être prévues. Les règles comptables (article 8) doivent quant à elle exclure tous les mécanismes qui encouragent la corruption, tels que la comptabilité parallèle hors livres, les registres mal identifiés, les registres de dépenses inexistantes ou l'enregistrement de passifs non identifiés. Ces pratiques sont désignées comme des infractions méritant l'application de sanctions civiles, administratives ou pénales efficaces, « proportionnées et dissuasives ».

Ainsi, l'exigence d'harmonisation ne se limite pas au niveau normatif, mais s'étend au niveau juridictionnel, à l'exigence d'une application efficace du système normatif sur le plan procédural, tant au niveau national qu'au niveau de la coopération judiciaire internationale (article 4). Comme l'indique Mark Pieth, le concept d'équivalence fonctionnelle n'est pas simplement une formule permettant d'accepter toutes les variantes nationales, mais appelle certaines exigences minimales<sup>24</sup>.

Il serait certainement souhaitable que les pays qui prévoient une responsabilité pénale des personnes morales partagent leur expérience pour éviter les régimes confus et désordonnés qui prévalent chez d'autres. Ces approximations tendent à entraîner l'impunité, soit pour les sociétés, soit pour les dirigeants des sociétés qui commettent effectivement les infractions, voire pour les deux.

Ce système d'harmonisation et de transposition législative par des « mesures équivalentes » et des « sanctions effectives, proportionnées et dissuasives » prévoit également une clause finale établissant un système de contrôle et de suivi. Il vise à connaître au niveau des Parties, les règles, leur transposition, leur légalité, leur application aux procédures et l'évolution de leur traitement juridique par les autorités gouvernementales et judiciaires. C'est ce qu'on appelle traditionnellement l'étude non seulement du « droit dans les livres » (« *Law in Books* ») mais aussi du « droit en action » (« *Law in Action* »). Ces derniers termes ne sont pas originaires du droit continental, mais sont une bonne métaphore de la nécessité d'un examen non seulement nominal mais aussi substantiel ou matériel des lois<sup>25</sup>. Il ne s'agit pas seulement de découvrir d'éventuelles erreurs dans les mesures législatives adoptées, mais aussi des erreurs dans le fonctionnement de tout le système,

autrement dit des erreurs dans l'*application*<sup>26</sup>. Il est regrettable que les conventions anticorruption ultérieures (Interaméricaine, Conseil de l'Europe et Nations Unies) n'aient pas réitéré l'idée directrice de l'équivalence fonctionnelle, mais il n'en reste pas moins que les organes de contrôle et de suivi respectifs fonctionnent de la même manière que dans le cadre de la convention de l'OCDE.

En outre, l'évaluation de l'équivalence fonctionnelle dans la législation européenne est également prise en compte. Les États disposent, dans leur transposition des directives, d'une marge de décision soumise à des limites fixées par l'équivalence fonctionnelle. Il est toujours question, comme l'a proclamé Cesare Predrazi, que « *le prince ne puisse pas décider arbitrairement de sa religion ou de son système de responsabilité ou, mieux, d'impunité* ».

En bref, tout futur projet de convention internationale en matière pénale doit tenir compte de la définition conventionnelle de l'objet de l'accord proposé, des mesures de protection et des conditions d'équivalence fonctionnelle des mécanismes envisagés. Nous assistons à l'accélération de plusieurs mouvements en faveur de la protection pénale des biens communs de l'humanité : l'environnement et la prévention de la crise climatique, la protection des droits de l'homme contre leur violation par les entreprises multinationales, la protection mondiale de la santé contre les risques d'épidémie ou encore la lutte contre certains comportements de contrefaçon, de fraude, de thésaurisation, etc. Il serait souhaitable que ces combats s'appuient sur ces préceptes.

Sur le problème du crime d'écocide, il existe une proposition très avancée de Convention internationale préparée par un groupe international de juristes dirigé par Laurent Neyret<sup>27</sup>. Ce projet a tenu compte des expériences de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Naturellement, la définition des concepts et des mesures est plus détaillée, mais elle se conforme davantage à une approche fonctionnelle qu'à un objectif unificateur. Une deuxième convention proposée pour les crimes environnementaux en général semble poursuivre un objectif d'unification, ce qui rend son adoption sans doute précoce. Il serait peut-être plus opportun de s'atteler à déployer ces principes à l'échelle nationale avant la mise en œuvre d'un tel texte.

Plus de vingt ans après l'adoption de la Convention de l'OCDE, il apparaît que le système peut encore être amélioré et pourrait être modulé avec d'autres dispositions. Il est très probable que les énoncés puissent être synthétisés davantage et que les exigences puissent être reformulées avec l'adoption de mesures fonctionnellement équivalentes. Toutefois il est clair qu'elle a permis des progrès considérables pour engager la responsabilité pénale des personnes morales coupables de faits de corruption.

24. *Convention de OCDE sur la lutte corruption transnationale*, op. cit., p. 39.

25. En ce sens voir M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, op. cit., p. 101 : « et cette méthode reste-elle souvent dite fonctionnelle ».

26. Pour un aperçu des éléments à analyser dans ce point : v. C. Fijnaut et L. Huberts (ed.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, Kluwer, The Hague, 2002, p. 11 et seq.

27. L. Neyret, *Des écocrimés à l'écocide - Le droit pénal au secours de l'environnement*, préf. de Mireille Delmas-Marty, Bruylant, 2015.



**Pavlos Eleftheriadis** • Professeur de droit public, Mansfield College, Université d'Oxford

## Raison naturelle et fondements éthiques du droit européen

14

La plupart des partisans de l'Union européenne (UE) sont conséquentialistes. Ils soutiennent que pour diverses raisons l'UE sert des intérêts de prospérité ou de sécurité. Cependant, l'attaque la plus courante contre l'UE n'est pas conséquentialiste, mais est fondée sur la théorie constitutionnelle de la « souveraineté populaire ». Si l'on considère que la souveraineté populaire est le fondement de tout un ordre constitutionnel, l'on peut alors trouver discutables les prétentions de l'UE à avoir son mot à dire s'agissant des politiques nationales. Cette critique est très efficace car les institutions politiques reposent sur l'opposition entre le bien et le mal, et non sur leurs conséquences potentielles<sup>1</sup>.

Néanmoins, l'argument de la « souveraineté populaire » contre l'UE est tributaire d'une grave erreur d'appréciation sur la nature des Constitutions. J'esquisse ici un argument alternatif, qui explique la légitimité des institutions transnationales et de l'UE en particulier en s'appuyant sur la justice constitutionnelle et l'égalité des citoyens. Cet argument s'inscrit dans le prolongement d'une longue tradition - à mon avis fructueuse - de recherche juridique, qui défend la Constitution et l'idéal de l'État de droit non seulement sur la base de la valeur des mécanismes constitutionnels mais également sur la base de la « raison naturelle ».

### Le problème de la souveraineté populaire

Les théories constitutionnelles de la « souveraineté populaire » justifient les institutions politiques par le fait qu'elles soient l'expression de la « volonté » du peuple. Les constitutionnalistes s'appuient souvent sur la souveraineté populaire parce qu'elle est à la fois strictement procédurale et strictement conservatrice : la législation produite par la majorité actuelle peut être considérée comme pleinement justifiée, quel que soit son contenu. Certains vont même jusqu'à l'extrême. Carl Schmitt pensait ainsi que la volonté du peuple innervait l'intégralité du droit constitutionnel.

1. Je ne peux pas défendre ce point ici. Des arguments dans ce sens sont développés dans P. Eleftheriadis, *Legal Rights*, Oxford University Press, 2008.

Des penseurs plus prudents affirment quant à eux, qu'un État n'est légitime que si son peuple approuve fondamentalement ses décisions légitimes. Cependant, la doctrine de la souveraineté populaire a toujours été une théorie constitutionnelle précaire. Le droit et la souveraineté sont en tension permanente. Les premiers spécialistes de la souveraineté l'avaient mis en lumière, mais certains constitutionnalistes contemporains semblent avoir oublié que les exigences de la souveraineté politique sont absolues. Elles n'autorisent pas un droit supérieur ou un contrôle judiciaire. L'idée même d'une personne ou d'un corps souverain implique que le pouvoir politique est au-dessus de la loi. C'est pourquoi les monarques l'apprécient.

Les théoriciens modernes de la souveraineté, et en particulier les juristes britanniques Bentham et Austin, se sont accordés sur la nature absolue de la souveraineté politique. Leur adepte, A. W. Dicey, pensait qu'elle pouvait être exercée par le Parlement, un organe représentatif, et non par l'Exécutif (même si, au moment où il écrivait, le chef de l'Exécutif contrôlait normalement le Parlement par le biais de la discipline de parti). Comme l'ont fait remarquer de nombreux autres universitaires, l'idée britannique de « souveraineté parlementaire » absolue ouvre la voie à la « dictature élective ». Dans le même ordre d'idées, cependant, une description simpliste de la souveraineté remet également en question le droit international, car elle présente nos engagements envers d'autres nations comme des usurpations. Il s'agit d'un problème différent, mais tout aussi important.

Je pense que la réponse à ces deux problèmes doit passer par une meilleure compréhension de la nature de l'ordre juridique et de la manière dont le droit est une pratique juridictionnelle et non pas simplement un événement social ou une expression de la « volonté populaire ». Le droit constitutionnel et le droit international ne sont pas l'expression de la volonté du peuple ou d'un État. Comme tout droit, ce sont des constructions de la raison à la lumière des caractéristiques universelles de l'expérience humaine ou, dans la langue utilisée par les Romains, de la « raison naturelle ».

### Raison naturelle et droit civil

Les Républiques grecque et romaine ont cherché à briser la souveraineté et le pouvoir traditionnel des rois. Nous ne sommes pas si différents d'eux. Le défi de la construction constitutionnelle pour les républiques contemporaines, que ce soit les États-Unis, la France ou l'Inde, est de décomposer le pouvoir et de l'organiser en branches qui s'équilibrent mutuellement, afin d'éviter le double danger de l'oligarchie et de la domination de la masse<sup>2</sup>. La souveraineté et le pouvoir du gouvernement sont donc deux choses différentes pour une République. Le droit constitutionnel est en fait la négation même de la souveraineté absolue : c'est un gouvernement par le droit, où chaque décision est soumise aux lois publiques. L'émergence du

2. Un processus historique bien décrit par D. Acemoglu et J. Robinson, *The Narrow Corridor : States, Societies and the Fate of Liberty*, Viking, 2019.

droit constitutionnel en Europe au cours du 19<sup>ème</sup> siècle a été un processus de transformation de l'ancienne signification de la souveraineté en quelque chose d'entièrement nouveau et peut-être incompatible avec son ancien cadre conceptuel. Dès que nous créons une base juridique pour le gouvernement à la manière du droit constitutionnel en tant que droit supérieur, et pas seulement comme une déclaration programmatique, la souveraineté est menacée par les institutions mêmes qui l'exercent<sup>3</sup>. Suivant certaines des idées de Platon, d'Aristote et de Cicéron, la tradition du droit romain établit clairement qu'une communauté fondée sur l'État de droit n'a pas besoin d'un pouvoir absolu à quelque niveau que ce soit.

Rappelons que la République romaine s'appuie sur la légende de l'expulsion du dernier roi, le tyrannique Tarquinius Superbus, ou « Tarquin le Superbe ». Des événements similaires de rébellion contre la tyrannie ont marqué la création des Républiques française et américaine. Et le processus intellectuel est très similaire, quelles que soient les différences historiques. Comment concilier la souveraineté avec le pouvoir d'un juge de faire appliquer une Constitution contre un Consul ou un Premier ministre ou contre un Parlement ? Ce n'est donc pas un hasard si toutes les républiques célèbrent les lois publiques et cultivent les idéaux de l'État de droit. De même, tous les monarques absolus et tous les pouvoirs autoritaires banalisent l'idée de l'État de droit en le transformant en un État de droit purement formel.

Les confusions s'agissant de la souveraineté, cependant, ont un effet tout aussi important sur notre compréhension des institutions internationales. Le sens absolu de la souveraineté a beaucoup de mal à s'accommoder avec la coopération des États. Les organismes créés par des traités internationaux, comme l'UE, l'OMS ou l'UIT, peuvent sembler agir sans légitimité alors qu'ils ne font qu'exercer les pouvoirs qui leur sont délégués. Chaque fois qu'une loi transnationale est élaborée, un certain pouvoir est retiré aux institutions politiques nationales.

Un gouvernement, par exemple, ne peut pas interdire aux ressortissants de l'UE de vendre des assurances en vertu des règles de l'UE, ne peut pas ignorer le risque de pandémie en vertu des règles de l'OMS et ne peut pas attribuer des fréquences radio ou déterminer des orbites de satellites unilatéralement, en vertu des règles de l'UIT. Mais que se passerait-il si ces règles interdites étaient soutenues par une majorité nationale écrasante (ou par ses dirigeants se faisant passer pour la majorité) ? Il apparaît alors que, selon la doctrine de la « souveraineté populaire », tout engagement international est illégitime et « antidémocratique ». Si nous voulons défendre et faire valoir le droit transnational, nous devons dénoncer ces erreurs dans notre conception de la souveraineté. Mais nous sommes également obligés de nous demander : qu'est-ce qui doit la remplacer ?

À la base de l'erreur se trouve la prémisse que tout ce qui concerne le droit est le résultat de la « volonté » de quelqu'un, ce qui ouvre la voie à la « volonté populaire » comme seule option légitime. Le fait que de nombreux philosophes juridiques pensent que le droit découle entièrement de la volonté positive d'un fonctionnaire est en partie le résultat des batailles du 19<sup>ème</sup> siècle pour la réforme du droit. Les juristes radicaux ont cherché à saper et à détruire le principal argument en faveur des structures juridiques hiérarchiques et oligarchiques établies. L'argument conservateur était que ces structures, aussi horribles et anachroniques qu'elles puissent paraître, étaient fondées sur « la sagesse du passé », comme l'a éloquentement exprimé William Blackstone. La *némésis* de Blackstone en Angleterre était le brillant polémiste Jeremy Bentham, qui a fait exploser les constructions de Blackstone en les exposant à un test rigoureux de la raison et de l'expérience. Le mouvement de pensée que Bentham et d'autres réformateurs ont lancé fut appelé « positivisme juridique ». Tout comme Blackstone insistait sur le fait que toute loi est raison, Bentham a répondu qu'aucune d'entre elles ne l'est. Poussé par son zèle polémique, Bentham a bouleversé la recherche juridique traditionnelle. La doctrine du positivisme juridique soutient donc que la loi est exclusivement faite par le pouvoir ou les autorités politiques et rien d'autre. Ce zèle excessif était peut-être nécessaire, afin de promouvoir la réforme juridique dans la Grande-Bretagne sclérosée de l'époque, mais il est allé trop loin.

En dehors du feu de la bataille politique, les philosophes et les praticiens du droit européen comprennent qu'au centre de nos concepts juridiques se trouvent des choses que nous ne pouvons pas nier : le cœur du droit, privé, public ou international, découle de raisons communes à toutes les personnes douées de raison. Il est faux de l'appeler « loi naturelle », mais il peut être approprié de l'appeler « raison naturelle ». Cette idée est actuellement démodée, mais elle a une histoire très longue et distinguée.

Les juristes byzantins qui ont compilé la codification de Justinien au 6<sup>ème</sup> siècle ont organisé leur réflexion autour de deux idées centrales. Ils avaient à l'esprit, premièrement, l'idée d'une loi de la raison, ou « *ius gentium* » et, deuxièmement, celle du droit civil, la loi sociale de la ville, ou « *ius civile* ». Un juge ou un universitaire devait s'appuyer sur ces deux notions afin de parvenir à un jugement ou à une conclusion appropriée. Le *Digeste* commence par les mots d'Ulpien, qui distingue en latin *ius* (comme « droit ») et *lex* (comme « loi »), et nous explique que le droit, au sens large du *ius*, est étroitement lié à l'art de juger ce qui est bon ou juste. Ulpien cite avec approbation la définition de Celsus, à savoir « *le droit [ius] est l'art du bon et de l'équitable* »<sup>4</sup>. Ulpien poursuit en disant que les principaux acteurs du droit sont ses « prêtres », les avocats professionnels : « *de cet art, nous [les juristes] sommes à juste titre appelés les prêtres. De fait, nous véné-*

3. J'explique cela plus en détail dans P. Eleftheriadis, « Power and Principle in Constitutional Law », 45 *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 37-56, 2016.

4. A. Watson (ed.), *The Digest of Justinian*, Vol 1, UPP, 1998) (ci-après « *Digeste* ») (l. i. 1, § 1), p. 1. Le texte latin est : « *ius est ars boni et aequi* ».

rons la justice et nous professons la connaissance du bien et de l'équité, en séparant ce qui est équitable de ce qui est inique, c'est-à-dire en distinguant ce qui est licite de ce qui est illicite, dans le désir de rendre les hommes bons »<sup>5</sup>.

Pour les Romains, la loi était un art, ou une pratique que les humains pratiquaient ensemble. Cet art consiste à distinguer les bons et les mauvais arguments sur la base des plaidoiries des parties et avec l'appui des meilleures preuves disponibles. Mais les Romains étaient très clairs sur le fait que la plupart des lois étaient faites par la société et ses institutions. Les humains ont créé le droit en réponse à leurs besoins et à leurs objectifs. Les Romains ne croyaient pas en une « loi naturelle » entièrement prescriptive, peut-être entièrement formée et prête à être appliquée à la manière d'un modèle (une caricature souvent polémique déployée par les positivistes modernes). Le droit était principalement du « droit civil », élaboré pour chaque État en fonction de ses propres caractéristiques. Le droit civil, comme Ulpien lui-même a pris soin de le faire observer, est basé sur un acte législatif positif pris à la lumière de la raison naturelle et des préceptes du « *ius gentium* », le droit des gens<sup>6</sup>. Ulpien aurait également déclaré que la connaissance de la loi implique la connaissance des affaires de Dieu et de l'Homme : « *La justice est une volonté constante et persistante de rendre à chacun ce qui lui revient. 1. Les préceptes du droit sont : vivre honnêtement, ne pas léser autrui, attribuer à chacun son dû. 2. La jurisprudence consiste dans une connaissance des choses divines et humaines, dans la science du juste et de l'injuste* »<sup>7</sup>.

Que signifie le fait que la raison naturelle puisse guider la législation et le jugement juridique ? Cette idée soulève évidemment de très nombreuses questions philosophiques. Pourtant, les *Institutes* de Justinien, le manuel d'introduction que les mêmes juristes byzantins ont rassemblé pour aider à la lecture du *Digeste*, n'ont eu aucun problème à l'appliquer dans la pratique et à nous offrir d'excellents exemples. Le manuel indique que la raison naturelle exige que toute bête sauvage, tout poisson et tout animal appartient à la première personne qui les capture : « *ce qui n'était à personne, la raison naturelle le donne au premier occupant* »<sup>8</sup>. En outre, la raison naturelle exige que lorsqu'un homme construit quelque chose avec la matière appartenant à un autre, il possède le produit qui en résulte, par exemple le vin, le miel ou l'huile, s'il ne peut être ramené à l'état de matière brute<sup>9</sup>. Et si un homme plante la plante d'un autre homme dans un sol qui lui appartient, alors le propriétaire du sol est propriétaire de l'arbre<sup>10</sup>. Enfin, la raison naturelle exige également que si une personne a acheté de bonne foi une terre à une autre qui s'avère ne pas en être le propriétaire, l'acheteur trompé peut toujours

5. *Ibid.*

6. Il écrit : « Et donc, chaque fois que nous ajoutons ou soustrayons quelque chose au droit, nous produisons un droit propre, i.e. un *ius civil*, un droit civil », *Digeste* I. i. 1, §6, p.2.

7. *Digeste*, I.i.1 § 10.

8. *Institutes de Justinien*, 2.1.12.

9. *Institutes de Justinien*, 2.1.25.

10. *Institutes de Justinien*, 2.1.31.

conserver les fruits de la culture de cette terre<sup>11</sup>. Tous ces exemples ont en commun le fait que la raison naturelle détermine leur issue selon des règles d'équité et de justice (et non selon les penchants naturels que nous partageons avec les autres animaux). Le sens de l'équité et de la justice semble être au cœur de ces jugements pratiques.

L'idée d'une raison inhérente ou naturelle à un jugement légal n'est pas seulement romaine. Elle a également été présente dans le droit anglais. Dans l'affaire *Ashby v. White*, une affaire célèbre dans le monde de la *common law* qui a été jugée en 1703, le *Chief Justice*, Lord Holt, a accepté la réclamation d'un électeur empêché de voter par le directeur du scrutin contre ceux qui l'avaient empêché d'entrer dans le bureau de vote. La question juridique dans cette affaire était de savoir si le demandeur pouvait saisir les tribunaux ou si l'affaire relevait de la compétence exclusive du Parlement, en tant que question relative aux élections. Lord Holt a déclaré que « si le plaignant a un droit, il doit nécessairement disposer d'un moyen de le faire valoir et de le maintenir, et d'un recours s'il est lésé dans l'exercice ou la jouissance de ce droit ; et il est en effet vain d'imaginer un droit sans recours ; car l'absence de droit et l'absence de recours sont réciproques »<sup>12</sup>. Il a ensuite expliqué le raisonnement que sous-tend ces conclusions en se fondant sur la « raison du droit », qui veut que chaque fois qu'il existe un droit, il doit y avoir un recours. De manière convenable pour souligner l'analogie, il a utilisé la même expression romaine : « *ubi eadem ratio, ibi idem jus* ».

Il ne faut pas exagérer l'importance de cet arrêt, qui a eu un effet limité en droit anglais. En ce qui concerne la loi électorale du Royaume-Uni, l'affaire n'a eu aucun impact. Elle n'a pas transformé le droit de vote en une sorte de droit constitutionnel, ni modifié la pratique consistant à confier les litiges électoraux exclusivement à la compétence de pétition du Parlement. John Baker fait remarquer que cette revendication montre « *une affinité avec des griefs de nuisance et de perturbation plus conventionnelles* »<sup>13</sup>. En outre, la compétence exclusive du Parlement n'a été modifiée que par une loi de 1868, en vertu de laquelle les litiges électoraux pouvaient être portés, en vertu d'une procédure spéciale, devant la *High Court*<sup>14</sup>. Pourtant, les notions de besoins fondamentaux de la justice sont toujours présentes dans le droit romain et la *common law*.

Elles sont également très présentes dans le droit de l'UE, qui a rassemblé les pratiques du monde du droit civil et de la *Common Law* en une synthèse unique et féconde. L'idée de « *ius gentium* » apparaît ici sous la forme de principes juridiques « communs aux traditions constitutionnelles des États membres ». C'est une autre façon de se référer au *ius gentium* romain, ou « droit des gens ». Ici aussi, la

11. *Institutes de Justinien*, 2.1.35.

12. *Ashby v. Whites* (1703) 92 ER 126. L'opinion de Holt était au départ une opinion dissidente qui a été confirmée par la Chambre des Lords en appel.

13. J. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, 2002, 431-432.

14. Jusqu'à ce que les tribunaux s'en mêlent et que le vote devienne secret en vertu de la loi de 1872 sur les bulletins de vote, les élections en Angleterre étaient très irrégulières et, dans de nombreux cas, corrompues.

prémisse selon laquelle un droit matériel implique un recours et doit être protégé par les tribunaux est également considérée comme une sorte de principe de la raison naturelle. La Cour de justice de l'Union européenne affirme régulièrement que le droit d'une personne d'accéder aux institutions de justice afin d'introduire un recours fait partie des « traditions constitutionnelles communes aux États membres » et est également inscrit dans les traités<sup>15</sup>. L'avocat général Fennely, tout comme Lord Holt trois cents ans plus tôt, a explicitement fait référence au principe romain de « *ubi ius, ibi remedium* » à l'appui du principe général de l'Union européenne de protection juridictionnelle effective (qui est également soutenu par l'article 19 TUE et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux)<sup>16</sup>. Ainsi, l'idée que la raison naturelle détermine le jugement juridique est très prégnante dans le droit moderne.

### L'acte constituant

Nous pouvons maintenant revenir à la question qui a lancé ces réflexions. Qu'est-ce qui doit remplacer l'argument de la souveraineté politique et de l'autorité absolue de la volonté du peuple ? Nous voyons maintenant que les deux positions ne sont pas symétriques : les positivistes juridiques nient le rôle de la raison naturelle dans le droit, car ils disent que toute loi est issue d'une décision consciente de quelqu'un de suffisamment puissant ou influent. En revanche, ceux qui croient en la raison naturelle n'ont pas besoin de nier que le droit civil est un droit humain, fait pour notre situation actuelle par quelqu'un de suffisamment puissant ou influent, comme nous l'avons vu dans le cas du droit romain. C'est juste que pour l'approche de la « raison naturelle », le droit doit répondre à des tests de rationalité supplémentaires avant de pouvoir devenir du droit civil au sens propre du terme. Le droit civil, dans cet usage, doit avoir certains fondements sociaux, mais ces fondements ne doivent pas être considérés comme une simple chaîne de causalité. Le droit n'existe pas par l'action d'un fondateur original. Il est créé au cours de délibérations pratiques sur la façon dont il convient d'agir. Cela introduit une distinction entre les deux sens du terme « fondation », l'un causal et l'autre délibératif. Cette distinction a besoin de beaucoup plus de clarté. Je ne peux offrir qu'une clarification préliminaire. Qu'est-ce exactement qu'une fondation « délibérative » ?

Cette fois, les principaux acteurs qui contribuent à notre compréhension de l'acte constituant ne sont pas les avocats en exercice. Ils ne pourraient pas l'être, car, à l'exception du droit canon des églises chrétiennes, il n'y avait pas beaucoup de droit public à pratiquer pendant une grande partie de l'histoire juridique de l'Europe. La pensée constitutionnelle moderne émerge avec les philosophes du siècle des Lumières. Ces philosophes novateurs

ont apporté un message de libération sociale fondé sur l'idée que les institutions et les hiérarchies de toutes les communautés humaines étaient le résultat d'actions humaines et non de caractéristiques divinement ordonnées ou permanentes de la nature humaine. En conséquence, toutes les institutions humaines devaient respecter des principes éthiques basés sur les droits naturels.

Les philosophes sont parvenus aux principes de la raison naturelle par un chemin plus détourné que celui de leurs ancêtres romains, via l'idée du « contrat social ». Le contrat social était une idée de fondation politique qui cherchait à remplacer les mythes originaux de la monarchie absolue. Pour Locke et ses nombreux disciples, les citoyens ont des droits naturels contre leurs dirigeants. Les dirigeants politiques, tout comme les Romains le croyaient, avaient des devoirs corrélatifs de promouvoir le bien de la République. Les gens n'étaient pas tenus d'obéir à leur roi ou à un autre détenteur de la « souveraineté politique », mais étaient liés les uns aux autres sur la base d'un acte de limitation réciproque des pouvoirs ou des droits.

La force de ces idées n'est nulle part plus éloquente que dans le débat entre Edmund Burke et Thomas Paine sur la Révolution française. Burke trouve le fondement des droits des Rois dans l'histoire de la communauté politique, tandis que Paine fonde le droit des citoyens à s'autogouverner démocratiquement sur les droits naturels de l'homme. L'argument peut cependant être facilement mal compris. Le fondement du contrat social et des droits naturels que Paine, et avant lui Locke, Rousseau et Kant, avait à l'esprit n'est pas un événement historique. Il s'agit d'un jugement moral rendu solennellement et publiquement à la lumière de la raison naturelle.

### La Constitution comme projet éthique

Je pense que l'argument philosophique le plus puissant en faveur du droit constitutionnel en tant que projet de raison pratique se trouve dans les écrits de Kant sur le droit et l'État. Ici, ce que les Romains appelaient la « raison naturelle » est rebaptisé et développé en tant que « raison pure pratique ». Dans la *Métaphysique des mœurs*, Kant offre ainsi un argument complet pour la synthèse des devoirs éthiques et politiques dans le cadre de la « loi morale » émanant de la raison pure pratique<sup>17</sup>. Son argument n'est pas toujours clair, mais nous pouvons le résumer de la manière suivante pour les besoins actuels. Si la raison naturelle nous dit que les animaux sauvages doivent devenir la propriété de la première personne qui en prend possession, comme le disaient les juristes romains, alors la raison peut également nous aider dans d'autres domaines pratiques. Elle peut, par exemple, nous dire qu'il faut une certaine reconnaissance publique des droits de proprié-

15. Voir par exemple l'affaire C-279/09 *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH contre Allemagne* [2010] Recueil de jurisprudence I-13849, point 28. Voir également l'avis 1/2009 [2011] Recueil de jurisprudence I-1137, point 70 et l'avis 2/13 [2014] ECLI:EU:C:2014:2454, point 1174.

16. Affaire C-18/94, *Barbara Hopkins contre National Power plc*, Recueil 1996, p. I-2281, conclusions de l'avocat général, p. 50.

17. I. Kant, *Metaphysics of Morals in Practical Philosophy*, édité par A. Wood, trad. par M. Gregor, CUP, 1996. Pour un compte rendu très clair de l'argumentation de Kant, v. A. Ripstein, *Force and Freedom*, Harvard University Press, 2011, B. Sharon Byrd et J. Hruschka, *Kant's Doctrine of Right : A Commentary*, CUP, 2010 et J. Ebbinghaus, "The Law of Humanity and the Limits of State Power" 10 *Philosophical Quarterly* (1953) 14-22.

té, pour garantir notre possession ordinaire des choses et des terres. Et s'il doit y avoir une propriété privée, alors il doit y avoir une loi d'accords ou de contrats par lesquels nous transférons des biens d'une personne à une autre. Et s'il doit y avoir des biens et des contrats, alors nous avons besoin de tribunaux et d'autres institutions publiques, qui veillent à ce que les droits substantiels découlant des transactions privées soient appliqués de manière équitable.

Ce sont les étapes que Kant traverse pour établir la signification morale d'un ordre juridique ou, selon ses termes, l'« état civil ». Ce sont à la fois des étapes de fait et des étapes de raison. Lorsque je me retrouve à réclamer le poisson que j'ai récupéré dans la rivière, à la suite de mes actions à la lumière du droit civil et de la raison naturelle, de même, je peux me retrouver à avoir des devoirs de citoyenneté envers l'État où je me trouve, à la fois pour des raisons naturelles et en raison de la Constitution qui est en vigueur là où il se trouve que je vis. En effet, Kant soutient qu'une citoyenneté égale est un présupposé universel de toute loi dûment promulguée. Dans la *Métaphysique des mœurs*, il écrit : « tout homme a le droit de prétendre au respect de ses semblables et réciproquement il est obligé au respect envers chacun d'entre eux. L'humanité elle-même est une dignité ; en effet l'homme ne peut jamais être utilisé simplement comme un moyen par aucun homme (ni par un autre, ni même par lui-même), mais toujours en même temps comme une fin »<sup>18</sup>. Il a également déclaré qu'une exigence universelle pour la défense de la dignité humaine est : « la mise en place d'un 'état civil' ou, en d'autres termes, l'établissement d'institutions de 'droit public' qui protègent les droits de chacun ». Cela signifie que l'idée même d'une Constitution présuppose un ensemble de règles publiques englobant tous les hommes en tant que citoyens libres et égaux.

Lorsque les révolutionnaires français ont essayé de donner un sens à l'idée d'égalité et de droits afin de détruire les anciens privilèges de la noblesse terrienne, ils ont modifié la souveraineté pour qu'elle soit soumise aux droits naturels. Les trois premiers articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 concernent, premièrement, l'égalité, deuxièmement, les droits de liberté, de propriété, de sécurité et de « résistance à l'oppression » et, troisièmement, le principe de la souveraineté populaire ou « nationale ». La liberté et l'égalité des individus sont prioritaires. La souveraineté suit et est conditionnée par ces dernières. La Constitution n'est donc pas tributaire du libre arbitre du peuple. La décision d'avoir ou non une Constitution en tant que loi supérieure ne nous est pas non plus ouverte. L'article 16 prévoit : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Ces questions font partie du noyau théorique de toute Constitution et ne peuvent en être omises. Ce document a été à la fois le fondement d'un nouvel ordre constitutionnel et, en même temps, la déclaration de vérités qui sont des constructions permanentes de la raison. La Constitu-

18. E. Kant, *Metaphysics of Morals*, 6:462.

tion signifie à la fois le changement et la permanence, un nouveau départ et le retour aux anciennes vérités. Tout comme le droit privé de la propriété en droit romain, l'acte de création du droit est efficace et marque un nouveau départ politique, précisément parce qu'il est fondé sur des vérités permanentes de la raison.

Dans *Théorie et pratique*, Kant aborde cette complexité lorsqu'il affirme que le contrat social oblige « tout législateur à édicter ses lois de telle sorte qu'elles puissent émaner de la volonté unie de tout un peuple et qu'elles considèrent chaque sujet, en tant qu'il veut être citoyen, comme s'il avait concouru par son suffrage à former une telle volonté »<sup>19</sup>. Cela s'applique au législateur constitutionnel autant qu'au législateur ordinaire et concerne à la fois le processus et le résultat. Une Constitution est donc une idée morale : « Le droit public est donc un système de lois à l'usage d'un peuple, c'est-à-dire d'une multitude d'hommes ou d'une multitude de peuples qui, entretenant des rapports d'influence réciproque, ont besoin pour que leur échoit en partage, ce qui est droit, d'un État juridique obéissant à une volonté qui les unifie »<sup>20</sup>. Tous les fondements juridiques reposent sur des devoirs éthiques et moraux mis au jour par la raison humaine. Ainsi, lorsque Hannah Arendt réfléchit à l'acte constituant d'un nouveau Commonwealth par les fondateurs américains et les révolutionnaires français dans son *Essai sur la révolution*, elle constate que « c'est dans la nature même d'un début de porter en soi une mesure de complet arbitraire »<sup>21</sup>. Mais elle conclut son étude des idées qui sous-tendaient les révolutions en observant que « ce qui sauve l'acte constituant de son propre arbitraire est qu'il porte en lui son propre principe »<sup>22</sup>. Arendt n'a pas expliqué très clairement ce qu'est ce principe « constitutif », mais à mon avis, il s'agit de la reconnaissance morale que nous sommes des personnes libres et égales avec des devoirs mutuels de respect, ou ce que j'appellerai la théorie éthique de l'État de Kant.

Les philosophes modernes du droit ont donné beaucoup de détails et de profondeur à cette vision. Dans *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Jürgen Habermas explore en détail le « concept de légalité » de Kant, qui se situe entre faits et normes<sup>23</sup>. Offrant une vision rivale, plus riche sur le plan éthique, dans *Justice pour les hérissons : la vérité des valeurs*, Dworkin propose une synthèse de l'éthique, de la moralité et de la philosophie politique sur la base de ce qu'il appelle le « principe de Kant », à savoir la position selon laquelle « une personne ne peut atteindre la dignité et le respect de soi qui sont indispensables à une vie réussie que si elle fait preuve de respect pour l'humanité elle-même sous toutes ses formes »<sup>24</sup>. Vu sous cet angle, l'acte constituant constitutionnel ou « fondation » n'est pas un commencement au sens causal ou temporel, comme le

19. I. Kant, "Theory and Practice" in *Practical Philosophy*, éd. par A. Wood, 8:297.

20. I. Kant, *Metaphysics of Morals*, 6:311.

21. H. Arendt, *On Revolution*, Penguin, 1977, 198.

22. H. Arendt, *op. cit.*, 205.

23. J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. en anglais par W. Rehg, The MIT Press, 1996, p. 28.

24. R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011, p. 19.

laissent entendre Kelsen et Hart et d'autres positivistes juridiques, qui voyaient le fondement du système juridique dans une sorte de consensus.

Pour le point de vue éthique tel qu'il est exposé par Kant et d'autres, l'ordre juridique repose sur une série de jugements moraux, que nous formulons lorsque nous évaluons le cadre institutionnel qui nous entoure. Une nouvelle Constitution émerge non pas lorsqu'elle est annoncée par ses auteurs, mais lorsqu'elle prend sa place dans une histoire généralement connue de délibération, de persuasion et de désaccord collectifs sur notre vie éthique. Dans le cas le plus réussi, une Constitution communique à tous que notre délibération a atteint une pause temporaire, de sorte que nous avons maintenant un principe d'action : c'est ainsi que nous choisissons d'être gouvernés. C'est ce que nous nous disons les uns aux autres en tant que citoyens égaux d'une communauté, de la même manière qu'une maxime d'action est le fondement personnel de l'action d'un individu.

J'insiste sur le fait que cela ne s'applique pas de la même manière à toutes les Constitutions. Certaines Constitutions sont défectueuses, soit parce que la procédure de leur création était injuste, soit parce que leurs principes de fond sont injustes. Leur légitimité peut être faible ou inexistante. Mais dans le cas d'une Constitution réussie, ses exigences ne sont pas des ordres, ou des commandements qui exigent l'obéissance, mais l'énoncé d'un acte délibératif de jugement fondé sur des raisons. Comme pour tous les actes de volition, une Constitution n'est pas un départ entièrement nouveau. Puisque la fondation d'un nouvel ordre constitutionnel est un engagement éthique entre les citoyens, il s'agit également d'un engagement délibératif avec notre passé. Une Constitution réussie porte son propre principe, comme le soutenait Arendt.

### L'Union européenne en tant que projet éthique

Que signifie pour le droit européen cette esquisse d'un compte rendu éthique de la Constitution<sup>25</sup>? Tout d'abord, il exclut les théories purement procédurales de la Constitution, tels que ceux basés sur la « souveraineté populaire » et, par extension, les théories purement transactionnelles du droit et des institutions internationales en tant que produits d'une « volition » non bornée des États. Deuxièmement, il exclut les interprétations strictement étatiques, c'est-à-dire celles qui considèrent que l'Union européenne est en concurrence avec les États membres sur le terrain de la « souveraineté ». Pour les tenants de la souveraineté populaire, la Constitution, en tant qu'œuvre de la volonté du peuple, est strictement unidimensionnelle : il ne peut y avoir de loi « supérieure », car toute expression ultérieure du peuple annulera la première. Tout engagement international pris en vertu d'une volonté populaire aboutira sur une imposition « extérieure ».

C'est ainsi que les eurosceptiques britanniques consi-

dèrent l'UE : même si les traités européens - conçus comme une « loi supérieure » - ont été librement conclus par les gouvernements britanniques successifs, alors que le Royaume-Uni était membre, les eurosceptiques se sont constamment plaints d'un contrôle « étranger » et d'un prétendu « déficit démocratique » parce que les décisions étaient prises collectivement par tous les États membres et pas seulement à Londres. Le compte rendu éthique de la Constitution explique que certains pré-engagements sont non seulement légitimes mais essentiels pour un « état civil » juste. Avoir une Constitution comme loi supérieure est, en fait, une exigence de la raison naturelle. Les normes constitutionnelles sont donc conçues précisément pour limiter les pouvoirs des majorités occasionnelles. De même, nous pouvons dire que l'UE n'est que le signe d'une autre autolimitation de nos pouvoirs législatifs. Elle est justifiée sur le plan éthique car elle nous permet de coopérer avec nos voisins afin de « gérer notre interdépendance » pour reprendre une expression très suggestive de Steve Weatherill<sup>26</sup>. Comme le montre Weatherill dans son analyse magistrale, l'UE ne revendique pas le fédéralisme comme certains auteurs le croient. Le droit européen fait partie du droit des gens, et non du droit constitutionnel.

Nous voyons alors que nos engagements internationaux et les traités de l'UE peuvent également « porter leur propre principe ». S'ils sont conclus librement sur la base de l'égalité et de la réciprocité et s'ils favorisent la coopération sans compromettre la démocratie interne et l'État de droit, ils nous aideront à respecter nos devoirs éthiques les uns envers les autres. L'UE peut donc être un projet éthique plus avancé, qui complète et amplifie notre gouvernement constitutionnel. Elle est notre réponse réfléchie à notre passé tyrannique, celui défini par les crimes du nazisme et du fascisme et de ceux qui sont restés silencieux. Mais l'objectif primordial de l'UE n'est pas, du moins pas directement, la démocratie et l'État de droit, mais la paix entre les nations. L'UE n'est pas le concurrent des États membres et ne cherche pas à les remplacer. Elle ne crée pas un nouvel état civil remplaçant les anciens. Il s'agit plutôt d'une union d'états civils ou, dans la terminologie que je préfère, d'une union de peuples. Mais là aussi, la raison naturelle joue un rôle.

Comme Kant l'a vu très clairement, toutes les républiques ont le devoir de reconnaître la valeur morale des autres États et de leurs citoyens. Cette idée fournit le fondement de l'équité dans le droit international et d'un type spécial de droit qu'il a appelé le droit « cosmopolite », le droit régissant les relations entre un État et les citoyens d'autres États. Tout comme la Constitution, le droit transnational est l'œuvre de citoyens égaux, répondant cette fois aux défis éthiques de la paix. C'est une autre façon pour nous de manifester notre respect pour l'humanité de chacun.

25. Je résume ici certains des arguments que j'ai présentés dans mon récent livre, P. Eleftheriadis, *A Union of Peoples: Europe as a Community of Principle*, OUP, 2020.

26. V. S. Weatherill, *Law and Values of European Integration*, OUP, 2020.



Vincent Forray et Sébastien Pimont  
Professeurs à Sciences Po (Ecole de droit)

## Gouverner la mondialisation par le droit : l'hypothèse d'un nouveau droit naturel

### 1. L'obligation et la détermination

Pour discuter du gouvernement de la mondialisation par le droit nous voudrions commencer par évoquer deux techniques de gouvernement de nos vies : l'obligation et la détermination. *A priori*, la première ressortit au droit ou à la morale tandis que la seconde appartient à la nature et à ses lois. À la réflexion, les choses ne sont peut-être pas si simples. À partir des lois de la nature, il est possible de confectionner une sorte de droit : un nouveau droit naturel, étrangement proche de ce qu'on nomme le droit naturel classique<sup>1</sup>. Un droit parfaitement apte à gouverner nos vies dans la mondialisation et ainsi à gouverner la mondialisation. Un droit bien plus efficace dans ce rôle que le droit positif lié à des États déclinants ou attachés à des communautés toujours plus morcelées. Un droit dont il faut se défier pour cela même qu'il est terriblement efficace. Telle est *l'hypothèse de travail* que nous voudrions présenter dans les lignes qui suivent. Mais n'allons pas trop vite et partons de ce qu'on entend gouverner : les êtres.

Dans le domaine politique, *l'être obligé* peut être opposé à *l'être déterminé*. Bien sûr, pour un être vivant l'exécution d'une obligation peut conduire au même résultat (faire ou ne pas faire) que l'accomplissement d'un rapport de détermination. Toutefois, leur nature est profondément différente. L'obligation est civile ou morale, elle trouve sa mesure dans la liberté ; la détermination est naturelle : rapport de cause à effet, elle est révélée par la science qui l'observe et la décrit. Dans la philosophie politique moderne, la première intervient afin de légitimer ce que la seconde ne saurait justifier : la servitude. Le droit s'oppose à la force afin d'expliquer les limites de nos libertés<sup>2</sup>. Il est « l'opération du devenir social »<sup>3</sup>. Tel

est le mythique passage de l'état de nature à l'ordre civil.

La description de ce « devenir » mobilise d'ailleurs les formes du droit : il s'agit des catégories du droit civil, c'est-à-dire du droit romain<sup>4</sup>. Ce sont ces formes qui, dans le discours philosophique de la modernité, *expliquent* l'arrachement aux lois de la nature. La soumission à d'autres lois que celles de la causalité (la force) tient ainsi à un contrat ; elle trouvera aussi sa justification dans un quasi-contrat ; elle pourrait encore trouver sa cause dans la responsabilité. Partant, le propre de l'être social est ainsi de *s'obliger*, quelle que soit la source formelle de son obligation : sa volonté ou sa faute.

C'est en ce sens qu'on peut distinguer la figure de *l'être obligé* de celle de *l'être déterminé*. N'étant plus simplement déterminé, une nouvelle relation se tisse nécessairement entre l'être et son environnement : un ordre artificiel et normatif. L'arrachement qui donne à certains êtres d'autres lois que celles de la nature *impose* une novation : une juridisation ou une moralisation des lois nous liant au monde. Pour ce qui concerne la politique, un entrelacs de rapports de cause à effet *se métamorphose* en faisceaux d'obligations civiles ou morales. De sorte que l'ordre qui conduit à la préservation de la terre et à celle des autres êtres vivants n'a plus à être spontané<sup>5</sup> ; il n'est plus simplement le fruit d'une loi de la nature, comme celle de l'évolution. Il devient une fonction de la volonté ou de la responsabilité, donc de la liberté. Le soin de la terre comme celui des autres êtres ressortit à la puissance de l'être obligé. Celui qui a la faculté de *s'obliger* (moralement, juridiquement) plutôt que d'être déterminé (scientifiquement). Disons finalement que chaque être contribue, en fonction des informations dont il dispose et de sa volonté, à un tel *mécanisme novatoire* : le passage du règne des faits à l'État de droit.

Ainsi, le passage de l'être (un constat de l'épuisement des ressources de la planète) vers le devoir-être (une injonction à prendre soin de la terre) est le fruit d'un raisonnement moral ou juridique : la prise de conscience d'un *fait* devient la cause réelle d'obligations (limiter les émissions de gaz à effet de serre ; trier ses déchets ; limiter ses voyages en avion ; etc.). Une forme civile médiatisée ainsi, partant de la volonté et de la conscience du monde, le mouvement du fait vers le droit. Insistons sur un point : l'existence de cette *forme* change tout. Sa force est, avouons dit, *novatoire*. Ce n'est donc pas les faits qui ont une force obligatoire<sup>6</sup> mais bel et bien un acte de volonté qui produit une obligation. La conscience des faits (conséquence de leur description scientifique) est le mobile de la décision d'agir en droit<sup>7</sup>.

1. Sur cette hypothèse, v. aussi : « Droit et gouvernementalité. Le nouveau droit naturel », *Droit et Philosophie*, à paraître.

2. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, prés. B. Bernardi, GF, Flammarion, 2001, p. 46.

3. L'expression est de Gilles Deleuze, Cours Vincennes du 09/12/1980 : « La puissance, le droit naturel classique » : <<https://www.webdeleuze.com/textes/9>>.

4. À propos de la notion d'obligation v. M. Villey, « Métamorphose de l'obligation », *Critique de la pensée juridique moderne, Douze autres essais*, préface de M. Bastit, Dalloz, 2009, p. 201 s.

5. On peut réfléchir toutefois, après les lumières écossaises, à la part spontanée qui demeure en l'ordre de la modernité.

6. Sur cette question redoutable v. B. Latour, *Face à Gaïa, huit conférences sur le nouveau régime climatique*, Les empêcheurs de penser en rond, La découverte, 2015, p. 33 s.

7. Sur l'importance du but dans le droit v. R. Jhering, *L'évolution du droit*, traduit par O. de Meulenaere, Librairie A. Maresq, 1901.

## 2. Le droit naturel classique et moderne

Nous avons qualifié la distinction entre *être obligé* et *être déterminé* de moderne. Nous l'avons notamment liée à la théorie du contrat social. Il faut maintenant s'arrêter sur ce point. Nous pourrions dire plus précisément qu'elle s'attache au droit naturel moderne et que pour cela elle s'oppose à une autre doctrine : celle du droit naturel classique. Selon cette dernière, il n'est pas question de sortir d'un quelconque état de nature, de s'en arracher avec l'aide des formes du droit ; tout au contraire : l'état social *est* l'ordre de la nature : « la loi de la nature n'est pas pré-sociale ; elle est dans la meilleure société possible ». Par suite, « l'état de nature c'est l'état conforme à l'essence dans une bonne société » et le droit naturel prend corps dans les « devoirs » qui établissent les conditions dans lesquelles l'essence peut se réaliser. Pour cette raison, la connaissance du droit de nature implique la « compétence du sage », c'est-à-dire de celui qui est capable de déterminer les essences et ainsi de dire ce que sont les devoirs<sup>8</sup>. Bref, la pratique d'un tel droit consiste en une activité savante qui dérive les devoirs d'une étude du monde des faits. Ainsi, comme l'estime Michel Villey « l'obligation romaine, médiatement ou immédiatement, a son fondement dans la nature. Dans la réalité sociale, qu'il nous est loisible d'observer », une « réalité présumée bonne »<sup>9</sup>. Pour cela, « le rôle du juge » enseigne-t-il ailleurs « sera de dire le *dikaion*, d'énoncer à l'indicatif en quoi consiste le partage juste, qu'il découvre dans la 'nature' ou, pour autant que la recherche scientifique n'y suffit pas, détermine autoritairement. Tout le personnel des juristes assiste le juge dans cet effort pour dire les mesures du juste rapport. Ainsi sont marqués les contours de la discipline juridique »<sup>10</sup>.

Par comparaison, le droit naturel moderne peut être présenté comme celui de la « puissance »<sup>11</sup>. Avec elle vient la question de la force : celle de la loi du plus fort qui préexiste à l'état social. Elle est la nature présociale dont il est possible, comme nous l'avons dit, de s'émanciper grâce à la force intellectuelle des formes du droit. La voie sera ainsi ouverte au règne du droit positif. La loi (en un sens normatif) est en effet l'acte de volonté (l'artifice) par lequel la société est produite comme *devenir* de la nature. Le droit positif est ainsi, par définition, ce qui a pour objet de limiter et de contraindre la puissance.

À ce point, la modernité introduit une distinction politique et épistémologique entre les « lois normatives » et les « lois descriptives »<sup>12</sup>, entre proposition formulée à l'impératif et énoncé exprimé à l'indicatif, entre la loi civile et les lois de la science. On reconnaît la distinction entre « être » et « devoir être ». Un flot de savoir, dans la

8. Nous utilisons et citons ici Gilles Deleuze, *Cours Vincennes du 09/12/1980* : « La puissance, le droit naturel classique », *op. cit.*
9. M. Villey, « Métamorphose de l'obligation », *op. cit.*, p. 213.
10. « *Torah-dikaion* (paristique et haut moyen-âge) », in *Critique de la pensée juridique moderne*, préc., Dalloz, 2009, pp. 19-20.
11. G. Deleuze, *Cours Vincennes du 09/12/1980* : « La puissance, le droit naturel classique » : <<https://www.webdeleuze.com/textes/9>>.
12. R. Bague, *La loi de Dieu*, Gallimard, Folio essais, 2005, p. 395.

théorie du droit, naîtra de cette séparation<sup>13</sup> : ainsi pour les juristes, la distinction entre la sociologie du droit et le normativisme. Une telle séparation engendre aussi des interdits logiques, comme celui du parallogisme naturaliste : un jugement de fait n'est pas un jugement normatif (même s'il peut conduire, comme nous l'avons expliqué, à la production d'une obligation). Enfin, cette distinction modifie le rôle du savant (le scientifique) : il n'a plus vocation à formuler les devoirs.

## 3. Les incitations comportementales

En simplifiant considérablement les choses, on observe ainsi un partage entre fait et norme (l'art du droit n'est pas la science naturelle) prenant le sens d'une libération (l'homme est affranchi de l'état de nature par les formes du droit). Toutefois, il serait naïf de croire qu'une telle libération est définitive ; ou même qu'elle est possible. Pour ainsi dire, « la partie animale de l'homme résiste au droit »<sup>14</sup>. L'être est toujours déterminable. Sa vie demeure soumise à la juridiction des lois de la nature. L'homme biologique (celui dont la vie est nue) affleure toujours à la surface de l'homme civil (celui dont la vie est habillée des formes du droit) ; il est son double et son enveloppe, sa faiblesse aussi ; il est la mesure de sa liberté, celle de son humanité aussi. L'animal politique est un animal qui n'en peut mais<sup>15</sup>. Cela vaut évidence. Des lois naturelles gouvernent nos corps, notre cognition et notre environnement ; elles commandent aux climats, aux saisons et à la terre ; elles gouvernent encore notre compréhension du changement climatique, de l'ordre des saisons et du grand livre de la terre. Mais ce n'est pas tout. Elles disputent parfois sur le territoire politique son empire aux lois civiles. Dans certains cas, les lois de la nature sont instrumentalisées afin de *gouverner* nos vies autrement que par le droit positif<sup>16</sup>.

La confection et l'utilisation de ce qu'on nomme les « *nudges* »<sup>17</sup> - on peut aussi parler d'« incitation comportementale »<sup>18</sup> - peut servir d'illustration. Ainsi, certains savoirs (par ex. les sciences du comportement, la psychologie sociale, l'économie comportementaliste) sont mis au service de politiques publiques<sup>19</sup> ou de stratégies

13. V. par ex. H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Droit et société*, n° 22, 1992, pp. 551-568.
14. Alain, *Propos sur les pouvoirs, Éléments d'éthique politique*, Gallimard, Folio, Essais, 2003, p. 307.
15. Rapp. G. Agamben, *Le pouvoir souverain et la vie nue*, Homo sacer, L'intégrale, 1997-2015, Opus, Seuil, 2016, pp. 11-13.
16. A. Flückiger, « Gouverner par des 'coups de pouces' (*nudges*) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », *Les Cahiers de droit* 59 (1), p. 199-227.
17. Parmi une littérature abondante v. (en langue française) : J. Chevallier, « Les nudges dans la modernisation de l'action publique », in Bozzo Rey, A. Brunon Ernst (dir.), *Nudges et normativités. Généalogies, concepts et applications*, Hermann, 2018, pp. 227-238. Voir aussi dans cette revue A. Alemanno, « Le 'Nudge' et l'analyse comportementale du droit : perspective européenne », *Revue européenne du droit*, septembre 2020.
18. T. Griessinger, *Transition écologique : quels apports des sciences comportementales ?*, Direction interministérielle de la transformation publique, 2019.
19. Pour une présentation très claire v. le *Portail de la transformation de l'action publique* et plus précisément la page consacrée aux « sciences comportementales au service de la transformation publique » : <<https://www.modernisation.gouv.fr/nos-actions/les-sciences-comportementales>>.

privées<sup>20</sup>. Ces savoirs sont instrumentaux et offrent un pouvoir technicien qui saisit notre part déterminable et, dans une certaine mesure, la détermine.

### 3.1 Analyse

Pour le montrer, nous ne voulons pas discuter directement du sens politique donné à cette technique par leurs promoteurs (celui d'un « paternalisme libertarien »). Nous entendons plutôt réfléchir au mécanisme qui la constitue. Le mot « *nudge* » pourrait désigner en français un coup de pouce, un coup de coude ou un encouragement. En utilisant cette expression (ou celle de « *nudging* »), assez imprécise, on évoque toujours une série de procédés exploitant les biais cognitifs des individus afin d'orienter en douceur leurs décisions vers des solutions prédéfinies et jugées bonnes. Ainsi, par exemple, en disposant des fruits au niveau des yeux des enfants, on provoquera leur consommation. De même, en peignant des lignes blanches à intervalles de plus en plus étroits, on donne l'impression d'une augmentation de la vitesse, ce qui incitera l'automobiliste à freiner à l'approche d'un virage dangereux<sup>21</sup>. Identiquement, afin « d'inciter » le personnel soignant à utiliser un distributeur de solution hydro-alcoolique, « il est possible de mettre à l'entrée de l'unité de soins intensifs un diffuseur d'arôme citronné »<sup>22</sup>. Bref, les « *nudges* » reposent sur plusieurs leviers (cognitifs) autorisant une *suggestion sans contrainte*.

Quelques précisions s'imposent. Au risque de nous tromper, tant les références sont nombreuses et les types d'incitations comportementales diverses<sup>23</sup>, disons que grâce aux sciences comportementales (empiriques) ce genre d'outils a pour fonction d'« influencer le comportement d'agents qui ne sont ni complètement rationnels, ni parfaitement informés »<sup>24</sup>. Plus précisément, Pell Hansen (cité par Péter Cserne)<sup>25</sup> indique qu'un *nudge* « est une fonction attachée à toute tentative d'influencer le jugement, les choix ou les habitudes des gens et de les rendre prévisibles ». Ce qui est « rendu possible » par le fait qu'il existe des « limites cognitives », des « biais », des « routines » et des « habitudes présentent dans les prises de décision individuelles et sociales ». Autant de phénomènes qui « empêchent les gens d'agir rationnellement dans leur

propre intérêt ». Partant, afin, précisément, d'influencer ces « gens » en ce sens, le « fonctionnement » des *nudges* « s'appuie sur ces limites, biais, routines et habitudes ».

Ainsi, on peut espérer guider (c'est-à-dire gouverner) la décision d'une personne en instrumentalisant la manière de présenter les branches des options qui se présentent à elle (l'« architecture de choix ») en fonction de ses limites et de ses biais cognitifs<sup>26</sup>. L'objectif est, sans limiter le nombre des choix, de les inciter à faire le bon. On comprend l'avantage de tels procédés. Pour l'administration française par exemple, pour un faible coût et avec une prise de risque limitée, les « *nudges* » sont utilisés pour faciliter les relations avec les usagers, pour les orienter dans leurs démarches administratives ou pour prévenir les comportements à risque<sup>27</sup>.

### 3.2 Qualification

On peut ainsi dire que les *nudges* sont des instruments au service d'un contrôle du « comportement » des individus<sup>28</sup>. Ils s'organisent entre deux pôles : une mobilisation des découvertes de l'économie comportementale ainsi que la volonté de réaliser certains buts politiques, des moyens et des fins. Puisqu'alors cette volonté ne se conjugue pas à l'impératif ; qu'elle ne met pas en œuvre la violence étatique ; on peut aussi dire que la technique qu'elle mobilise ne se laisse pas facilement réduire à la définition commune du droit positif - même si cette définition est elle-même susceptible d'être discutée<sup>29</sup>. Tel est d'ailleurs précisément l'intention des promoteurs de tels outils<sup>30</sup> : « encourager » ou suggérer « sans contraindre » et ainsi ne pas recourir à « l'obligation ou à la peur de la sanction »<sup>31</sup>. Les « *nudges* », comme le droit positif, appartiennent aux moyens dont dispose l'État, les collectivités publiques et les entreprises privées afin de diriger la vie des êtres. On peut parler, pour les uns comme pour l'autre, de « guide normatif » ou plus largement de technique de gouvernement<sup>32</sup>. On peut aussi dire que les in-

20. Pour une présentation de l'utilité des « *nudges* », notamment dans le cadre des « problématiques business » v. la page du site de B.V.A. relative aux « expertises » de cette société afin de « faciliter l'adoption de nouveaux usages » : <<https://www.bva-group.com/nudge-et-comportement/>> ; v aussi : <<https://bvannudgeunit.com/fr/a-propos/the-team/>>.

21. Ces exemples sont empruntés à l'ouvrage de référence de R. H. Thaler et C. R. Sunstein, *Nudge, Improving decisions about health, wealth and happiness*, préc.

22. Cet exemple vient du site de la société BVA : <<https://www.bva-group.com/nudge-et-comportement/accellerer-changements-comportements/>>.

23. « Les auteurs recensent six techniques à cet effet : 1) opter par défaut ; 2) anticiper les erreurs ; 3) établir des repères ; 4) rétroagir ; 5) restructurer des choix complexes ; 6) créer des incitations » dit A. Flückiger, art. préc., p. 205.

24. P. Cserne, « les *Nudges* sont-ils extra-juridiques ? », in *Nudges et normativités, généalogies, concepts et applications*, sous la direction de M. Bozzo-Rey et A. Brunon-Ernst, Hermann, 2018, p. 126.

25. P. Hansen, « The definition of nudge and libertarian paternalism : does the hand fit the glove ? », *European Journal of Risk and Regulation*, 7 (1), 2016, p. 4 ; référence citée par P. Cserne, *op. cit.*, p. 124.

26. Tous les auteurs toutefois n'admettent pas que les *nudges* s'appuient nécessairement sur des biais cognitifs - v. S. Lemaire, « *Nudges*, information et manipulation », in *Nudges et normativités*, préc., sp. p. 178 s.

27. V. « Le portail de la transformation de l'action publique » : <<https://www.modernisation.gouv.fr/outils-et-methodes-pour-transformer/le-nudge-au-service-de-l'action-publique>>.

28. « L'application des *nudges* représente une opportunité réelle pour aider à changer les comportements » dit ainsi le site internet de BVA : <<https://www.bva-group.com/nudge-et-comportement/former-equipes-nudge/>>.

29. À propos de l'idée selon laquelle le droit peut être analysé comme une technique de gouvernement, nous nous permettons de renvoyer à V. Forray et S. Pimont, « En partant de la gouvernementalité libérale, deux interprétations du droit », *Foucault face à la norme*, sous la direction de J. Guittard, E. Nicolas et C. Sintez, Mare & Martin, Coll. Libre droit, 2020, p. 155 s.

30. Ainsi très clairement, Thomas Cazenave, délégué interministériel à la transformation publique, déclare que « cette démarche (il s'agit de la mobilisation des sciences comportementales au service des politiques publiques) « suppose de s'autoriser nombre d'audaces, parmi lesquelles celles de départir définitivement l'État de ses réflexes coutumiers : produire de la norme ou agir par la taxation ou l'incitation financière » : <<https://www.modernisation.gouv.fr/sinspirer-pour-transformer/thomas-cazenave-sciences-comportementales-et-politiques-publiques-inciter-plutot-que-contraindre>>.

31. V. « Le portail de la transformation de l'action publique », préc.

32. Sur ce point v. P. Cserne, « Les *nudges* sont-ils des outils extra-juridiques ? », préc. p. 121 s.

citations comportementales manifestent l'existence d'un art de gouverner mobilisant des « pratiques » construites hors les formes du droit<sup>33</sup>. Et cela même si, dans l'exercice de la souveraineté, ces pratiques (ces faits gouvernants) compénétrèrent parfois le droit : des *nudges* peuvent ainsi assurer l'application d'une loi.

Bien sûr, les civilistes savent depuis longtemps combien, hors toute contrainte externe, la force de la loi résonne en ses sujets mêmes.<sup>34</sup> Toutefois, le phénomène décrit dépasse les marques d'une telle sagesse. Et il n'est pas forcément satisfaisant pour un juriste, attaché au projet de l'État de droit, d'imaginer que l'administration et les entreprises privées disposent d'un catalogue d'outils ou de recettes afin de gouverner la vie nue des citoyens. Et qu'une part des articles d'un tel catalogue échappe à l'empire du savoir et de l'action juridique. Pour insister sur ce point, disons que l'une des caractéristiques de tels phénomènes gouvernementaux est d'être occultés. En ce sens, les *nudges* semblent perdre leur effet s'ils sont connus (des nudgés). Le secret est ainsi leur condition problématique<sup>35</sup>. Un peu à la façon des recettes de gouvernement (*Chou* par opposition au *Fa*) de la Chine ancienne<sup>36</sup>. Ce qui est une nette différence avec les principes de la législation moderne. Le problème de l'occultation de telles pratiques de gouvernement n'est pas qu'une question de publicité. Il est plus profond et relève de l'épistémologie. Notre théorie de la connaissance juridique ne nous autorise en effet pas à identifier un tel phénomène comme appartenant au monde du droit : il s'agit de politiques publiques, de sciences comportementales, voire d'économie. De telles pratiques de gouvernement demeurent ainsi juridiquement inconnissables ou, plus justement, extérieures à l'univers des juristes ; elles appellent pour cela, afin de dire ce qu'elles sont, un « point de vue externe ». Bref, le constat est le suivant : « c'est là ; ça gouverne nos vies et pourtant ce n'est pas du droit ».

En donnant un peu de profondeur au sujet, disons que ce qui a été caché, au moins aux yeux des juristes modernes, c'est qu'une science naturelle de la politique est depuis l'origine possible. Une science dont la finalité est la domination d'hommes par d'autres hommes<sup>37</sup> ; une science qui peut prospérer à l'ombre de l'obligation et

plus largement des formes du droit. De telles affirmations ne surprendront pas. Elles sont conformes à l'un des visages des Lumières : le scientisme<sup>38</sup>.

Dire les choses ainsi correspond aussi à une figure à laquelle la pensée critique nous a habituée : montrer une chose, en l'occurrence l'État de droit, en occulte toujours une autre : la science gouverne nos vies nues en actualisant une conception antique de l'état de nature. Le droit est ainsi l'opération d'un devenir social qui n'advient jamais. L'étude argumentée de ces affirmations mériterait d'être autrement menée<sup>39</sup>. Précisons que nous pourrions aussi réfléchir à partir d'autres objets, comme la discipline des corps par exemple<sup>40</sup>. Disons encore qu'on peut inscrire une telle réflexion dans une proposition plus ample. Celle selon laquelle, à la suite du travail de Michel Foucault, on pense qu'« au seuil de l'époque moderne (...) la vie naturelle commence à être intégrée dans les mécanismes et les calculs du pouvoir étatique, la politique se transformant en *bio-politique* »<sup>41</sup>. Hors la loi.

#### 4. Un nouveau droit naturel atypique ?

En ayant à l'esprit de telles idées, une solution existe peut-être afin d'interpréter juridiquement de telles pratiques naturalistes. Afin de leur donner un tel sens il est possible de les rapprocher de ce qu'on nomme le droit naturel classique. Une distinction avec le droit positif serait ainsi possible, tout en espérant maintenir de telles pratiques dans le giron de la philosophie et de la théorie du droit. Précisons qu'il ne s'agit pas de dire que les *nudges* sont du droit naturel au sens où pouvait l'entendre Aristote ou Cicéron ou même Michel Villey ou encore Leo Strauss. Toutefois, sans procéder à un tel rapprochement disons qu'entre droit naturel classique et « *nudges* », il est possible d'établir des liens et de tirer certaines conséquences.

Si on s'intéresse tout d'abord au dispositif mis en œuvre, on observe une instrumentalisation des lois de la science. C'est-à-dire la mobilisation d'une *conception descriptive de la loi* dans le domaine de l'organisation politique ; ce qui en cette matière correspond à un retour de la nature ou, si l'on veut, à celui de l'ordre immuable du monde. C'est encore, en ce domaine, la réapparition du savant (le scientifique) ; c'est-à-dire celui qui étudie la nature, qui met en lumière les rapports de détermination. Un savant qui est *a priori* à sa place moderne : il découvre, il décrit, il formule des hypothèses, il fait des expériences relatives aux lois de la nature. C'est ainsi par exemple à partir d'une « analyse ethnographique des comportements des usagers, de leurs parcours et de leurs besoins au cours de leurs démarches administratives »

33. À propos des rapports entre droit et pratique gouvernementale v. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Cours au Collège de France 1978-1979, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004, p. 15.

34. L'homme est raisonnable et voit en l'application de la loi son utilité. « Et puis » ajoute le doyen Carbonnier « la loi peut compter sur l'appui du sentiment, de forces affectives plus ou moins troubles » : *Droit civil, introduction*, 27ème éd., PUF, Themis, 2002, n° 6.

35. À propos des débats sur ce point v. S. Lemaire, *op. cit.*, sp. p. 186 s.

36. M. Granet, *La pensée chinoise*, Préface de L. Vandermeersch, Albin Michel, Bibliothèque de l'évolution de l'humanité, 1999, p. 378 : à propos de l'opposition *fa* et *chou*, « deux termes qui ont d'abord signifié indistinctement « recettes, manières de faire » (...). *Fa* prend un sens impératif et signifie loi dès qu'on l'applique aux règlements rendus publics, tandis que *chou* garde sa valeur de recette parce que (*chou* ou) recettes doivent demeurer secrète ».

37. À propos de la naissance d'une telle science v. M. Horkheimer, *Les débuts de la philosophie bourgeoise de l'histoire*, Petite bibliothèque Payot, Payot-Rivages, 2010, p.16 s.

38. M. Esfeld, *Sciences et liberté, l'image scientifique du monde et le statut des personnes*, EPFL PRESS / Presses polytechniques et universitaires romandes, 2020.

39. Cela est le projet d'un livre en cours d'écriture sur le *nouveau droit naturel*.

40. Sur la question de la maltraitance des corps par le management contemporain v. J. Le Goff, « L'effet de la norme sur le sujet : la cruauté dans le rapport managérial au corps », *Foucault face à la norme*, préc., p. 355 s.

41. G. Agamben, *Le pouvoir souverain et la vie nue*, Homo sacer, L'intégrale, 1997-2015, Opus, Seuil, 2016, p. 12 s.

que la Direction générale des finances publiques (DGFIP) détermine les types de « *nudges* » pertinents pour favoriser le recours aux services en ligne. Plus largement, à la lecture des Guides produits par le gouvernement français, on note qu'une véritable méthodologie scientifique préside toujours à la conception des incitations comportementales pertinentes<sup>42</sup>.

Certes, le savant, comme celui qui, comme dans l'exemple évoqué, rédige et interprète une analyse ethnographique, ne formule pas directement des devoirs. Ce n'est plus sa compétence. Toutefois, il offre des *recettes* (les types de *nudges* appropriés que ne connaissent pas les nudgés et l'architecture de choix) afin de les pousser à agir selon *une conception du bien* qui, elle-même, est calculée par la science économique (en répondant à la question de ce que devrait faire l'homme rationnel dans une telle situation, c'est-à-dire un calcul coût / bénéfice : celui qui devrait prévaloir dans toute décision).

Une telle affirmation conduit à introduire une nuance dans notre propos. En formalisant ce qui est conforme à l'ordre du monde, il nous semble que le savant détermine bel et bien des devoirs. En ce sens, il formalise toujours « les conditions sous lesquelles » (...) « l'essence » se réalise ; il permet alors, en utilisant les mots du droit naturel classique<sup>43</sup>, « la vie conforme à l'essence dans la meilleure société possible ». Or, si l'essence de l'homme est d'être « raisonnable », le savant aidant à la conception des « *nudges* », contribue bel et bien à la définition de « l'action morale conforme à l'essence ». Comprendre : ce qui est le meilleur choix pour une personne - ou pour la société. C'est-à-dire à la définition de ce qui est *bien*. Et cela ne revient évidemment pas à poser le principe de la « puissance » de l'homme - celui de la préexistence de la liberté comme droit naturel<sup>44</sup>. Ce qui serait laisser « aux mains du hasard l'influence » qu'entend exercer « l'architecture du choix »<sup>45</sup>. Nous avons quitté les rivages du droit naturel moderne.

Nous pourrions donc très prudemment avancer qu'un nouveau droit naturel (de type classique) se constitue. Il s'entend d'une instrumentalisation d'une ou plusieurs lois de la nature afin de suggérer la réalisation d'un ou plusieurs actes ou abstentions. Dans sa formule toutefois, un tel droit naturel est atypique. Comme le droit positif, il procède en effet de l'acte de volonté d'une autorité dont l'objet est de produire une incitation comportementale.

42. À propos de cette méthodologie ainsi que de ces applications en matière de transition écologique v. T. Griessinger, *Transition écologique : quels apports des sciences comportementales ?*, Direction interministérielle de la transformation publique, 2019.

43. Nous utilisons ici encore le cours de Gilles Deleuze sur Spinoza ; plus précisément : *Cours Vincennes du 09/12/1980* : « La puissance, le droit naturel classique » : <<https://www.webdeleuze.com/textes/9>>.

44. Sur la liberté et les nudges v. la position assez radicale de S. Conly, « Doit-on accorder de l'importance à la liberté de choix ? », in *Nudges et normativités*, préc., p. 199 s.

45. L'expression qui provient de l'ouvrage précité de Thaler et Sunstein est ici citée par le *Manuel méthodologique de l'approche comportementale à l'usage des décideurs publics*, Direction interministérielle de la transformation publique, p. 11.

Par comparaison, le droit positif a lui-même parfois un rôle similaire : il peut être comminatoire (par ex. la clause pénale) ou encore prophylactique (par ex. la responsabilité civile ou pénale)<sup>46</sup> ou simplement incitatif (par ex. les dispositions supplétives de volonté). Mais l'acte de volonté auquel correspond l'incitation comportementale n'est pas un énoncé prescriptif auquel il serait possible de déroger. Il n'a aucune « force obligatoire » : sa force tient aux faits (au « coup » que donne le « *nudge* »). Alors que le droit a la violence à son service ; l'incitation comportementale est un processus factuel. « L'acte est matériel ; il n'est pas normatif »<sup>47</sup>. Son contenu s'entend de la mobilisation de formules descriptives des faits (lois scientifiques). Et son but est de *gouverner* la vie nue des personnes. On peut, si l'on veut, dire que ce dernier est normatif en ce sens que l'objectif de l'instigateur du *nudge* est de favoriser le choix du meilleur comportement - tendre vers la réalisation de ce qui est bien. Le nouveau droit naturel serait ainsi une hybridation : il est un acte de volonté dont le but est normatif alors que son contenu est constitué de lois descriptives politiquement instrumentalisées.

À l'extrême, l'avantage du nouveau droit naturel est que, compte tenu du type des lois qu'il mobilise, par définition, il ne peut pas être violé. Les lois scientifiques sont invariables ; elles ne souffrent pas d'inexécution<sup>48</sup>. Pour le dire vite : les machines, même humaines, ne désobéissent pas. S'agissant des lois de la nature, il n'existe pas de « déviation qui soit analogue à ce qu'est le crime ou la faute par rapport aux lois civiles ou morales »<sup>49</sup>. Et de fait, ces lois ne s'adressent pas à la volonté de l'être afin d'imposer un acte ou une abstention. Elles sont la formule constative d'une détermination qui saisit la part naturelle de l'être, cherchant en lui les causes aptes à mécaniquement produire des effets prévisibles.

Bien sûr, s'agissant des « *nudges* », une liberté de choix semble demeurer ; elle demeure *par définition* pourrait-on même dire, puisqu'il ne s'agit pas de prescrire mais d'inciter afin d'inspirer par des manières « douces » la « *bonne décision* » ; il n'y a donc ni contrainte formelle sur le choix ni réduction du nombre d'options. Mais du fait de la technique mobilisée (v. *supra*) la liberté est dépassée, contournée, détournée ; elle est, plus précisément, reléguée : l'être déterminé, qui est l'objet du « réagencement ciblé de » son « environnement décisionnel »<sup>50</sup> n'est pas l'être obligé. Le processus mis en place s'adresse à sa part déterminable. Reste ainsi, plutôt que la liberté, « le simple

46. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, L.G.D.J., 8<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 31.

47. « La création d'un environnement comportemental incitateur ne relève pas du monde des normes, souples ou dures, mais de celui des faits » dit encore justement A. Flückiger, « Gouverner par des 'coups de pouces' (*nudges*) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », *Les Cahiers de droit* 59 (1), p. 215.

48. Montesquieu, *De l'esprit des lois, Œuvres complètes II*, texte présenté et annoté par R. Caillois, NRF, Gallimard, 1951, p. 234.

49. A. Lalande, v° « LOI », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Volume I, A-M, Quadrige, P.U.F., 1999, p. 583.

50. *Manuel méthodologique de l'approche comportementale à l'usage des décideurs publics*, Direction interministérielle de la transformation publique, p. 10.

sentiment - trompeur - d'en disposer »<sup>51</sup>. Le citoyen, le consommateur ou le salarié a affaire à un « architecte de choix » pas à un législateur.

Evidemment, compte tenu de la diversité des « *nudges* » (et du flou corrélatif de leur définition), la limitation du domaine d'application de la liberté (sa mise hors du jeu) sera plus ou moins nette selon la technique mobilisée<sup>52</sup>. Mais elle peut toujours exister<sup>53</sup>. Et au moins dans certains cas, elle est qualifiée par certains de « manipulation » (un civiliste pourrait parler de dol) ; même si cette manipulation est temporaire et si elle est réalisée dans l'intérêt de la personne manipulée.

### 5. Des relations avec le droit positif

Le nouveau droit naturel - si on en admet l'existence, ce que nous proposons ici comme hypothèse - est le fruit d'une observation de la nature par des savants ; il produit des lois descriptives formulées à l'indicatif ; des lois qui peuvent se métamorphoser en outils au service d'une politique. La chose, relevant d'une sorte de naturalisation du droit, est assez grave et ne se limite pas à une question de frontière et de diplomatie disciplinaire. C'est ainsi hors le domaine du droit qu'un nouveau droit gouverne nos vies. Dit très simplement *une chose nous gouverne et pourtant cette chose n'est pas une norme juridique*. Ceci étant dit, à propos de cette *chose*, nous jugeons pourtant nécessaire de parler de droit. D'un *droit* proche du droit naturel classique ; un droit qui partage avec celui-ci une structure : il est le fruit du travail de savants (co-architectes de choix) produisant, à partir de l'observation de la nature, des outils (« architecture de choix ») rendant prévisible certains comportements jugés bons : des agissements conformes à l'essence pourrait-on dire. Il existerait donc deux droits plutôt qu'un.

Une telle affirmation appelle elle-même une précision. Il n'est pas question de rappeler qu'existe en plus d'un droit positif applicable, un droit idéal produit par Dieu ou la raison ; le second se situant au-dessus du premier, les deux étant liés par un entrelacs de relations subtiles (le droit naturel inspire les réformes, il est une source complémentaire pour l'interprète, il justifie le droit de se rebeller, etc.). Nous voulons plutôt dire qu'existent *deux droits pleinement positifs* : chacun, par des moyens différents (*normatifs, factuels*), ayant l'ambition de *réellement gouverner nos vies*.

Deux droits qui fonctionnent simultanément. Deux droits dont l'un, depuis sa fondation moderne, occulte aux juristes l'existence du second. Une telle coexistence cachée s'explique. La mythologie fondatrice du droit moderne (qu'il s'agisse d'une convention ou d'un code) reléguant les lois de la nature hors (la définition de) la loi n'a pas eu - et ne pouvait pas - avoir pour conséquence de faire disparaître la vocation de la science pour le gouvernement. Au contraire, depuis deux plus de deux siècles, les progrès de la science, appliquée à la politique, n'ont fait qu'accroître les moyens disponibles afin de gouverner la vie des êtres.

À ce point, en guise de conclusion, il est possible d'avancer que le droit positif et sa science dogmatique peuvent jouer un rôle critique et protecteur de l'autonomie - nous pourrions dire émancipateur<sup>54</sup>. Il est possible de les mobiliser contre ce que nous avons nommé (nouveau) droit naturel (classique). En ce sens, il existe évidemment des « voies de droit » contre « les actes matériels »<sup>55</sup> qui constituent des « pratiques de gouvernement ».

Une critique juridique activiste en est donc possible. Elle s'apparente à la lutte pour le droit décrite par Jhering. Elle peut mobiliser le droit privé et public et les droits fondamentaux. Au-delà de l'activité des tribunaux, compte tenu de la nature des incitations comportementales, une action constitutionnelle doit permettre de déterminer démocratiquement les secteurs de nos vies sociales où nous décidons de faire une moindre place à la liberté de choix (*v. supra*). Enfin au-delà de la pratique du droit, une telle lutte peut aussi investir le terrain de l'épistémologie ou du langage - c'est-à-dire le lieu où la théorie du positivisme interdit la connaissance des autres techniques de gouvernement. Compte tenu de la finalité normative (*v. supra*) de ces pratiques, il est en effet possible d'essayer de les « décrire » juridiquement. Autrement dit, il est envisageable, en projetant les catégories du droit sur ces *faits*, de les comprendre juridiquement et de les formuler comme fraction de l'ordre juridique. Une telle « imputation » des *nudges* à l'univers des textes juridiques pourrait, en un sens, laisser espérer leur civilisation<sup>56</sup>.

51. A. Flückiger, « Gouverner par des 'coups de pouces' (*nudges*) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », préc., p. 205.

52. Pour une réflexion sur les atteintes à l'autonomie des *nudges* qui concernent l'information v. S. Lemaire, « *Nudges*, information et manipulation », in *Nudges et normativités*, préc., pp. 175-198.

53. *Idem*, sp. p. 181 : « je vais donc admettre qu'il existe des situations dans lesquelles les *nudges* permettent d'amener les individus à faire des choix meilleurs que ceux qu'ils feraient sans ces *nudges*, soit parce qu'ils sont les plus à même de satisfaire les intérêts des individus en question, soit parce qu'ils sont préférables d'un point de vue social, moral ou politique. Evidemment, si l'on conteste cette thèse, alors les *nudges* ne sont jamais justifiables. Toutefois, cette objection radicale ne me paraît pas pouvoir porter sur tous les *nudges*. Il me paraît tout simplement absurde de soutenir qu'il est toujours impossible de donner sens à l'idée qu'une personne aurait pu faire un meilleur choix en fonction par exemple de ses intérêts ».

54. « Politique des formes civiles », *R.T.D. Civ.*, 2020, p. 526 s.

55. A. Flückiger, « Gouverner par des 'coups de pouces' (*nudges*) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », préc., p. 215 s.

56. À propos de la stratégie visant à l'imputation d'un texte a-juridique à l'univers textuel du droit v. V. Forray et S. Pimont, *Décrire le droit ... et le transformer, Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, 2017, n° 428 s.



Pascal Lamy • Président du Forum de Paris sur la Paix

## Répondre à la crise du multilatéralisme par le polylatéralisme

26

*Pour remédier à la crise du multilatéralisme, dans un monde pétri de tensions, une des clefs est le polylatéralisme<sup>1</sup>. Ce concept vise à repenser les relations internationales, en dépassant le quasi monopole des souverains, par le développement de formes hybrides d'organisations aptes à réunir des acteurs nouveaux et diversifiés et dont l'aiguillon sera l'efficacité.*

### Un cadre de pensée westphalien devenu obsolète

Le système westphalien, qui confie l'ordre international aux souverains et à eux seuls, est plongé dans une crise profonde, apparue aux yeux de tous depuis les années 1990. La dissymétrie entre cet affaiblissement durable et la montée des crises systémiques dans un monde désormais globalisé a précipité la gouvernance mondiale dans un chaos la rendant largement impuissante face aux enjeux immédiats comme de plus long terme de nos sociétés contemporaines. La dernière preuve vient de nous en être cruellement administrée par la Covid.

La raison de ce délitement est simple. L'ordre multilatéral actuel repose sur un principe, la souveraineté de l'État-nation<sup>2</sup>. Or cette notion n'est qu'une fiction<sup>3</sup>. Bien sûr, les grandes fictions peuvent être utiles, elles sont même très commodes. N'oublions pas que celle-ci a précisément été bâtie par des États rivaux déchirés par les guerres de religion, dans le but d'instaurer une paix relative entre eux mais aussi au sein de leur population. N'oublions pas non plus que quelques tempéraments destinés à encadrer les excès de la souveraineté ont vu le jour

1. Pour une première étude du polylatéralisme, voir la conversation entre Pascal Lamy et Gilles Gressani pour le Grand continent, "Polylatéralisme ou chaos", *Le Grand continent*, 11 novembre 2020.
2. Le concept de souveraineté a été forgé au 16<sup>ème</sup> siècle notamment par Jean Bodin mais c'est sans doute Hegel qui perçoit en premier le lien entre souveraineté et État-nation.
3. Les travaux de B. Anderson en particulier dans son très fameux ouvrage de 1983 intitulé *Imagined Communities, Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* sont les premiers à décrire le processus de formation de l'idée de nation.

dans le droit international depuis un siècle et demi<sup>4</sup>. Toutefois, à l'ère de la mondialisation galopante, la souveraineté grince. L'État a de moins en moins prise et la fiction est incapable d'apporter une réponse satisfaisante à bien des problèmes. Cette impuissance ronge dangereusement leur légitimité, autre fiction westphalienne corollaire de la précédente. Je l'ai vécu professionnellement comme directeur de cabinet de Jacques Delors à Bruxelles, comme Commissaire européen, puis comme Directeur général de l'Organisation mondiale du commerce.

Pour reprendre l'image, fonder un système international sur une fiction qui grince ne produit pas de concert harmonieux. Notre système multilatéral est bâti sur toutes sortes de formalismes. Les juristes continuent à prétendre que les États-nations sont tous égaux<sup>5</sup>. C'est bien sûr vrai d'un point de vue formel. Mais dans le monde réel, leurs relations sont réglées par l'asymétrie. Il en va de même pour la légitimité. Les États sont, par définition, tous légitimes. Le gouvernement est donc légitime à parler au nom de l'État. Il faudrait donc en déduire que des organisations constituées d'États-nations légitimes sont elles-mêmes légitimes par transitivité, du fait du monopole des États-nations. Cela est cohérent dans cet univers de concepts juridiques, mais ne correspond pas à la réalité des rapports politiques, économiques, sociaux, culturels<sup>6</sup>.

Il n'est pas question ici de prophétiser la mort de l'État-nation. A l'échelle d'un pays, l'État-nation a ce pouvoir d'incarner et d'agréger des tensions et des conflits entre agents ou groupes d'agents qui, bien qu'animés par des préférences différentes et parfois opposées, partagent ces préférences collectives qui permettent de fonder une appartenance commune. Néanmoins, dans la sphère des relations internationales et faute de ce sentiment communautaire, la seule relation entre États se révèle insuffisante pour agencer efficacement toutes les organisations humaines qui prospèrent et opèrent au niveau mondial.

Ces organisations sont très nombreuses. Il s'agit d'un nombre croissant d'organisations non gouvernementales (ONG) qui sont, de fait, sinon de droit, des agents internationaux. Il s'agit évidemment aussi d'entreprises multinationales<sup>7</sup>. Dès lors que l'on définit les organisations internationales aussi comme des groupes de personnes, au sens large, qui sont organisés pour agir à l'échelle mondiale, il ne fait aucun doute que le WWF, Greenpeace ou

4. Se référer aux travaux d'Alain Pellet et notamment à « Histoire du droit international : Irréductible souveraineté ? », in Guillaume, G., (dir. publ.), *La vie internationale*, Hermann, Paris, 2017, pp. 7-24.
5. Charte des Nations Unies, article 2.1 : « L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres ».
6. Même si cette approche ne permet sans doute pas une vue d'ensemble du sujet, de nombreux auteurs ont cherché à démontrer que les États avaient été les premiers acteurs de leur mise en retrait (v. par ex., L. Pauly, « Capital Mobility, State Autonomy, and political Legitimacy », *Journal of international affairs*, New York, Columbia University, 1995).
7. Pour une recension complète des études dédiées à l'influence des firmes transnationales v. L. Badel, « Milieux économiques et relations internationales : bilan et perspectives de la recherche au début du XXI<sup>ème</sup> siècle », *Relations Internationales*, 2014/1 n° 157, pages 3 à 23.

certaines grandes firmes sont des organisations multinationales dont l'influence n'est peut-être pas si différente de celle, par exemple, de l'Organisation des Nations unies.<sup>8</sup> Elles ne constituent pas pour autant une classe homogène, car tous ne partagent pas les mêmes objectifs et évoluent dans des sphères quelquefois communes, mais souvent distinctes - ce qui n'empêche pas qu'elles puissent dialoguer et s'entrechoquer. Un tel constat dépasse largement le cadre de ces deux catégories d'acteurs, les grandes ONG et les firmes multinationales traditionnellement décrites comme les principaux concurrents des États. Les grandes villes du monde, les communautés scientifiques, certaines grandes institutions académiques, pour ne citer qu'elles, semblent parfaitement s'insérer dans une telle définition<sup>9</sup>.

### Une incapacité évidente à articuler des politiques efficaces

La seconde moitié du 20<sup>ème</sup> siècle restera sans doute dans l'histoire comme l'ère du multilatéralisme. Il y a pourtant un paradoxe évident. Ceux qui ont connu le système de l'intérieur ont très tôt pu s'apercevoir de ses insuffisances. Les jeunes générations de hauts fonctionnaires, dont je faisais partie dans les années 1970, étaient, du fait de leur formation et du discours majoritaire qui régnait alors, les premiers susceptibles de s'émerveiller de la structure parfaite du point de vue de l'esthétique conceptuelle de la galaxie onusienne. Or, ceux-là même ont très tôt été confrontés à l'absence de fonctionnement du système international. J'ai eu le très grand privilège d'être sherpa, très jeune, dans le Groupe des sept (G7), qui constituait déjà une tentative de réponse, dont on peut désormais dire sans trop d'hésitations qu'elle a échoué, tout comme d'ailleurs le G20, qui est aussi dans l'impasse aujourd'hui.

Ces tentatives cherchaient à dépasser le système diplomatique en établissant des contacts au plus haut niveau et en se défaisant ainsi des intermédiaires classiques. Certains chefs d'État et de gouvernement avaient conscience de ces insuffisances et une réelle envie de se débarrasser pour un moment des cadres de discussion dans lesquels leurs juristes et leurs administrations opéraient et qui les corsetaient. Or, cette tentative de dépasser les attributs diplomatiques habituels était une menace existentielle pour le système westphalien qui a fini par reprendre le contrôle de ce canal direct de discussion « au coin du feu » qui dérangeait les habitudes.

La séquence que nous vivons actuellement jette une lumière crue sur l'impuissance du système. Même si

l'ampleur de cette paralysie est particulièrement spectaculaire, elle n'est pas la première occurrence de l'incurie du multilatéralisme en matière sanitaire. Un épisode désormais vieux de près de trois décennies a marqué beaucoup d'entre nous, la lutte contre une autre grande pandémie, le sida.

La mise en œuvre de politiques de prévention dignes de ce nom et la mise au point d'un traitement ont pétié aussi longtemps que la question est restée dans les arcanes classiques des institutions intergouvernementales, parmi lesquelles l'Organisation mondiale de la santé (OMS), et des traités. Les choses ont commencé à bouger quand une association, Act-Up, s'est engagée dans des provocations parfois très désagréables, à l'encontre de grands laboratoires et de responsables politiques dont j'étais. Elles ont aussi évolué de manière spectaculaire parce que l'industrie pharmaceutique a réussi à mettre un terme à un conflit interne de plusieurs années sur la question des prix différenciés<sup>10</sup>, et parce que des philanthropes comme Bill Gates ou d'autres se sont dit qu'il était temps de donner un coup d'accélérateur décisif. La mise sur pied du Fonds mondial de lutte contre le sida et une meilleure maîtrise du virus doivent sans doute davantage à ces acteurs, véritables intrus qui ne se sont guère embarrassés de la supposée primauté de la souveraineté étatique, qu'au multilatéralisme. Comparons, pour en être convaincus, la composition du conseil d'administration du Fonds Mondial, et celle du Conseil de Sécurité de l'ONU.

Les contre-exemples d'organisations intergouvernementales réellement efficaces sont rares. Malheureusement pour les tenants du multilatéralisme classiques, les États y sont justement souvent en retrait. L'Organisation mondiale de la santé animale (OIE)<sup>11</sup> illustre bien ce paradigme. L'OIE repose sur le commerce de la viande. Si une vache attrape la fièvre aphteuse dans une province argentine, cette dernière est placée sur la liste noire du commerce de viande, se retrouve du jour au lendemain sans plus aucun débouché possible, et les autorités argentines en tirent les conséquences. L'explication d'une telle réussite repose sur le fait que les épizooties à l'échelle internationale sont l'objet d'un monopole, celui de la confiance que s'accordent les vétérinaires à travers les frontières. Un vétérinaire respecte un autre vétérinaire, mais pas forcément un ministre de l'agriculture. L'organisation internationale des épizooties devient alors l'organisation internationale des vétérinaires qui agissent car ils se font confiance. L'Organisation mondiale des douanes, qui n'est pas parée du statut d'organisation internationale, appartient aussi à ce modèle. Évidemment, ce genre de solution n'est pas non plus disponible dans tous les domaines.

8. Pour une description des méthodes des ONG afin de conduire les États, les sociétés multinationales et d'autres à respecter les valeurs et les normes qu'ils défendent, v. par ex. M.E. Keck et K. Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy networks in international politics*, Cornell University Press, 1998.

9. Il est frappant de voir que ce phénomène est encore amplifié par la crise pandémique actuelle. Les co-publications entre chinois et américains dans les revues médicales ont doublé en 2020. Des laboratoires se sont connectés les uns aux autres et des intentions de partage de la propriété intellectuelle pour les vaccins se sont manifestées.

10. Il semble désormais prouvé que la différenciation des prix est l'un des facteurs déterminants dans la lutte contre les épidémies mondiales (v. Z. Ud-Bin Babar, « Differential pricing of pharmaceuticals : A bibliometric review of the literature », *Journal of Pharmaceutical Health Services Research*, juillet 2014).

11. Fondée en 1924 sous le nom d'Office international des épizooties, elle compte 182 États et territoires membres.

## Du multilatéralisme vers le polylatéralisme

Face à cette impasse de ce que j'ai pu appeler trop méchamment, comme on me le rappelle souvent, le syndrome de la « diplocratie », le concept de polylatéralisme, parce qu'il augmente l'inter de « international » et le multi de « multilatéral » résume bien la méthode pour tirer la leçon de ces expériences et revigorer la coopération internationale en comblant les manques westphaliens.

Le polylatéralisme consiste à mettre autour de la table ces agents internationaux qui n'ont presque pas de place dans le cadre du multilatéralisme formaliste des États-nations et qui pourtant ne nous ont pas attendu pour exercer leur influence. La réponse aux principales priorités de notre monde, de la Covid-19 à la transition écologique ou même la gestion de l'économie mondiale, ne sont pas aujourd'hui à la portée d'une approche inter-gouvernementale classique. Il faut en prendre acte. Le polylatéralisme ouvre une autre perspective et repose sur d'autres modalités.

C'est désormais dans le cadre du polylatéralisme que nous devrions nous appliquer à mobiliser ces nouveaux acteurs dont l'énergie et les dynamiques leur sont propres mais qui peinent à trouver un cadre propice à leurs interactions. De ce point de vue, cette approche se distingue profondément de la théorie réaliste des relations internationales selon laquelle des institutions à l'échelle mondiale ne servirait plus à rien<sup>12</sup>. Je n'épouse pas la notion de réalisme. Ce qui colle mieux à la réalité n'est pas forcément ce qui est bon. On peut vouloir autre chose, on peut améliorer le monde. C'est même pour cela qu'il convient d'accepter qu'il y a une vertu dans la diversité des approches.

La première grande traduction de l'acceptation de ce modèle polylatéral devrait être d'ouvrir bien plus grand le jeu de ce nouveau format à l'hétérogénéité de la légitimité. Il y a des entités non-étatiques dont l'influence internationale dépasse de loin celle de beaucoup d'États-nations. Il y a des villes, des régions dans le monde qui sont des êtres quasi internationaux. Toutefois, ils ne sont pas revêtus des attributs de la souveraineté de l'État-nation, et sont à la recherche d'un équilibre qui conduit souvent à des situations sous-optimales, car chercher à se parer de ces attributs pourrait immédiatement les mettre en difficulté face aux États, jaloux de leur monopole sur la scène internationale.

Les villes de New York ou de Paris sont évidemment aujourd'hui des acteurs géopolitiques et géoéconomiques internationaux<sup>13</sup>. C'est au niveau de ce genre de structures, notamment à l'échelle urbaine, que le rapport entre la légitimité et la puissance est le plus fort. Les maires sont plus légitimes que d'autres représentants, parce

qu'ils sont plus près du terrain. La légitimité est une fonction inversement proportionnelle à la distance. En même temps, les grandes villes sont puissantes parce qu'elles ont la compétence de la maîtrise des réseaux qui, dans le monde moderne, sont les infrastructures de la gouvernance. Au-delà des fictions, le secret du pouvoir et de la légitimité passe de plus en plus par une organisation correcte des réseaux de transport, d'énergie, d'information, d'enseignement et de fourniture de matières premières de plus en plus rares.

Cette maîtrise des réseaux explique parfaitement pourquoi les grandes métropoles se sont spontanément réunies autour des enjeux liés au réchauffement climatique et plus largement aux transformations environnementales. Le C40, c'est-à-dire la coalition pour le climat dite des « 40 grandes villes du monde »<sup>14</sup> qui a joué un rôle important dans le succès de la conférence de Paris, d'ailleurs largement née de l'échec de celle de Copenhague et de son approche diplomatique, en est un exemple éclatant. C'est aussi sur ce principe que la Chine a conçu sa stratégie dite « *belt and road* ».

Il n'y a, pour l'instant, qu'une seule organisation polylatérale, l'Organisation internationale du travail (OIT). L'OIT est née du traité de Versailles grâce à Léon Bourgeois et d'autres solidaristes qui avaient compris que la paix était une affaire de prévention des conflits et que le fait de mettre les États, les patrons et les ouvriers autour de la même table était la réponse la plus à même de répondre aux causes de la Première Guerre mondiale et de desserrer les contradictions inhérentes au modèle capitaliste. Mais ce « trilatéralisme » n'a guère prospéré pour des raisons qu'il serait trop long d'exposer ici.

Retenons simplement que les formats du polylatéralisme ne suivront pas ce standard et se développeront de manière plus *sui generis*. Leur existence et leur structure auront sans doute comme aiguillon leur succès et leur échec. Il faudra accepter l'idée qu'il y a des énergies disponibles pour obtenir des résultats dans des formats parfois improbables. Le polylatéralisme correspond par essence à des coalitions dont le moteur est la recherche de résultats, et dont la pérennité n'a pas besoin d'être assurée une fois que le résultat est atteint. Ce sont des organisations plus en réseaux, plus horizontales, probablement plus éphémères d'ailleurs, et sans doute moins légitimes sur le plan théorique.

Le Forum de Paris sur la Paix, initiative non pas « *pour* » la paix mais « *sur* » la paix qui regroupe une multiplicité d'acteurs portant des initiatives à vocation globale, reflète bien dans ses processus, son action, ses projets, ses coalitions et ses différentes approches, ce que peut être cette méthode polylatérale. Ses premiers résultats, après trois éditions, sont encourageants<sup>15</sup>.

12. J. Mearsheimer, « The False Promise of International Institutions », *International Security* 19-3 (Winter 1994/95).

13. Sur l'influence des villes dans le jeu de la gouvernance mondiale, v. S. Curtis (ed.), *The Power of Cities in International Relations*, Routledge, 31 mai 2016.

14. <<https://www.c40.org/about>>.

15. <<https://parispeaceforum.org/fr/>>.

## Repenser l'idée de légitimité par le prisme de l'efficacité

Lorsque l'on s'écarte ainsi de la fiction de l'égalité des États-nations et du paradigme de la souveraineté, se pose immédiatement la question, pour tous les bons esprits formés à la politique classique, de la légitimité. Quelle est la légitimité d'une coalition formée entre Bill Gates, Anne Hidalgo et le patron de Greenpeace ? Et si légitimité il y a, d'où provient-elle ? Ces questions, d'apparence très pertinentes, obligent néanmoins à réfléchir formellement dans un cadre théorique épuisé.

Je prêche l'instauration d'une théorie de la légitimité inscrite dans le réel. Si le but de toute organisation est d'améliorer les conditions de vie des individus et l'environnement, *lato sensu*, dans lequel ils évoluent, la légitimité doit puiser sa source dans les résultats plutôt que dans la forme de ce qui est censé les donner<sup>16</sup>. L'adhésion à cette vision devrait être facilitée par le constat unanime de l'échec d'une forme donnée à y parvenir.

Penser la question de la légitimité par le prisme de l'idéal démocratique au travers du modèle existant serait d'ailleurs une erreur. Ce dernier n'est pas plus à même de reproduire ce que Hedley Bull a appelé « l'analogie domestique »<sup>17</sup> que le modèle polylatéral ne le pourra. Dans un cas comme dans l'autre, il manquera toujours d'institutions qui relient le public, par le biais d'élections, aux organisations internationales.

Pour reprendre l'exemple de l'OIE, le système fonctionne parce que des vétérinaires compétents prennent des décisions entre eux, en se faisant confiance. Bien sûr, l'éleveur qui doit tuer tous ses poulets ou ses canards dans sa ferme du sud-ouest de la France subit un drame. En même temps, cela fait partie de la règle du jeu, parce que l'on se trouve dans une infrastructure du capitalisme de marché qui est le commerce de la viande. Il n'y a pas de raison idéologique. Dans une société où l'on mange beaucoup de viande, probablement trop d'ailleurs, le producteur de viande a un problème si on ne lui achète plus ce qu'il produit. Il y a une sorte de barre de rappel dans les infrastructures de l'économie globalisée, dont le champ d'action devrait peut-être de temps en temps s'exercer aussi sur les humains et pas simplement sur les marchés.

Bien sûr, les notions de démocratie et de polylatéralisme ne sont pas étrangères l'une pour l'autre. Le polylatéralisme n'est possible que si les organisations non-gouvernementales, notamment, trouvent des espaces de liberté pour se développer et pour critiquer, ce qui n'existe pas dans bon nombre d'États.

Le cas de la Chine est l'un des défis les plus aigus dans le cadre de l'émergence du modèle polylatéral. Alors qu'elle assume un rôle croissant partout dans le monde, la Chine est aujourd'hui rétive au polylatéralisme comme au poly tout court. Les entreprises y sont très largement sous la houlette de l'État et les ONG très sévèrement contrôlées.

La rivalité, structurante des relations internationales, entre les États-Unis et la Chine n'est donc sans doute pas le terrain sur lequel le polylatéralisme sera susceptible de produire des résultats spectaculaires. A moins que le système chinois ne se détende, on voit mal des ONG chinoises prendre des ONG américaines par le bras, ou des entreprises américaines se rapprocher d'entreprises chinoises et trouver des solutions ensemble sans passer par l'État, au motif que cela marcherait mieux.

Toutefois, si le polylatéralisme semble moins adapté aux systèmes non libéraux, la méthode polylatérale est opératoire là où les systèmes politiques sont faibles, on peut notamment penser à certaines parties de l'Afrique.

Enfin, il n'est pas interdit de penser que le polylatéralisme pourrait également contribuer indirectement à orienter les choix des régimes qui y sont en principe hermétiques. Pour prendre l'exemple du *Green Deal* européen, l'implication de nombreuses ONG, du C40, ou encore des coalitions dans le *business* comme le B4IG<sup>18</sup> a beaucoup compté dans la genèse de ce nouvel axe stratégique de l'Union européenne. Or, quand le président chinois annonce au monde entier sa neutralité carbone en 2060, le fait que l'Europe s'y soit engagée pour 2050 y est sans doute pour quelque chose. Le polylatéralisme et le multilatéralisme pourraient ainsi faire bon ménage à l'avenir. C'est le pari que nous avons fait avec le Forum de Paris sur la Paix.

16. L'enjeu de la légitimité est en réalité double. Evidemment l'efficacité jouera un rôle prépondérant, toutefois d'importants auteurs ont relevé que la légitimité avançait sur deux jambes, l'efficacité et la responsabilité (*accountability*). Cette deuxième trouve sa source dans une certaine transparence procédurale (voir R. O. Keohane and J. S. Nye, *Between Centralization and Fragmentation: The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy*, KSG Faculty Research Working Paper Series, February 2001).

17. H. Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, New York: Columbia University Press, 1977.

18. *Business for Inclusive Growth* (B4IG) est un partenariat entre l'OCDE et une coalition mondiale d'entreprises qui luttent contre les inégalités de revenus et d'opportunités (<https://www.oecd.org/inclusive-growth/businessforinclusivegrowth/>).



**Astrid Mignon Colombet** • Avocate associée, August Debouzy

**Nicola Bonucci** • Avocat associé, Paul Hastings, ancien directeur juridique de l'OCDE

## Vers une gouvernance plurielle : l'équivalence fonctionnelle dans la lutte contre la corruption transnationale

30

Introduite dans le Préambule de la Convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (ci-après la « Convention » ou la « Convention OCDE »), la notion d'équivalence fonctionnelle a dessiné la voie d'une nouvelle méthode de gouvernance. Fondée sur des principes directeurs et des objectifs à atteindre plutôt que sur des règles précises et univoques, elle permet à l'interprétation de se développer de façon circulaire, évolutive et interactive, combinant la norme internationale et les spécificités nationales.

### 1. Une méthode de « *soft-enforcement* » par l'évaluation des pairs

**Astrid Mignon Colombet** : Le Préambule de la Convention OCDE assigne aux États-parties l'objectif ambitieux d'assurer que, dans un cadre essentiellement pénal, chacun adopte des mesures « équivalentes » destinées à lutter contre la corruption d'agents publics étrangers : « *Reconnaissant qu'assurer l'équivalence entre les mesures que doivent prendre les Parties constitue un objet et un but essentiels de la Convention qui exigent que la Convention soit ratifiée sans dérogations* ». L'équivalence entre les mesures prises en matière de lutte contre la corruption transnationale par les États-parties constitue tout à la fois une méthode et un objectif. Elle constitue tout d'abord une méthode qui permet aux États de rapprocher leur législation anti-corruption tout en adaptant les dispositions de la Convention à leur propre système juridique<sup>1</sup>. Elle représente également un objectif, si essentiel que la Convention n'autorise pas la stipulation de mesures dérogatoires « affectant cette équivalence » au moment de la ratification de la Convention. Pouvons-nous revenir sur les raisons du choix du recours à cette notion d'« équivalence fonctionnelle » plutôt qu'à celle d'« harmonisation » ?

**Nicola Bonucci** : La notion d'équivalence fonction-

nelle ou méthode fonctionnelle nous vient du droit comparé et est bien connue des spécialistes de droit international privé. La notion est ainsi définie par Erik Jayme dans son cours général à la Haye en 1995 : « *les lois sont alors considérées dans la fonction de résoudre un problème donné. On compare les résultats apportés à une question sans tenir compte de la position d'une règle de droit dans le système donné ; on aboutit ainsi à une équivalence de solutions malgré le fait que la lettre de la loi puisse diverger* »<sup>2</sup>.

Mais si la notion est connue, son placement dans le préambule de la Convention OCDE est en effet inhabituel. Cela tient en premier lieu au cadre conventionnel lui-même. La Convention OCDE obéit autant à une logique de droit international économique qu'au droit international pénal. C'est ainsi que le préambule indique dans son premier considérant que la corruption « fausse les conditions internationales de concurrence ». Dans le cadre de cet instrument conventionnel atypique l'équivalence fonctionnelle vise à résoudre deux problèmes, l'un structurel, l'autre conjoncturel.

D'un point de vue structurel la Convention n'a pas vocation à uniformiser le droit pénal des Parties à la Convention. Cela est explicitement reconnu dans le commentaire n° 2 de la Convention qui stipule que cette dernière « *a pour objectif d'assurer une équivalence fonctionnelle entre les mesures prises par les Parties pour sanctionner la corruption d'agents publics étrangers, sans exiger l'uniformité ou une modification de principes fondamentaux du système juridique d'une Partie* ». D'un point de vue conjoncturel le texte du préambule vise aussi à résoudre un problème spécifique mais majeur : la position hostile du Sénat des États-Unis vers tout traité qui n'admet pas les réserves<sup>3</sup>. Cette position constante faisait craindre aux négociateurs américains un refus de ratification de la Convention OCDE. Mais, d'un autre côté, admettre les réserves aurait pu conduire à un détricotage de la Convention. C'est ainsi qu'un équilibre a été trouvé sur la base d'une équivalence fonctionnelle des mesures fortement encadrée. Le premier encadrement a consisté à affirmer l'équivalence des mesures comme un « but et un objet » essentiels du Traité. Cette terminologie renvoie à la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 qui prévoit dans son article 19 c) qu'en cas de silence d'un traité sur les réserves, les Parties peuvent introduire une réserve pour autant qu'elle ne soit pas « incompatible avec l'objet et le but du traité »<sup>4</sup>. Ainsi, si le texte de la Convention OCDE est silencieux sur les réserves, le préambule précise que la Convention doit être ratifiée sans dérogation. Le deuxième encadrement de la notion d'équivalence fonctionnelle vient du mécanisme de suivi de la

1. P. Moulette, « Le rôle de l'OCDE dans la lutte contre la corruption internationale », *Revue européenne du droit*, sept. 2020, p. 124.

2. E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne », *Cours général de droit international privé*, 1995, p. 105. *Académie de droit international de la Haye*, tome 251, pp. 9-267.

3. V. p.16 du document « Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate », 2001 : <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-106SPRT66922/pdf/CPRT-106SPRT66922.pdf>>.

4. Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969 : <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf)>.

Convention<sup>5</sup>.

**Astrid Mignon Colombet** : En effet, ce mécanisme de suivi s'appuie sur une procédure d'évaluation (*peer evaluation*) et de pression par les pairs (*peer pressure*)<sup>6</sup>. Ainsi, les États doivent non seulement procéder à une auto-évaluation de leur dispositif juridique mais également se soumettre à une évaluation mutuelle par le Groupe de travail de l'OCDE destinée à vérifier si les effets des législations nationales respectent les exigences de la Convention<sup>7</sup>. La tâche pouvait paraître immense !

Treize ans plus tard en 2012<sup>8</sup>, puis en 2014, la France était soumise au regard « pressant » de l'OCDE<sup>9</sup> qui l'invitait, par le choix d'un vocabulaire tout à la fois diplomatique et très ferme, à renforcer ses efforts pour mettre en œuvre une législation plus efficace en matière de lutte contre la corruption transnationale. Ce suivi régulier et surtout public de l'OCDE est ainsi l'une des raisons ayant conduit la France à adopter la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique, dite « Sapin 2 ». Si cette méthode d'équivalence a manifestement fonctionné pour la France, n'est-il pas difficile de solliciter des modifications d'une législation nationale pénale en l'absence de cadre véritablement contraignant ?

**Nicola Bonucci** : Il est vrai que le risque d'une mise en œuvre différenciée voire divergente a été souligné à l'époque, notamment au Sénat<sup>10</sup>. C'est pour éviter cela que l'article 12 de la Convention a été négocié, mais cet article doit être lu en conjonction avec les commentaires qui lui sont attachés ainsi que la section XIV de la *Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* de 2009 qui complète et renforce la Convention<sup>11</sup>. Le mécanisme de suivi repose sur un principe simple décrit ainsi dans la *Recommandation de 2009* : « chaque pays Membre étant examiné à

tour de rôle par le Groupe de travail sur la corruption, à partir d'un rapport évaluant de façon objective les progrès accomplis par le pays Membre dans la mise en œuvre de la Convention anti-corruption de l'OCDE et de la présente Recommandation et qui fera l'objet d'une diffusion publique ». Les principes sur lesquels il repose, « évaluation par les pairs » et « pression des pairs », ne sont pas propres à la Convention et au Groupe de Travail de l'OCDE sur la corruption<sup>12</sup>. De tels mécanismes existent d'ailleurs dans le cadre d'autres conventions relatives à la lutte contre la corruption, mais ce qui en fait leur valeur est la rigueur et l'objectivité de l'analyse ainsi que la capacité du Groupe, en tant qu'organe collectif, à résister à la pression politique. Ainsi, en dehors de l'évaluation proprement dite, le processus prévoit la possibilité d'adopter les rapports par le « consensus moins un » (c'est-à-dire que le pays examiné ne peut bloquer l'adoption du rapport) ainsi que le fait que tous les rapports sont rendus automatiquement publics. Le dernier élément du puzzle visant à assurer une vraie équivalence fonctionnelle est le « *name and shame* » par l'adoption d'une communication publique qui est souvent reprise par les médias internationaux.

L'efficacité de cette panoplie est incontestable. La loi britannique (*UK Bribery Act*) a été adoptée à la suite des pressions de l'OCDE et l'exposé des motifs du Projet de loi qui deviendra Sapin 2 fait ainsi explicitement référence aux rapports « publiés par l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) ». <sup>13</sup> Finalement on observe que le caractère contraignant ou non d'une norme repose bien plus sur la conscience ou l'acceptation d'être lié que sur le mode formel d'adoption de la norme. C'est d'ailleurs ce point qui fait la force du droit dit « souple » de l'OCDE par exemple dans le domaine fiscal<sup>14</sup>.

## 2. Une harmonisation *de facto* de l'infraction de corruption transnationale et de ses modalités de poursuite

**Astrid Mignon Colombet** : Cette conscience d'être lié par la norme s'illustre particulièrement à travers la mise en œuvre par les États de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention définissant l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Même si le commentaire n°3 de l'OCDE précise que « l'article 1 fixe une norme que doivent respecter les Parties, mais il ne les oblige pas à reprendre son libellé exact pour définir l'infraction en droit interne », l'infraction française de corruption d'agents publics étrangers reprend sensiblement les mêmes éléments de définition<sup>15</sup>.

Quant aux règles de compétence, l'article 4 prévoit que chaque État prend les mesures nécessaires pour établir sa

5. Il existe très peu de textes analytiques de la Convention OCDE : voir M. Pieth, L. Low, N. Bonucci (Eds.), *The OECD Convention on Bribery : A Commentary*, Cambridge University Press, 2013, voir aussi une présentation de Mark Pieth devant l'OECD disponible ici <<http://www.oas.org/juridico/english/pieth2000.htm>>.

6. Commentaires relatifs à l'article 12 de la Convention.

7. M. Delmas-Marty, M. Pieth, U. Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénale, Harmonising criminal law*, UMR de droit comparé de Paris, volume 5, p. 425.

8. Communiqué de presse de l'OCDE, « L'OCDE déplore le peu de condamnations en France pour corruption transnationale mais reconnaît les efforts récents pour assurer la pleine indépendance du parquet », 23 octobre 2012 : <<https://www.oecd.org/fr/corruption/locdedeplorelepeudecondamnationsenfrancepourcorruptiontransnationalemaisreconnaitleseffortsrecentspourassurerlapleineindependanceduparquet.htm>>.

9. Communiqué de presse de l'OCDE, « Déclaration du Groupe de travail de l'OCDE sur la mise en œuvre par la France de la Convention sur la corruption d'agents publics étrangers », 23 octobre 2014 : <<https://www.oecd.org/fr/corruption/declaration-du-groupe-de-travail-de-l-ocde-sur-la-mise-en-uvre-par-la-france-de-la-convention-sur-la-corruption-d-agents-publics-etrange.htm>>.

10. Rapport d'information du sénateur José Balareello sur le Projet de loi modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale et relatif à la lutte contre la corruption, Rapport 42 (1999-2000) : <<https://www.senat.fr/rap/l99-042/l99-042.html>>.

11. V. à ce propos M. Gavouneli, « L'effet normatif des mécanismes de suivi : l'exemple de la lutte contre la corruption », in *Le Pouvoir normatif de l'OCDE*, journée d'études de Paris organisée par la SFDI, Editions Pedone, 2014.

12. V. à ce propos, F. Pagani, *L'examen par les pairs : un instrument de coopération et de changement Analyse d'une méthode de travail de l'OCDE*, Etude disponible sur le site de l'OCDE : <<https://www.oecd.org/fr/cad/examens-pairs/1955301.pdf>>.

13. V. le Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, n° 3623, déposé le 30 mars 2016 : <<https://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3623.asp>>.

14. Sur le droit souple voir l'étude annuelle du Conseil d'Etat (2013) : <<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/etude-annuelle-2013-le-droit-souple>>.

15. Art. 435-3 du Code pénal.

compétence à l'égard de l'infraction « lorsque l'infraction est commise en tout ou en partie sur son territoire ».

Le commentaire n°25 de l'OCDE encourage d'ailleurs les États à interpréter largement leur compétence territoriale « *de façon qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption ne soit pas exigé* » pour fonder des poursuites<sup>16</sup>. Là aussi, le Code pénal français est fidèle à ce principe selon lequel chaque État est maître des poursuites sur son territoire, même si un seul fait constitutif a eu lieu sur celui-ci<sup>17</sup>.

Les autorités américaines ont, elles, dès 2010, pleinement appliqué ce principe en retenant une application extensive de leur compétence dans l'exercice des poursuites à l'encontre des entreprises étrangères en application du FCPA<sup>18</sup>. Plus récemment, la France a également ouvert dans la loi Sapin II la possibilité de poursuivre toute personne « *exerçant tout ou partie de son activité économique sur le territoire français* »<sup>19</sup>. Et depuis 2018, la France, en tant qu'autorité de poursuite, a participé au règlement coordonné de deux dossiers transnationaux majeurs<sup>20</sup>.

Vingt ans plus tard, le bilan de l'équivalence fonctionnelle paraît de prime abord largement positif : la corruption d'agents publics étrangers est dorénavant une infraction réprimée par les 44 États-parties à la Convention<sup>21</sup> et les règles de compétence convergent entre les États. Il peut toutefois rester des difficultés dans la mise en œuvre coordonnée de ces poursuites même si l'article 4§3 de la Convention invite les États à se concerter pour déterminer le « mieux à même d'exercer les poursuites ».

**Nicola Bonucci :** En effet l'article 1 qui définit l'infraction est assez complexe dans sa construction. Malgré le commentaire n° 3 cité plus haut, il n'en reste pas moins que l'article 1 et ses divers commentaires sont extrêmement détaillés et que la marge de manœuvres des États est fortement encadrée. Dès lors, l'équivalence fonctionnelle de l'article 1 est plus de forme que de fond. Plus globalement la dynamique du mécanisme de suivi et du corpus que constituent les rapports d'évaluation font que sur plusieurs thèmes nous assistons à une convergence voire à une harmonisation *de facto* des normes. L'exemple le plus frappant concerne l'introduction prévue pour cette année de la responsabilité pénale des entreprises en Allemagne<sup>22</sup> et ceci, alors même que la Convention OCDE dans son article 3.2 « *Responsabilité des personnes morales* » n'en fait pas

une condition *sine qua non*<sup>23</sup> pour autant que le système aboutisse à des « *sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives* ». Dans ce cas l'Allemagne souhaite donc dépasser l'équivalence fonctionnelle prévue par la Convention, afin d'aligner sur le fond son droit sur celui tel qu'appliqué dans les autres États Parties à la Convention.

On peut observer ce même mouvement qui conduit les pays à une harmonisation du droit substantiel au regard de l'article 4 de la Convention. En premier lieu il convient de noter que la législation américaine mettant en œuvre les dispositions de l'article 4 n'a jamais été contestée par le Groupe de Travail de l'OCDE. Au contraire, lors de la première évaluation des États-Unis, en 1999, le Groupe a considéré que « *sur un plan général, le FCPA applique de façon détaillée et complète les normes fixées dans la Convention. Cette loi est bien articulée et répond à des impératifs pratiques du point de vue de sa portée et de son applicabilité* »<sup>24</sup>.

La polémique des dernières années sur une application extraterritoriale de la loi américaine mériterait un autre débat<sup>25</sup> mais il suffit ici de constater que, tant le Royaume-Uni avec le *Bribery Act* que la France avec la loi Sapin 2, ont aligné leur régime juridique sur le cadre américain en prévoyant une certaine forme d'extraterritorialité<sup>26</sup>. La différence se situe dans la mise en œuvre car là où les États-Unis font une utilisation marquée de leurs prérogatives ce n'est pas toujours le cas du Royaume-Uni et de la France.

### 3. Une équivalence granulaire appliquée à la responsabilité des personnes morales

**Astrid Mignon Colombet :** Si nous revenons au chantier de la convergence des législations de fond, le régime de la responsabilité des personnes morales apparaît particulièrement sensible tant il touche au respect des principes fondamentaux choisis par chaque État. Si le choix de la responsabilité pénale des personnes morales semble se diffuser au sein des États parties pour répondre à l'objectif de lutte contre la corruption, il peut exister des divergences entre, d'une part, les partisans de la responsabilité de la personne morale « *reflet* » ou « *par ricochet* » de celle de la personne physique qui la représente<sup>27</sup> et, d'autre part, les partisans d'une responsabilité autonome de la personne morale mise en cause sur le fondement d'un défaut d'organisation ou de surveillance<sup>28</sup>. Peut-on

16. Commentaires sous l'art. 4§1 de la Convention OCDE.

17. Art. 113-2, al. 2 du Code pénal : « L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ».

18. A. Mignon Colombet, "Transnational Negotiated Justice : the Cornerstone of an Organized Extraterritoriality ?", *Revue européenne du droit*, sept. 2020 ; DOJ, SEC, FCPA, A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, 2012, p. 12.

19. Art. 435-6-2 et 435-11-2 du Code pénal.

20. OCDE, Rapport, Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions, 2019, p. 119 : le tableau « Ten largest Foreign Bribery Enforcement Actions among the Parties of the Convention » mentionne Société Générale avec la France et les États-Unis comme autorités de poursuite ; et le dossier *Airbus SE* le 31 janvier 2020.

21. OCDE, « Réexamen de la Recommandation anticorruption de 2009 : Consultation écrite avec les parties prenantes », 2019.

22. V. A. R. Jevtic, "Corporate criminal liability in Germany: an overdue reform?", *Contributions en ligne de la Revue des Juristes de Sciences Po*, 1<sup>er</sup> nov. 2020.

23. V. le commentaire n°20 lié à l'art. 2 de la Convention « Responsabilité des personnes morales ».

24. OCDE, Rapport d'examen de l'application de la Convention et de la Recommandation de 1997 : <<http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/conventioncontrelacorrupcion/2390476.pdf>>.

25. Voir à ce propos le Rapport de Phase 4 sur la mise en œuvre de la Convention OCDE par les États-Unis : <<https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/United-States-Phase-4-Report-ENG.pdf>>.

26. Sur la portée très large de cette disposition de la loi Sapin II voir la Circulaire de politique pénale en matière de lutte contre la corruption internationale du 2 juin 2020.

27. Art. 121-2 du Code pénal ; par ex. Cass. crim., 2 déc. 1997 : *JCP G* 1998, II, 10023, rapp. F. Desportes.

28. pour une illustration v. M. Galli, « Une justice pénale propre aux personnes morales », *Revue de sciences criminelles*, 2018, p. 359.

aller plus loin dans l'objectif d'équivalence fonctionnelle en ce domaine ?

**Nicola Bonucci** : Nous touchons là peut-être à l'une des limites de la notion d'équivalence fonctionnelle et qui touche au degré de granularité de l'équivalence. Imaginons que nous ayons deux pays qui connaissent le principe de la responsabilité pénale des personnes morales mais qui pour l'un exige qu'une telle responsabilité ne puisse être mise en œuvre que si l'organe dirigeant de l'entreprise a validé l'acte de corruption alors que l'autre postule une faute de l'entreprise pour toute infraction commise par un de ses employés.

Nous voyons bien dans ce cas de figure que l'équivalence au simple niveau du principe n'est pas suffisante. C'est pour cela qu'au-delà du mécanisme d'évaluation et de suivi, le Groupe de Travail a développé un « *Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre de certains articles de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* » qui se trouve en Annexe I à la Recommandation adoptée en 2009<sup>29</sup>. Ce « Guide des bonnes pratiques » constitue un « *accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions* » au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités ce qui permet au Groupe de travail de s'y référer dans son travail de suivi. On peut dire qu'ainsi la boucle est bouclée : i) l'article 2 de la Convention pose le principe de la responsabilité des personnes morales, ii) le mécanisme de suivi constate une mise en œuvre différenciée, iii) le guide des bonnes pratiques définit de manière plus granulaire le principe posé à l'article 2, iv) le mécanisme de suivi peut vérifier la mise en œuvre sur la base du guide des bonnes pratiques et non seulement du texte de la convention.

#### 4. Dans les « eaux inexplorées » de l'équivalence fonctionnelle : les accords « hors procès »

**Astrid Mignon Colombet** : Nous quittons les rives de la Convention pour rejoindre d'autres travaux de l'OCDE portant sur les accords de justice pénale négociée. Un récent rapport de l'OCDE (2019) indique que depuis 1999, sur 890 affaires de corruption transnationale, 695 (78%) ont pu être résolues sous la forme d'accords hors procès<sup>30</sup> définis comme regroupant des « *mécanismes très divers utilisés pour régler les affaires pénales sans procédure judiciaire complète, au moyen d'un accord entre une personne physique ou morale et une autorité de poursuite ou une autre autorité* »<sup>31</sup>. En France, la loi Sapin 2 s'est inscrite dans cette tendance en instaurant la convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP ») inspirée des accords de poursuites différées (DPAs) américain et britannique et qui ouvre aux personnes morales la possibilité de conclure une forme de

transaction pénale sans reconnaissance de culpabilité<sup>32</sup>. Ces accords hors procès ne sont pas prévus explicitement par la Convention. Peut-on néanmoins affirmer que l'objectif d'équivalence fonctionnelle a été atteint s'agissant de l'adoption des accords de justice négociée au sein des États parties à la Convention ?

**Nicola Bonucci** : Il me semble que sur le sujet des résolutions hors procès l'on se trouve dans des « eaux inexplorées » car la Convention est absolument muette sur le sujet et ceci, même si le Groupe de travail a effectivement examiné les différents mécanismes mis en place par tel ou tel pays. Certes le rapport de 2019 fait un certain nombre de constatations mais, à ce stade, il est difficile d'affirmer qu'il existe une équivalence fonctionnelle au regard des résolutions hors procès même si là aussi on voit pointer une certaine forme de convergence.

Les textes définitifs du règlement de l'affaire dite Airbus en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis donnent une illustration un peu simpliste mais révélatrice de la situation : la CJIP fait 22 pages, le DPA au Royaume-Uni en fait 32 et le DPA aux États-Unis est long de 104 pages ! Les discussions en cours concernant la révision de la Recommandation de 2009 et le langage qui pourra être agréé par les Parties sur ce sujet pourront constituer une base future pour le Groupe de travail.

Il est d'ailleurs intéressant de constater que, sur ce sujet comme sur tant d'autres, le droit international s'adapte à la pratique nationale plus qu'il ne l'inspire. Il convient de se rappeler, à ce titre, que la Convention OCDE s'est très largement inspirée du FCPA américain. Plus près de nous, les travaux en cours de l'UE sur le devoir de vigilance s'inspirent des termes de la norme introduite par la Loi sur le devoir de vigilance en France. Il conviendrait d'ailleurs de se pencher plus systématiquement sur la manière dont le droit national ou l'action unilatérale d'un ou plusieurs États peuvent façonner le droit international qui ensuite à son tour façonne le droit national dans une sorte de mouvement circulaire.

#### 5. L'équivalence fonctionnelle hors de la Convention : les dispositifs de conformité

**Astrid Mignon Colombet** : Les dispositifs de conformité (*compliance*) se sont largement élaborés hors du champ conventionnel. Cependant, si l'OCDE a publié dès 2009 un guide de bonnes pratiques en matière de conformité<sup>33</sup>, tous les États n'apprécient pas l'obligation de conformité mise à la charge de l'entreprise de la même manière. Alors que les États-Unis évaluent la conformité d'une entreprise dans le cadre d'une enquête pénale<sup>34</sup>, la France a retenu un système mixte reposant

32. Art. 41-1-2 du Code de procédure pénale.

33. Annexe 2 de la Recommandation OCDE de 2009 précitée.

34. T. Baudesson, C. Merveilleux du Vignaux, « Les conditions d'ouverture des accords de règlement », *RICEA*, février 2021, p. 15 ; DOJ, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, juin 2020 : « Because a corporate compliance program must be evaluated in the specific context of a criminal investigation, the Criminal Division does not use any rigid formula to assess the effectiveness of corporate compliance programs ».

29. Recommandation de l'OCDE visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

30. OCDE, *op.cit.*, page 14.

31. OCDE, « La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen des accords hors procès », 2019, p. 3.

sur une évaluation de la conformité par l'Agence française anticorruption (AFA)<sup>35</sup> et, le cas échéant, dans le cadre de la conclusion et de l'exécution des accords de CJIP<sup>36</sup>.

Il est vrai aussi que l'objectif grandissant de détection de la corruption pourrait conduire les dispositifs de conformité à se rapprocher à terme. À l'instar des lignes directrices du *Department of Justice* américain, les lignes directrices conjointes du Parquet National Financier (PNF) et de l'AFA du 26 juin 2019 incitent les entreprises à révéler spontanément (*self-disclosure*) les faits aux autorités et à coopérer à l'enquête judiciaire par l'apport des éléments de leur enquête interne<sup>37</sup>. Dans le sillage de la Circulaire de la Chancellerie du 2 juin 2020 incitant à la divulgation volontaire<sup>38</sup>, les dernières recommandations de l'AFA publiées le 12 janvier 2021 précisent même, en l'absence de toute obligation d'auto-dénonciation, que l'instance dirigeante est « libre » de porter à la connaissance de l'autorité de poursuite compétente les faits de nature à constituer une infraction pénale et qu'il est essentiel de formaliser une procédure d'enquête interne<sup>39</sup>.

Les suggestions du récent rapport du Club des Juristes « Pour un droit européen de la compliance » pourraient-elles être transposées à l'échelon de l'OCDE<sup>40</sup> ? Et l'équivalence fonctionnelle peut-elle aller jusqu'à inciter les États-parties à prévoir un dispositif de révélation volontaire et d'enquête interne ?

**Nicola Bonucci** : Dans ce récent rapport, le Club des Juristes plaide pour un droit européen de la compliance. Le rapport est très riche et contient de nombreuses propositions intéressantes mais on peut se demander si, dans un monde globalisé, l'échelon européen est le bon et s'il est opportun d'introduire un droit dur de la compliance. Sur ce point on peut estimer qu'une approche plus souple serait peut-être plus prometteuse. En même temps, il est vrai que le domaine de la compliance a largement évolué depuis 2009 et que le Guide des bonnes pratiques, s'il reste valable dans les grandes lignes, mériterait d'être revu et amplifié à l'occasion de la révision de la Recommandation.

Pour autant, je pense qu'il est difficile d'imaginer un cadre unique de la compliance et de son contrôle. Ainsi la France avec la création de l'AFA a semblé privilégier un contrôle de la conformité essentiellement *ex ante* alors que d'autres pays comme le Royaume-Uni ou les États-Unis privilégient un contrôle *ex post*. Est-ce à dire qu'un système est plus efficace qu'un autre ? De même sur le sujet crucial de ce qu'on appelle en français la révélation

volontaire (en anglais la « *self disclosure* ») il serait difficile aujourd'hui d'en poser même le principe pour tous les États-parties à la Convention. Les « deals de justice »<sup>41</sup> font partie intégrante du système américain - qui prévoit même un barème préétabli de « plus » et « moins » - mais n'entrent que peu à peu dans les systèmes des autres pays et font l'objet d'un certain nombre de préventions, parfois à tort mais parfois à raison aussi.

Quid d'une « révélation volontaire » effectuée dans un pays où l'état de droit est bancal ? Quant aux enquêtes internes la diversité des régimes et des approches est telle que toute équivalence fonctionnelle me semble prématurée. En effet, pour qu'il y ait équivalence fonctionnelle il faut qu'il y ait un accord préalable sur deux points : que le problème existe et qu'il doit être réglé. Nous n'en sommes pas encore là même si les praticiens du droit se heurtent à des exigences parfois contradictoires.

## 6. Les limites de l'équivalence fonctionnelle : la responsabilité pénale des personnes physiques

**Astrid Mignon Colombet** : Peut-être arrivons-nous là à la pierre d'achoppement de l'équivalence fonctionnelle ; il s'agit de la responsabilité des personnes physiques lorsque celle-ci est mise en jeu dans le cadre des poursuites exercées contre la personne morale. Qu'il s'agisse des dirigeants ou des salariés, les poursuites des personnes physiques, exercées simultanément ou à la suite de la signature d'accords hors procès avec les personnes morales, suscitent de nombreuses interrogations.

En France, la loi Sapin 2 et les circulaires d'application ont clairement indiqué que les représentants légaux des personnes morales ne devaient pas bénéficier d'une immunité de poursuite tout en rappelant que le principe de l'opportunité des poursuites doit s'appliquer au cas par cas. Il en résulte une incertitude et une différence quant au régime des poursuites applicables aux personnes morales et aux personnes physiques, seules les premières pouvant bénéficier d'un accord sans reconnaissance de culpabilité. L'aveu de culpabilité semble demeurer dans certains États-parties le socle de la justice négociée applicable aux personnes physiques à l'instar de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité en France. Toutefois, d'autres États ont adopté en la matière des procédures ne supposant pas une telle reconnaissance préalable de culpabilité, telles que le *patteggiamento* italien<sup>42</sup>.

Ce sort différencié réservé aux personnes physiques par rapport à celui des personnes morales poursuivies pour les mêmes faits peut-elle entrer dans le champ de l'équivalence fonctionnelle ? Plus généralement, les personnes physiques sont tout à la fois au cœur de l'entreprise mise en cause pour corruption lorsqu'elles sont identifiées comme auteur ou complice et au centre du

35. Art. 1<sup>er</sup> de la loi Sapin 2.

36. Art. 41-1-2 2° et R 15-33-60-7 du Code de procédure pénale ; Lignes directrices conjointes PRF-AFA sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public du 26 juin 2019.

37. Lignes directrices conjointes, *op. cit.*, p. 9.

38. Circulaire du ministère de la Justice du 2 juin 2020 en matière de lutte contre la corruption internationale.

39. Recommandations de l'AFA, 12 janvier 2021, points n°81, 270, 278.

40. Rapport du Club des juristes, Pour un droit européen de la compliance, novembre 2020 : <[https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2020/11/DP\\_rapport-compliance\\_FR\\_WEB.pdf](https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2020/11/DP_rapport-compliance_FR_WEB.pdf)>.

41. Pour reprendre le titre du livre dirigé par A. Garapon et P. Servan-Schreiber, *Deals de Justice : Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013, p. 208.

42. Rapport de l'OCDE, « La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen d'accords hors procès », 2020, p. 66.

dispositif anticorruption lorsqu'elles ont le rôle de lanceur d'alerte. La Convention peut-elle traiter le sort de la personne physique, sujet du droit pénal, selon le concept d'« équivalence fonctionnelle » ?

**Nicola Bonucci** : Selon moi ce point va au-delà de la question d'équivalence fonctionnelle. L'on touche ici la notion même de ce que l'on entend par le droit pénal des affaires et le fait que ce droit peut trouver à s'appliquer tant à des personnes physiques qu'à des personnes morales. Cette contraction entre deux droits aux origines fort différentes, le droit pénal et le droit des affaires, a deux limites structurelles. En premier lieu, le droit pénal tel qu'imaginé par Beccaria dans « *dei delitti e delle pene* » est basé sur l'individualisation de la responsabilité et de la peine, ce qui fonctionne parfaitement pour les personnes physiques mais bien plus difficilement pour les personnes morales. En deuxième lieu, les intérêts des uns peuvent objectivement se heurter aux intérêts des autres.

Nous le voyons avec le concept de révélation volontaire de la part des entreprises qui peuvent ainsi mettre en cause leurs propres dirigeants ou employés, mais nous l'observons également dans le cadre du lanceur d'alerte.

Les États-Unis ont mis en place un système de rétribution pour les lanceurs d'alerte et la *Securities and Exchange Commission* a annoncé une année 2020 record<sup>43</sup>.

Force est de constater que le système mis en place par les États-Unis a pour objectif de dissocier la situation de l'individu de celle de l'entreprise en jouant l'un contre l'autre. En Europe nous n'en sommes pas (encore) là !

Cette divergence de fond a été partiellement gommée par l'équivalence fonctionnelle qui a permis une mise en œuvre de ces dispositions de manière harmonisée mais sans heurter les principes et les cultures juridiques de chaque pays. Cette approche s'est révélée efficace et pourrait être utilisée dans d'autres domaines du droit international ; d'ailleurs l'OCDE s'en est quelque peu inspirée dans le domaine fiscal<sup>44</sup>. Il n'en reste pas moins que l'approche fonctionnelle, à elle seule, ne peut apporter toutes les réponses à un monde dans lequel l'économie est totalement globalisée et le droit reste essentiellement territorialisé.

43. Communiqué de presse, "SEC Whistleblower Program Ends Record-Setting Fiscal Year With Four Additional Awards", 30 sept. 2020 : <<https://www.sec.gov/news/press-release/2020-240>>.

44. V. à ce propos l'approche suivie dans la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices adoptée à Paris le 24 nov. 2016 : <<https://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/convention-multilaterale-pour-la-mise-en-oeuvre-des-mesures-relatives-aux-conventions-fiscales-pour-prevenir-le-BEPS.pdf>>.



**Dani Rodrik** • Professeur d'économie politique internationale, Harvard Kennedy School

## Le périmètre adéquat de la gouvernance mondiale et le renforcement de la démocratie

36

*On considère souvent qu'une plus grande interdépendance exige plus de gouvernance globale, mais cette affirmation exige un examen minutieux. Les effets transnationaux n'exigent pas toujours des règles internationales. Les arguments classiques en faveur de la gouvernance mondiale reposent sur deux éléments contradictoires : les biens communs mondiaux et les politiques protectionnistes ou « beggar-thy-neighbor » (BTN). L'économie mondiale n'est pas un bien commun mondial (en dehors du changement climatique), et la plupart de nos discussions actuelles portent sur des politiques qui ne sont pas de véritables BTN. Certaines de ces politiques sont des politiques d'appauvrissement, d'autres peuvent produire des bénéfices internes, en s'attaquant à de réelles distorsions du marché ou à des objectifs sociaux légitimes. Les arguments en faveur d'une gouvernance mondiale pour de telles politiques sont, selon moi, très friables, et peuvent être dépassés par le risque que la surveillance ou la réglementation mondiale se retourne contre elle. Si ces domaines politiques sont certainement truffés d'échecs, ces derniers ne sont pas dus à des faiblesses de la gouvernance mondiale, mais à des défaillances de la gouvernance nationale et ne peuvent être corrigés par des accords internationaux ou une coopération multilatérale. Je défends un mode de gouvernance mondiale que j'appelle « gouvernance mondiale favorisant la démocratie », à distinguer de la « gouvernance mondiale favorisant la mondialisation »<sup>12</sup>.*

### Introduction

Dans une économie mondiale devenue très intégrée, les problèmes semblent toujours nécessiter une plus grande coopération internationale et une meilleure gouvernance transnationale. La réaction populiste, ainsi que

1. L'auteur remercie Robert Cook, Robert Keohane, Robert Staiger, et tout particulièrement Harlan Grant Cohen pour leurs commentaires très utiles.
2. Note de l'éditeur : cet article est une version révisée d'un document préparé pour une conférence ABCDE de la Banque mondiale tenue les 17 et 18 juin 2019 à Washington, DC et publié par la suite sous le titre D. Rodrik, D. 2020. « Putting Global Governance in Its Place », *The World Bank Research Observer*, 2020, vol. 35, no. 1.

les politiques commerciales de l'ancien président américain Donald Trump, ont alimenté les appels lancés par les économistes, les technocrates et les commentateurs en faveur d'une plus grande internationalisation. « Tout problème qui déstabilise le monde est un problème global et ne peut être confronté qu'avec une coalition globale » a écrit récemment le chroniqueur du *New York Times*, Thomas Friedman<sup>3</sup>. Ou, comme l'a dit Nemat Shafik, alors directeur général adjoint du Fonds monétaire international, en 2013, « Ce qui se passe n'importe où affecte tout le monde, et ce de plus en plus ».

Il est donc assez clair que le monde doit amplifier la coordination et la coopération internationales<sup>4</sup>. Lorsque le réseau européen *VoxEU.org* a sollicité les conseils d'économistes de renom sur la manière de remédier aux faiblesses du système financier mondial au lendemain de la crise de 2008, les solutions proposées ont souvent pris la forme de règles internationales plus strictes administrées par une sorte de technocratie : un tribunal international des faillites, une organisation financière mondiale, une charte bancaire internationale ou un prêteur international de dernier recours<sup>5</sup>. Si le nationalisme semble s'imposer en politique, la gouvernance mondiale règne en économie.

Il est tentant de penser qu'une plus grande interdépendance nécessite une gouvernance mondiale accrue, mais cette affirmation exige un examen minutieux. D'une part, l'interdépendance brouille la distinction entre ce qui est national et international. D'autre part, il subsiste une diversité institutionnelle considérable entre les nations, enracinée dans des trajectoires historiques, culturelles ou de développement différentes. Cette diversité se reflète à la fois dans des préférences différentes (« fonctions objectives ») et dans des perceptions différentes du fonctionnement du monde. Il est donc difficile pour les pays de s'entendre sur des politiques ou des règles communes. Le conflit commercial qui oppose aujourd'hui les États-Unis et la Chine est l'exemple paroxystique des tensions qui surgissent en l'absence d'une solution satisfaisante à ce dilemme<sup>6</sup>. Dans quelles hypothèses les règles mondiales devraient-elles l'emporter sur les différences nationales et imposer des solutions communes ?

Pensez aux politiques suivantes : politiques éducatives, limitations de vitesse sur les autoroutes, taxes sur l'essence, subventions agricoles, droits d'importation sur les voitures et paradis fiscaux.

3. T. L. Friedman, « Has Our Luck Run Out? » *New York Times*, 30 avril 2019 : <<https://www.nytimes.com/2019/04/30/opinion/trump-climate-change.html>>.
4. N. Shafik, « Smart Governance: Solutions for Today's Global Economy », *Fonds monétaire international*, 5 décembre 2013 : <<https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/28/04/53/sp120513>>.
5. B. Eichengreen et R. Baldwin « What the G20 Should Do on November 15 to Fix the Financial System », *Vox*, 10 novembre 2008 : <<http://voxeu.org/index.php?q=node/2544>>.
6. Voir les travaux du groupe de travail États-Unis/Chine sur la politique commerciale (2019) pour une déclaration allant dans ce sens et une approche qui prolonge les idées de cet article : <<https://rodrik.typepad.com/US-China%20Trade%20Relations%20-%20A%20Way%20Forward%20Booklet%20%28for%20print%29.pdf>>.

Dans un monde économiquement interdépendant, chacune de ces politiques produit des externalités transfrontalières sur d'autres nations. Les trois dernières politiques citées sont généralement considérées comme internationales et soumises à la gouvernance mondiale. Les trois premières sont généralement considérées comme des politiques « intérieures », mais elles ont également des implications mondiales. Les politiques éducatives peuvent façonner l'avantage comparatif d'un pays et influencer ainsi ses termes de l'échange (et ceux d'autres pays). Les limitations de vitesse sur les autoroutes et les taxes sur l'essence affectent la demande intérieure de pétrole et donc le prix du pétrole sur les marchés mondiaux. La présence de retombées transfrontalières ne semble pas être une condition suffisante pour une gouvernance mondiale.

En fait, on ne sait pas du tout comment la ligne de démarcation qui est tracée de manière conventionnelle entre les deux ensembles de politiques se dessine vraiment. Devrions-nous nous concentrer sur l'ampleur des conséquences transfrontalières ? Il s'agit d'une question empirique qui nécessite une analyse au cas par cas. Par exemple, les taxes sur l'essence aux États-Unis et en Europe ont probablement un impact bien plus important sur les marchés mondiaux que les tarifs automobiles dans les pays de petite ou moyenne taille. Devrions-nous plutôt nous demander s'il y a un préjudice pour les autres nations ? Mais les subventions à l'exportation des produits agricoles sont bénéfiques en termes nets pour le reste du monde, car elles détériorent les termes de l'échange du pays qui les accorde et améliorent les termes de l'échange du reste du monde. Peut-être devrions-nous nous concentrer sur l'objectif déclaré de la politique : intérieure ou internationale ? Pourtant, les investissements dans l'éducation sont souvent justifiés par le souci d'accroître la compétitivité internationale d'un pays, ce qui les rend aussi internationaux, dans ce sens, que les politiques commerciales. Aucun de ces critères n'explique bien pourquoi la première série de politiques est « intérieure » et la seconde « internationale ». Le problème de la gouvernance mondiale est que de nombreuses politiques se sont « internationalisées » par hasard ou par l'action de lobbies politiques, plutôt qu'en raison de distinctions fondées sur des principes.

L'argument classique en faveur de la gouvernance mondiale repose sur deux séries de circonstances<sup>7</sup>. La pre-

7. Il existe une riche littérature analytique sur l'économie des accords commerciaux, qui complète ici mon propos : K. Bagwell et R. W. Staiger « Domestic Policies, National Sovereignty and International Economic Institutions ». *Quarterly Journal of Economics* 116 (2) : 519-62 ; K. Bagwell et R. W. Staiger, *The Economics of the World Trading System*, MIT Press, 2004 ; Frieden, J., M. Pettis, D. Rodrik, et E. Zedillo, *After the Fall: The Future of Global Cooperation*, Reports on the Global Economy International Center for Monetary and Banking Studies, 2012 : <<https://www.sss.ias.edu/files/pdfs/Rodrik/Research/After-the%20Fall-Future-Global-Cooperation.pdf>> ; G. Grossman, *The Purpose of Trade Agreements*, Princeton University, 2016 ; et les références qui y figurent. Voir également K.P. Gallagher et R. Kozul-Wright, *A New Multilateralism for Shared Prosperity: Geneva Principles for a Global Green New Deal*, Boston University Global Development Policy Center et CNUCED, 2019 pour une articulation d'un nouvel ensemble de principes pour l'avenir du multilatéralisme, et H. G. Cohen, "What is International Trade Law For?", *American Journal of International Law* 113 (2) : 326-46, pour un argument en faveur de la « réintégration » du droit du commerce international dans les priorités de la politique intérieure.

mière se produit lorsqu'il existe un bien public mondial (BPM). Le cas classique est celui des politiques de contrôle du carbone en présence d'un changement climatique. Le second est représenté par les politiques protectionnistes ou « *beggar-thy-neighbor* » (BTN). Une politique BTN est une politique qui produit un transfert de revenus du reste du monde vers l'économie domestique tout en produisant par ricochet une inefficience globale. L'exploitation d'un pouvoir monopolistique s'agissant d'un métal rare sur les marchés mondiaux en limitant les ventes à l'étranger en serait un exemple.

Ces deux types de circonstances fournissent des arguments irréfutables en faveur d'une gouvernance mondiale établissant et appliquant des lignes directrices sur ce que les pays peuvent faire par eux-mêmes. Toutefois, leur pertinence par rapport aux questions politiques contemporaines est beaucoup plus limitée qu'on ne le pense généralement. Comme je le montrerai ci-dessous, l'économie mondiale n'est pas un bien commun mondial, et pratiquement aucune politique économique n'a la nature d'un bien (ou d'un mal) public mondial. Et s'il existe quelques politiques importantes en matière de BTN, une grande partie de nos discussions actuelles portent sur des politiques qui ne sont pas de véritables BTN. Les subventions, les politiques industrielles, les tarifs douaniers qui protègent l'emploi, les mesures non tarifaires qui ciblent la santé ou les préoccupations sociales, les mauvaises réglementations financières, les politiques fiscales inappropriées (excessivement austères) ou le cloisonnement d'Internet ne sont ni des BPM ni des BTN. Certaines de ces politiques sont des politiques d'appauvrissement (ou de type « *beggar-thyself* ») ; d'autres peuvent produire des avantages nationaux, en s'attaquant aux distorsions réelles du marché ou poursuivant des objectifs sociaux légitimes. Les arguments en faveur d'une gouvernance mondiale dans le cadre de ces politiques sont, selon moi, très faibles, et peut-être plus que contrebalancés par le risque que la surveillance ou la réglementation mondiale pourrait empirer la situation.

Tout cela ne veut pas dire que nous vivons dans un monde panglossien où toute politique est pour le mieux non efficiente et inefficace. Les domaines politiques que je viens de soulever sont certainement pleins d'échecs. Lorsque de grands pays commettent de graves erreurs politiques, comme c'est le cas des États-Unis avec leur réglementation financière laxiste à l'approche de la crise financière mondiale de 2007-2008, d'autres pays en paient également le prix. Mon argument est que ces échecs ne sont pas dus à des faiblesses de la gouvernance mondiale, mais à des défaillances de la gouvernance nationale. Ces défaillances ne peuvent pas être corrigées par des accords internationaux ou une coopération multilatérale. Les contraintes extérieures peuvent en fait aggraver les échecs de la gouvernance nationale, dans la mesure où elles renforcent des groupes exigeant des distributions de ressources préférentielles au détriment du grand public.

À la fin de cet article, je propose un mode de gouvernance mondiale que j'appelle «gouvernance mondiale favorisant la démocratie ». Contrairement à la « gouvernance mondiale favorisant la mondialisation », la gouvernance mondiale favorisant la démocratie laisserait la plupart des domaines politiques à la réglementation nationale, la surveillance mondiale se limitant à des garanties procédurales - telles que la transparence, la responsabilité, l'utilisation de preuves scientifiques/économiques - destinées à renforcer la délibération démocratique.

### 1. L'analyse de l'interdépendance économique : les arguments en faveur de la gouvernance mondiale

Il est utile de disposer d'un cadre explicite pour analyser les questions qui se posent en présence d'externalités transfrontalières et pour distinguer les différents types de problématiques<sup>8</sup>. En envisageant ces problématiques en termes de fonctions d'utilité des pays concernés, on ne peut pas négliger le fait que le bien-être intérieur et extérieur est affecté non seulement par les politiques propres d'un pays, mais aussi par les politiques BTN des pays étrangers. Les externalités peuvent être négatives ou positives, selon la politique en question. Lorsque les pays agissent de manière indépendante, en maximisant leur propre utilité et en ignorant les effets de leurs choix sur les autres pays, un résultat standard montre que l'équilibre (de Nash) qui en résulte sera inefficent. Les politiques ayant des externalités négatives seront surabondantes, et les politiques ayant des retombées positives seront sous-abondantes. Les taxes et subventions pigouviennes qui permettent l'internalisation de ces externalités transfrontalières sont évidemment peu envisageables dans ce contexte.

En général, l'on soutient qu'il existe deux types de situations dans lesquelles tous les pays pourraient être mieux lotis grâce à des règles mondiales qui disciplinent les politiques intérieures et étrangères. Je les analyse les unes après les autres.

#### 1.A. Biens publics mondiaux (BPM)

Supposons qu'en plus de leurs effets directs, les politiques intérieure et extérieure contribuent conjointement à créer un bénéfice (ou un préjudice) global, qui est non-rival et dont les pays individuels ne peuvent être exclus. Supposons également que, pour un ensemble identique de politiques, la contribution de chaque pays au bénéfice (ou au préjudice) global soit proportionnelle à sa taille.

Dans ce cas, on peut montrer que lorsque les pays sont petits, ils négligent l'effet de leurs politiques sur le bénéfice (ou le préjudice) global. Étant donné que ces effets sont systématiquement négligés, les biens publics mondiaux seront sous-produit et les maux publics mondiaux seront surproduits. L'exemple le plus connu est celui des émissions de gaz à effet de serre (GES), un mal

8. Pour une version formalisée des arguments développés dans cet article, voir D. Rodrik, « Putting Global Governance in Its Place », *The World Bank Research Observer*, 2020, vol. 35, no. 1.

public mondial au regard du changement climatique. La politique consiste ici à contrôler les GES. Comme ces contrôles sont coûteux au niveau national tout en n'apportant que des avantages mondiaux, les pays seront incités à les réduire au minimum. Un accord mondial plafonnant les niveaux d'émission de GES au niveau national permettrait à tous les pays d'avoir une porte de sortie à condition qu'ils soient suffisamment similaires ou que les plafonds soient adaptés à la situation de chaque pays.

Lorsque les commentateurs décrivent l'économie mondiale comme un « bien commun mondial » ou le libre-échange comme un bien public mondial, ils ont un argument similaire à l'esprit. Mais cette analogie est trompeuse. Les politiques économiques qui sont bénéfiques pour l'économie mondiale ont également tendance à être bénéfiques pour l'économie nationale ; il s'agit principalement de biens privés, plutôt que de biens publics.

Tout d'abord, examinons la politique commerciale. Il se pourrait bien que des politiques commerciales ouvertes contribuent à un bien public mondial : les avantages du commerce peuvent augmenter avec le nombre de pays qui pratiquent le libre-échange. Mais la question pertinente est de savoir si un pays qui ne tient pas compte de cet avantage extérieur serait incité à poursuivre des politiques commerciales globalement sous-optimales. Pour un petit pays, la réponse est non. Le libre-échange est la politique optimale pour des raisons intérieures, indépendamment des politiques des autres pays. En d'autres termes, l'utilité intérieure est maximisée lorsque les barrières tarifaires et non tarifaires sont fixées à zéro (je reviendrai plus tard sur le cas du tarif optimal pour un grand pays). Ce cas est très différent de celui des GES, où les politiques sont coûteuses au niveau national et où le pays d'origine souhaite fixer les contrôles des GES à leur limite inférieure. Les pays font des échanges commerciaux non pas pour conférer des avantages à leurs partenaires, mais pour récolter les gains nationaux résultant de ces échanges. Et lorsqu'ils renoncent à ces bénéfices, le problème n'est pas lié à l'absence de gouvernance mondiale ; l'échec le plus important se situe au niveau national, celui de la gouvernance intérieure.

La même logique s'applique dans de nombreux autres domaines politiques où une politique économique efficace apporte des bénéfices à elle seule. Prenons l'exemple des marchés financiers. Une réglementation prudentielle garantit que les intermédiaires financiers ne prennent pas trop de risques et que la stabilité financière est maintenue. Lorsque les centres financiers mènent des politiques appropriées, ils renforcent la stabilité et la solidité financières de l'économie mondiale dans son ensemble. Mais ces centres ont toutes les raisons du monde d'adopter de telles politiques puisqu'ils seront les premiers à supporter les coûts des crises financières. La crise financière mondiale de 2008 est peut-être due au laxisme de la réglementation financière aux États-Unis. Mais ces erreurs politiques ne sont pas dues au manque d'intérêt

du gouvernement américain pour l'économie mondiale. Elles étaient plutôt le résultat d'une série de mauvais jugements concernant les conséquences intérieures de la libéralisation financière. Les régulateurs américains n'avaient pas besoin d'un plus grand cosmopolitisme ; ils avaient besoin d'un meilleur sens de l'intérêt national.

Des arguments similaires peuvent être avancés en ce qui concerne la politique fiscale, la politique de l'impôt et la réglementation en général. Une austérité excessive peut être préjudiciable à l'économie mondiale, mais les coûts sont avant tout supportés au niveau national. Des politiques fiscales inappropriées ou des réglementations mal conçues nuisent beaucoup plus à l'économie nationale qu'elles ne nuisent aux autres nations. Dans tous ces domaines, les politiques qui soutiennent une économie mondiale saine sont - ou devraient être, avec une gouvernance nationale appropriée - dans l'intérêt de chaque pays. La mesure dans laquelle la gouvernance mondiale peut aider à résoudre les problèmes de gouvernance nationale est une question différente, sur laquelle je reviendrai plus tard. Pour l'instant, le fait est que la plupart des politiques économiques standardisées ne peuvent pas être considérées comme des BPM.

#### 1.B. Politiques protectionnistes ou « *beggar-thy-neighbor* » (BTN)

Les politiques protectionnistes ou BTN n'apportent des avantages au pays qui les prend que dans la mesure où elles nuisent à d'autres pays. En outre, elles génèrent une inefficience globale, une pure perte. Un exemple bien connu de telle politique commerciale est le tarif dit optimal, par lequel un grand pays peut manipuler ses termes de l'échange en limitant ses importations (ou exportations). Étant donné que d'autres nations sont confrontées à des incitations similaires, tous les pays (ou la plupart d'entre eux) finissent par se retrouver dans une situation dégradée en s'engageant dans des pratiques commerciales destructrices de valeur<sup>9</sup>. Ce type de problème fournit le deuxième argument typique en faveur de la gouvernance mondiale. Il peut être utile, dans la pratique, de faire la distinction entre les politiques BTN et celles qui ne le sont pas, afin de déterminer les limites des règles internationales souhaitables. Par exemple, mes collègues et moi-même avons proposé une approche des relations économiques entre les États-Unis et la Chine qui consiste à isoler clairement les politiques BTN<sup>10</sup>.

Prenons l'exemple de deux pays. Les fonctions d'utilité des deux pays peuvent être représentées comme la somme de deux composantes, une partie régulière, qui ne dépend que des politiques propres à chaque pays, et une seconde partie qui reflète seulement les transferts de valeur entre les deux pays. Notez que dans ce cas, le

transfert de valeur est un jeu à somme nulle : tout gain de l'État d'origine au titre de sa politique se fait au détriment de l'État étranger, et *vice versa*. Pour simplifier, supposons que les deux pays sont identiques. En équilibre, aucun des deux pays n'est en mesure d'extraire des transferts de valeur de l'autre. Mais en essayant de se mettre réciproquement en difficulté, ils sont tous les deux poussés à prendre des mesures inefficaces. C'est exactement ce qui se produit dans le cas du tarif optimal.

Un autre exemple serait l'utilisation de politiques monétaires mercantiles. Supposons que le chômage est élevé dans les deux pays, et que chacun profiterait s'il pouvait enregistrer un excédent commercial. Chaque pays tente de sous-évaluer sa monnaie ou de suivre d'autres politiques pour améliorer sa balance commerciale. Mais l'excédent commercial d'un pays est le déficit commercial de l'autre. En fin de compte, ces efforts se compensent mutuellement. Aucun des deux pays ne se retrouve avec un taux d'emploi plus élevé, mais tous deux subissent les coûts accessoires des politiques mercantiles.

Comme les BTN sont des politiques à somme négative, il y a une forte présomption qu'elles devraient être restreintes en utilisant des règles mondiales. Notez que dans les deux exemples que j'ai utilisés ci-dessus, il est également vrai que les deux pays sont mieux lotis lorsque leur autonomie politique est limitée (en plafonnant les actions unilatérales possibles) que lorsqu'ils disposent d'une autonomie complète. Sous réserve des commentaires habituels concernant les problèmes d'engagements, ce sont des arguments relativement faciles en faveur de la gouvernance mondiale<sup>11</sup>.

Mais il y a d'autres cas de politiques BTN où un ou plusieurs pays seraient moins bien lotis dans l'équilibre coopératif (les paiements subséquents par les pays bénéficiaires aux pays perdants excluraient une telle possibilité, mais ils sont difficiles à mettre en œuvre dans un contexte mondial). Dans le jeu de tarif optimal dont j'ai parlé, en présence d'une asymétrie, il est possible que l'un des pays préfère l'équilibre de Nash à l'équilibre coopératif : un grand pays gagne plus à manipuler ses termes de l'échange qu'un petit et a plus à perdre des disciplines internationales. La possibilité d'un cartel mondial, mentionné dans l'introduction, est un autre exemple.

Supposons qu'un certain nombre d'exportateurs d'un produit de base essentiel se soient organisés en cartel et qu'ils soient confrontés à un grand nombre de petits importateurs. Un équilibre coopératif qui les empêcherait

9. H. G. Johnson, « Optimum Tariffs and Retaliation », *Review of Economic Studies* 21 (2), 1953, 142-53.

10. Voir, Groupe de travail États-Unis-Chine sur la politique commerciale. 2019. U.S.-China Trade Relations: The Way Forward. 27 octobre 2019 : <[https://cdn.shanghai.nyu.edu/sites/default/files/\\_us-china\\_trade\\_joint\\_statement\\_2019\\_o.pdf](https://cdn.shanghai.nyu.edu/sites/default/files/_us-china_trade_joint_statement_2019_o.pdf)>.

11. Un problème d'engagement se pose car chaque pays souhaite encore s'écartier de l'équilibre coopératif et recourir à des politiques BTN. Le problème de l'engagement soulève également la question de savoir pourquoi la coopération ne pourrait pas être assurée par des incitations découlant des interactions répétées dans des jeux dynamiques, au lieu de s'appuyer sur un accord ou une organisation internationale telle que l'OMC. Les structures de gouvernance formelles peuvent avoir l'avantage de permettre une coordination lorsqu'il existe de multiples équilibres parmi lesquels il est possible de choisir et de fournir des informations sur le comportement de chaque acteur dans des contextes où les acteurs sont nombreux (voir la discussion dans G. Grossman, *The Purpose of Trade Agreements*, Princeton University, 2016).

d'exercer un pouvoir monopolistique laisserait certainement les membres du cartel plus pauvres. Dans ce cas, il n'y a aucune raison pour ces pays d'adhérer à un quelconque système de gouvernance mondiale.

Un deuxième exemple, similaire, est celui des paradis fiscaux. Un paradis fiscal est une juridiction qui applique un taux d'imposition des sociétés très bas dans le seul but de permettre aux sociétés internationales de se livrer à l'évasion fiscale. Il s'agit d'une politique BTN car elle sape l'assiette fiscale des pays et déplace la charge fiscale mondiale vers les employés, un groupe plus pauvre, sans stimuler l'investissement dans l'économie réelle. Les paradis fiscaux déplacent les bénéfices sur papier vers des juridictions à faible imposition et non vers le capital physique<sup>12</sup>. Dans ce cas également, une gouvernance mondiale qui empêcherait la concurrence fiscale laisserait certains pays, à savoir les paradis fiscaux, dans une situation plus difficile. Ils seraient privés des revenus qu'ils génèrent en attirant une très large base de profits sur papier à des taux d'imposition très bas. Un argument analogue peut être formulé s'agissant des paradis fiscaux pour l'imposition des revenus des personnes physiques ou des fortunes. Un registre mondial qui identifierait les propriétaires ultimes des comptes bancaires dans toutes les juridictions financières aiderait l'administration et le recouvrement des impôts et profiterait à la plupart des pays du monde, mais les paradis fiscaux y perdraient.

Qu'elles améliorent ou non la situation de tous les pays, les exigences qui découlent de l'existence des politiques BTN pour la gouvernance mondiale sont plutôt limitées. Cela s'explique par le fait que relativement peu de politiques relèvent de cette rubrique. En fait, j'ai mentionné ici tous les exemples simples de politiques économiques BTN auxquels je peux penser : tarifs douaniers optimaux, monopoles ou cartels internationaux, politiques de commerce international mercantilistes et paradis fiscaux purs (pour les entreprises et les personnes physiques)<sup>13</sup>. La concurrence entre les États-Unis et la Chine dans le domaine des technologies numériques ouvre peut-être de nouveaux domaines de BTN, mais la grande majorité des politiques économiques qui sont controversées et font l'objet d'un examen international ne sont pas des BTN, même si elles sont fréquemment présentées comme telles – tout comme l'économie mondiale est souvent considérée à tort comme un bien commun mondial.

12. Voir, T. Tørsløv, L. Wier, et G. Zucman. 2018. « The Missing Profits of Nations », Document de travail du NBER n° 24701, août 2018.

13. Il existe également un large éventail de circonstances où la concurrence est imparfaite et où les gouvernements peuvent vouloir transférer les rentes des entreprises étrangères vers les entreprises nationales. Les politiques utilisées dans de tels cas ressemblent parfois à des politiques BTN, mais la présence d'une concurrence imparfaite signifie que leurs conséquences sur l'efficacité globale peuvent être très différentes des politiques BTN typiques. Par exemple, lorsqu'un pays subventionne son oligopole national (par exemple Airbus) pour transférer les rentes d'un oligopole étranger (Boeing), le reste du monde en profite grâce à la baisse des prix.

## 2. L'argument faible en faveur de la gouvernance mondiale : des politiques qui ne sont ni des BPM ni des BTN

Prenons les deux politiques suivantes : les subventions à la R&D dans un pays qui importe des biens à forte intensité technologique ; et l'interdiction d'importer des biens produits par une main-d'œuvre réduite à l'esclavage. Ces deux politiques créent des externalités transfrontalières négatives. La première améliore les capacités technologiques de l'économie nationale et devrait avoir un impact négatif sur les termes de l'échange dans le reste du monde. En effet, à mesure que le pays s'améliore dans la production de biens technologiquement avancés, sa demande d'importation de ces biens diminue. La seconde politique a un impact économique négatif direct sur les exportateurs de biens produits par une main-d'œuvre réduite à l'esclavage. Dans les deux cas, la pratique actuelle est que ces politiques ne sont pas réglementées au niveau international. Les pays sont libres de faire ce qu'ils veulent dans les deux domaines.

Je pense que cela est conforme à l'intuition de la plupart des analystes en ce qui concerne la ligne de démarcation appropriée entre les sphères de réglementation nationales et internationales. Je ferai valoir dans cette section qu'un grand nombre de politiques que les décideurs politiques mondiaux tentent de faire relever de la gouvernance mondiale sont précisément de la même nature que l'un ou l'autre des deux exemples que je viens de mentionner. Elles présentent notamment les caractéristiques suivantes : (a) soit elles ne créent pas d'inefficacité mondiale ; (b) soit, lorsqu'elles le font, c'est l'économie nationale qui en supporte les coûts économiques directs.

Les subventions en faveur de la technologie font partie de la catégorie (a), en supposant qu'il y ait des retombées en matière de connaissances (même si ces retombées sont purement nationales). La raison pour laquelle la gouvernance mondiale n'est pas jugée appropriée dans ce cas est probablement qu'il y a une justification économique à la politique en question, et la présence d'externalités transfrontalières n'est pas en soi une raison pour limiter ce que chaque nation peut faire indépendamment. L'interdiction d'importation relève de la catégorie (b). La raison pour laquelle une grande latitude est accordée à un pays dans ce cas est différente : une interdiction d'importation peut être économiquement inefficace, mais c'est le pays d'origine qui en paie le prix économique en premier lieu. En effet, le pays d'origine échange le coût économique contre la valeur du maintien d'une norme morale contre l'esclavage. Il ne semble pas approprié pour une organisation internationale ou un régime de gouvernance mondiale de remettre en question la pertinence de ce choix.

Pourtant, beaucoup d'autres politiques qui sont couramment internationalisées ne sont pas différentes. Je vais les examiner ci-dessous.

## 2.A. Politiques non-BTN : les politiques d'enrichissement mutuel (« *enrich-thy-neighbor* »)

Les politiques d'enrichissement mutuel (« *enrich-thy-neighbor* ») produisent des effets globaux positifs sur le reste du monde et sont pourtant controversées à l'échelle mondiale. Cela semble paradoxal, et c'est le cas. Il existe une catégorie importante de politiques qui correspondent à cette description : les subventions sur les produits exportables. Qu'il s'agisse de produits agricoles ou de produits manufacturés, les subventions à l'exportation sont rejetées au niveau international. Cela est déroutant car les subventions à l'exportation sont un « cadeau » économique au reste du monde. Il est vrai que certains pays étrangers peuvent perdre, mais cela ne change rien au fait que l'effet global sur le reste du monde est positif<sup>14</sup>.

Imaginez un monde avec deux pays étrangers. Supposons qu'une augmentation de certaines politiques du pays d'origine ait des effets asymétriques à l'étranger. Un pays étranger en profite, tandis que l'autre y perd. Lorsque la politique en question est une subvention à l'exportation, nous savons que la somme de ces deux effets de signe opposé doit être positive. En effet, la subvention à l'exportation détériore les termes de l'échange du pays d'origine et améliore donc les termes de l'échange du reste du monde dans son ensemble (les deux pays étrangers pris ensemble). Les effets asymétriques seraient à leur tour dus aux avantages comparatifs de chacun des deux pays. Un pays étranger peut avoir des avantages comparatifs similaires à ceux du pays d'origine, de sorte que ses termes de l'échange et ceux du pays d'origine évoluent ensemble. Ainsi, les subventions aux exportations agricoles, par exemple, aggraveront la situation des exportateurs nets de produits agricoles dans le reste du monde, tout en améliorant celle des importateurs nets.

Trois arguments plaident en faveur d'une discipline globale en matière de subventions à l'exportation, mais aucun d'entre eux n'est très convaincant. Premièrement, il est vrai que certains pays étrangers sont perdants. Les membres du groupe de Cairns des grands exportateurs agricoles ont fait valoir leur point de vue haut et fort au sein du régime GATT/OMC dans le cas des subventions agricoles. Mais c'est un argument curieux dans la mesure où il existe une multitude de politiques qui sont traitées comme relevant de la prérogative nationale, mais qui produisent également des effets asymétriques à l'étranger. Il s'agit notamment de politiques que les économistes et les technocrates applaudissent sans réserve comme étant des politiques appropriées. Considérons la libéralisation unilatérale des importations comme un exemple topique. Lorsqu'un grand pays réduit unilatéralement ses barrières à l'importation, il subit normalement une dégradation du

point de vue des termes de l'échange. Plus précisément, les pays étrangers qui partagent les avantages comparatifs de ce pays subissent également une dégradation des termes de l'échange (lorsque j'augmente mes importations de textiles et d'automobiles, ce qui fait monter leurs prix relatifs sur les marchés mondiaux, tous les autres importateurs nets de textiles et d'automobiles en souffrent également). Et dans leur cas, il n'y a pas d'augmentation compensatoire des gains commerciaux. Ainsi, certains pays étrangers se trouvent définitivement dans une situation plus défavorable. À ma connaissance, cela n'a jamais été utilisé comme argument pour imposer des limites globales à la capacité des pays à libéraliser unilatéralement leurs régimes commerciaux.

Le deuxième argument est que les subventions, contrairement à la libéralisation unilatérale des importations, sont globalement inefficaces. Cette justification de la gouvernance mondiale est liée à la désirabilité économique des subventions en général, et non à l'incidence de leurs effets externes. Le problème ici est qu'il est difficile d'adopter une position aussi catégorique contre l'utilisation des subventions. Il peut y avoir de véritables externalités d'apprentissage associées à l'exportation, que le pays subventionnaire vise à récolter. Il peut aussi y avoir des objectifs sociaux ou politiques qui sont tout aussi justifiables sur des bases plus larges, même si ce n'est pas strictement économique. Tout comme la position morale reflétée dans l'interdiction d'importation de marchandises produites par des esclaves ne peut être remise en cause par d'autres pays, il peut ne pas être approprié pour les pays étrangers de se demander si un objectif social particulier est valable ou si la meilleure manière de l'atteindre sont les subventions. J'examinerai ces questions plus en détail dans la prochaine sous-section. Ce qui peut être dit sans ambiguïté, c'est que lorsque les subventions ne servent pas un véritable objectif économique, contrairement aux BTN, leurs coûts les plus immédiats sont supportés par les contribuables et les consommateurs nationaux.

Le troisième argument est que les subventions (et les politiques similaires) sont « inéquitables » parce qu'elles sapent l'égalité des conditions de concurrence dans le commerce mondial. Cet argument repose sur l'idée que toutes les nations devraient se faire concurrence sur une base égale<sup>15</sup>. Mais ce qui constitue des conditions de concurrence égale, ou ce qui est équitable, ne l'est qu'aux yeux de celui qui regarde. Par exemple, les pays en développement font valoir depuis longtemps, et non sans raison, que les subventions (comme les règles laxistes en matière de brevets) servent à compenser les inconvénients de leur retard économique, et qu'il s'agit en tout cas de pratiques que les pays avancés ont eux-mêmes suivies lorsqu'ils étaient plus pauvres. En d'autres termes, elles rendent le commerce plus équitable plutôt que moins équitable. Bien entendu, si un accord mondial peut être conclu sur ce qui est « équitable », il est logique de re-

14. Une exception possible se présente dans le cas de prix véritablement prédateurs : les subventions peuvent permettre à l'entreprise d'origine de chasser les concurrents étrangers et d'exercer par la suite un pouvoir monopolistique sur les marchés mondiaux. Mais de tels cas sont rares (et relèveraient des politiques BTN évoquées précédemment). Les règles commerciales actuelles n'isolent pas la prédation (comme elles devraient le faire).

15. Je suis reconnaissant à Robert Cook de m'avoir rappelé cet argument.

chercher des normes communes. Mais souvent, ce terrain d'entente fera défaut. Dans ces cas-là, il serait inapproprié de chercher à créer une discipline mondiale.

Cela ne veut pas dire que le « commerce déloyal » est un concept vide et inutile. Lorsque les nations sont confrontées à des transactions commerciales dont elles pensent qu'elles portent atteinte aux codes moraux ou aux normes d'équité nationaux, elles devraient être libres de les réglementer en conséquence<sup>16</sup>. La différence est entre vivre selon ses propres normes morales et les imposer aux autres<sup>17</sup>.

## 2.B. Les retombées non-BTN : les politiques ayant des répercussions ambiguës sur l'efficacité intérieure

Enfin, nous considérons les politiques qui produisent des retombées négatives sur d'autres pays mais qui sont utilisées pour des raisons intérieures plutôt qu'en tant que BTN. Ces raisons nationales peuvent être économiques ou non économiques, bien fondées ou non. Il existe une très grande variété de ces politiques qui sont soit déjà réglementées au niveau international, soit font fréquemment l'objet d'un examen international. En voici une liste partielle :

- la protection « faible » des droits de propriété intellectuelle ;
- les politiques industrielles qui n'impliquent pas de subventions à l'exportation, telles que les subventions intérieures, les exigences de contenu local, les « mesures d'investissement liées au commerce », etc. ;
- l'interdiction des OGM, du bœuf aux hormones et d'autres mesures « sanitaires » similaires ;
- une austérité fiscale « excessive » ;
- une réglementation financière « laxiste » ;
- les limitations d'importations pour soutenir l'emploi dans certaines industries ou régions ;
- des niveaux « très faibles » d'imposition des sociétés (c'est-à-dire, comme en Irlande, où il peut y avoir des effets sur la formation intérieure de capital, et non des paradis fiscaux comme les îles Caïmans) ;
- la localisation des données, les politiques relatives au stockage des données et d'autres politiques de nationalisation de l'Internet.

Les effets économiques intérieurs de toutes ces politiques *ex ante* sont soit négatifs, soit ambigus. Et ils génèrent généralement des externalités négatives pour les autres pays. Tout cela pourrait suggérer une justification

16. Je donne un exemple concret dans ma proposition de clause de dumping antisocial dans D. Rodrik, « Policy Brief No. 9: Towards A More Inclusive Globalization: An Anti-Social Dumping Scheme », *Economics for Inclusive Prosperity*, 2019 : <<https://econfp.org/policy-brief/towards-a-more-inclusive-globalization-an-anti-social-dumping-scheme/#>>. Cette proposition cherche à marier l'autonomie nationale en matière de respect des accords sociaux nationaux avec les contraintes procédurales globales discutées ci-dessous.

17. Dans certains domaines, il pourrait bien y avoir des normes mondiales bien établies (je traiterai de la démocratie comme l'une de ces normes mondiales plus loin dans l'article, lorsque je parlerai de la mondialisation favorisant la démocratie). Mais dans d'autres domaines, notamment le traitement des marchés du travail, les pratiques diffèrent évidemment.

de la gouvernance mondiale dans ces domaines. La difficulté est que, comme dans le cas des subventions à l'exportation, il existe de solides arguments compensatoires qui ne peuvent être rejetés.

Premièrement, si les échecs des politiques sont évidents *ex post*, ils peuvent ne pas être aussi clairs *ex ante*. Pour prendre un exemple éloquent, il est maintenant largement admis que les régulateurs financiers aux États-Unis ont mal réussi à limiter la prise de risques dans le domaine du crédit hypothécaire et dans le *shadow banking* avant 2007. Mais les avis sur la pertinence des pratiques réglementaires en vigueur divergeaient considérablement à l'époque. Il n'est pas du tout évident qu'une plus grande coordination internationale en matière de réglementation financière aurait produit de meilleurs résultats. En fait, étant donné l'influence que le secteur financier américain a exercée sur la détermination des règles de Bâle, le contraire était tout aussi probable.

Deuxièmement, il peut effectivement y avoir des défaillances du marché ou des distorsions au niveau national qui justifient l'utilisation de telles politiques, comme remèdes subsidiaires même si ce n'est pas le premier choix. Il n'est pas évident que les négociateurs commerciaux ou les bureaucrates internationaux soient mieux placés que les législateurs et les décideurs politiques nationaux pour prendre la bonne décision dans les cas complexes.

Troisièmement, il peut y avoir des considérations non économiques écrasantes - sociales, environnementales, sanitaires, de sécurité nationale ou morales - qui l'emportent sur les coûts et les avantages économiques. Une fois encore, les pondérations pertinentes sont mieux évaluées au niveau national, au sein d'organes décisionnels démocratiques préexistants, que par une délégation à des agences internationales.

Le principal argument en faveur de la gouvernance mondiale dans ces cas, que les économistes aiment particulièrement faire entendre, est que les règles mondiales peuvent empêcher les pays d'utiliser des politiques d'appauvrissement (ou de type « *beggar-thyself* ») en corrigeant les échecs politiques internes. Keohane, Macedo et Moravcsik fournissent une version plus sophistiquée en sciences politiques<sup>18</sup> ; il s'agit d'une version de l'argument classique sur la délégation de pouvoirs. Essentiellement, ils considèrent les contraintes extérieures comme un contrepoids aux intérêts particuliers ou aux lobbies en quête de rentes.

Les accords commerciaux, par exemple, permettent aux gouvernements de dire « non » à leurs lobbies protectionnistes nationaux en adhérant à la logique suivante : « nous aimerions bien augmenter les droits de douane sur ce produit, mais les règles de l'OMC ne nous permettent pas de le faire ».

18. R. O. Keohane, S. Macedo et A. Moravcsik, « Democracy-Enhancing Multilateralism », *International Organization* 63 (Winter), 2009, 1-31.

Il y a trois contre-arguments. Premièrement, les politiques non standards et hétérodoxes peuvent avoir une justification économique dans des contextes non-idéaux<sup>19</sup>. Les règles ou les bureaucraties mondiales ne peuvent pas faire de distinction fiable entre les politiques d'appauvrissement (ou de type « *beggar-thyself* ») et les politiques économiquement justifiées. Cela est particulièrement vrai dans les domaines de gouvernance qui requièrent des connaissances locales importantes, comme c'est le cas des politiques industrielles ou des réglementations financières. Deuxièmement, même lorsqu'il existe de bonnes raisons de considérer que les pays sont engagés dans des politiques d'appauvrissement (ou de type « *beggar-thyself* »), les démocraties devraient être autorisées à faire leurs propres « erreurs ». Par exemple, l'Union européenne peut se bercer d'illusions en interdisant les OGM ou le bœuf aux hormones, mais permettre à des organismes supranationaux de porter un jugement sur ces questions sape à la fois la démocratie et la légitimité des dispositifs de gouvernance mondiale. Troisièmement, et c'est peut-être le plus important, il ne peut être présumé que les institutions de gouvernance mondiale soient plus à l'abri de la capture par des intérêts particuliers que celles qui élaborent les politiques nationales. En effet, les grandes entreprises, les banques internationales et les grandes sociétés pharmaceutiques exercent une influence disproportionnée sur la gouvernance économique mondiale. Il serait naïf de présumer qu'elles font passer l'intérêt public avant leur intérêt particulier en façonnant des accords mondiaux en fonction de leurs besoins.

J'ai développé ce dernier point dans une précédente publication sur les accords commerciaux<sup>20</sup>. L'opinion conventionnelle sur les accords commerciaux est qu'ils offrent un soulagement bienvenu contre les intérêts protectionnistes nationaux, c'est-à-dire les entreprises et les syndicats qui nuisent à la concurrence avec les importations. Lorsque les accords commerciaux portaient essentiellement sur les tarifs et les quotas d'importation - c'est-à-dire avant les années 1980 - cela avait beaucoup de sens. Les négociations commerciales multilatérales visaient à abaisser ces barrières, ce qui signifiait aller à l'encontre des intérêts protectionnistes nationaux. Mais après la création de l'OMC en 1995, et surtout avec la multiplication des accords commerciaux régionaux après les années 1990, l'économie politique des accords commerciaux a commencé à être très différente. Les accords du nouveau style se sont de plus en plus concentrés sur les règles et réglementations nationales, telles que les droits de propriété intellectuelle, les droits des investisseurs, les réglementations sanitaires et de santé, les subventions, etc.

Contrairement aux tarifs et aux quotas, il n'existe pas de référence naturelle qui nous permette de juger facilement si une norme réglementaire est excessive ou

protectionniste. Les différentes évaluations nationales des risques - sécurité, environnement, santé - et les différentes conceptions de la manière dont les entreprises doivent se comporter avec leurs parties prenantes - employés, fournisseurs, consommateurs, communautés locales - produisent des normes différentes, dont aucune n'est manifestement supérieure aux autres. En d'autres termes, les normes réglementaires sont des biens publics sur lesquels les différentes nations ont des préférences différentes. Un système optimal de gouvernance mondiale permettrait de compenser les avantages d'une intégration accrue des marchés (en réduisant la diversité réglementaire) par les coûts d'une harmonisation excessive. Mais il est difficile de savoir où se situe ce point optimal. Il semble irréaliste de demander aux négociateurs commerciaux d'accomplir cette tâche de manière adéquate dans un large éventail de domaines politiques.

Et ce, avant de considérer l'influence politique des lobbies d'intérêts spéciaux à vocation internationale, qui ont joué un rôle essentiel dans ces nouveaux domaines, en façonnant la formulation des réglementations mondiales en matière de propriété intellectuelle, des clauses d'arbitrage des investisseurs, des normes bancaires et de bien d'autres encore. L'information publique aux États-Unis sur le lobbying pour les questions commerciales montre que les entreprises pharmaceutiques et la PhRMA (l'association de l'industrie) sont de loin en tête de liste. Les autres contributeurs importants sont les constructeurs automobiles, les producteurs de lait et de produits laitiers, les entreprises de textiles et de tissus, les entreprises de technologies de l'information et l'industrie du divertissement. Les syndicats tels que l'*United Steelworkers* et l'*AFL-CIO*, qui sont traditionnellement associés à des mesures protectionnistes, ont tendance à accuser un retard considérable par rapport à ces groupes sectoriels.

Ces considérations suggèrent un modèle d'économie politique différent de celui auquel les économistes ont longtemps été favorables. Le jeu à l'œuvre dans la politique nationale n'est pas celui entre un gouvernement libre-échangiste et des intérêts protectionnistes, les engagements internationaux servant à lier la main du gouvernement contre le protectionnisme. Il s'agit plutôt d'un jeu dans lequel les grandes entreprises internationales s'emparent du processus d'élaboration des politiques internationales pour concevoir des régimes de gouvernance mondiale en matière de DPI, de règles bancaires, d'investissement, etc. qui sont très favorables à leurs propres intérêts. Contrairement au modèle conventionnel, les rentiers ne sont pas ici les protectionnistes traditionnels.

Il s'agit plutôt de sociétés pharmaceutiques qui cherchent à resserrer les règles en matière de brevets, d'institutions financières qui veulent limiter la capacité des pays à gérer les flux de capitaux, ou de multinationales qui cherchent à obtenir des tribunaux spéciaux pour faire valoir leurs droits contre les gouvernements des pays d'accueil. Dans ce contexte, les accords commer-

19. D. Rodrik, « Second-Best Institutions », *American Economic Review* 98 (2), 2008, 100-4.

20. D. Rodrik, « What Do Trade Agreements Really Do? », *Journal of Economic Perspectives* 32 (2), 2018, 73-90.

ciaux servent à renforcer les intérêts particuliers, plutôt qu'à les restreindre.

### 3. Une gouvernance économique mondiale visant à renforcer la démocratie

La question de savoir si les accords internationaux peuvent systématiquement modifier les équilibres politiques internes dans une direction souhaitable est une question à laquelle il n'y a pas de réponse claire en théorie. Les preuves récentes fondées sur l'analyse des accords commerciaux, brièvement passées en revue dans la section précédente, ne sont pas encourageantes. En outre, l'utilisation de contraintes extérieures pour façonner la politique intérieure a un certain coût en termes de légitimité démocratique : elle renforce le message des populistes nativistes selon lequel la souveraineté est cédée aux technocrates cosmopolites. Il ne devrait pas appartenir à la « communauté mondiale » de dire aux nations individuelles comment elles doivent pondérer les priorités et les objectifs intérieurs concurrents.

Cela n'empêche pas une conversation globale sur la nature des divers avantages et inconvénients pour les parties. De telles conversations peuvent être utiles pour réduire les malentendus internationaux sur les objectifs politiques, et parfois pour établir de nouvelles normes comportementales. Lorsque les retombées économiques négatives sont importantes, d'autres pays peuvent être en mesure de convaincre les gouvernements qui sont à l'origine de ces retombées de s'engager dans de meilleures politiques. Le dialogue international peut permettre de conclure des accords coasiens lorsque les pertes subies par d'autres pays dépassent les bénéfices nationaux.

La question à laquelle j'ai tenté de répondre dans cet article est la suivante : dans quelles circonstances les pays doivent-ils conclure des accords internationaux contraignants ? Une autre question, différente, concerne la forme que ces accords devraient prendre : non seulement les politiques qui devraient être couvertes, mais aussi les types de processus de politique intérieure qui devraient être encouragés ou découragés. L'article de Keohane, Macedo et Moravcsik que j'ai mentionné plus haut<sup>21</sup> soutient que les accords multilatéraux aident les démocraties à mieux fonctionner<sup>22</sup>. Bien que je ne sois pas d'accord avec cette conclusion en règle générale<sup>23</sup>, il est possible de retourner leur argument et de l'utiliser comme une proposition normative (sur la façon dont les choses devraient être) plutôt que positive (sur la façon dont les choses sont). En conséquence, nous pouvons envisager une autre conception de la gouvernance mondiale écologique qui cible directement les échecs potentiels de la gouvernance nationale,

21. R. O. Keohane, S. Macedo et A. Moravcsik, « Democracy-Enhancing Multilateralism », *International Organization*, 63 (Winter), 2009, 1-31.

22. Au moins un des auteurs (Keohane) semble avoir changé d'avis par la suite (voir J. D. Colgan et R. O. Keohane, « The Liberal Order is Rigged: Fix it Now or Watch it Wither. » *Foreign Affairs* (May/June), 2017, 36-44.

23. Voir, par exemple, D. Rodrik, « What Do Trade Agreements Really Do? », *Journal of Economic Perspectives* 32 (2), 2018, 73-90.

sans présumer que les politiques nationales appropriées sont connues ex ante ou que la gouvernance mondiale peut avoir un impact significatif. C'est ce que j'appelle la gouvernance mondiale favorisant la démocratie (GMFD), d'après Keohane, Macedo et Moravcsik<sup>24</sup>.

Nous pouvons utilement distinguer la GMFD de la « gouvernance mondiale favorisant la mondialisation » (GMFM), qui se rapproche de l'esprit de la pratique qui prévaut dans l'économie mondiale aujourd'hui. Dans le cadre de la GMFM, nous pouvons justifier toutes les règles extérieures qui limitent l'autonomie de la politique intérieure si le résultat est de minimiser les coûts transactionnels associés aux frontières nationales. Dans le cadre de la GMFD, nous n'imposons que des obligations (essentiellement procédurales) qui renforcent la délibération nationale ou sont compatibles avec la délégation démocratique.

Je pense aux exigences procédurales destinées à améliorer la qualité de l'élaboration des politiques intérieures. Il s'agirait par exemple de disciplines globales relatives à la transparence, à une large représentation des parties prenantes, à la responsabilité et à l'utilisation de preuves scientifiques/économiques dans les procédures nationales. Ces exigences procédurales ne préjugeraient pas du résultat final, à savoir si un pays peut imposer une politique tarifaire, de subvention ou toute autre politique d'appauvrissement (ou « *beggar thyself* »).

Des disciplines collectives de ce type sont déjà utilisées dans une certaine mesure à l'OMC. Les Accords sur l'antidumping précisent les procédures nationales qui doivent être suivies lorsqu'un gouvernement envisage de restreindre les importations en provenance de partenaires commerciaux. De même, l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires exige explicitement l'utilisation de preuves scientifiques lorsque des préoccupations sanitaires sont en jeu. Les règles de procédure de ce type peuvent être utilisées beaucoup plus largement et avec plus d'efficacité pour améliorer la qualité des décisions nationales. Par exemple, les règles antidumping peuvent être améliorées en exigeant que les intérêts des consommateurs et des producteurs qui seraient affectés par l'imposition de droits à l'importation prennent part aux procédures nationales. Les règles en matière de subventions peuvent être améliorées en exigeant des analyses économiques coûts-avantages.

Nous ne devons pas exagérer la contribution positive que de telles exigences peuvent apporter à la prise de décision au niveau national. Prenons, par exemple, l'argument de sécurité nationale de M. Trump en faveur d'une augmentation des droits de douane sur l'acier et les autres importations. Il s'agit d'une politique classique d'appauvrissement (ou « *beggar thyself* »). Les principes de l'OMC dans ce domaine sont vagues et restent largement non testés dans

24. R. O. Keohane, S. Macedo et A. Moravcsik, « Democracy-Enhancing Multilateralism », *op. cit.*

la pratique. D'une part, le texte pertinent semble ouvrir la porte très largement en disant « Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle jugera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité ». (Article XXI de l'Accord de Marrakech). D'autre part, dans une décision récente dans une affaire n'impliquant pas les États-Unis, l'OMC a adopté la position selon laquelle elle peut examiner les décisions nationales dans ce domaine et juger de leur opportunité. Comme on pouvait s'y attendre, les États-Unis ont critiqué cette décision<sup>25</sup>.

On peut imaginer des règles plus explicites sur le processus que les États-Unis (ou tout autre pays) doivent suivre avant qu'il puisse être argué que les conditions d'une mesure de sécurité nationale sont remplies. Par exemple, le gouvernement a-t-il préparé un rapport public, avec la participation d'économistes et d'experts en matière de sécurité nationale, qui expose les arguments en faveur des mesures envisagées ? Les opposants nationaux à la politique ont-ils eu la possibilité de présenter des arguments contre ? Néanmoins, il est douteux qu'une quelconque politique de l'OMC puisse avoir un impact sur les folies commerciales de Trump. Mais au moins, elle pourrait priver Trump (et d'autres politiciens nativistes) des ses arguments habituels selon lesquels l'OMC et d'autres organismes internationaux foulent aux pieds la souveraineté nationale.

Au mieux, les règles de gouvernance légères de la GMFD que je propose ici peuvent aider quelque peu. Au pire, elles ne font pas de mal. Ces règles impliquent un contrôle léger pour les pays qui respectent déjà les normes démocratiques chez eux et qui bénéficieraient d'un renforcement supplémentaire provenant des forums internationaux. Mais il est également possible d'envisager des contrôles plus sévères, où les pays ne tirent pleinement parti des accords commerciaux que dans la mesure où ils respectent les engagements démocratiques. De telles exigences existent déjà dans certains accords commerciaux (par exemple, le système américain de préférences commerciales pour les pays à faible revenu).

### Remarques finales

Les accords internationaux sont des contrats que les nations concluent librement. Et puisqu'il s'agit de contrats volontaires, il ne semble guère justifié de les remettre en cause sur la base d'une perte d'autonomie nationale ou de légitimité démocratique. Mais cette approche soulève la question de savoir pourquoi les États concluent de tels contrats en premier lieu. Pour avoir une légitimité démocratique, les accords internationaux doivent satisfaire des critères politiques et économiques : ils doivent produire de larges bénéfices et être cohérents avec la délégation démocratique (imposer des contraintes qui améliorent le fonctionnement démocratique). En développant des

arguments de principe en faveur d'une gouvernance économique mondiale, nous pouvons clarifier l'ensemble des circonstances dans lesquelles de tels contrats sont largement souhaitables - et distinguer ces circonstances des cas où la nature contractuelle d'un accord international est utilisée comme un voile pour cacher le fait de privilégier des intérêts particuliers.

Lorsque, par exemple, les négociateurs commerciaux américains obtiennent des concessions ADPIC d'un autre pays en échange de l'ouverture du marché américain aux exportations de vêtements de ce pays, ils compensent effectivement les gains des grandes entreprises pharmaceutiques par des pertes concentrées sur certains segments du marché du travail intérieur. Comment réfléchir à la pertinence d'un tel contrat ? Les arguments économiques fondamentaux du type de ceux que j'ai examinés ici sont essentiels pour fournir des justifications appropriées. En présence de considérations liées aux BTN/GPG, le contrat pourrait être gagnant-gagnant. En leur absence, ce qui semble superficiellement être gagnant-gagnant - un échange mutuel d'accès au marché - est essentiellement une politique qui induit une redistribution de premier ordre au niveau national. Les accords internationaux auraient une plus grande légitimité démocratique dans le pays dans le premier cas que dans le second.

Bien sûr, même dans les cas de BTN/BPM, il n'y a aucune garantie que les démocraties résoudre leurs problèmes politiques internes et concluront des accords internationaux appropriés. Le retrait des États-Unis de l'accord de Paris sur le climat en est un exemple notable. Ces problèmes sont un autre reflet de l'un des arguments clés de cet article : la plupart des mésaventures politiques dans l'économie mondiale actuelle sont dues à des défaillances de la gouvernance nationale, et non à un manque de coopération internationale. Pour prendre un autre exemple américain, les tarifs de sécurité nationale de Trump sont une mauvaise politique, non pas parce qu'ils nuisent à certaines autres nations, mais parce qu'ils imposent des coûts substantiels directement à l'économie américaine.

La sagesse conventionnelle en matière de gouvernance mondiale repose sur les échecs de la coordination internationale découlant de l'existence des biens publics mondiaux ou des politiques de BTN. Lorsque les problèmes proviennent plutôt de politiques d'appauvrissement (ou de type « *beggar-thyself* ») ou de motifs légitimes de diversité dans les politiques économiques, cette perspective n'est plus utile. Pour de telles situations, nous devons réfléchir à nouveau. Nous devons adopter une approche différente de la coopération mondiale, qui respecte l'espace politique des nations et cible les normes démocratiques de prise de décision au lieu de mettre l'accent sur l'harmonisation des politiques ou la suppression des barrières commerciales (réelles ou perçues).

25. Il s'agit d'une affaire concernant les restrictions de transit imposées par la Russie et affectant l'Ukraine : <[https://www.wto.org/english/news\\_e/news19\\_e/dsb\\_26apr19\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/dsb_26apr19_e.htm)>.



Jean-Marc Sorel • Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

## Le rôle de la *soft law* dans la gouvernance mondiale : vers une emprise hégémonique ?

46

Aborder le thème de la *soft law*, c'est *a priori* se lancer dans un vaste débat sur la question des formes de la normativité en droit. Ce ne sera pas ici le cas. Il existe de multiples études techniques et complètes sur cette question, et il semble inutile de les dupliquer<sup>1</sup>. Il s'agira plutôt de constater les implications de l'utilisation et des méthodes de la *soft law* dans le cadre de la gouvernance mondiale, y compris insidieuses ou masquées.

Nous rappellerons simplement que les modulations de la norme sont infinies en droit, d'autant que les sources formelles, qui attestent simplement d'un procédé permettant de cibler certaines normes, sont désormais concurrencées par de multiples modes de production de la norme qui en reflètent le processus réel de formation, particulièrement en droit international. Le débat n'est pas récent. Le droit est plus grand que la source formelle, rappelait-il y a déjà longtemps le Doyen Carbonnier<sup>2</sup>, et Hans Kelsen ne s'exprimait guère autrement : « Commander n'est pas cependant l'unique fonction d'une norme ; habiliter, permettre, abroger sont aussi des fonctions de la norme<sup>3</sup> ». Il en résulte qu'entre les normes impératives, supplétives, permissives, prescriptives ou prohibitives, les combinaisons sont nombreuses, d'autant que les instruments porteurs de ces normes peuvent également être souples ou durs. Ceci se traduit en droit international par des pratiques, principes directeurs, lignes directrices, quand il ne s'agit pas de standards dont on sait qu'il est bien difficile de les ranger dans une catégorie précise.

Ajoutons que la *soft law* ne peut plus guère être consi-

1. Parmi les plus récentes en France (et sans être exhaustif) : P. Deumier et J.-M. Sorel (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, Paris, 2018, 492 p ; S. Cassella, V. Lasserre et B. Lecourt (dir.), *Le droit souple démasqué, Articulation des normes privées, publiques et internationales*, Pedone, Paris, 2018, 194 p. Nous emprunterons ci-après quelques remarques à nos propres réflexions antérieures.
2. J. Carbonnier, *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001, p. 21.
3. H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, Réédition 1996, p. 1.

dérée comme une forme intermédiaire ou provisoire car elle se présente souvent comme un substitut et non un complément à la *hard law*, particulièrement dans le domaine des activités financières qui sera ici privilégié comme illustrant l'emprise de plus en plus grande de la *soft law* dans la gouvernance mondiale<sup>4</sup>. Ce qui doit être fondamentalement présent, c'est un processus de formalisation d'une norme qui deviendra juridique parce que des acteurs ont alors la conviction que cette règle leur sera utile et qu'ils lui donneront donc une forme juridique. Mais cette formalisation est loin de correspondre à un processus univoque et figé, et balaye la logique binaire entre l'interdit et l'autorisé trop souvent présentée comme la finalité indépassable de la règle de droit.

Si la mondialisation se rapporte à l'universalisation des échanges, donc à son droit substantiel, la globalisation elle se rapporte à l'universalisation des concepts juridiques avec la création d'îlots horizontaux et spécialisés dans certains domaines. Dans cet univers renouvelé, la *soft law* joue un rôle central, ce qui n'est pas nouveau puisque le droit international y prédispose par l'absence de système normatif centralisé. Ce rôle s'est accentué avec la croissance du domaine financier qui démontre l'imbrication des acteurs publics et privés, nationaux, régionaux ou internationaux.

Pour démontrer l'emprise croissante de la *soft law* dans la gouvernance mondiale, il est nécessaire de remonter les enchaînements qui posent des contraintes de plus en plus fortes sur la latitude des décisions des gouvernants, et qui aboutissent à une emprise de plus en plus importante de cette forme de normativité.

### 1. La diversité de facteurs conduisant à l'emprise de la *soft law*

*Obligation versus contrainte*. Une confusion entretenue entre obligation et contrainte laisse planer des incertitudes sur la *soft law*. Le droit souple peut ne pas être obligatoire mais peut être plus contraignant qu'une obligation juridique. Si la force obligatoire est toujours contraignante, la force contraignante n'est pas toujours obligatoire, et si les obligations portent toujours des contraintes, les contraintes ne découlent pas toujours d'obligations juridiques. Rejeter la *soft law* dans le non-droit revient souvent à ignorer cette réalité, alors que de nombreuses contraintes s'avèrent plus dissuasives que des obligations. Ajoutons que le lien juridique créé par une obligation n'a pas la même signification selon les systèmes juridiques<sup>5</sup>.

En réalité, c'est la liaison bien connue entre obligation et sanction qui est visée. Sans obligation, pas de sanction en cas de non-respect, donc pas de juge, donc pas de droit. C'est oublier que le droit sanctionné n'est pas tout le droit, et que ce dernier n'est pas *prima facie* caractérisé

4. Voir notre étude : « Quelle normativité pour le droit des relations monétaires et financières internationale ? », *RCADI*, tome 404, Brill / Nijhoff, 2020, pp. 235-403.
5. Voir notamment : P.-E. Will et M. Delmas-Marty (dir.), *La Chine et la démocratie*, Fayard, 2007.

par la sanction mais par le sentiment qu'ont les sujets de sa nécessité. En matière économique, les États ont clairement conscience qu'ils ont intérêt à respecter la règle et que la sanction de l'excommunication économique serait bien plus lourde qu'une simple sanction juridique. Au surplus, les acteurs (et pas seulement les États), ont conscience que la *soft law* peut imposer le respect d'une norme si elle naît d'un besoin collectif et est conforme à l'esprit dans lequel ils souhaitent intervenir. Il y a dès lors une liaison entre l'intérêt d'une norme et le consensus pour y parvenir, et ceci sans que la sanction juridique soit nécessaire. La mise en conformité résulte donc du fait que les acteurs sociaux, au sens large, perçoivent celle-ci comme un avantage, et qu'ils anticipent les profits qu'ils pourront tirer de l'effectivité des normes.

*L'absence de maîtrise des faits.* Si la technicité du droit est censée apaiser les passions<sup>6</sup>, elle peut également devenir source de confusion ou d'incompréhension, y compris pour des juristes. La *soft law* illustre cette forme de décrochage entre une technique toujours plus sophistiquée et la difficulté pour le juriste d'en saisir les contours. Certes la part d'insaisissabilité de la *soft law* est consubstantielle à son existence, et si aucun domaine social n'échappe à sa traduction juridique, il n'en reste pas moins que l'impression est qu'on délègue à des faits complexes le soin de penser eux-mêmes le cadre juridique qu'ils méritent. Sauf à être omniscient (utopiste) ou doté d'une hyper spécialisation (ce qui, par ailleurs, n'est pas souhaitable), un juriste, tout en se devant de saisir la complexité d'un système, ne peut être à même de juger une telle technicité comprenant parfois des algorithmes difficilement compréhensibles. Il peut en revanche juger du bien-fondé de l'utilisation de ces techniques. Une nouvelle fois, le domaine financier en est un exemple particulièrement symptomatique. Il s'agit, en quelque sorte, d'un monde sauvage (parce que peu de normes primaires semblent lui dicter sa conduite), qui connaît par ailleurs des processus ultrasophistiqués, extrêmement techniques et peu compréhensibles pour le grand public. L'unicité du libéralisme économique (avec des nuances) oppose ainsi à la pression du droit pour en réguler les excès encore plus de résistances.

Mais cela ramène surtout au rapport du droit au fait. Si le droit encadre le fait, et si le fait doit se fondre au droit, l'adéquation ne peut fonctionner que s'il y a une maîtrise du fait. Or, c'est bien ce qui semble faire défaut aujourd'hui dans beaucoup de domaines, dont celui de la finance : en dehors de quelques spécialistes de l'ingénierie financière, la maîtrise du fait économiquement, socialement, politiquement, est imparfaite et le droit ne peut qu'imparfaitement l'encadrer. Rendre compte de normes d'une technicité telle qu'elle échappe à la compréhension du plus grand nombre devient une question holistique car aboutissant à une forme de désacralisation du droit propre à amoindrir l'exclusivité des compétences de ceux qui sont censés le maîtriser.

6. Voir : P. Servan-Schreiber, H. Pascal et V. Rotaru, « Le droit à l'échelle pertinente », *Revue européenne du droit*, septembre 2020 : <<https://legrandcontinent.eu/fr/2020/09/14/le-droit-a-lechelle-pertinente/>>.

*Les mutations dans la validité de la norme.* Avec la *soft law*, la norme supplante la règle entendue comme générale et impersonnelle. Le respect ne vient plus d'une norme posée à l'avance et à laquelle on se conforme, mais de son effectivité et de son efficacité. Selon les variations dans la validité de la norme, entre la validité formelle (légalité), la validité axiologique (légitimité) ou la validité factuelle (effectivité)<sup>7</sup>, seule cette dernière semble s'imposer. Ce sont les catégories juridiques qui s'adaptent aux faits, et non l'inverse. La *soft law* est donc aussi une leçon de modestie face à une légalité et une légitimité toujours sujettes à la réfutation de l'évolution sociologique.

Cette évolution est le résultat d'un long processus non achevé consécutif à la dilution de la verticalité dans des réseaux horizontaux (la régulation économique par exemple), une perte partielle de la sacralisation du vertical (et de la croyance en des institutions immuables), la complexification des relations, ou l'immixtion de la personne privée au sein du dialogue juridique qui n'est plus seulement celui d'un ordre donné d'en haut qui doit ruisseler vers le bas.

*Régulation et autorégulation.* Cet ensemble de facteurs s'insère dans le primat de la régulation, ce droit en mouvement dont la finalité supplante l'instrument, et qui déroge aux caractéristiques d'un droit abstrait, général et immuable, pour pénétrer dans une sphère mouvante, plus concrète et particulière proche des « lois » économiques, d'où la préférence pour un droit plus souple qui privilégie par exemple les standards ou les principes, opposés à des règles qui symbolisent la stabilité. à défaut d'être rigide, ce droit se révèle efficace, si efficacité veut dire répondre à une fonction donnée. La fonction supplante l'instrument, même si la régulation contribue à créer un semblant de sécurité car elle est une façon de faire fonctionner le droit qui semble satisfaire les différents intervenants.

Le souci d'obtenir l'adhésion du destinataire de la règle, et l'attente légitime chez ces derniers, façonnent la *soft law*. Les instances qui émettent la *soft law* partent du principe que, si les destinataires sont associés au processus de production normative, ils ne s'opposeront pas au respect de ces règles, considérées alors comme étant légitimes. Et, plutôt que d'imposer frontalement des normes « dures » contournables, on préfère - même inconsciemment - laisser les acteurs se réguler, en espérant qu'ils privilégieront la sécurité juridique à une rentabilité sans filet, et créeront dans leur « ordre » particulier un système autorégulateur. La *soft law* constitue donc le vecteur privilégié d'une sphère qui aspire à l'autorégulation.

Dans ce cercle restreint, « on se sent obligé », ce qui revient à une forme d'*opinio juris*. On peut aussi à cet égard invoquer la dynamique autopoïétique transposée du paradigme biologique de l'organisme au droit afin de décrire les phénomènes juridiques qui manifestent une

7. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

« fermeture normative » vis-à-vis de l'extérieur, dans le sens où ils déterminent eux-mêmes le légal ou l'illégal, le licite ou l'illicite, ceci en s'adaptant à une société de plus en plus complexe<sup>8</sup>. Cette hypothèse correspond au monde de la finance internationale qui engendre et spécifie sa propre organisation, et est continuellement soumis à des perturbations externes qu'il compense. Simple logique darwinienne de survie où les marchés répondent avant tout à la loi de l'évolution et de l'adaptation. Ceci est d'autant plus insidieux qu'une institution aura tendance à étudier l'ensemble des problèmes sous l'angle de sa fonctionnalité, et à les traiter de cette manière. Les dangers ne sont pas ignorés, mais ils sont susurrés plus qu'affirmés.

La *soft law* génère donc des normes qui s'adaptent à l'expansion de leurs destinataires et sont simplement freinées par des normes de régulation qui sont à la fois celles imposées par les anciennes structures (États, organisations) et celles acceptées par les acteurs.

*La fonction d'organisation sociale.* L'ordre juridique se caractérise par un ensemble de normes que l'on peut sanctionner pour faire respecter cet ordre. Or, avec la *soft law*, le contrôle est supérieur à la sanction. Dès lors, on en a vite déduit que cette normativité relative ne répondait pas à la fonction d'organisation sociale du système juridique international qu'on est en droit d'attendre de tout système juridique. En effet, ce droit souple comme système autonome de régulation des relations internationales s'extraîrait d'un ordre juridique uniforme pour répondre aux préoccupations particulières d'un ensemble corporatiste restreint, le plus souvent économique, et c'est la force de l'économie qui fait du droit souple un droit parfois dur sans ordre juridique prédéterminé.

En poussant le raisonnement le plus loin possible, on peut même s'interroger sur la nécessité pour la *soft law* d'évoluer dans le cadre d'un ordre juridique ? Il existe une forme de « puissance de fait »<sup>9</sup>, et le droit souple utilise tous les canaux (politique, économique, social, etc.), ce qui conduit à constater qu'il est bien égal au droit souple d'être du droit, ou qu'il ignore lui-même en être si on ne le lui « révèle » pas.

Le droit possède un double rôle : à côté de sa fonction de « donner des ordres aux hommes », il a aussi une mission de régulation qui est celle de « donner un ordre aux choses »<sup>10</sup>. Dès lors, à partir du moment où l'encadrement arrive à imposer cet ordre social, à mettre de l'ordre dans le désordre, nous sommes potentiellement

en présence d'un droit, même en l'absence d'un ordre juridique au sens strict.

*Le droit saisi par la communication.* La *soft law* est une expression anglo-saxonne mais qui se révèle surtout apatride. Qu'on la dénomme « droit souple » en français reste une traduction non complète, avec une fausse impression de douceur, de rondeur, bref de bienveillance<sup>11</sup>. Elle fait surtout partie d'un cercle d'expressions apatrides, de la même planète que : gouvernance, régulation, transparence ou *accountability* (dont la traduction par « rendre compte » reste tout aussi imparfaite), ou encore la compliance, forme d'assouplissement sémantique de la mise en conformité qui résonne surtout comme le résumé de tractations économiques propres à adoucir la potentialité de l'exécution d'une décision. Cet ensemble est la marque d'un néo-corporatisme débridé lié à la communication. On met des mots qui adoucissent la rigueur de la règle : la gouvernance élargit le gouvernement, l'*accountability* permet de restreindre la responsabilité à sa partie émergée, la transparence - miroir sans tain - permet à chacun de rendre compte sans forcément assumer. Selon une expression de Jean-Arnaud Mazères qui synthétise bien cet ensemble : « La loi du marché, faisant du droit une marchandise, aboutit au marché de la loi »<sup>12</sup>, ce qui est aussi une forme de *dumping* normatif.

## 2. Tentation hégémonique et recul de la démocratisation

Le cumul des remarques précédentes amène à un constat : le *soft power* de la *soft law* peut aboutir à une forme d'hégémonie dans la gouvernance mondiale, ce que certains pourraient qualifier de *totalitarisme soft*, via une domination technico-financière de la planète. Alors que la *soft law* semble s'imposer comme une manière de plus en plus courante et renouvelée d'envisager la normativité, il est permis d'en voir la face cachée, autrement dit cet agencement ne conduit-il pas vers une nouvelle forme d'hégémonie par le biais du droit ? Même s'il s'agit plus d'une intuition que d'un constat établi<sup>13</sup>, on ne peut s'empêcher de remarquer que si l'on trouve beaucoup de qualités à ce droit souple, on peut aussi le penser comme une forme de rouleau compresseur remplaçant l'ordre de contrainte traditionnel par un ordre contraignant. Face au phénomène de la *soft law*, on en jauge les fondements, les effets et les conséquences pour l'ordre juridique, sans forcément avoir la volonté d'aller au-delà de cette analyse juridique pour replacer ce phénomène dans un contexte plus large. Pourtant, une certaine irrationalité étant masquée par la scien-

8. N. Luhmann, « L'unité du système juridique », *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, 1986, pp. 163-188. Sur les développements de cette dynamique au secteur bancaire, voir l'analyse très complète et pertinente d'Hélène Kouyaté : *L'encadrement juridique international du secteur bancaire, entre recherche du réalisme et confrontation à la réalité*, Thèse Paris 1, 2010, 473 p.

9. P. Deumier : « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in : *Le droit souple*, Association Capitant, Paris, Dalloz, Paris, 2009, p. 139.

10. Barrès, cité par Claude Champaud : « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de la connaissance du droit », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Philosophie du droit et droit économique*, Editions Frison-Roche, Paris, 1999, pp. 69-109, p. 74.

11. Voir à cet égard la distinction opérée par Mireille Delmas Marty entre « mou, doux et flou » : « Gouverner la mondialisation par le droit », *Revue européenne du droit*, n°1, sept. 2020, p. 7.

12. « L'un et le multiple dans la dialectique Marché - Nation », in : Stern. B. (dir) : *Marché et Nation, Regards croisés*, Montchrestien, Paris, 1995, pp. 81-188.

13. Encore que basée sur des études concordantes, dont certaines déjà anciennes. Voir notamment : A. Fatouros : « On the Hegemonic Role of International Functional Organizations », *GYBIL*, 1980, pp. 9 à 36 ; A.-C. Martineau, *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2016, XIX-584 p., spéc. pp. 337-387 ; Nico Krisch, « International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order » (2005) 16 *E.J.I.L.*, p.369.

tificité, l'autorégulation étant la norme, les acteurs privés pouvant désormais se prononcer sur la défaillance des États (et leur imposer des remèdes), l'intérêt général étant remplacé par des intérêts privés catégoriels, les risques d'une forme d'hégémonie ne sont pas négligeables.

L'hégémonie peut être ici entendue au sens que lui donnait Antonio Gramsci. L'absence de réelle réaction face à la globalité de la logique poursuivie et intégrée à la société mène sur la piste de ce qu'il est convenu de qualifier d'hégémonie culturelle, concept qui décrit la domination culturelle d'un groupe et le rôle que les pratiques quotidiennes et les croyances collectives jouent dans l'établissement des systèmes de domination. Analyse ancienne certes et qui peut paraître désuète, mais qui pointait déjà quelques travers qui n'en sont pas moins actuels : sirènes du nationalisme, du consumérisme et de l'ascension sociale sur fond de compétition individualiste. Le monopole du droit souple quand le droit dur ne peut ou ne veut s'imposer peut aussi être un danger d'autant plus pernicieux que le commandement est diffus. Ce droit proposé sous une forme de faux volontariat est aussi imposé avec ses contraintes suggérées, le plus souvent économiques. Un slogan publicitaire résumait involontairement mais fort bien ce phénomène : *Soft is the New Strong*.

L'enchaînement est logique (et l'on pourrait dire « fatal ») : partant d'une expertise qui se veut à la fois technique et neutre, la norme est proposée au niveau national, régional ou international en symbiose avec le dogme économique dominant qui se répand et imprègne l'ensemble du système international d'une manière douce mais parfaitement contraignante. Le risque du remplacement de l'intérêt général par des intérêts privés catégoriels n'est pas une chimère et est renforcé par une forme de déni de démocratie réelle car les normes atteignent rarement les parlements nationaux ou les instances juridictionnelles des États. Ceci n'est pas récent et fut par exemple la marque de fabrique des « accords de confirmation » - qui ne sont pas des traités au sens juridique - conclus entre le FMI et les pays demandeurs depuis des décennies. On estime aussi que les mécanismes de suivi (parfois opaques parce que techniques, en dépit de la transparence affichée) des instances de standardisation tiennent lieu de substitut au débat public<sup>14</sup>.

L'architecture financière internationale constitue un ensemble particulièrement hétéroclite du point de vue des instances qui y participent. En effet, on y trouve des institutions multilatérales ouvertes à tous les États telles que le FMI, la Banque Mondiale, l'AICA, l'OICV. D'autres instances reposent sur une base plus restreinte. C'est le cas de la BRI qui comprend une soixantaine de banques centrales nationales membres ou de l'OCDE et du GAFI qui comprennent chacun une quarantaine d'États

membres environ. Le cercle se rétrécit encore pour le Comité de Bâle, le CSF et le G20 qui comprennent respectivement 27, 24 et 19 États représentés (plus l'UE) et qui fonctionnent selon une logique de « club ». Le G20, instance qui entend piloter cette gouvernance financière internationale, dispose à cet égard de la base de composition la plus réduite du point de vue interétatique.

Il existe donc un hiatus entre la composition plurilatérale des instances et la portée multilatérale, voire l'ambition universelle, de leurs standards sous forme de *soft law*. Or, une fois transposés dans les ordres juridiques internes, les standards financiers internationaux constituent des normes qui affectent dans leur très grande majorité le cadre réglementaire applicable à la prestation de services financiers. Le résultat en est une contrainte sociale pernicieuse car non avouée. Si l'on prend l'exemple des normes du Comité de Bâle en matière bancaire et prudentielle, l'adoption d'une norme débouche sur la nécessité d'adopter tout un ensemble qui s'impose dans sa cohérence. « Il s'agit donc de placer les destinataires des règles, à l'aide de différentes techniques, dans une situation telle qu'ils n'auront pas d'autres choix que de les respecter. En d'autres termes, les instances internationales ne cherchent pas à sanctionner une violation des normes, mais à contraindre à leur respect, avant même toute violation »<sup>15</sup>.

Si l'hégémonie dont il est ici question s'éloigne donc de celle envisagée par Mireille Delmas-Marty qui se réfère à celle d'un État<sup>16</sup> (qui, par sa puissance, serait une forme « d'empire »), nous la rejoignons lorsqu'elle précise : « Apparemment moins contraignante, la *soft law* est parfois plus efficace, et finalement plus répressive, que la *hard law* ». <sup>17</sup> Le système de la *soft law* peut effectivement devenir plus « répressif » dans le sens d'une contrainte imposée, et non d'une sanction désignée.

Si le droit en général devrait sans doute plus se soumettre au critère de la réfutabilité, notamment pour éviter l'enfermement scientifique qui conditionne la manière d'envisager cette matière, la *soft law* en offre une opportunité car c'est bien l'expérience qui prime sur la scientificité. À travers la *soft law*, le droit se redécouvre fragile et éphémère là où il pensait être immuable dans sa structuration fondamentale. Néanmoins, la fragilité concerne plus les manières d'envisager le droit que l'immixtion de la *soft law* dans ce paysage car il s'agit bien aussi de normes de puissance. Que la vocation à la rationalité - que l'on espérait attraper - se dilue dans les méandres de la norme est troublant, mais ne change pas les paramètres de la puissance car il s'agit plus d'un déplacement vers des acteurs jusque-là dans l'ombre. L'aspiration prométhéenne des États à maîtriser la réalité pâlit et l'expéri-

14. Voir T. Bonneau : « La gouvernance technicienne des marchés financiers », in *Le droit souple démasqué, Articulation des normes privées, publiques et internationales*, op. cit., pp. 125 à 133, spéc. pp. 130 à 133, ainsi que notre étude : « Sur quelques aspects juridiques de la conditionnalité au F.M.I et leurs conséquences », *E.J.I.L.* 1996/1, pp. 42 à 66.

15. H. Kouyaté, op. cit., p. 380.

16. « Certes il serait possible de gouverner la mondialisation par le droit de façon simple. Il suffirait de mettre en place un système hégémonique, par extension du droit du pays le plus puissant au reste de la planète (...) Mais jusqu'à présent aucun empire n'a fonctionné à l'échelle planétaire. » ; in : « Gouverner la mondialisation par le droit », *Revue européenne du droit*, op. cit., p. 7.

17. *Ibid.*, p. 7.

mentation ne peut décidément que difficilement entrer dans des cases préconçues car la pratique se contente d'une simple adaptation à la réalité.

Faut-il pour autant désespérer de voir le droit se sortir du piège de la puissance ? Plusieurs signaux poussent vers un retour à un certain équilibre. Tout d'abord, dans le domaine financier ici pris comme exemple pertinent de diffusion de la *soft law*, la logique de sécurité tend à contrebalancer la logique de rentabilité et pousse les acteurs vers un cadre juridique. En clair, on est prêt à perdre « un peu » pour gagner en sécurité. D'autre part, si comme le remarque Mireille Delmas-Marty : « Notre conception de la souveraineté doit ainsi être renouvelée.

Pour créer un état de droit sans véritable État mondial, l'universalisme est trop ambitieux et le souverainisme, par repli sur les communautés nationales, trop frileux »<sup>18</sup>, on est en droit de se demander si ce « souverainisme frileux » n'est pas finalement une aubaine, et si l'internationalisation qu'elle appelle de ses vœux n'est pas un simple retour aux sources.

Il faudrait en quelque sorte revenir à Jean Bodin, sans le détour par Hobbes ou Hegel. La souveraineté de l'État a été initialement envisagée comme une coexistence pour des États qui ont toujours été pluriels, contrairement à l'empire. Autrement dit le support de l'indépendance est tout autant le moyen de l'interdépendance.

L'absolutisme de la souveraineté a masqué pendant longtemps cette double facette. Le recul d'une forme de souverainisme absolu l'affaiblit sans doute, mais donne à l'État l'opportunité de se recentrer sur un équilibre lui permettant de revêtir le rôle de régulateur, face à ce foisonnement de *soft law*, qu'il a abandonné au profit d'entités non guidées par l'intérêt général. C'est ainsi que la souveraineté qui se voulait (ou qui s'était crue) « solitaire » pourrait (re)devenir « solidaire »<sup>19</sup>. Encore faut-il qu'il y ait une volonté politique globale en ce sens, et que le piège de l'économisme ne se referme pas définitivement sur les États.

18. *Ibid.*, p. 6.

19. *Ibid.*, p. 11.



Christiane Taubira • Garde des Sceaux,  
ministre de la Justice (2012-2016),  
Membre honoraire du Parlement

## Monde, mondialisation et mondialité

« Le monde existe en dehors de la conscience que nous pouvons en avoir. Mais il n'est amendable que si nous le tenons en pleine conscience.

*A mesure que se mourait toute chose,  
Je me suis, je me suis élargi - comme le monde -  
et ma conscience plus large que la mer !*

*Dernier soleil.*

*J'éclate.*

*Je suis le feu, je suis la mer.*

*Le monde se défait.*

*Mais je suis le monde.*

C'est Aimé Césaire, « Les pur-sang », dans *Les Armes miraculeuses*, 1946.

« Le monde se défait. Mais je suis le monde ». C'était déjà en 1946. Ce monde qui se défait, c'est celui des empires coloniaux. Le monde se défait en son centre, là-même où il a prétendu qu'était son centre des siècles durant. Il se défait parce qu'il a importé dans ce temps-là et dans ce centre-là, en son cœur même, des méthodes qu'il avait mises en œuvre, impunément, en ses périphéries : « la barbarie suprême, celle qui couronne, celle qui résume la quotidienneté des barbaries... » et qui avait été supportée parce que jusque-là n'en étaient victimes que « des peuples non-européens ». Constat de Césaire, encore, cette fois dans le *Discours sur le colonialisme*. Cette « barbarie » reproduite, couvre à la fois les massacres et les enfumages et les mutilations du travail forcé et les rebelles passés aux gerbes de balles et les « pleins barils d'oreilles récoltées, paire à paire, sur des prisonniers amis ou ennemis ». Aveu du comte d'Hérison, officier d'ordonnance.

Cette accoutumance aux abominations, ces crimes et forfaits perpétrés dans les colonies ont - assurent des érudits, philosophes, historiens ou juristes - préfiguré les tragédies du vingtième siècle. Ainsi firent les génocides des Héréros et des Namas au début du même siècle. Le territoire ne s'appelait pas encore la Namibie. Dans ces pre-

miers camps de concentration, quelques silhouettes de Héréros et de Namas, outrageusement osseuses, sont terriblement évocatrices des silhouettes à venir des Juifs des camps d'extermination. C'est une généalogie doctrinale. Ce fut comme un sordide entraînement. Et déjà un Göring traînait par-là. Le mécanisme est le même, cabré sur la même démente glaciale : l'expulsion hors de la famille humaine, par milliers, par millions, d'un groupe de personnes. Le mobile peut être cupide. A l'évidence, l'était-il pour la traite transatlantique et l'esclavage négrier. Le racisme est venu après. Elle peut ne pas en être le moteur, la cupidité suit très vite. En témoignent les spoliations de biens appartenant à des Juifs. Sous quelque prétexte que se commettent les atrocités, et quelles que soient les différences d'apparence ou d'appartenance entre bourreaux et victimes, ces crimes sont l'affaire de l'humanité. « Ce ne sont ni le nombre des victimes ni l'intensité de leur souffrance mais la négation de la part d'homme éternel qui est en chacun » qui constitue un crime contre l'humanité, résume avec force et sobriété Mireille Delmas-Marty.

Dans la sagesse populaire créole, une parole affirme que toute calebasse donne deux kwis. Le kwi est le bol formé par la moitié du fruit calebasse, de forme oblongue, fendu en son milieu dans le sens longitudinal. Ces deux moitiés sont évidées - le fruit n'étant pas comestible - et servent soit de récipient d'eau, soit d'ornement mural, l'écorce étant travaillée à la pointe pour incruster des motifs aux formes ésotériques ou simplement décoratives. L'enseignement tiré d'un tel usage d'un fruit déconcertant en ce qu'il n'a aucune valeur ni nutritive ni gustative, vaut pilier dialectique, convoqué dans toutes les situations où une action génère des résultats contradictoires ou inattendus. Toute calebasse donne deux kwis.

Ainsi de cette première mondialisation. Elle s'est accomplie dans le vacarme des canons qui soldaient les rivalités impériales ; le grondement de la mer, immense cimetière ébahi ; la ronde des drapeaux plantés, arrachés puis replantés ; le fracas des insurrections victorieuses ou anéanties ; les aboiements de molosses lancés aux trousses des nègres-marrons ; l'obstination à rire, chanter, danser après les pleurs ; les paix factices proclamées par bulles papales ; les anathèmes des dissidences religieuses ; les mutualités interculturelles ; les fraternités interraciales ; les injonctions résolues ou indécises d'abolitionnistes ; les viols rituels, les viols ordinaires, le fouet et les chaînes à carcans, les violences en tous genres et leurs raffinements ; les solidarités inattendues ; les amours imprévues ; les incongrus menuets dansés dans les salons de l'habitation du maître ; les bals de gouverneurs ; les prolives expressions artistiques, linguistiques, mystiques, plastiques nées dans les champs de canne et de tabac ; les innovations symboliques bricolées par les chamanes improvisés ; le partage et la fabrication de savoirs empiriques ; les interprétations cosmogoniques ; les créativité de survie.

Cette mondialisation a produit une législation où le droit reposait sur le primat de la force et la codification

du non-droit. Le code noir promulgué par Louis XIV établit le statut de « biens meubles » attribué aux esclaves, alternativement nommés nègres ; de même procède le *codigo negro* espagnol. Le maître, à qui était octroyé, de fait, des droits de propriété, de sévices et de mort sur ses esclaves (son cheptel), voit ces droits consolidés, et sera lui-même sanctionné, bien faiblement mais tout de même, une amende, s'il consent sans sévir à ce qu'un de ses esclaves vende quelques chaumes de canne à sucre, activité formellement interdite par la loi. Il y va de la préservation de l'ordre colonial, placée au-dessus de la négligence ou de la complaisance coupable d'un maître, fusse-t-elle accidentelle. Le même code noir expulse sous trois mois tous Juifs résidant en colonies, sous peine de « confiscation de corps et de biens ». L'édit de Fontainebleau, quant à lui, ciblant les protestants, inclut l'Exclusif colonial interdisant toute économie de transformation dans les colonies. Ces deux textes posent, à des degrés manifestement différents pour les esclaves, les Juifs et les protestants, néanmoins pour tous absolument, la question du rapport de ces législateurs européens à l'altérité. Dans cette même Europe où Erasme, Grotius, Montaigne avaient déjà aiguisé et partagé leur pensée sur les droits attachés aux personnes, sur l'hospitalité, sur l'altérité. Et même Montesquieu, *comment peut-on être persan ?* bien que l'homme de *l'Esprit des lois* ait été pour le moins ambigu sur ce que les Américains appelaient « l'Institution particulière ».

Mais vient le temps où se tarissent les déportations à fond de cales à travers l'atlantique et l'océan indien. Le système esclavagiste est trop sabordé par mille sortes de résistances, trop contesté, trop vilipendé, trop défié, trop concurrencé. Il faut en sortir. Physiquement et juridiquement. Par décrets, les maîtres sont indemnisés. Pas les esclaves. Malgré les paroles définitives de Condorcet dès 1781, selon qui « le maître n'avait aucun droit sur son esclave et l'action de le retenir en servitude n'est pas la jouissance d'une propriété, mais un crime ». Et bien avant Condorcet, les prêtres capucins Epiphane de Moirans et Francisco José de Jaca, dès 1680. Or, par ordonnances royales ou par décret, à Saint-Domingue-Haïti en 1825 (aux frais de la jeune république d'Haïti) comme dans les autres colonies en 1848 (malgré les efforts de Schoelcher), ce sont les maîtres qui recevront « compensation » de l'État monarchique. Pas les esclaves. Ni leurs descendants.

Sous les coups conjugués ou contrariés de rébellions récurrentes, de mutations économiques, de concurrences commerciales, d'émergences financières, de clameurs morales, de raisonnements spécieux et calculs minutieux, de discours fourbes et de fourvoiements de bonne foi, le temps est venu de la sédentarisation et de la spoliation des territoires. Désormais, les négriers et les marchands le cèdent aux officiers et généraux. C'est le temps de Bugeaud : « Enfumez-les dans leurs grottes comme des renards ». C'est le temps de Saint-Arnaud : « On ravage, on brûle, on pille, on détruit les maisons et les arbres ». C'est le temps de Loti « Alors, la grande tuerie avait commencé.

On avait fait des feux de salve-deux ! et c'était plaisir de voir ces gerbes de balles s'abattre sur eux ». C'est aussi le temps de l'esbrouffe. Pas vraiment une conquête honteuse. Mais un habillage qui se veut glorieux et généreux : mission civilisatrice et évangélisatrice auprès des « races inférieures » de Retzius, Gobineau et autres Galton. Perdus parmi eux, des Renan et Ferry.

Les lois s'adaptent : il y a des sujets, des évolués, des indigènes, des musulmans en demi-citoyenneté, des métis chinois distincts des annamites. Autant de catégories juridiques inédites. Les rivalités impériales qui se poursuivent. Puis survient la Conférence de Berlin puis les Actes qui s'ensuivent. C'est un partage-dépeçage. Mais les formes sont sauvées : des Traités sont signés. Les principes de Westphalie valent seulement entre dépeçeurs. Sur le terrain, la vie de vrai est celle de millions de gens en souffrance. Il y a aussi, heureusement, André Gide et surtout Albert Londres.

Les Droits européens portent forcément les stigmates de ces contorsions. Le droit international qui suit cette première mondialisation est encore celui de l'arbitraire et de la force ; il est aussi celui du rapport de forces. Lorsqu'advient la monstrueuse boucherie de la première guerre mondiale, les consciences blessées réalisent que cette culture de la force et de la violence détient cette capacité pernicieuse de se retourner contre ses auteurs. Surviennent des sursauts et le retour sur cet humanisme qui était déjà là et que les Lumières ont renouvelé, exploré, étendu. Bien qu'il ne semble pas qu'il soit enfin l'heure de renoncer aux empires et dominations diverses, survient une prescience de ce que le monde est fait d'une pièce ; ce que confirmeront sous peu, dans moins d'un quart de siècle, l'activité et l'observation spatiales. Cependant, la volonté qui provient de cette prescience demeure encore trop velléitaire. La Société des nations, immature, inachevée, n'empêche pas le nouvel embrasement, pourtant repérable, pourtant se profilant, pourtant se pointant, pourtant fusant giclant prêt à éclater au point que Stephan Zweig, désespéré s'enfuit vers l'hémisphère sud après avoir ausculté *Le monde d'hier* ; et que Romain Rolland, fidèle à une éthique de vie autant qu'à une obsédante passion vitale face à « cette humanité démente » essaiera désespérément et vainement de se tenir et d'inviter ses pairs, celles-ci et ceux-là mêmes qui faisaient encore vivre la République des lettres, à ne pas se laisser séduire et désorienter par le fracas des canons. A demeurer *Au-dessus de la mêlée*. Le pire s'avéra plus sûr et plus abominable encore que ses promesses.

Le monde sort abasourdi de ce chaos meurtrier. Le traumatisme est commun et transversal. Il faut cette fois, sérieusement, sauvegarder l'avenir. C'est avec une fébrilité à la fois inquiète et déterminée que les nouveaux puissants du monde s'installent autour de tables à palabres, à proclamations et à rédaction. Le défaut de cuirasse se trouve peut-être dans cette assurance du bon droit des vainqueurs. Cette absence d'état d'âme fut salutaire pour

la mise en place rapide et efficace du Tribunal militaire de Nuremberg aux fins de juger les coupables vivants et accessibles, et rendre légitimes la recherche et la poursuite de coupables en fuite. Elle donna cependant, en deuxième kwi cette fois encore, une posture binaire des bons vainqueurs, emblèmes du Bien, exonérés de toute faute, chargés et virtuellement mandatés par l'humanité pour éradiquer le Mal. Pourtant, les taches du droit international d'avant-guerre avec ses angioïmes, avaient encore opéré à travers la ségrégation légale (États-Unis) ou de fait, tels qu'en témoignent les unités séparées : la Force noire, le corps des Tirailleurs sénégalais, les *Harlem Hell Fighters*, et après la guerre, les régimes différenciés de pensions.

Dans ce nouvel ordonnancement du monde, les puissances victorieuses ont l'influence de leur poids économique et militaire, autant que de leur dynamisme et de leur vision impérialiste/anti-impérialiste du monde, selon les régions géopolitiques. Ainsi, le passé affleurant de l'empire soviétique se heurte déjà à l'arrogance jaillissante des États-Unis, tandis que la Chine, sûre de sa permanence civilisationnelle, pose placidement son empreinte sur cet agencement du monde. Autant la Russie n'a jamais cessé de bouillonner sous l'empire soviétique, autant la Chine n'a jamais effacé ses certitudes d'immuabilité, y compris durant les années de sujétion occidentale. Elle apporte sa contribution sereine et détachée aux travaux de refonte et de reconstruction du droit international. Quant à l'Europe, peut-être commence-t-elle son introspection existentielle dans les termes posés par Paul Valéry : « va-t-elle garder sa prééminence dans tous les genres ? L'Europe deviendra-t-elle ce qu'elle est en réalité, c'est-à-dire : un petit cap du continent asiatique ? Ou bien l'Europe restera-t-elle ce qu'elle paraît, c'est-à-dire : la partie précieuse de l'univers terrestre, la perle de la sphère, le cerveau d'un vaste corps ? ». Or, il y a désormais plus large place pour la *realpolitik* que pour les fantasmes de grandeur pour des colosses aux pieds d'argile. Pourtant, l'Europe et son devenir demeurent l'une des questions les plus intéressantes posées par cet après-guerre. Césaire pose la question bien différemment et y répond en intimant :

« ... si l'Europe occidentale ne prend d'elle-même, en Afrique, en Océanie, à Madagascar c'est-à-dire aux portes de l'Afrique du sud, aux Antilles c'est-à-dire aux portes de l'Amérique, l'initiative d'une politique des nationalités, l'initiative d'une politique nouvelle fondée sur le respect des peuples et des cultures ; que dis-je, si l'Europe ne galvanise les cultures moribondes ou ne suscite des cultures nouvelles ; si elle ne se fait réveilleuse de patries et de civilisations, ceci dit sans tenir compte de l'admirable résistance des peuples coloniaux... l'Europe se sera enlevé à elle-même son ultime chance et, de ses propres mains, aura tiré sur elle-même le drap des mortelles ténèbres ».

Cette tirade trempée d'anxiété et de confiance de Césaire exprime l'inquiétude que suscite la dévoration par les États-Unis, aux moyens de leur économie, leurs règles financières, leurs doctrinaires et leurs marines, de ce qu'ils

considèrent comme leur arrière-cour : les pays caraïbes et d'Amérique centrale. Il s'entend que l'éveil de nationalités se conçoit comme éléments de vitalité, non de repli, comme parties effervescentes d'un tout, non comme crispation. Car « toute culture naît du mélange, de la rencontre, des chocs. A l'inverse, c'est de l'isolement que meurent les civilisations » comme l'assène Octavio Paz.

Il faut d'ailleurs convenir que par son ardeur à rédiger et adopter des conventions, à les armer de droits humains et d'exigences, l'Europe a su réveiller ses immunités contre les barbaries et restaurer ses propres fondations culturelles et éthiques. Elle n'était pas exempte d'ambivalences. Ce sont d'ailleurs ces ambivalences qui, en la perdant, la sauveront, lorsque les peuples colonisés ou dominés brandiront à la face de leurs oppresseurs ces valeurs et ces discours forgés au cœur même de l'humanisme européen, lorsqu'ils afficheront leur propre bagage culturel, immatériel, spirituel, moral, esthétique restauré et réhabilité, et qu'ils y camperont pour exhiber leur part d'apport au patrimoine de l'humanité. Et donc leur droit à la liberté et la souveraineté.

Au terme de la mondialisation issue des siècles de traite négrière et d'esclavage, puis des crimes et malentendus de la colonisation, le droit international qui a tenté d'éclorre était inspiré par des antagonismes entre les morcellements d'empire, les partages d'empires, les convoitises de nouvelles métropoles. A la sortie de la Seconde Guerre mondiale, les dynamiques d'émancipation s'intensifient et vont obliger, avec plus ou moins de résultats, les métropoles à se confronter à leurs valeurs, leurs discours et les missions de leurs troupes. Il faudra encore du temps pour surmonter la culture de la domination et du bon droit des autoproclamées races supérieures.

Le nouveau droit international, beaucoup plus abouti cette fois, intégrera des contradictions, à défaut de les résoudre. Ainsi, la Charte des Nations unies reconnaît aussi bien l'intangibilité des frontières, donc celles d'empires coloniaux, que le droit à l'autodétermination des peuples. Elle pose néanmoins un socle démocratique solide à travers le principe : un pays, une voix, quelle que soit la taille et la richesse. Même si le Conseil de sécurité, autant instrument de pouvoir que résurgence du monde des empires, pondère fortement la praticabilité de cet affichage d'égalité.

Le droit international élaboré après la deuxième guerre mondiale a pris en charge les violations flagrantes de droits et de liberté, en formulant une série d'interdits : esclavage, traite des personnes, mariages forcés, servitudes pour dettes, trafics d'organes, etc. Il s'est attaqué au summum des crimes : le crime contre l'humanité. Et c'est l'aune pour la crédibilité et l'utilité. « Il y a des matières y compris dans le domaine de la protection des droits de l'homme, où l'on a parfois besoin de règles identiques. Le crime contre l'humanité en est précisément l'exemple » expliquait Mireille Delmas-Marty à propos de la nécessaire

harmonisation du droit international, eu égard aux bouleversements contemporains.

Ce travail accompli, il reste à comprendre pourquoi l'efficacité d'un *corpus* juridique aussi clairvoyant, cohérent, éloquent et pragmatique, reste si partielle, inégale et inconstante. C'est là la mesure de la probité des instances multilatérales.

Il faudra retenir la définition des droits, pour leur efficacité, telle que l'a exposée Simone Weil dans son livre *Lenracinement*, sous-titré *Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, et qui fut publié avant la proclamation de la Déclaration universelle. « Un droit n'est pas efficace en lui-même, mais seulement par l'obligation à laquelle il correspond » précise-t-elle.

Comprendre ce que porte en poids mort le droit international, paraît indispensable pour saisir dans quelle mesure aussi bien ses concepteurs que les institutions chargées de les mettre en œuvre, ont pu s'affranchir de l'empreinte d'un monde normé selon un droit coutumier de la force. La suspicion n'a pas disparu. Elle pèse jusque sur la Cour pénale internationale.

Ce n'est pourtant pas armés des meilleures évaluations et analyses que nous franchirons la prochaine étape. Car il s'agit, désormais, « d'entrer ensemble dans cette nouvelle région du monde » comme l'a pressenti Edouard Glissant. Cette nouvelle région du monde n'est ni géographique, ni physique. Il ne reste plus de terres à découvrir et conquérir. Les guerres de frontières et de territoires se déroulent en terrain connu, et souvent déjà administré. Notre monde est circonscrit. Il est épié, contemplé, mesuré par des satellites. Il est relié par ses océans, ses fleuves et ses bassins versants, ses marécages et ses montagnes qui traversent les lignes de l'histoire des guerres et des traités, ses déserts de sable et ses dunes que fait voyager le vent. Il est un tout lorsque les pandémies le bousculent et mettent en lumière la violence des inégalités.

Ce monde qui, aujourd'hui, peut implorer sous la tyrannie de la fureur matérialiste et financière, porte en lui les forces d'un basculement vers une possible convivialité. Comme pour la mondialisation, actuellement sous la coupe de fortunes exhibitionnistes, de spéculations

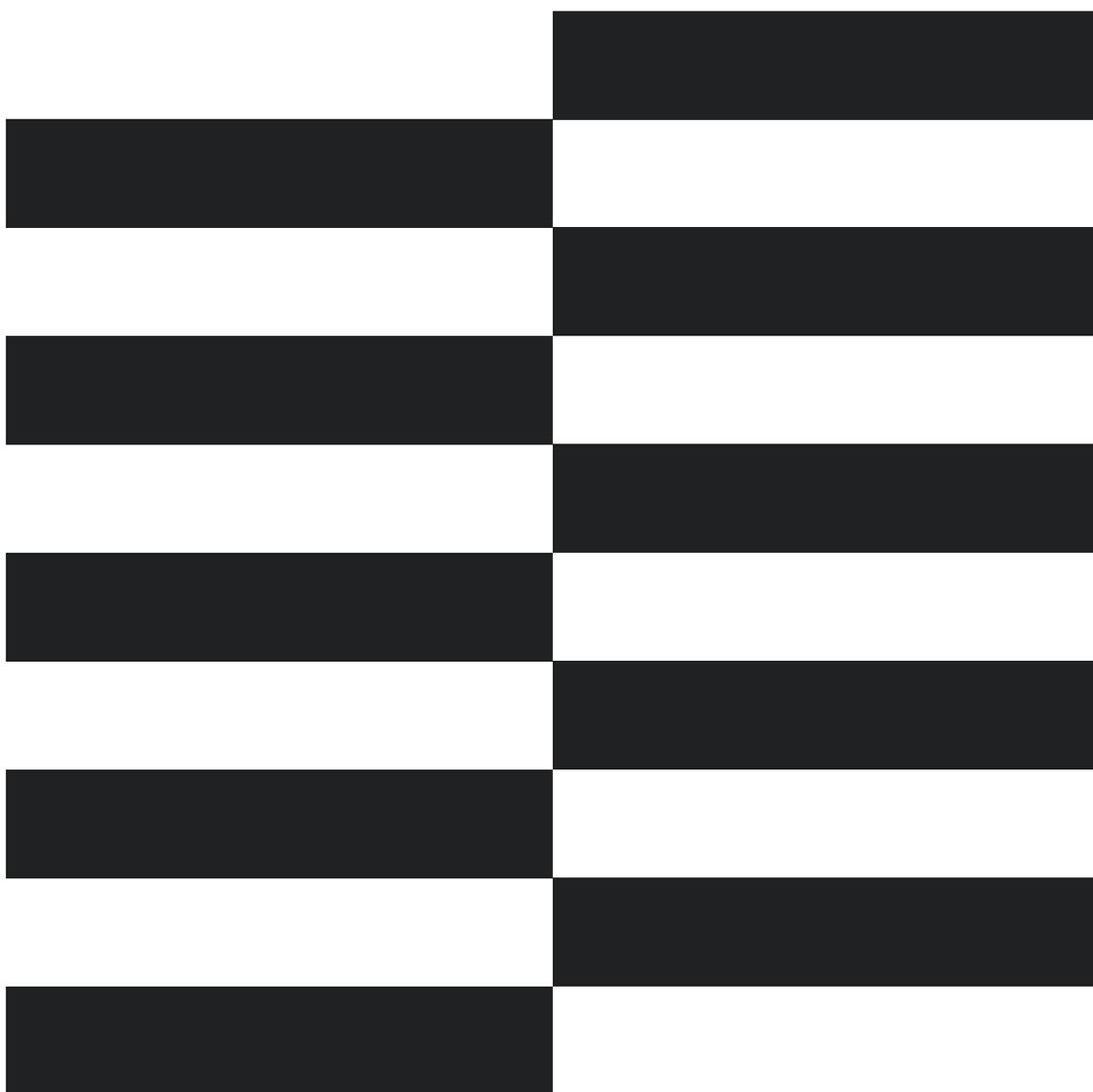
braillardes, de prédatons insatiables, d'opulences indécentes, l'avenir désirable du monde reste entre les mains des multitudes.

La mondialisation a été pressentie par ceux qui ont présidé aux logiques du chaos meurtrier, vite relayés par ceux qui y ont vu un marché trop vaste pour être sérieusement réglementé ou contrôlé.

De même, celles et ceux qui ont refusé d'abandonner le monde aux hasards et de céder devant la confiscation de l'avenir commun, ont eu de multiples intuitions de la mondialité. Cette mondialité dont les prémices sont déjà dans la mondialisation. Comme les kwis. Edouard Glissant nous laisse supposer la mondialité comme provenant de l'Êtant en Relation. Cette Relation est la seule alternative à la grande brutalité, aux peurs, aux recroquevillements, aux compétitions mortifères. La mondialité contient à la fois la conscience du monde et la volonté de le relier non par la seule économie marchande, mais par une envie d'un devenir solidaire. Est-ce là une mission du Droit ? Peu probable. Le Droit peut instaurer la confiance et l'apaisement, la paix et la justice. La Relation procède d'autres champs, ceux d'identités dynamiques et vécues dans la curiosité envers soi, ceux de l'altérité et de ses aléas, ceux de la dignité inaliénable. Faudra-t-il au moins cesser de chasser la poésie de la politique, la beauté de la vie quotidienne.

Avec leur boussole des possibles, Mireille Delmas-Marty et Antonio Benincà ont entrepris de rendre intelligibles des concepts pouvant naviguer entre les normes (juridiques) et les canons (esthétiques) pour donner corps et image à un langage commun. Passerelles hasardeuses mais essentielles. Rencontres en harmonies et/ou par chocs. C'est dans ces champs-là : littérature et toutes expressions artistiques que peuvent se déployer les inopinés qui guériront les blessures infligées par le chaos meurtrier auquel succèdera le chaos-monde, imprédictible et inextricable tel que prophétisé par Glissant. L'aventure est universelle au sens inhabituel où dans ce monde du divers, des contraires et des opposables, reconnu comme tel, toutes civilisations, toutes cultures, toutes expériences humaines peuvent se côtoyer, se reconnaître, s'amender, s'opposer. Sans s'éliminer.

# Acteurs





Frédéric Baab • Procureur européen\*

## Le parquet européen sera-t-il un coup de poignard en plein cœur ?

56

Le parquet européen devrait entrer en fonction au printemps 2021. Le bouleversement qu'il représente au niveau institutionnel et politique a déjà été maintes fois commenté. Quelques-uns se sont emparés du sujet pour dénoncer un nouvel abandon de souveraineté au profit du Léviathan européen ; d'autres ont critiqué la nouvelle procédure introduite dans la loi de transposition du 24 décembre 2020, y voyant le risque d'un effacement progressif du juge d'instruction, avec pour corollaire un recul immédiat des droits de la défense. Un article paru il y a quelques mois dans la revue *Dalloz actualité* résume assez bien ces critiques. Après avoir jugé que cette transposition constituait une « nouvelle étape inquiétante », les auteurs concluaient avec un brin d'irritation que « la spécificité de la procédure pénale à la française se trouve ici contrariée »<sup>1</sup>. Le président de l'Association française des magistrats instructeurs ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme avec aplomb que le procureur européen délégué est un « faux procureur », avant de regretter « qu'on n'ait pas pensé à créer un juge d'instruction européen »<sup>2</sup>. On se demande en effet pourquoi personne n'y a pensé depuis vingt ans, à part lui. Serait-ce parce que le juge d'instruction n'existe aujourd'hui que dans cinq États membres sur vingt-sept, ou plus simplement parce que le principe même d'une politique pénale européenne est incompatible avec son maintien ? C'est à creuser.

Dans un autre article on va même jusqu'à qualifier le parquet européen de « monstre juridique » - rien que ça - « un peu comme si on faisait entrer un juge d'instruction dans les habits d'un procureur, mais sans le dire »<sup>3</sup>.

\* Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que leur auteur et ne sauraient être considérées comme constituant une prise de position officielle du parquet européen.

1. C. Mensous et F. Pelloux, « Les forces et les faiblesses de la transposition du parquet européen en droit français », *Dalloz actualité*, 8 décembre 2020.
2. « Futur parquet européen : 'le procureur européen délégué est un faux procureur' », Pascal Gastineau, président de l'Association française des magistrats instructeurs, propos recueillis par Jean-Baptiste Jacquin, *Le Monde*, 21 août 2019.
3. J.-B. Jacquin, « Les pouvoirs hors normes du parquet européen », *Le Monde*, 19 août 2019.

Privé de toute humanité, il ne serait donc en vérité qu'une effroyable chimère, sorte d'Indominus-Rex parlant le volapük, ou plus exactement l'anglais, ce qui en ces temps de Brexit ne manque évidemment pas de sel<sup>4</sup>. Ainsi voit-on se développer à travers ces jugements sévères une défiance de principe à l'égard du parquet européen, une défiance arc-boutée sur la défense du droit français, dont la figure de proue redeviendrait, comme par magie, le juge d'instruction. Celui que l'on critiquait tant hier encore, ce juge en suspension entre siège et parquet, ce juge dont on dénonçait, pêle-mêle, les coupables lenteurs et les hyper-pouvoirs - encore un mutant ! -, se voit propulsé soudain en première ligne, tel un dernier rempart contre cette « inquiétante » dérive, ce mauvais coup porté à nos lois par on ne sait quelle conjuration, dont Balzac aurait pu retracer la splendeur et la chute dans une nouvelle « Histoire des Treize ».

La réaction attendue serait sans doute que ce parquet européen rentre dans le rang. Mais c'est précisément ce qu'il ne doit pas faire. À quoi bon créer un ministère public européen, si celui-ci ne devait rien changer aux organisations actuelles ? À quoi bon créer une autorité de poursuite supranationale, si celle-ci devait se plier sans broncher aux systèmes nationaux ? Le parquet européen n'a pas vocation à se faire discret.

### Un parquet indépendant parce qu'euro-péen

Si les réactions positives ont été moins nombreuses, elles ont été - osons le dire - de meilleur niveau. Il y a d'abord eu cette tribune publiée par le procureur général près la Cour de cassation, François Molins, et l'un de ses prédécesseurs, Jean-Louis Nadal, qui ont appelé à mieux garantir l'indépendance des procureurs français en soulignant que « l'arrivée d'un parquet européen, doté d'un statut d'indépendance et intégré dans notre système judiciaire national, pose à nouveau la question de la nécessaire indépendance statutaire du parquet français »<sup>5</sup>. L'indépendance est en effet un des attributs essentiels de ce nouvel organe judiciaire. Garantie par le règlement qui en pose le principe à l'article 6, elle l'est aussi par le statut et le mode de recrutement de ses membres dont la nomination devra toujours être validée *in fine* par l'échelon européen<sup>6</sup>.

Conformément à ce même règlement, qui décidément prévoit tout, on vérifiera chaque fois que les candidats possèdent les compétences professionnelles requises et que leur indépendance est établie comme dit le texte « au-delà de tout doute possible ». Cela vaut aussi bien pour les procureurs européens basés à Luxembourg, que pour les procureurs européens délégués implantés dans chaque État membre : les premiers sont nommés, non par

4. « Malgré le Brexit, le futur parquet européen parlera anglais », *Le Point.fr*, 6 octobre 2020.
5. F. Molins, J.-L. Nadal, « Il est urgent de garantir l'indépendance statutaire des magistrats du parquet », *Le Monde*, 2 septembre 2020.
6. Règlement UE 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 « mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du parquet européen », JOUE du 31 octobre 2017.

leur propre pays, mais par le Conseil JAI qui se prononcera sur la base d'un avis rendu par un panel de douze experts indépendants qui les aura classés par ordre de mérite ; quant aux seconds, leur désignation par les autorités nationales ne deviendra effective que lorsqu'elle aura été validée par le collège des procureurs européens.

Ce contrôle par l'échelon européen est encore plus poussé lorsqu'il s'agit du chef lui-même, dont on rappelle qu'il adresse directement sa candidature à la Commission européenne sans passer par ses autorités nationales (ce qui n'est pas la moindre des garanties). Entendu lui aussi par ce même panel de douze experts européens qui propose ensuite une liste restreinte de quelques candidats, il est nommé « d'un commun accord » par le Parlement européen et le Conseil. La recherche d'un commun accord pourra d'ailleurs se heurter au départ à un vrai désaccord entre les deux institutions qui défendront chacune leur propre champion. Loin d'être un problème, ce désaccord initial permettra au contraire d'ouvrir un débat sur les qualités respectives des deux derniers candidats en lice. La nomination de Laura Kövesi contre la volonté de son propre gouvernement, qui a littéralement fait obstruction à sa candidature tout au long de la procédure, en est le meilleur exemple. Ce n'est pas seulement sa nomination, mais la manière dont elle a été obtenue, qui lui permet de revendiquer aujourd'hui une pleine indépendance.

Qu'il agisse au niveau central à Luxembourg ou par l'intermédiaire de ses cent-quarante procureurs délégués dans les vingt-deux pays qui participent aujourd'hui à la coopération renforcée, la liberté d'action du parquet européen vaudra bien celle d'un juge d'instruction. Elle sera même supérieure à la sienne, car contrairement à ce dernier qui ne peut agir - rappelons-le - que sur saisine du procureur, le parquet européen se saisira lui-même des faits sur lesquels il mènera ses enquêtes. Ce droit d'évocation, qui est la première condition de son efficacité, est expressément prévu à l'article 27 du règlement.

« Indépendant parce qu'europpéen », ce pourrait être la devise de ce nouvel organe judiciaire qui fonctionnera à deux niveaux : un niveau central représenté par le chef du parquet européen, le collège des « procureurs européens » et les « chambres permanentes », et un niveau décentralisé représenté par les « procureurs européens délégués » qui seront ses points de contact opérationnels dans chacun des vingt-deux pays participants. Le niveau central conduira l'action publique qui sera exercée en pratique par des chambres permanentes auxquelles les dossiers seront attribués à tour de rôle. Ce sont elles qui statueront sur les suites à donner après la clôture de l'enquête (renvoi devant la juridiction de jugement, classement sans suite ou troisième voie) ; ce sont elles également qui se prononceront sur l'exercice des voies de recours. Le collège du parquet européen a prévu de créer quinze chambres permanentes en son sein. Elles seront composées, chacune, de trois procureurs européens, qui n'auront par définition aucune proximité ni aucun lien

personnel avec le pays dans lequel les investigations seront conduites. Une enquête ouverte en France pourra ainsi être traitée par une chambre permanente composée d'un procureur européen allemand, d'une procureure européenne autrichienne et d'une estonienne. Indépendant par nature, le parquet européen sera donc détaché en pratique de toute contingence nationale ; ou pour le dire autrement, les décisions qu'il prendra dans les dossiers, et la jurisprudence qui s'en dégagera par la suite, seront toujours une œuvre collective.

Les chambres permanentes ont certes la possibilité de transférer leurs pouvoirs au procureur européen du pays concerné, mais cette faculté est limitée par le règlement aux affaires d'importance mineure. Hors de question, en effet, de recréer en son sein des chaînes de commandement purement nationales, où chaque procureur européen conduirait lui-même sa propre équipe de procureurs européens délégués. Ce qui pose la question du « lien national », agité comme un épouvantail par certains durant la négociation, mais dont le maintien est en réalité indispensable à son fonctionnement. Rappelons d'abord qu'il est consubstantiel au projet même de parquet européen. Dans le fameux « *Corpus Juris* » publié en 1997 sous la direction de Mireille Delmas-Marty, il était prévu en effet que les affaires seraient jugées par les juridictions des États membres<sup>7</sup>. C'était d'ailleurs une des habiletés de cette étude qui ne proposait pas d'instaurer une juridiction de jugement supranationale en contrepoint du ministère public qu'elle voulait mettre en place. C'eût été, pour le coup, un vrai « monstre juridique » et le meilleur moyen de tuer le projet dans l'œuf, car on l'aurait privé de toute légitimité : lorsqu'elle ne juge pas des crimes hors du commun, la justice aura toujours besoin d'un cadre national pour se faire accepter.

Ce lien national est d'autant plus nécessaire que l'action publique ne se limite pas à la décision finale sur l'exercice - ou non - des poursuites. Le parquet européen, s'il veut réellement asseoir son autorité, doit pouvoir exercer son contrôle tout au long de l'enquête. Ce qui ne veut pas dire qu'il faille « caporaliser » les procureurs européens délégués dans les États membres. Ceux-ci doivent pouvoir conserver une marge de manœuvre et même une part d'initiative dans la conduite de leurs investigations. Bref, il faut un contrôle, mais un contrôle suffisamment distancé pour ne pas étouffer les acteurs de terrain. Le règlement l'a qualifié de « supervision », ce qui traduit assez bien l'idée. En application de ce lien national, dont on voit bien l'utilité, cette supervision sera confiée au procureur européen du pays dans lequel l'enquête est conduite.

Pourquoi celui-là et pas un autre ? Parce qu'il est le seul à pouvoir le faire. Qui d'autre que lui connaîtra suffisamment bien le droit applicable pour apprécier au cas par cas les décisions à prendre dans un dossier ? Qui d'autre que lui sera capable d'évaluer concrètement les

7. M. Delmas-Marty, *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Economica, Paris, 1997, p. 179.

difficultés qui se poseront parfois pour accomplir tel ou tel acte ? Seul un magistrat du pays concerné sera en mesure de se prononcer en pleine « connaissance de cause ». Toute autre solution saperait immédiatement l'autorité du parquet européen dans les États membres. Je me contenterai de donner ici un seul exemple, le plus modeste qui soit : le mien. J'ai exercé les fonctions de magistrat de liaison en Allemagne pendant quatre ans ; j'étais suffisamment à l'aise en procédure pénale allemande pour répondre sans trop de difficulté au questionnaire très détaillé que m'avait adressé la commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau qui souhaitait disposer de quelques éléments de droit comparé ; j'ai même écrit, avant de quitter Berlin, un article, passé totalement inaperçu à l'époque, sur la justice pénale en Allemagne qui a été publié dans la revue « *Questions internationales* » en mars 2008 (il est vrai que le numéro était principalement consacré au Japon)<sup>8</sup>. Serais-je qualifié aujourd'hui pour superviser des enquêtes conduites par les procureurs européens délégués allemands ? La réponse est non.

La représentation du parquet européen dans les États membres est assurée par les procureurs européens délégués. Ils constituent ce que le règlement appelle le niveau « décentralisé » qui est en réalité un échelon déconcentré. Rappelons d'abord qu'ils sont des membres à part entière du parquet européen. Il est certes prévu dans le règlement qu'un procureur européen délégué puisse travailler à temps partiel pour le parquet européen et être occupé le reste du temps à des fonctions de procureur national, « pour autant que cela ne l'empêche pas de s'acquitter des obligations qui lui incombent en application du présent règlement »<sup>9</sup>. Cette disposition est le résultat d'un compromis passé avec certains États membres qui, pour des diverses raisons, tenaient impérativement à ce que les représentants du parquet européen puissent conserver une double casquette ; d'autres, au contraire, craignaient, à juste titre, que cette double casquette, un peu trop large pour un seul crâne, ne se transforme assez vite en une double tutelle, voire une double allégeance. Cette faculté a été écartée en pratique par la plupart des pays participants.

Ainsi donc, qu'il s'agisse de la nomination de ses membres ou de son fonctionnement, le parquet européen sera indépendant parce que précisément il est... européen. Dans un système où la prise de décision se trouvera par nature affranchie de toute allégeance nationale, l'indépendance de ce parquet sera véritablement établie dans toutes ses composantes « au-delà de tout doute possible ».

### **Vous avez dit « droit national » ? En Europe, comme ailleurs, certains pays sont plus égaux que d'autres**

L'autre élément essentiel, s'agissant des procureurs européens délégués, est qu'ils sont, contrairement à ce

qu'on a pu dire, de vrais procureurs. Le règlement prévoit expressément qu'ils seront « investis des mêmes pouvoirs que les procureurs nationaux dans le domaine des enquêtes, des poursuites et de la mise en état des affaires »<sup>10</sup>. C'est l'essence même du projet depuis 1997, son cœur battant : sans un transfert complet de compétence à son profit, point de parquet européen ! Une fois le principe acquis, et le texte adopté, il restait à le transposer en droit interne. Car même si le règlement est d'application directe, sa mise en œuvre nécessitait de prendre des mesures d'adaptation dans chacun des vingt-deux pays concernés.

Et dans cet exercice, si tous les pays sont tenus en principe aux mêmes obligations, force est de reconnaître que certains d'entre eux, comme dans la « Ferme des animaux » redevenue « Ferme du manoir », sont plus égaux que d'autres... Dans le système allemand, par exemple, qui a supprimé le juge d'instruction (*Untersuchungsrichter*) en 1974, le procureur est la seule autorité judiciaire à conduire les enquêtes. Il le fait, bien entendu, sous le contrôle d'un « juge des enquêtes » (*Ermittlungsrichter*) qui ordonnera lui-même les actes coercitifs et plus largement toutes les mesures attentatoires aux libertés et droit fondamentaux (perquisitions, saisies, détention provisoire, etc). Or ce modèle est le standard sur lequel a été pensé le parquet européen : point besoin de transposition, le règlement peut s'y glisser comme dans un chausson.

Mais dans un pays comme la France, qui connaît encore le juge d'instruction, l'exercice est nettement plus complexe, pour ne pas dire compliqué. Le point était délicat à traiter sur le plan juridique, mais aussi politique, car le maintien du juge d'instruction dans le champ des atteintes aux intérêts financiers de l'Union était par principe incompatible avec la mise en place d'un parquet européen. À quoi bon créer une autorité de poursuite supranationale, si celle-ci avait dû se dessaisir dans certains pays au profit d'une autorité judiciaire nationale qui eût agi selon son bon vouloir, une fois saisie ? La carte du parquet européen serait devenue un *patchwork* incompréhensible : selon qu'il aurait enquêté en France ou en Allemagne, le contrôle sur les enquêtes et les poursuites lui aurait entièrement échappé dans un cas, alors qu'il l'aurait conservé dans l'autre. Il fallait donc écarter le juge d'instruction de son champ de compétence, avec les conséquences que pouvaient avoir un tel choix. C'est le premier point que nous avons fait trancher par Christiane Taubira lorsque nous avons commencé à travailler sur le projet de parquet européen au début de l'année 2013. Si la ministre avait refusé cette option, nous ne serions pas allés plus loin dans la réflexion.

La France a donc fait le choix de conférer les pouvoirs du juge d'instruction au procureur européen délégué ; ou pour dire les choses plus précisément, elle a fait le choix, comme le rappelle l'étude d'impact, de ne pas créer de nouveau cadre d'investigation pour les procureurs européens délégués, une option écartée « en raison non

8. F. Baab, « La justice pénale en Allemagne », *Questions internationales*, La Documentation française, mars-avril 2008, n°30.

9. Art. 13, paragraphe 3, du règlement UE 2017/1939 du Conseil.

10. Art. 13, paragraphe 1, *op. cit.*

seulement de sa complexité mais également de son inutilité »<sup>11</sup>. La question a été réglée par un simple renvoi aux trois cadres procéduraux existants, à savoir : l'enquête de flagrance, l'enquête préliminaire et l'information judiciaire. Ces dispositions introduites dans la loi du 24 décembre 2020 relative au parquet européen nous mettent ainsi en conformité parfaite avec le règlement, tout en préservant l'ordre juridique français (articles 696-113 et 696-114 du Code de procédure pénale)<sup>12</sup>.

Le choix par le procureur européen délégué de recourir à l'information judiciaire et les critères qui l'entourent sont la charnière la plus importante du texte. Contrairement à ce qu'on a pu écrire ici ou là, cette décision ne se fera pas en pure opportunité. La loi précise en effet le cadre d'action à l'article 696-14 du Code de procédure pénale (CPP) dont le libellé exact mérite d'être rappelé : « Lorsqu'il est nécessaire, soit de mettre en examen une personne ou de la placer sous le statut de témoin assisté, soit de recourir à des actes d'investigation qui ne peuvent être ordonnés qu'au cours d'une instruction, en raison de leur durée ou de leur nature, le procureur européen délégué conduit les investigations conformément aux dispositions applicables à l'instruction ». En dehors de ces hypothèses, le parquet européen poursuivra ses investigations dans le cadre de l'enquête préliminaire.

Voilà donc un procureur qui revêtira parfois les habits d'un juge d'instruction. La substitution est complète, puisque c'est lui également qui, une fois l'instruction terminée, rendra une ordonnance de renvoi ou de non-lieu, ou qui proposera le recours à une troisième voie (article 696-132 du CPP). Membre à part entière du parquet européen, il suivra les instructions de la chambre permanente à laquelle son dossier a été attribué. Ce qui ne pose aucun problème puisque la décision précisément lui appartient.

Son action sera bien entendu soumise au contrôle du juge des libertés et de la détention qui ordonnera lui-même toutes les mesures de coercition pour lesquelles l'intervention d'un juge est nécessaire. On retrouve ici le même équilibre qu'en droit allemand entre le parquet « maître de l'enquête » et le juge des enquêtes qui lui fait contrepoint<sup>13</sup>. Ainsi se dessine une ligne de partage entre siège et parquet qu'aucun des deux protagonistes n'a le droit de franchir. Car si le juge restera toujours *in fine* le seul gardien des droits individuels, il ne peut pas se prononcer sur l'opportunité de la mesure sollicitée par le parquet : la direction d'enquête et l'exercice des poursuites sont des prérogatives du procureur, c'est un domaine dans lequel il doit rester seul maître à bord. Il arrive cependant que la frontière se fasse plus floue, lorsque le

juge, allant au-delà d'un simple contrôle de légalité, étend son examen à la « proportionnalité » de la mesure. Les termes du débat sont connus.

Ce qui ne veut pas dire qu'il ne faille pas en débattre. La mise en place de ce nouveau cadre processuel suscitera des interrogations et des inquiétudes, des incompréhensions également. Le respect des droits de la défense et des autres parties au procès sera un des sujets à traiter en priorité ; et il faudra le faire avec les avocats et les représentants des barreaux sans l'aide desquels tout ira de travers.

Le parquet européen mènera donc ses enquêtes dans le cadre des procédures pénales nationales. Ce n'était pas l'option retenue au départ dans le *Corpus Juris*, ni dans le *Livre vert publié par la Commission en 2001 sur la protection des intérêts communautaires*<sup>14</sup>. Bien qu'elle se soit toujours défendue de vouloir mettre en place une « codification pénale européenne », l'idée d'une harmonisation *a minima* sur la base du principe de légalité des poursuites était en arrière-plan. Cette idée a été exprimée plus clairement dans le cadre de travaux financés par la Commission dans le cadre du programme de lutte antifraude « Hercule II » géré par l'OLAF. Leurs conclusions ont été présentées par une professeure de droit de l'université de Luxembourg, Madame Katalin Ligeti, lors d'une conférence à Berlin en novembre 2012. Celle-ci avait proposé à cette occasion un set complet de « règles modèles » (*model rules*) destiné à servir de base au cadre d'enquête prévu pour le futur parquet européen. L'idée avait été soutenue avec un bel enthousiasme par le Directeur Général de l'OLAF également présent à cette conférence. Sans harmonisation préalable, avait-il dit, ça ne marchera pas ! La question de l'admissibilité des preuves devant les juridictions de jugement était un des principaux arguments avancés par eux. Comment garantir leur force probatoire au moment du procès lorsque ces preuves auront été collectées dans un autre État membre ? D'où la nécessité d'harmoniser les règles au maximum. Sinon, comme le martelait Giovanni Kessler de toutes ses forces à la tribune, ça ne marchera pas !...

Et comme la France et l'Allemagne pensaient exactement le contraire, la Garde des Sceaux, Christiane Taubira, et son homologue allemande, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, ont décidé quelques jours plus tard de créer un groupe de travail franco-allemand sur le thème du parquet européen. Ces travaux menés tambour battant ont débouché sur une déclaration commune signée par les deux ministres le 20 mars 2013, premier jour du printemps. Publiée en français et en allemand, elle affirme très clairement que « la mise en place rapide du parquet européen ne pourra se faire à ce stade que dans le cadre et en application des droits nationaux des États membres, complétés par le bloc de garanties procédurales que nous négocions actuellement ». Ce qui revient à dire deux choses : 1) Si vous voulez vous engager dans la négociation d'une procédure pénale européenne, vous

11. Étude d'impact au projet de loi relatif au parquet européen et à la justice pénale spécialisée, p. 72.

12. Loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée – JORF du 26 décembre 2020.

13. La mission du parquet en Allemagne est résumée dans une célèbre formule : « Die Staatsanwaltschaft ist Herrin des Ermittlungsverfahrens » (« le parquet est maître de l'enquête »).

14. Livre vert sur la protection des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, Bruxelles, 11 décembre 2001, p. 52.

condamner l'instrument par avance, parce qu'il n'y aura jamais d'accord possible sur un sujet aussi sensible et complexe. 2) Contentons-nous donc, pour commencer, des quelques directives d'harmonisation actuellement en cours de négociation dans le champ des garanties procédurales en matière pénale. C'est déjà assez compliqué comme ça, alors même qu'elles ne portent que sur des évidences (accès au dossier, droit à un avocat, droit à un interprète, droit à la traduction des principales pièces de la procédure, aide juridictionnelle). Dit plus crûment : ce projet n'est pas seulement le fruit d'une réflexion entre universitaires, c'est aussi un projet politique.

**Where do you come from?... Le parquet européen n'est pas un phénomène isolé, son histoire est ancrée dans celle de l'espace judiciaire européen**

La base légale est à l'article 86 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui prévoit que, pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité après approbation du Parlement européen, peut instituer un parquet européen à partir d'Eurojust (*from Eurojust*). Ajoutons qu'en l'absence d'unanimité, un groupe composé d'au moins neuf États membres peut adopter le projet dans le cadre d'une « coopération renforcée ». Cela semble clair, et pourtant...

De quoi parlons-nous d'abord quand nous disons « parquet européen » ? S'agit-il d'un parquet, comme on l'entend communément, ou d'un procureur ? Le titre même de l'institution, tel qu'il figure dans la version anglaise du règlement - *European Public Prosecutor's Office* - laisse penser qu'il s'agirait plutôt d'un procureur. Sauf que le même titre en français fait référence à un « parquet européen ». Alors qui faut-il croire, le texte en anglais ou la version française ? On pourrait penser que cet écart entre les deux versions est purement fortuit, ce qui n'est pas tout à fait le cas. Le Traité lui-même, en changeant de version linguistique, passe lui aussi d'une notion à une autre. Comme quoi, selon qu'il s'exprime en français ou en anglais, le législateur européen ne pense pas la même chose. Or dans ce dossier, la Commission a toujours pensé en anglais. Cette notion de « *European Public Prosecutor's Office* » reflète exactement ce qu'elle visait à l'époque : un procureur européen unique, entouré au besoin d'un aréopage d'adjoints représentant la diversité juridique et culturelle de l'Union, auquel seraient directement rattachés des procureurs européens délégués dans les États membres. Cette conception du parquet européen s'inspire directement du *Corpus Juris* et des conclusions du Livre vert sur la protection des intérêts financiers précités où l'on explique que les expressions « procureur européen » et « parquet européen » sont en réalité les deux faces d'une même pièce : dans un cas on désigne le chef, dans l'autre son administration<sup>15</sup>. On y trouve aussi

quelques naïvetés, comme cet espoir inlassablement répété que tout s'arrangera le jour où le principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice entrera en vigueur au sein de l'espace judiciaire européen.

Vingt ans plus tard, commençons par rendre hommage à ces experts de haut niveau qui ont travaillé dans un même esprit et au service d'une même ambition. Ce sont eux, avec l'aide de quelques magistrats, comme Giovanni Falcone ou Renaud van Ruymbeke, qui sont à l'origine de notre Europe de la Justice : sans ce travail de fond qu'ils ont produit à l'époque, point de mandat d'arrêt européen, point d'agence Eurojust, point de parquet européen. J'ai voulu rendre hommage à mon tour à Mireille Delmas-Marty en l'invitant à la prestation de serment des vingt-deux procureurs européens et de leur cheffe devant la Cour de Justice de l'Union européenne, le 28 septembre 2020. Je lui ai donné le texte de mon serment en français ; elle m'a donné une version du *Corpus Juris* en anglais, une version plus récente, celle de « Florence », en me disant presque en riant : « ça vous sera plus utile qu'à moi ». Il faisait plutôt beau ce jour-là à Luxembourg, le ciel était laiteux, mais rempli de soleil, un soleil encore flamboyant malgré son entrée dans l'automne. Ce fut pour nous deux, je crois, une belle journée.

Cette réflexion initiale, ces premiers travaux conduits presque à l'aveugle, il faut les resituer dans leur chronologie. Au moment où paraît le *Corpus Juris* en 1997, l'espace judiciaire européen n'existe pas encore, Eurojust non plus. L'idée est déjà présente dans tous les esprits, mais il faudra attendre encore deux ans et le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 pour que cet objectif devienne une priorité politique. Si la qualité de la réflexion conduite par Mireille Delmas-Marty a été unanimement reconnue à l'époque, son projet de ministère public européen venait trop tôt. Comme elle l'a rappelé elle-même lors d'un colloque à la Cour de cassation le 13 avril 2018, la démission collective en mars 1999 de la Commission présidée par Jacques Santer, à laquelle on reprochait des irrégularités financières et un manque de rigueur budgétaire, aurait pu être l'occasion de mettre en place un parquet européen. Elle a simplement débouché sur la création de l'Office de lutte antifraude (OLAF). Simple direction de la Commission européenne, organe hiérarchisé par excellence, on décida de lui adjoindre un comité de surveillance pour garantir son indépendance, un comité dont Mireille Delmas-Marty deviendra « par une ironie de l'histoire », nous dit-elle, la première présidente<sup>16</sup>. L'idée d'un parquet européen n'a toutefois pas été abandonnée, et elle sera reprise, vingt ans après, dans le Traité de Lisbonne.

Une idée audacieuse et simple à exprimer - un parquet européen -, mais dont la mise en œuvre était singulièrement complexe, et ce, pour deux raisons. La première était purement technique. Rien de plus compliqué, en

15. Livre vert sur la protection des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, *op. cit.*, p. 28.

16. M. Delmas-Marty, « Lectures du règlement instituant le parquet européen » in *Propos introductifs*, le double contexte du règlement instituant le parquet européen, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, mars 2018.

effet, que de créer de toutes pièces un ministère public européen. Il faut tout prévoir si l'on veut que ça marche : la répartition des pouvoirs entre l'échelon central et l'échelon national, la structure et le fonctionnement interne de l'organe, le droit applicable aux enquêtes et aux poursuites, la coopération transnationale, les relations avec les partenaires, etc. L'autre difficulté était de nature politique. Car au-delà des aspects juridiques et techniques, la création d'un parquet européen représentait un transfert complet de souveraineté au profit d'une autorité judiciaire supranationale. Or les États membres n'étaient pas prêts à accepter un tel sacrifice sans obtenir quelques garanties en retour. Il suffit de se reporter à l'étude publiée par le Conseil d'État en 2011 qui estimait alors que « pour ce qui est du mode d'organisation, une structure collégiale comprenant un représentant par État membre serait davantage acceptable au regard des considérations relatives à la souveraineté nationale », étant rappelé que « la référence à Eurojust, elle-même instance collégiale, figurant au paragraphe 1er de l'article 86, comme base ou modèle du futur parquet européen, plaide en ce sens »<sup>17</sup>.

Et c'est précisément ce que nous avons plaidé ! Le projet a ainsi donné lieu, dès le départ, à deux visions fort éloignées l'une de l'autre : d'un côté celle de la Commission qui voulait un organe entièrement intégré ; de l'autre une approche plus réaliste, portée par la France et l'Allemagne, qui souhaitaient une organisation collégiale à raison d'un procureur européen par pays participant. Dans leur déclaration commune - et fondatrice - du 20 mars 2013, les ministres française et allemande disent ceci : « Nous pensons que la structure collégiale est à même de garantir l'efficacité opérationnelle et l'indépendance de ce parquet européen, tout en lui assurant un ancrage fort et une vraie légitimité dans les États membres. Nous devons être attentifs à ce que celui-ci soit pleinement intégré et accepté dans les ordres judiciaires internes des États membres. C'est à cette condition qu'il remplira la mission que le Traité lui assigne ».

La Commissaire Viviane Reding s'est opposée immédiatement à cette idée, croyant y déceler une fourberie, pire encore, une tentative de restauration à bas bruit du modèle intergouvernemental d'Eurojust. Ce qui n'était pas notre intention. Nous ne voulions pas reproduire le collège d'Eurojust dans lequel chaque « Membre national » représente son pays, nous voulions un collège d'une autre nature, un collège dans lequel les procureurs européens agiraient au nom et pour le compte d'un intérêt supérieur aux intérêts nationaux, un intérêt commun à tous les États membres, un intérêt européen. La difficulté n'était pas seulement technique, elle était aussi politique. Car nous n'étions pas certains, au départ, de réunir le minimum requis de neuf États membres pour faire adopter le texte en coopération renforcée. Or nous voulions un accord ! La collégialité était le prix à payer pour obtenir un minimum de soutien au sein du Conseil JAI.

17. « Réflexions sur l'institution d'un parquet européen » - Étude adoptée le 24 février 2011 par l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État - La Documentation française.

La Commission n'ayant pas encore déposé sa proposition de règlement, la France et l'Allemagne ont constitué un groupe de travail ouvert aux États membres qui étaient prêts à discuter avec nous de notre projet alternatif. Et celui-ci a connu immédiatement un très grand succès ! Ce qui n'a pas arrangé nos relations avec la Commission qui nous a même interdit de nous réunir dans les locaux du « Juste Lipse » au motif que nous n'étions pas un groupe de travail officiel du Conseil. « La révolution n'est pas un dîner de gala », aurait dit un jour le président Mao, les négociations à Bruxelles non plus ! Ignorant nos propositions et nos travaux, la Commission a déposé son projet de règlement quelques mois plus tard, le 17 juillet 2013.

Les plus mauvais arguments ont été utilisés au cours des débats, chacune des parties faisant preuve de la plus mauvaise foi. On a beaucoup glosé, par exemple - et pour y revenir -, sur cette étrange formule utilisée à l'article 86 du TFUE qui prévoit de créer le parquet européen « à partir d'Eurojust » (*from Eurojust*). Quelle signification lui donner ? Hum... Tout ça n'avait aucun sens en vérité, car malgré tous ses efforts pour se faire aussi grosse qu'un bœuf - et Dieu sait qu'elle en faisait ! -, l'agence Eurojust n'avait pas vocation à se métamorphoser en parquet européen, mais peu importe. Nous en avons immédiatement conclu que le législateur s'était prononcé en faveur d'une structure similaire à celle d'Eurojust, une structure collégiale. La Commission répliqua aussitôt à cette vile attaque en affirmant (sans le moindre commencement de preuve) que la formule était elliptique. Il fallait la comprendre comme une référence, non pas à Eurojust, mais à *l'expérience* d'Eurojust... Voilà à quoi les experts perdaient leur temps au sein du groupe de travail du Conseil chargé de négocier le règlement, le groupe COPEN, dont les travaux n'avançaient guère en raison des antagonismes farouches auxquels on se heurtait. Mais après de nombreux rebondissements et un « carton jaune » délivré par les parlements nationaux à la Commission au mois d'octobre 2013 pour non-respect du principe de subsidiarité, c'est la vision des États membres qui s'est finalement imposée.

Ce qui a joué en notre faveur, ce n'est pas seulement d'avoir pris de vitesse les fonctionnaires de la Direction générale Justice en leur appliquant chaque fois la stratégie du faible au fort, tels une bande de flibustiers face à des frégates espagnoles<sup>18</sup> ; ce qui a surtout joué pour nous, ce qui nous a donné un avantage décisif, c'est l'expérience que nous avons accumulée depuis plus de dix ans déjà dans le champ de la coopération judiciaire. Toutes ces prétendues difficultés liées à l'admissibilité des preuves acquises à l'étranger ne nous émouvaient guère, puisqu'elles ne se rencontraient jamais en pratique ; quant aux critiques adressées à la collégialité, elles nous paraissaient anachroniques et presque ridicules, alors que l'agence Eurojust prenait au même moment son plein essor dans les affaires de criminalité organisée ; et

18. A. O. Exmelin, « Histoire des frères de la côte, Flibustiers et boucaniers des Antilles », *Nouveau Monde éditions*, 2017.

c'est précisément parce que nous en connaissons déjà toutes les insuffisances et les limites, que nous étions sûrs de nous lorsque nous envisagions une collégialité d'une autre nature, une collégialité « rationalisée » au sein de chambres permanentes, une collégialité de combat faite pour trancher dans les dossiers et agir vite. Opposant une lourde artillerie à nos canots légers et nos mousquets, les experts de la Commission avaient écrit leur proposition le nez tourné vers le passé, tandis que nous anticipions déjà toutes les évolutions possibles au sein de ce nouvel espace judiciaire où le parquet européen trouverait facilement sa place entre Europol, Eurojust et l'OLAF.

Une fois mûri, notre projet qui dans l'esprit de tous valait contreprojet, contenait quatre idées-forces. Première idée : le parquet européen étant un vrai parquet, sa création entraînera un transfert complet de toutes les prérogatives d'action publique au profit de l'échelon central ; deuxième idée : le parquet européen devra être indépendant, non seulement à l'égard des États membres, mais aussi de la Commission et de l'OLAF qui se mettra à son service (et non l'inverse) ; troisième idée : ce parquet sera fondé sur un collège de procureurs européens, à raison d'un procureur par pays, qui défendront un intérêt collectif, tout en maintenant un lien national fort avec les procureurs européens délégués dans les États membres ; quatrième et dernière idée : le parquet européen agira dans le cadre des législations des États membres conçues non comme une entrave mais comme le seul moyen d'être efficace dans ce maquis de règles et traditions nationales que seul un initié peut comprendre. Bref, que chacun s'occupe de son droit, et tout ira bien !

C'est sur ces bases qu'a été adopté le règlement relatif à la création du parquet européen le 12 octobre 2017<sup>19</sup>. Cette adoption ne s'est pas faite à l'unanimité, mais dans le cadre d'une « coopération renforcée » qui regroupait déjà un nombre de pays nettement plus important que les neuf États membres requis par le Traité. Cet échec de négociation était en réalité un succès, car le parquet européen allait donc jouir *ab initio* d'une assise territoriale et politique suffisante pour s'imposer immédiatement dans le jeu européen.

En parallèle a été négociée la directive « relative à la lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union par le moyen du droit pénal » qui sert de base à sa compétence matérielle<sup>20</sup>. Celle-ci vise l'ensemble des atteintes au budget européen, à savoir : les fraudes en matière de dépenses, les fraudes en matière de recettes (y compris la fraude à la TVA), la corruption active et passive d'agent public, les détournements de fonds européens, le blanchiment de capitaux, ainsi que les infractions « indissociablement liées » dans les dossiers<sup>21</sup>. À quoi s'ajoute la par-

ticipation à une organisation criminelle dont les activités « consistent essentiellement » à commettre des atteintes aux intérêts financiers de l'Union<sup>22</sup>.

### Le parquet européen est un parquet financier

Dès l'adoption du règlement en 2017, certains réfléchissaient déjà à élargir la compétence du parquet européen à d'autres types d'infractions. Dans son discours sur l'Europe prononcé à la Sorbonne le 26 septembre 2017, le président de la République avait ainsi proposé « d'instituer un parquet européen contre la criminalité organisée et le terrorisme, au-delà des compétences actuelles qui viennent d'être établies »<sup>23</sup>. L'idée avait été reprise, un an plus tard, par le président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, dans son discours sur l'état de l'Union prononcé le 12 septembre 2018. Une communication sur le sujet avait été publiée par la Commission le même jour, mais cette première tentative, préparée à la hâte, s'était soldée par un échec<sup>24</sup>. Les Pays-Bas et l'Allemagne s'y étaient opposés, l'Italie et l'Espagne se contentant d'un simple accord de principe. Sans être formellement abandonnée, la proposition avait été gelée faute de soutien suffisant au Conseil.

Les réserves suscitées par cette proposition étaient nombreuses à l'époque, y compris en France. Le Sénat l'avait jugée prématurée dans un rapport déposé en 2019 sur la coopération judiciaire pénale et le parquet européen<sup>25</sup>. Il recommandait d'attendre que ce nouvel organe judiciaire ait d'abord démontré son efficacité avant d'envisager une extension de sa compétence aux infractions terroristes, estimant en conclusion que la réponse aux attentats « resterait longtemps encore nationale ».

Or c'est sur ce point, sans doute, que l'opinion a le plus évolué ces derniers mois. Comme l'a rappelé le Secrétaire d'État chargé des affaires européennes, Monsieur Clément Beaune, dans un article publié dans le journal « *La Croix* », les derniers attentats commis en France et en Autriche en octobre et novembre dernier ne visaient pas seulement un pays en particulier, mais le « mode de vie européen dans son ensemble » et les valeurs sur lesquelles il se fonde. D'où la nécessité de construire une réponse européenne commune en élargissant la compétence du parquet européen aux infractions terroristes. Car au-delà de la plus-value qu'elle pourrait apporter au niveau opérationnel, la création d'un parquet européen antiterroriste est d'abord un acte politique. Ces attentats commis en France et en Autriche à quelques semaines d'intervalle avaient d'ailleurs conduit la Commission à avancer la publication de son nouvel agenda contre le ter-

19. Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, JO L 283 du 31 octobre 2017.

20. Directive UE 2017/1371 du 5 juillet 2017, JOUE du 28 juillet 2017.

21. Art. 22, paragraphe 3 du règlement UE 2017/1939.

22. Art. 22, paragraphe 2.

23. Discours d'Emmanuel Macron à la Sorbonne « pour une Europe souveraine, unie, démocratique », 26 septembre 2017.

24. « Une Europe qui protège : une initiative pour étendre les compétences du Parquet européen aux infractions terroristes transfrontières », communication de la Commission européenne en date du 12 septembre 2018.

25. Rapport d'information n°509 (2018-2019) fait au nom de la Commission des affaires européennes du Sénat déposé le 16 mai 2019.

rorisme. La création d'un parquet européen antiterroriste y est expressément mentionnée<sup>26</sup>.

Cette extension de compétence pourrait concerner également d'autres formes de criminalité organisée, comme la cybercriminalité, ou les infractions environnementales graves, qui sont par nature transnationales. Il y aurait là aussi un intérêt collectif à défendre au niveau européen.

Reste que ces extensions de compétence sont soumises à deux conditions, l'une au niveau français, l'autre au niveau européen. La première limite est liée à la nature même du parquet européen qui sera investi de prérogatives exercées jusque-là par les parquets nationaux. Le Conseil constitutionnel a ainsi estimé dans sa décision du 20 décembre 2007 que la mise en œuvre de l'article 86 du TFUE nécessitait une révision de la Constitution, « eu égard à la portée que revêt une telle disposition pour l'exercice de la souveraineté nationale »<sup>27</sup>. Cette révision liée à la ratification du traité de Lisbonne est intervenue quelques mois plus tard avec la loi constitutionnelle 2008-103 du 4 février 2008. Dans son étude sur le parquet européen publiée en 2011, le Conseil d'État en a conclu que les « conséquences inhérentes à l'institution effective du parquet européen, pour ce qui est de l'attente excessive à la souveraineté nationale, ont été nécessairement acceptées par la loi constitutionnelle du 4 février 2008 ». Cette analyse ne vaut toutefois que « sous la réserve d'une absence de modification de l'article 86 du TFUE, c'est-à-dire du champ matériel du parquet européen »<sup>28</sup>. Un élargissement de sa compétence à d'autres infractions devrait donc donner lieu à une seconde révision de la Constitution, afin d'autoriser ce nouveau transfert de souveraineté à son profit.

La seconde limite à cette extension de compétence résulte du Traité lui-même. L'article 86 du TFUE la soumet en effet à un accord unanime du Conseil européen, après approbation du Parlement européen et consultation de la Commission, sachant qu'elle ne pourra concerner que des formes de criminalité grave ayant une dimension transnationale. Ce verrou institutionnel posé par le Traité impose donc d'obtenir un consensus politique, y compris avec les pays qui ne participent pas eux-mêmes au parquet européen (Pologne, Hongrie, Danemark, Irlande, Suède).

Privilégiant une approche un peu différente, le « Club des juristes » a publié récemment une étude sur le « droit européen de la *compliance* » dans laquelle il envisage d'étendre la compétence du parquet européen à la corruption internationale dans son ensemble<sup>29</sup>. L'idée est de couvrir l'ensemble du phénomène, non seulement en Europe, mais aussi dans les relations des États membres

avec les pays tiers, en le détachant de la notion d'atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Il s'agit donc, là aussi, d'une véritable extension de compétence qui serait soumise, comme pour le terrorisme ou la cybercriminalité, aux conditions posées par l'article 86 du TFUE. L'intérêt de cette proposition est qu'elle se situe dans le champ des infractions économiques et financières. Le parquet européen n'est pas envisagé comme un ministère public « attrape tout », mais comme un vrai parquet financier. Reste qu'il faudra recueillir l'accord de tous les pays participants (or cette réforme aurait forcément un impact sur le commerce international), sans compter les pays non-participants qui verraient s'installer à leur porte un parquet financier tout-puissant.

Il serait souhaitable en tout cas de faire évoluer le cadre légal européen en matière de lutte anticorruption, un domaine dans lequel l'Europe devrait s'affirmer davantage face aux États-Unis, comme le rappelaient Bernard Cazeneuve et Pierre Sellal dans une tribune publiée en 2018 dans *Le Monde*<sup>30</sup>. Le député Raphaël Gauvain dit la même chose dans le rapport parlementaire qu'il a rendu en 2019 sur les lois et mesures à portée extraterritoriale<sup>31</sup>. Partant de ce constat, le Club des juristes propose ainsi d'adopter un « paquet anticorruption » composé de trois directives européennes qui permettraient notamment d'intégrer les principes et recommandations de l'OCDE dans ce domaine et d'imposer des obligations de prévention et de détection de la corruption au sein des entreprises de taille significative.

S'agissant du parquet européen, nous pensons plus modestement à développer dans un premier temps le recours aux « procédures simplifiées » comme la convention judiciaire d'intérêt public dont on voit l'utilité dans les grands dossiers. Cette possibilité de mettre en œuvre ce type de procédures qui visent « au règlement définitif d'une affaire selon les modalités fixées d'un commun accord avec le suspect » est expressément prévue dans le règlement, à condition toutefois que le droit national le prévoit<sup>32</sup>.

Cette possibilité existe en droit français. La loi du 24 décembre 2020 autorise en effet le procureur européen délégué à recourir à deux types de procédure simplifiée : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) et la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)<sup>33</sup>.

Si le champ d'application de la CRPC s'étend, sauf exception, à tous les délits, celui bien plus limité de la CJIP ne permet pas de couvrir actuellement l'ensemble des infractions qui entrent dans la compétence du parquet européen. Aussi serait-il intéressant de réfléchir dès à présent

26. « A Counter-Terrorism Agenda for the EU : Anticipate, Prevent, Protect, Respond », p. 18.

27. Cons. const., décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, point 19.

28. « Réflexions sur l'institution d'un parquet européen » - Étude adoptée le 24 février 2011 par l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État - La Documentation française.

29. « Pour un droit européen de la compliance », *Rapport du Club des juristes*, groupe de travail présidé par Bernard Cazeneuve, rapporteur Antoine Gaudet, novembre 2020.

30. « Il faut corriger l'asymétrie entre l'Europe et les États-Unis dans la lutte contre la corruption », tribune publiée par Bernard Cazeneuve et Pierre Sellal, *Le Monde*, 7 juillet 2018.

31. « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriales », rapport établi à la demande du Premier Ministre par Raphaël Gauvain, Député de Saône-et-Loire, 26 juin 2019.

32. Règlement UE 2017/1939, article 40, paragraphe 1.

33. Loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, article 696-132.

à la création d'une « convention judiciaire d'intérêt public européen », ou « CJIPUE », qui permettrait de couvrir un plus large éventail d'infractions tout en intégrant cette notion « d'intérêt public européen » auquel le règlement fait expressément référence lorsqu'il impose à la chambre permanente de s'assurer que le recours à une procédure simplifiée est bien « conforme aux objectifs généraux et aux principes fondamentaux du parquet européen »<sup>34</sup>.

Nos premières discussions au sein du collège sur ce sujet ont fait apparaître de très grands écarts entre les droits nationaux : dans certains États membres, les procédures simplifiées sont réservées aux infractions de gravité mineure, aux « *minor cases* », tandis que dans d'autres pays, elles peuvent être utilisées dans des affaires de plus grande dimension dans lesquelles le préjudice peut être parfois très important. Il y a de toute évidence un besoin d'harmonisation dans ce domaine qui mériterait d'être pris en compte au niveau européen.

### **Un coup de poignard en plein cœur (*a stab to the heart*)**

Mais avant de songer à ces évolutions possibles, encore faut-il que le parquet européen soit entré en fonction et qu'il ait fait ses preuves. Comme n'importe quel autre parquet financier, son succès se mesurera à l'importance des dossiers qu'il traitera et au montant des fonds détournés qu'il permettra de recouvrer. Un succès d'autant plus attendu que les États membres ont récemment adopté un plan de relance de 750 milliards d'euros (dans une enveloppe globale de 1.800 milliards) pour aider leurs économies à surmonter les conséquences de la pandémie mondiale qui nous frappe actuellement. On ne pouvait imaginer meilleur moment pour débiter son activité.

Tout laisse à penser aujourd'hui que cette entrée en scène ne sera pas discrète. C'est un risque pour le parquet européen, mais c'est une chance aussi. Il faudra qu'il endosse pleinement son rôle de précurseur et sa mission judiciaire au soutien de cette notion encore fragile de « souveraineté européenne »<sup>35</sup>.

On scrutera avec la plus grande attention ses premiers pas et ses faux-pas. Comme tous les débutants, il devra convaincre un peu et séduire beaucoup ; il devra accepter le débat également, et la contradiction. Il faudra discuter avec le siège et les parquets, composer avec les services d'enquête, discuter sans relâche aussi avec les avocats.

J'aurais pu citer pour finir un des pères fondateurs de l'Europe. Il y a plusieurs grands Français parmi eux et leurs citations sont nombreuses. Mais comme il est question de séduction plus que de raison à cette heure avancée de la nuit, je préfère citer celui qui me tient compagnie à l'instant même où j'écris ces lignes, le guitariste des Stones, Keith Richards. Une chanson n'est réussie, nous dit-il, que si le public la reçoit à chaque fois comme « un coup de poignard en plein cœur » - *a stab to the heart*<sup>36</sup>. Pour réussir et s'imposer comme un nouvel acteur, le parquet européen devra susciter, non pas seulement de l'intérêt, mais de l'émotion lui aussi. S'il ne fait pas naufrage au bout de quelques mois, il pourrait devenir à son tour, mieux qu'un standard de rock, mieux qu'un nouveau modèle, un vrai succès européen et la démonstration que ce monstre à vingt-deux têtes et cent-quarante bras, sans compter sa cheffe, peut agir vite et fort pour protéger un intérêt commun à tous les citoyens de l'Union, un intérêt qui leur est propre mais qui dépasse aussi chacun d'entre eux : un intérêt européen.

34. Règlement UE 2017/1939, article 40, paragraphe 2.

35. V. Malingre, « La souveraineté européenne promue par les dirigeants de l'UE est mal comprise par les Européens », *Le Monde*, 1er mars 2021.

36. Keith Richards (with James Fox), « *Life* », *Weidenfeld & Nicolson*, 2011, p. 311.



Samantha Besson • Professeure au Collège de France, Chaire Droit international des institutions

## Reconstruire le droit international à partir des organisations régionales

**Votre chaire au Collège de France s'intitule « Droit international des institutions ». En quoi votre cours de cette année, « Diligence et négligence en droit international », se distingue-t-il d'un cours général sur le droit international et se rapporte davantage à l'intitulé de votre chaire ?**

Mon premier cours au Collège de France développe et approfondit un argument sur les obligations de diligence due et la responsabilité pour négligence induite que j'ai présenté pour la première fois dans le cadre d'un cours spécial à l'Académie de droit international de La Haye en janvier 2020 (suite à une invitation datant de 2016)<sup>1</sup>. Je devais donner ce cours au Collège en avril 2020, mais la pandémie en a occasionné le report d'un an.

Ce premier cours porte effectivement sur un thème de droit international général, mais il fait écho au projet de ma chaire qui est d'envisager le droit international comme celui des institutions qu'il régit et dont il est issu<sup>2</sup>. C'est précisément ce que permet de faire l'étude de la diligence due en tant que standard de qualification du contenu des obligations de comportement du droit international, d'une part, et en tant que standard d'évaluation du respect de ces obligations au sein du régime de responsabilité internationale, d'autre part. En effet, l'une des causes du développement des obligations dites « de diligence » ou, du moins, de leur invocation accrue dans la pratique récente du droit international est l'état de l'ordre institutionnel international.

Ce que cette recrudescence indique notamment est le besoin de rendre le comportement d'institutions publiques et privées du droit international distinctes des

États, comme les organisations internationales ou les entreprises multinationales, plus diligentes ou, du moins, de faire rendre des comptes aux États pour leur propre négligence induite dans la prévention, la protection ou la réparation des (risques de) préjudices causés par ces institutions publiques et privées non-étatiques que le droit international ne régit pas encore suffisamment et dont les obligations et responsabilités directes sont quasiment inexistantes.

C'est ainsi qu'on observe un intérêt tout particulier pour la diligence due des États, voire des entreprises multinationales elles-mêmes, en matière de protection extraterritoriale des droits de l'homme ou de l'environnement dans un cadre commercial. Il faut aussi mentionner l'engouement pour la diligence dont devraient faire preuve les organisations internationales à l'égard des risques de violation de droits de l'homme causés par des groupes militaires privés sur lesquels ces organisations exercent un contrôle, voire sur leurs propres États membres lorsqu'ils mettent des troupes à leur service. À l'inverse, et en sus, mais surtout à défaut de pouvoir tenir ces organisations directement responsables de la violation d'obligations de diligence qu'elles n'ont souvent pas encore, l'on attend des États membres de ces organisations qu'ils répondent de leur négligence lorsqu'ils n'ont pas pris les mesures raisonnables à leur portée pour prévenir et protéger contre les (risques de) préjudices causés par ces dernières.

En fait, la dimension institutionnelle de ce regain d'intérêt pour la diligence due se traduit aussi dans les sources par lesquelles ces nouvelles obligations de diligence ou, du moins, ces nouvelles « politiques » ou « pratiques » de diligence due se développent, notamment lorsqu'elles concernent le comportement des organisations internationales et des entreprises multinationales. On pensera à leur recrudescence non pas principalement dans certains traités interétatiques récents, mais aussi et surtout au sein de sources susceptibles d'être adoptées par d'autres institutions que les États et de lier ces institutions. Il s'agit notamment des actes unilatéraux des organisations internationales comme l'Organisation des Nations Unies, l'Union européenne ou la Banque mondiale, voire de l'autorégulation par les entreprises multinationales et du *soft law* relatifs à la *human rights due diligence* de ces entreprises (j'insiste sur l'anglais ici pour des raisons que j'explique dans mon cours au Collège de France de cette année).

En bref, l'importance prise par le standard de diligence due en droit international contemporain, mais aussi les faiblesses qui en caractérisent la pratique sont la parfaite illustration du malaise qui entoure désormais le rapport entre le droit international et les institutions qui devraient être régies par ce droit et participer à son adoption. Le thème me paraissait donc constituer une très belle entrée en matière pour une chaire consacrée au droit international des institutions.

1. V. S. Besson, *La due diligence en droit international*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Tome 409 (pp. 153-398), Brill/Nijhoff: Leiden/Boston 2020 (245 p.). Version anglaise, révisée et complétée, à paraître sous le titre *Due Diligence in International Law*, Hors-séries des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Brill/Nijhoff: Leiden/Boston 2022.
2. V. S. Besson, *Reconstruire l'ordre institutionnel international*, Leçons inaugurales du Collège de France, Collège de France/Fayard: Paris 2021 (75 p.), à paraître.

**La multiplication des acteurs internationaux non-étatiques, aussi bien organisations régionales qu'ONG ou entreprises multinationales, pourrait conduire, de prime abord, à un affaiblissement du rôle du droit international public (dont les sujets classiques se trouvent, désormais, en minorité) dans l'effort de policer les comportements et créer un monde plus juste. Par exemple, ce sont des concepts de droit privé qui ont servi, ces dernières années, aux tentatives de « responsabilisation » des entreprises (devoir de vigilance, *duty of care*, etc.). Partagez-vous cette crainte ou pensez-vous, au contraire, que cette tendance sera corrigée par une démultiplication corrélative du nombre des sujets du droit international ?**

C'est une vaste question (qui en combine en fait deux : la multiplication des sujets du droit international et, dans ce cadre, un rôle accru des sujets privés). La meilleure manière d'y répondre, me semble-t-il, est de ne plus aborder les choses en termes de « sujets », de « participants » ou d'« acteurs » (et surtout pas non plus en les qualifiant avec des adjectifs comme « classiques » ou « traditionnels » qui apportent en général très peu à nos débats), mais plutôt d'« institutions » du droit international, comme je propose de le faire dans le cadre de ma chaire au Collège de France.

C'est en effet notamment la représentation par ces multiples institutions (qui représentent les mêmes peuples à chaque fois puisque ce sont eux les sujets principaux du droit international) qui va intéresser les travaux de recherche et d'enseignement de la chaire ces prochaines années. Il s'agira d'examiner la manière dont cette représentation devrait se traduire dans les modes d'adoption du droit international et les régimes de responsabilité pour violation de ce droit. Si ce n'est pas encore suffisamment le cas, c'est précisément parce que la perspective selon laquelle il s'agirait simplement d'« acteurs », de « participants » ou de « sujets » juxtaposés les uns aux autres tend à tout aplatir (avec, pour seul critère de distinction, celui qui oppose les États, considérés eux aussi comme de acteurs, à ces acteurs « non-étatiques »)<sup>3</sup>.

Mieux instituer ce lien de représentation des peuples de ce monde par leurs différentes institutions de droit international permettra ensuite de construire un système de représentation multiple autour d'une continuité institutionnelle entre États et organisations internationales (régionales ou universelles), d'une part, mais aussi entre eux et diverses autres institutions publiques (comme les villes) ou privées (comme les organisations non-gouvernementales, voire même les entreprises multinationales), d'autre part<sup>4</sup>. La représentation internationale peut en effet se concevoir à la fois comme publique et privée, même si les rapports complémentaires qui peuvent et doivent exister entre ces institutions doivent être articulés soigneuse-

ment en organisant la priorité des institutions publiques.

Pour répondre encore plus directement à votre question, dès lors : ainsi ordonnée et systématisée, la multiplicité d'institutions de la représentation internationale n'implique pas un affaiblissement du droit international, mais bien au contraire un renforcement de la légitimité de ses modes d'adoption et, à terme, de ce droit. C'est ce que nous avons tenté d'expliquer dans un article à paraître que j'ai rédigé avec José Luis Martí et qui porte sur la représentation démocratique internationale par les villes dites globales, et ce en complément de la représentation par les États dont elle permet de compenser certains déficits démocratiques (et vice-versa, d'ailleurs)<sup>5</sup>.

Encore faudra-t-il bien sûr travailler autour et, surtout, sur la pièce maîtresse de ce système de représentation multiple : l'État<sup>6</sup>. Ne serait-ce que pour mieux appréhender ce qu'implique la distinction public/privé sur le plan international aujourd'hui. Et vous trouverez là un début de réponse à votre deuxième sous-question. Si l'autorégulation privée, la *soft law*, voire le droit privé national sont récemment devenus l'une des sources privilégiées des différents avatars du standard de diligence due qui circulent en droit international, comme je l'expliquais en réponse à votre première question, et quoiqu'avec des résultats très mitigés, c'est en effet parce que le droit privé international, et notamment le droit international de l'entreprise, n'est pas encore suffisamment développé. Il ne tient plus pourtant qu'à nous et à nos représentants, les États et les organisations internationales, d'y remédier.

**Vous venez d'initier, au sein de la International Law Association (ILA), un groupe d'étude portant sur les rapports entre les organisations régionales et le droit international. Quelles sont les spécificités des organisations régionales, qui ne cessent de se multiplier, qui vous font penser que cette interaction soulève de nouvelles difficultés, insuffisamment exploitées ?**

Le nouveau groupe d'étude ILA (que je co-préside avec Eva Kassoti de l'Institut Asser de La Haye) porte sur le droit international des organisations internationales régionales (OIR) et vise à préciser, par la comparaison, les contours de la pratique interne et externe du droit international propre à ces institutions internationales.

Le groupe réunit une vingtaine de spécialistes du droit des organisations internationales, mais aussi des OIR dans chaque région du monde. Il s'agit d'experts issus tant du milieu académique que de la pratique. À ma connaissance, et même si les politologues et les spécialistes des relations internationales s'intéressent depuis longtemps à la régionalisation, c'est la première fois qu'un tel exercice d'analyse comparative juridique des organisations inter-

3. V. S. Besson, *Reconstruire l'ordre institutionnel international*, *op. cit.*

4. V. S. Besson, « Du droit de civilisation européen au droit international des civilisations : vers une institutionnalisation internationale des régions », (2021) 3 *Swiss Review of International and European Law*, à paraître.

5. V. S. Besson et J. L. Martí, « Cities as Democratic Representatives in International Law-Making », in Aust, H. et Nijman, J. (dir.), *Research Handbook on International Law and Cities*, Elgar: Londres 2021, à paraître. V. plus généralement S. Besson et J. L. Martí, « The Legitimate Actors of International Law-Making – Towards a Theory of International Democratic Representation », (2018) 9:3 *Jurisprudence*, p. 504-540.

6. V. S. Besson, *Reconstruire l'ordre institutionnel international*, *op. cit.*

nationales régionales et de leur pratique du droit international est organisé, surtout à une échelle universelle. Et la plateforme que nous offre l'ILA est unique à cet égard. En fonction de nos résultats, les rapports et recommandations du groupe d'étude pourront d'ailleurs déboucher sur la création d'un comité ILA pérenne, à même de proposer des principes pour l'avenir. Nous tiendrons certaines de nos rencontres au Collège de France, et différentes publications académiques sont d'ores et déjà prévues dans leur sillage.

Un tel exercice de comparaison juridique des OIR est nécessaire aujourd'hui tant ces organisations se sont multipliées sur le plan international. Il s'agit désormais aussi d'organisations aux compétences générales, qui sont actives dans tous les champs du droit international. Sans surprise, dès lors, ces OIR ont gagné en influence sur leurs États membres, voire sur les organisations internationales universelles (OIU) avec lesquelles elles interagissent (qu'elles en soient membres ou non, d'ailleurs).

À titre d'exemple de l'influence de ces organisations régionales sur le droit international, on mentionnera tant le développement de leur droit (international, en soi) interne et son influence sur leurs États membres et la pratique du droit international de ces derniers, d'une part, que leur propre pratique du droit international, aussi bien au sein de leur ordre juridique interne lorsqu'elles en ont un que dans leur impact sur le développement du droit international dans certains régimes, voire du droit international général, d'autre part. En effet, certaines de ces OIR ont développé un ordre juridique autonome et modulent les conditions du statut, du rang et des effets du droit international en son sein. D'autres ont aussi développé, dans leurs relations aux États tiers ou aux autres OIR ou OIU, comme l'Organisation des Nations Unies, des pratiques propres en matière de droit international général, et notamment en matière de sources (traités, coutumes), d'immunités ou encore de responsabilité internationale.

Curieusement, cette influence des OIR sur le droit international, et ce qu'elle nous dit d'essentiel sur les possibilités et les limites du droit international contemporain, demeurent sous-étudiés en dehors de l'influence de l'Union européenne et de quelques autres OIR économiques ou sécuritaires (à ce jour, la régionalisation du droit international a généralement été considérée principalement sous ces deux angles).

Ce qui peut expliquer ce relatif manque d'intérêt de la part des juristes internationalistes (et à quelques exceptions près, principalement en langue française) tient à ce que les OIR sont difficiles à définir tant elles sont variées sur le plan institutionnel interne (qu'il s'agisse d'organisations d'intégration politique ou simplement économique, ou encore de pure coopération sans intégration), bien sûr, mais aussi dans leurs relations internationales. Elles sont donc habituellement définies purement négativement, par opposition aux OIU.

En outre, et comme le dit Catherine Brölmann<sup>7</sup>, les OIR remettent en cause, notamment du fait de leurs compétences territorialement délimitées, la binarité des institutions publiques du droit international : celles-là seraient, en effet, soit des États dont la juridiction est territoriale, soit des organisations internationales (universelles) dont les compétences sont fonctionnellement délimitées. Ce qui complique encore les choses tient à ce que les « régions », et les différentes formes institutionnelles qu'elles prennent (organisations, groupes, tribunaux, commissions de codification, régimes de traités, etc.), sont le creuset d'identités et de solidarités de types multiples qui dépassent souvent la simple dimension géographique ou territoriale à laquelle elles ne peuvent donc pas être réduites. Sans parler de la difficulté plus générale qu'il y a à définir ce qu'est une « organisation internationale », une institution dont les contours demeurent encore largement controversés en droit international.

Le développement des OIR à l'échelle mondiale (même s'il y a encore des différences de densité importantes d'une région à l'autre) et l'influence croissante d'OIR non-européennes (y compris non-démocratiques) en droit international sont d'autant plus intéressants pour nous Européens qu'ils nous permettent d'examiner notre avantage institutionnel en droit international sous un autre jour et de devoir repenser sa légitimité.

La raison de l'avance en termes d'organisation institutionnelle internationale de la région européenne est historique, bien sûr. En bref, elle remonte aux origines européennes du droit international (*jus publicum europaeum*), puis au positionnement juridique et institutionnel de la région Europe dans l'ordre international de la fin du 19<sup>ème</sup> siècle et du début du 20<sup>ème</sup> siècle. C'est d'ailleurs ce qui a conduit très rapidement, et dès l'extension du droit international en dehors des frontières européennes d'abord pour des motifs de « civilisation », puis de « développement », à la prétention concurrente d'autres régions du monde à adopter un droit international régional et des structures organisationnelles régionales propres. Ce fut le cas en Amérique latine, d'abord, puis en Afrique, dans le Monde arabe et, enfin, en Asie.

Les OIR présentent dès lors aussi un intérêt pour une meilleure institutionnalisation de la représentation égalitaire des peuples du monde et de leurs cultures juridiques. C'est une question d'autant plus sensible en cette période de crispations civilisationnelles face au droit international, voire d'émergence de nouveaux impérialismes universalisants de la part de certains « États-civilisations » en dehors de l'Europe et de l'Occident. Mieux comprendre le rôle des OIR dans ce contexte et organiser leurs relations au droit international pourraient donc être salutaire pour une meilleure légitimité du droit international et permettre le développement d'un droit international véritablement commun.

7. V. C. Brölmann, « Review of L. Boisson de Chazournes (2017) Interactions between regional and universal organisations: a legal perspective », (2020) 114:2 *American Journal of International Law* p. 335-350.

Il est temps que toutes les régions puissent y contribuer à égalité et dans un cadre institutionnel qui garantisse l'égalité des individus et des peuples de toutes ces régions. Cela passera en particulier par une meilleure articulation des rapports entre OIR et États, d'une part, et entre OIR, mais aussi entre OIR et OIU, et notamment entre OIR au sein de l'Organisation des Nations Unies, d'autre part.

L'idée d'un « monde des régions » est ancienne en relations internationales, bien sûr, mais c'est une idée qu'il vaut la peine de revisiter dans un contexte nouveau dans lequel les réflexes multilatéralistes de la deuxième partie du 20<sup>ème</sup> siècle se sont enrayés. Au lieu de craindre la régionalisation du droit international au titre de l'éventuelle fragmentation d'un droit qui se présenterait comme étant déjà universel, comme ce fut le cas dans l'immédiat après-guerre, mieux vaudrait en faire une vertu et travailler ensemble, par la concertation interrégionale et la comparaison, à la construction d'un droit international qui puisse prétendre à l'universalité.

**Votre projet au sein de la International Law Association semble reposer sur l'idée que l'UE devrait avant tout être pensée comme une organisation régionale. Or, l'originalité structurelle de l'UE pourrait également laisser entrevoir un État fédéral en construction, et ce d'autant plus que l'UE elle-même semble revendiquer, par son comportement, sa spécificité et son autonomie, et ce plus que toute autre organisation internationale. Dans quelle mesure peut-on donc affirmer que l'UE – en tant que modèle d'intégration – fait figure d'exception et reste un défi pour les concepts traditionnels du droit international ?**

La question de la nature *sui generis*, ou d'un troisième type, de l'institution qu'est l'Union européenne (UE), et selon lequel l'UE ne serait ni un État (même fédéral) ni une organisation internationale (même supranationale) (contrairement à la binarité institutionnelle entretenue en droit international contemporain des institutions publiques), occupe les juristes tant européenistes qu'internationalistes depuis fort longtemps. Ce débat a d'ailleurs été alimenté par la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE qui caractérise régulièrement l'ordre juridique de l'UE d'ordre juridique autonome, voire d'ordre juridique d'un nouveau type (en droit international), même si elle a depuis lors rejeté sa qualification d'ordre juridique étatique.

Étant donné que la spécificité institutionnelle de l'UE passe aussi par les particularités de ce qu'on appelle ses « relations extérieures » et donc de son rapport spécifique au droit international (notamment en ce qui concerne les sources ou les immunités où sa pratique du droit international général, et même spécial, imite celle des États ou, si l'on opte pour l'autre perspective, est à l'avant-garde de celle des organisations supranationales dont elle constitue d'ailleurs souvent le seul exemple), la question de la troisième voie figure aussi évidemment au cœur des travaux de

notre groupe d'étude ILA sur le droit international des OIR.

Les spécificités de la pratique du droit international de l'UE sont frappantes à plus d'un titre. Elles résultent tant de son organisation interne propre et de ses rapports à ses États membres, d'une part, que de la manière dont elle organise ses relations extérieures, d'autre part. Ainsi, c'est l'une des rares OIR, voire la seule à disposer d'un ordre juridique qu'elle considère comme « autonome », de sujets individuels (ses « citoyens ») ou encore d'une organisation démocratique (et d'un véritable parlement doté de pouvoirs législatifs). Sur le plan de ses relations extérieures, c'est aussi l'une des rares OIR à disposer de compétences externes très étendues, y compris de compétences normatives et d'adoption du droit international. C'est évidemment l'une des conséquences de la quasi-généralité de ses compétences internes. Les traités constitutifs de l'UE font d'ailleurs référence au respect du droit international en tant que valeur et objectif de l'UE, et soulignent à plusieurs reprises l'importance des rapports entre l'UE et les autres organisations internationales dont l'Organisation des Nations Unies. Sans oublier, bien sûr, l'application, depuis la fusion des piliers par le Traité de Lisbonne, du cadre institutionnel et des procédures d'adoption du droit de l'UE à l'approbation de certains traités et autres décisions extérieures de l'UE, y compris par l'extension des droits du Parlement européen en la matière.

En fait, c'est précisément notre intérêt (de chercheuses et d'enseignantes) pour les spécificités des relations extérieures de l'UE et pour sa pratique sans précédent du droit international qui nous a amenées, Eva Kassoti et moi-même, à proposer la création du groupe d'étude ILA sur le droit international des OIR. Nous avons toutefois décidé d'en élargir l'objet pour des raisons d'universalité et ce, afin de mieux en comprendre les spécificités par la comparaison à d'autres OIR. Cette comparaison est d'ailleurs déjà à l'œuvre en pratique, même si c'est principalement dans un sens uniquement, puisque l'UE et sa pratique du droit international sont souvent invoquées comme modèles lors de la mise en place ou de la réforme d'OIR ailleurs dans le monde.

La même tendance peut être décelée en doctrine, aussi bien chez les juristes que dans d'autres disciplines relatives aux relations internationales : l'UE a longtemps été considérée comme l'exemple, par excellence, d'une intégration internationale réussie des États à l'échelle d'une région. Si vous examinez bien le mandat de notre groupe d'étude<sup>8</sup>, toutefois, vous observerez que la mention de l'UE est intentionnellement juxtaposée au terme OIR à chaque fois plutôt que subsumée à lui, réservant ainsi la possibilité de conclure à la différence institutionnelle fondamentale entre l'UE et les OIR.

En parallèle, et dans tous les cas, il me semble qu'il y a différents signes dans la pratique récente du droit inter-

8. V. la liste des groupes d'étude ILA : <<https://www.ila-hq.org/index.php/study-groups#>>.

national par l'UE qui ne trompent pas et qui révèlent l'importance de sa dimension d'organisation régionale. On pensera notamment au rôle croissant du territoire et de la « juridiction » territoriale dans la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'UE (comment comprendre sinon ce qu'il faut entendre par l'extension « extraterritoriale », et somme toute assez rare, du champ d'application du droit de l'UE - et je ne parle pas ici de sa simple influence économique et politique mondiale du type « *Brussels effect* » d'Anu Bradford<sup>9</sup> ou de ses autres types de répercussions extérieures unilatérales qui sont répertoriés dans l'ouvrage de Joanne Scott et Marise Cremona<sup>10</sup> ?).

C'est réjouissant tant la tendance inverse pouvait faire craindre le développement d'un véritable impérialisme européen en droit international. Et ce d'autant plus que, comme vous le savez, l'adoption du droit constitutif des relations extérieures de l'UE n'est pas entièrement soumise au contrôle démocratique du Parlement européen. Certaines parties de ce droit relèvent au contraire encore d'une logique intergouvernementale. Cela devrait nous alarmer, d'ailleurs, lorsqu'on connaît la déconnexion croissante entre la politique européenne (interne et externe) menée par les gouvernements des États membres de l'UE et les parlements nationaux qui sont pourtant souvent les seuls à même de contrôler démocratiquement la politique européenne de ces gouvernements.

Quoi qu'il en soit du point de vue de l'UE et de ses États membres (dont les perspectives diffèrent beaucoup à ce sujet, d'ailleurs), la multiplication récente d'OIR indique que la place unique de l'UE en droit international, et notamment dans les relations aux États tiers et aux OIU, est désormais en question et doit être revisitée en lien à celle des autres OIR. Et ce, à juste titre étant donné l'avantage historique en matière de régionalisation dont elle a bénéficié et au vu de l'exceptionnalisme européen en droit international dont personne ne s'étonne plus en Europe. Il sera intéressant à l'avenir d'explorer comment la représentation internationale des autres peuples du monde par une ou plusieurs OIR peut contribuer à accroître la légitimité démocratique des modes d'adoption du droit international, mais aussi celui du fonctionnement interne des OIU comme l'Organisation des Nations Unies et leur représentativité.

L'avenir du droit international se jouera en partie sur le plan régional, comme je l'ai expliqué précédemment. Et l'UE sera certainement appelée à y assumer un rôle encore plus critique que cela n'a été le cas jusqu'ici. Elle y jouera toutefois aussi, je le crains, son propre avenir institutionnel. Il est important de nous y préparer dès maintenant en travaillant à renforcer la légitimité démocratique de sa politique extérieure, et notamment des institutions qui la mènent et de leur pratique du droit international.

*Entretien réalisé par James Corne, Hugo Pascal et Vasile Rotaru*

9. V. A. Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press: Oxford 2020 (424 p.). V. aussi, A. Bradford, « Penser l'Union européenne dans la mondialisation : l'effet Bruxelles », cette Revue, p. 76 et suiv.

10. V. notamment M. Cremona et J. Scott (dir.), *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford University Press: Oxford 2019 (264 p.).



Li Bin • Professeur à l'Université normale de Pékin

## Les nouvelles routes de la Soie : un nouveau paysage pour cartographier l'évolution de la gouvernance mondiale

La nouvelle route de la soie, ou « *Belt and Road Initiative* » (BRI) est souvent perçue comme la manifestation la plus concrète de l'ambition de Pékin d'exporter le « modèle chinois » par la promotion de normes et de standards alternatifs à ceux qui prévalent actuellement en Occident<sup>1</sup>. Cette présomption pourrait se trouver vérifiée à la lecture du communiqué de presse de la cinquième session plénière du 19<sup>ème</sup> Comité central du Parti Communiste Chinois : « promouvoir la mise en œuvre conjointe de l'initiative '*Belt and Road*' pour un développement de haute qualité » et « participer activement à la réforme de la gouvernance mondiale »<sup>2</sup>, sont présentés comme les piliers de l'ouverture de la Chine à l'Occident. La BRI, bien qu'elle soit souvent pointée du doigt par les occidentaux en raison de ses caractéristiques uniques et distinctives par rapport à la référence occidentale, est envisagée par la Chine comme une voie vers la réforme progressive de la gouvernance mondiale actuelle au moyen de la sagesse chinoise. Au lieu de supposer un « modèle chinois »<sup>3</sup> qui comblera le vide laissé par les puissances occidentales en matière de *leadership*, je soutiens que la Chine expérimente une nouvelle approche de la coopération transnationale, ajoutant ainsi de nouveaux éléments au paysage changeant de la gouvernance mondiale.

1. Voir, par ex., D. Tobin, « How Xi Jinping's 'New Era' Should Have Ended US's Debate on Beijing's Ambition », *Center for Strategic and International Studies* (CSIS), 2020, disponible sur <https://www.jstor.org/stable/resrep24771> (consulté le 27 novembre 2020). Dans une récente discussion sur la question de la Chine et de la gouvernance mondiale à laquelle l'auteur a participé, il est soutenu que le principe même d'un ordre international libéral est de plus en plus contesté à la fois à l'intérieur et à l'extérieur. La Chine, dans un tel contexte, soutient mais aussi conteste l'ordre établi et le système de gouvernance mondiale dans lequel il s'inscrit. Voir M. Burnay, W. Muller, « China, Law and Global Governance: Power through Rules of Rule through Power », *Hague Yearbook of International Law*, Volume 31, 2018, Brill Nijhoff, 2021, pp. 9-14.
2. Le communiqué en chinois est disponible à l'adresse suivante : [http://www.xinhuanet.com/politics/202010/29/c\\_1126674147.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/202010/29/c_1126674147.htm).
3. Voir, par ex., Qingjiang Kong, Ming Du, « Is the 'Belt and Road' Initiative the Chinese Vision of Global Governance », dans G. Martinico, X. Wu (eds.), *A Legal Analysis of the Belt and Road Initiative, Towards a New Silk Road*, Palgrave MacMillan, 2020, pp. 5-19.

### 1. L'utilisation pragmatique par la Chine des outils juridiques dans la mise en œuvre de la BRI

L'acronyme « BRI » a été inventé pour rendre compte de sa singularité : l'initiative n'est ni un projet ni un instrument juridique international multilatéral. La mise en œuvre de la BRI ne vise ni à créer une organisation internationale avec des compétences spécifiques, ni à construire une alliance régionale. Il s'agit d'un processus de coopération. La portée géographique et l'absence de priorités définies caractérisent la nature flexible et ouverte de l'initiative. Alors que le cynique observe la BRI à travers le prisme de la stratégie géopolitique ou géoéconomique, les pays situés le long ou au centre de la « nouvelle route de la soie » sont invités à coopérer sur la base du volontariat. La nature totalement volontaire de la coopération distingue la BRI de tout accord régional de commerce et d'investissement, qu'il s'agisse de l'Accord de partenariat transpacifique, auquel la Chine envisage d'adhérer, ou du Partenariat économique global régional officiellement conclu par la Chine et 14 autres pays d'Asie-Pacifique le 15 novembre dernier.

En outre, le gouvernement chinois a conclu de nombreux accords intergouvernementaux avec les pays de la BRI et avec certaines organisations internationales. La plupart d'entre eux restent « de nature non contraignante »<sup>4</sup>. Ces derniers jettent les bases d'une coordination politique et d'un élargissement continu du consensus international autour de la BRI. Dans le même temps, la Chine a adopté une approche consistant à s'acclimater au contexte local et à gérer ses relations avec les dirigeants sur une base bilatérale. La flexibilité dans la conduite de la coopération bilatérale implique que « les normes juridiques ne soient pas les bases principales sur lesquelles la Chine peut s'appuyer »<sup>5</sup>. La BRI ne dispose pas d'un cadre juridique clair et systémique qui lui permettrait de se structurer vis-à-vis du monde. Par conséquent, les pays qui s'appuieraient sur un cadre juridique classique tel qu'un « traité fondateur » de la BRI pour comprendre les implications politiques et économiques de la BRI seront déçus et remettront en question la grande ambition de la Chine derrière cet instrument.

L'accent mis par la Chine sur la diplomatie étrangère pour faire avancer la BRI ne doit pas néanmoins être interprété comme un rejet total des règles juridiques. La BRI donne la priorité aux infrastructures de réseaux dont le financement est très technique et complexe. Par conséquent, des règles et des dispositions juridiques sophistiquées et détaillées sont nécessaires pour fournir une base d'exploitation sûre, fiable et prévisible. Les activités de la Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures (BAII) montrent ainsi comment la Chine devrait modifier

4. Voir G. Martinico, « Comparative Law Reflections on the Use of Soft Law in the Belt and Road Initiative », in G. Martinico, X. WU (eds.), *A Legal Analysis of the Belt and Road Initiative, Towards a New Silk Road*, op.cit., pp. 131-142.
5. R. Nurgozhayeva, « Rule-Making, Rule-Taking or Rule-Rejecting under the Belt and Road Initiative: A Central Asian Perspective », *The Chinese Journal of Comparative Law*, (2020) Vol. 8 No. 1 pp. 250-278, p.262.

la gouvernance financière mondiale actuelle par l'apport de « valeurs asiatiques »<sup>6</sup> tout en se conformant aux règles juridiques internationales établies. Par exemple, afin de maintenir les notations de crédit, la BAI a élaboré des « lignes directrices pour l'évaluation, la surveillance et le contrôle des risques de sanctions pénales ou réglementaires, de perte financière ou de perte de réputation que la BAI pourrait subir en raison du non-respect des lois, des réglementations, des normes internationales et des codes de conduite applicables à nos activités bancaires »<sup>7</sup>. En outre, les détenteurs de projets d'infrastructure chinois qui ont besoin d'un financement mixte doivent se conformer aux règles juridiques internationales établies, au lieu d'adopter les nouvelles règles du « modèle chinois ». Les entreprises chinoises sont en outre encouragées à renforcer la coopération en matière de financement mixte avec les institutions multilatérales de développement, en raison de l'influence gouvernementale positive de ces dernières, qui aide les projets à atténuer les risques et à accroître leur crédibilité<sup>8</sup>. Cette coopération commande aux entreprises chinoises d'adopter à terme les règles juridiques financières universellement pratiquées<sup>9</sup>.

En outre, les dirigeants des pays de la BRI ont récemment exprimé leur soutien aux objectifs de développement durable des Nations Unies. À cette fin, ces derniers sont déterminés à maintenir la coopération « conformément aux principes et obligations convenus au niveau international » ; à « travailler ensemble conformément à notre législation nationale, nos cadres réglementaires, nos obligations internationales, les normes et standards internationaux applicables », et ont appelé à « davantage de coopération internationale conformément à nos obligations respectives applicables en vertu des conventions internationales, telles que la Convention des Nations unies contre la corruption (CNUCC) et les traités bilatéraux pertinents »<sup>10</sup>. L'objectif de construire une BRI verte et durable, tel que cela fut pensé sous la forme d'une coordination des politiques, poussera les pays de la BRI, dont la Chine, à adapter leur conduite pour être en conformité avec les normes internationales, générant ainsi une « culture de conformité de la BRI » dans la réalisation des infrastructures<sup>11</sup>.

Pour une meilleure sécurité juridique, la Chine a ressenti la nécessité de mettre en place un mécanisme de règlement des différends efficace et fiable pour régler les contentieux internationaux, en attirant particulièrement l'attention sur les particularités des différends impliquant les pays de la BRI. La Cour populaire suprême de Chine (CPS) a publié en 2015 et 2019 deux lignes directrices sur le service judiciaire et les garanties que le système judiciaire chinois devrait offrir à la BRI. Ces directives contiennent l'orientation de la CPS sur les travaux et les activités entreprises par les organes judiciaires à tous les niveaux pour servir le développement de la BRI. L'objectif principal est de renforcer la confiance du système judiciaire chinois dans le règlement des litiges liés aux pays de la BRI.

Aux termes des lignes directrices de 2019<sup>12</sup>, les tribunaux chinois doivent appliquer les traités et les conventions internationales qui lient la Chine, et respecter les coutumes et usages commerciaux internationaux. De plus, les textes chinois doivent être traduits en langues étrangères et publiés dans les pays de la BRI afin d'améliorer la compréhension des pratiques juridiques chinoises par les sujets étrangers. Le « guichet unique » de règlement des différends, rendu possible grâce aux divers recours disponibles, incluant le règlement judiciaire, la médiation et l'arbitrage, offerts par la Cour commerciale internationale de Chine (CICC) nouvellement créée, seront davantage encouragés et développés<sup>13</sup>. Les lignes directrices de 2019 démontrent le soutien de la CPS à la participation du Centre d'arbitrage international de Hong Kong (HKIAC) au guichet unique de règlement des différends tel que conçu par la CICC. Enfin et surtout, les institutions d'arbitrage étrangères peuvent établir leurs succursales et avoir leur siège d'arbitrage dans la région de Lingang à Shanghai<sup>14</sup>.

Les lignes directrices ci-dessus montrent l'intention de la CPS d'améliorer la fiabilité et l'ouverture du système judiciaire chinois au niveau international, compte tenu à la fois de la concurrence et de la coopération entre les différentes institutions internationales et nationales de règlement des différends. Pourtant, la CPS semble privilégier de manière excessive le règlement des litiges découlant des projets de la BRI sur le territoire chinois : le

6. D. M. Ong, « The Asian Infrastructure Investment Bank: Bringing 'Asian Values' to Global Economic Governance », *JIEL*, 2017, 20, 535-560.

7. Rapport annuel et états financiers de la BAI 2019, p. 16.

8. Centre d'innovation : Modèles d'investissement et de financement, défis et recommandations des projets d'énergie renouvelable des entreprises chinoises dans les pays de la ceinture et les pays routiers, janvier 2020.

9. Voir aussi, M. Ad. Carrai, « It Is Not the End of History: The Financing Institutions of the Belt and Road Initiative and the Bretton Woods System », in Julien Chaisse, Jędrzej Górski (eds.), *The Belt and Road Initiative*, Law, Economic, and Politics, Brill Nijhoff, 2018. L'auteur fait valoir que « les institutions internationales de financement du développement (IDFIS) liés à la BRI sont pour la plupart imbriquées dans le système juridique international actuel et peuvent contribuer à certains de ses objectifs, tels que la protection de l'environnement, la sécurité et le développement social durable », p. 111.

10. « Belt and Road Cooperation: Shaping a Brighter Shared Future », Communiqué conjoint de la table ronde des dirigeants du 2ème Belt and Road Forum for International Cooperation, 27 avril 2019, Pékin, Chine.

11. L'un des moyens d'accroître la durabilité environnementale de la BRI est la Coali-

tion internationale pour le développement vert. Lancée en 2019, la Coalition est un réseau international ouvert, inclusif et volontaire qui rassemble l'expertise environnementale de tous les partenaires afin de s'assurer que la BRI apporte un développement vert et durable à long terme à tous les pays concernés, en soutien à l'Agenda 2030 pour le développement durable.

12. Cour populaire suprême, *Guidelines for courts to provide enhanced judicial services and guarantees for Belt and Road construction*, 9 décembre 2019.

13. On fait valoir que les pratiques d'arbitrage international liées à la BRI apporteront une dynamique de changement au cadre mondial de l'arbitrage international. Voir, U. Liukkonen, « Chinese Context and Complexities – Comparative Law and Private International Law facing new Normativities in International Commercial Arbitration », *Ius Comparatum* 1(2020) 254-287;

14. En termes de coopération judiciaire, la Chine a signé le 7 août 2019 la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux résultant d'une médiation (« Convention de médiation de Singapour »). La Chine a également participé à l'adoption de la Convention HCCH de 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale. Voir : <<http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/209/1303.html>>.

sentiment de sécurité de la CPS est, dans une certaine mesure, étroitement lié à sa capacité d'influence et même de contrôle sur ces pratiques judiciaires, arbitrales et de médiation. Il est donc difficile de rejeter complètement l'hypothèse selon laquelle la CPS serait sceptique quant à une véritable internationalisation du règlement des différends. Les multiples centres de gravité de cette dernière se dispersent dans le monde.

Les exemples ci-dessus relatifs à l'utilisation des outils juridiques pour la mise en œuvre de la BRI illustrent le fait que le droit n'est pas perçu comme le « fondement » de la BRI. La BRI est conçue comme un processus de coopération, plutôt que comme un immense édifice normatif, qui a besoin d'un dynamisme moteur plutôt que d'une base solide. L'expert selon lequel « chaque fois qu'une puissance régionale ou mondiale investit dans sa zone d'influence, elle cherche à créer un droit international qui s'applique à la protection de ces investissements » conclut toutefois en se demandant si la Chine suivra le modèle de « système hégémonique d'investissement mis en œuvre par les États-Unis, qui reste en grande partie intact aujourd'hui »<sup>15</sup>. Le rôle nécessaire mais encore marginal du droit caractérise la « flexibilité maximale »<sup>16</sup> de la Chine dans l'édification de la BRI, qui contraste avec l'accent mis en occident sur la règle de droit.

## 2. Le « modèle chinois » et le paradigme occidental

La Chine a adopté une position ambivalente en ce qui concerne le rôle du droit en tant qu'outil de gouvernance. Il est clair que la Chine investit dans sa capacité institutionnelle à développer des normes, cependant il existe « un manque de clarté persistant concernant les dimensions juridiques de la BRI »<sup>17</sup>. Afin de promouvoir la BRI dont l'objectif principal est d'augmenter la connexion entre ses membres, la Chine s'appuie de manière pragmatique sur la notion de « *policy* », tout en recourant à des outils juridiques lorsque cela est nécessaire et utile. L'observation perspicace d'Antoine Garapon met en lumière le pragmatisme de la Chine : elle déploie la BRI par le biais d'investissements en infrastructures plutôt que par la transplantation d'une culture juridique, l'imposition de la loi, ou encore l'autonomisation ou la transmission d'un modèle de société spécifique<sup>18</sup>. La Chine estime que la société de consommation peut devenir tout aussi attrayante pour d'autres pays. Cependant, la BRI contient en soi le risque de maintenir la Chine à l'écart des normes et de la réglementation juridique universellement acceptées. La raison même de ce scénario tient au fait que la Chine

n'est toujours pas un État de droit. Dans une perspective plus large, la conception et la mise en œuvre de l'État de droit par la Chine « sont sensiblement différentes de tout système juridique existant en Occident ou de tout 'idéal occidental de l'État de droit' paradigmatique »<sup>19</sup>. En bref, l'État de droit socialiste et étatique de la Chine est un facteur institutionnel clé qui conduit au scepticisme et aux critiques de l'Occident.

La caricature du « modèle chinois » est une réponse aux inquiétudes selon lesquelles le développement de la BRI pourrait être une source de tension et de rivalité. Il a été dit que « le manque de transparence est peut-être le trait le plus distinctif de la BRI et des projets menés sous son égide »<sup>20</sup> ; « le fait que les entreprises d'État chinoises jouent un rôle majeur dans la BRI conduit à penser que le capitalisme d'État chinois et son système politique à parti unique pourraient être mal adaptés à un ordre mondial démocratique libéral ». Antoine Garapon a également conclu que le faible recours à la loi et le manque d'autonomie et d'indépendance de la loi et du marché par rapport à la politique caractérisent la Chine comme une post-démocratie qui défie et concurrence les démocraties actuelles. D'autres opinions influentes ont souligné l'engagement de la Chine comme une « lutte prolongée » au sein de l'ordre international actuel<sup>21</sup>. L'ordre actuel présenté par les Américains comme un « ordre international fondé sur des règles » semble être en réalité « un ordre dans lequel les Américains font les règles ». La question du degré de « renégociation » que la Chine demandera, et des conséquences d'une telle « renégociation », est ouverte<sup>22</sup>.

Plusieurs points de vue ont été exprimés quant à la manière d'atténuer la tension entre le « modèle chinois » et l'idéologie occidentale.

Un premier soutient que la Chine doit, dans le cadre de la BRI, regrouper son commerce et ses investissements « en un seul système et prendre en considération à la fois les règles internationales et la structure institutionnelle ». Et, lorsque la Chine résoudra sérieusement les sujets de multilatéralisme et de droit international, elle « devra veiller à ce que l'élaboration des règles et la prise de décision pour la BRI ne soient pas menées par la Chine seule, mais par un processus indépendant sans la domination d'un seul État »<sup>23</sup>. Ces recommandations visent essentiellement à mettre la conception chinoise de la gouvernance mondiale, ainsi que ses initiatives dans le cadre de la BRI, en

15. M. Sornarajah, « Chinese Investment Treaties in the Belt and Road Initiative Area », *The Chinese Journal of Comparative Law*, (2020) Vol. 8 No. 1, pp. 56-57.

16. H. Wang, « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *Journal of International Economic Law*, 2019, 22, pp. 29-55, p.47.

17. W. Muller, « The Power of Discourse, Doctrinal Implications of China's Normative Aspirations », *Hague Yearbook of International Law*, Volume 31, 2018, Brill Nijhoof, 2021, p.66.

18. A. Garapon, « Les Nouvelles Routes de la Soie : la voie chinoise de la mondialisation », *IHEJ*, 23 novembre 2016.

19. R. Peerenboom, *China Modernizes, Threat to the West or Model for the Rest*, Oxford University Press, 2007, p. 196.

20. Voir, M. Baltensperger, U. Dadush, « The Belt and Road Turns Five », *Bruegel Policy Contribution*, n°1, janv. 2019.

21. A. Garapon, « Les Nouvelles Routes de la Soie : la voie chinoise de la mondialisation », *op. cit.*

22. S. Roggeveen, « La Chine, l'Amérique et le piège à thucydides : Une interview de Graham Allison » : <<https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/china-america-and-thucydides-interview-graham-allison>>, consulté le 30 novembre 2020.

23. J. Chen, « Tension and Rivalry: The « Belt and Road » Initiative, Global Governance, and International Law », *The Chinese Journal of Comparative Law*, (2020) Vol. 8 No. 1, pp.194, 195.

conformité avec les critères occidentaux intégrés dans les règles et institutions internationales actuellement en vigueur. Mais une solution aussi simpliste oublie que le droit international n'est pas neutre et qu'il peut favoriser les puissants, justifier l'agression et véhiculer un programme impérialiste. La conséquence de cette rhétorique de la *compliance* exposée ci-dessus serait le maintien du *statu quo* de la domination du droit « universel » actuel, tandis qu'une nouvelle hégémonie remplace l'ancienne avec une structure de gouvernance mondiale inchangée<sup>24</sup>.

Un second rappelle que dans la culture juridique traditionnelle chinoise, le droit et la morale jouent des rôles différents mais complémentaires dans la gouvernance de la société ; cette dernière « accorde une plus grande valeur à la fiabilité, et n'estime pas que les marchés en eux-mêmes peuvent être laissés à l'application de résultats éthiques ». La différence entre la tradition chinoise en matière de droit et celle des pays de la BRI justifie que « la convergence continue entre les systèmes juridiques est essentielle à l'expansion des activités de la BRI » ; et que « la viabilité du système juridique de la BRI exige que la détermination de ce qui peut être obtenu par consensus et par des relations durables à long terme, à la manière du *Li* de Confucius, soit prioritaire, et que le recours à des sanctions et à des interdictions formelles, à la manière du *Fa* de Confucius, soit limité aux cas où le *Li* est réellement impossible ou inefficace »<sup>25</sup>.

Le point de vue ci-dessus, qui suit l'approche du droit comparé, est théoriquement idéal. Toutefois, le pluralisme juridique qu'il préconise peut se heurter à la difficulté politique de réformer le droit international actuel, car la nature « internationale » de ce dernier est profondément remise en question<sup>26</sup>. En d'autres termes, si la création, l'interprétation et l'application des règles juridiques internationales sont influencées par les lois nationales de ces États puissants, il reste à savoir si l'approche pluraliste implique que la ou les nouvelles puissances montantes résisteront, entreront en concurrence avec les anciennes et les remplaceront finalement. En d'autres termes, le point de vue médian qui sympathise avec la culture juridique de la Chine soutiendrait l'argument selon lequel la Chine en tant que puissance montante comblera le vide de la gouvernance mondiale créé par les crises contemporaines de l'ordre international libéral.

Selon cette conception, la Chine défendra ainsi l'émergence d'une version *a minima* de l'ordre international qui ne sera peut-être pas totalement privée de sa dimension libérale, « mais qui va clairement à l'encontre de la promotion systématique des valeurs de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit tant au niveau national

qu'international »<sup>27</sup>. La vue la plus favorable soutient que « la BRI peut contribuer à la règle de droit à l'échelle internationale s'il existe une volonté politique », alors qu'il admet également que l'État de droit est un concept contesté et que « même s'il existe une volonté politique d'améliorer les conditions de l'État de droit au sein de la BRI, il ne pourrait s'agir d'un État de droit au sens strict »<sup>28</sup>.

La vision pessimiste perçoit l'ordre mondial fondé sur des règles comme une illusion, affirmant que « le droit international est aujourd'hui puissant contre les impuissants et impuissant contre les puissants. Tant que cela sera vrai, un ordre mondial fondé sur des règles restera une feuille de vigne face à la poursuite forcée des intérêts nationaux »<sup>29</sup>. Il s'ensuit que l'émergence de la Chine en tant que nouveau centre de gravité des affaires mondiales grâce au rayonnement de la BRI « réformera » le droit international actuel<sup>30</sup>, mais cette réforme ne se fera pas seulement dans l'intérêt national de la Chine, elle « renforcera et justifiera l'émergence de la Chine »<sup>31</sup>. Selon Jérôme A. Cohen, la Chine « semble s'orienter progressivement vers une approche plus novatrice et plus large qui façonne le droit international au même titre que sa puissance politique et économique croissante (...) L'adhésion des États-Unis au droit international, tant en théorie qu'en pratique, incitera la RPC à soumettre de plus en plus sa propre conduite à un 'ordre fondé sur des règles' en évolution »<sup>32</sup>. Il est vrai que les relations de pouvoir entre les États sont une dynamique de changement du droit international. Cependant, la relation de pouvoir entre les États est plus complexe en réalité qu'en théorie, et l'impact de l'évolution des relations de pouvoir sur l'évolution du droit international doit être examiné par le biais d'études plus concrètes et empiriques.

La vision pessimiste accorde une importance excessive aux États tout en ignorant les limites de cette approche étatiste du droit international et, dans une perspective plus large, de la gouvernance mondiale à laquelle participent de multiples acteurs à tous les niveaux. En fait, toute étude relative à l'impact de la montée en puissance

24. B. A. Coates, *Legalist Empire: International Law and American Foreign Relations in the Early Twentieth Century*, Oxford University Press, 2016.

25. N. Morris, « Developing a Sustainable Legal System for the Belt and Road Initiative », in W. Shan et al. (eds.), *Normative Readings of the Belt and Road Initiative*, Springer International Publishing AG, 2018, pp.54, 55.

26. Voir, A. Roberts, *Is International Law International?*, Oxford University Press, 2017.

27. M. Burnay, « China and Global Governance: Towards a Low-Cost Global Legal Order », *Annuaire de droit international de La Haye*, volume 31, 2018, Brill Nijhoof, 2021, p. 42.

28. H. Andersen, « Rule of Law Gaps and the Chinese Belt and Road Initiative: Legal Certainty for International Businesses », in G. Martinico, X. WU (eds.), *A Legal Analysis of the Belt and Road Initiative, Towards a New Silk Road*, op. cit., p. 126.

29. B. Chellaney, « The Illusion of a Rules-Based Global Order », disponible sur <<https://www.projectsyndicate.org/commentary/china-makes-mockery-of-international-law-by-brahma-chellaney>>.

30. C. Cai, « New Great Powers and International Law in the 21st Century », *The European Journal of International Law*, Vol. 24 no. 3, 2013. L'auteur conclut que les nouvelles grandes puissances, dont la Chine, sont positionnées d'une manière à la fois différente et similaire à celle des anciennes grandes puissances, dans le façonnage et la refonte du droit international, pt 795.

31. C. Cai, *The Rise of China and International Law*, Oxford University Press, 2019, p.39. L'auteur souligne que la relation actuelle entre le droit international et les grandes puissances diffère de son histoire passée en ce sens que le droit international « peut imposer plus d'obstacles à la Chine qu'il n'en a imposé aux anciennes grandes puissances de l'histoire ».

32. J. A. Cohen, « Law and Power in China's International Relations » (2019) 52 *NYU J Int'l L & Pol* 123, pp. 164 - 165.

de la Chine sur les changements du droit international, dans la mesure où elle assimile implicitement les luttes de pouvoir entre États à l'essence du droit international, est autonome dans la perspective étatiste : elle néglige l'« empire du droit privé » fondé sur la propriété, plutôt que sur la souveraineté, qui permet, structure, canalise et s'oppose à la puissance internationale<sup>33</sup>.

En outre, le cadre cognitif étatiste ou souverainiste s'avère dépassé face à la « nouvelle forme mondiale de souveraineté » qui est « composée d'une série d'organismes nationaux et supranationaux unis dans une même logique de règle »<sup>34</sup>, c'est-à-dire un réseau de puissances mondiales au-delà des États. De plus, comme l'envisage Mireille Delmas-Marty, l'émergence d'une agrégation d'acteurs publics et privés pour la préservation des biens communs mondiaux appelle une nouvelle forme de gouvernance qui agrège, au lieu de séparer, le Savoir (les experts), la Volonté (les citoyens) et le Pouvoir (les États, les organisations régionales et internationales, etc.)<sup>35</sup>. En d'autres termes, les États-nations perdent leur position dominante traditionnelle dans le processus de gouvernance du monde sans gouvernement mondial. Il faut également se concentrer sur les nouveaux acteurs et le dynamisme qu'ils apportent à la gouvernance mondiale.

### 3. Les acteurs non étatiques dans la BRI et la nouvelle dynamique de la gouvernance mondiale

La nouvelle route de la soie est une initiative étatique, mais il existe un large éventail d'acteurs qui la mettent en œuvre. Les entreprises d'État, entre autres, jouent un rôle essentiel. Les performances des entreprises d'État dans le cadre de la BRI et leurs impacts politiques, économiques et sociaux attirent l'attention. La contribution des entreprises d'État à la BRI s'accompagne toutefois du scepticisme selon lequel « le capitalisme d'État chinois et son système politique à parti unique pourraient être mal adaptés à un ordre mondial libéral-démocratique »<sup>36</sup>.

La réalité est plus complexe. La relation entre l'État et les entreprises publiques ne doit pas être simplement définie à la lumière de mandats. Les entreprises publiques jouissent d'une autonomie et restent indépendantes des gouvernements au sens juridique du terme. Cependant, les gouvernements peuvent influencer efficacement les entreprises publiques et les autres acteurs dans la conduite des investissements dans les pays de la BRI en élaborant des politiques et des orientations stratégiques. Par exemple, depuis 2007, la Chine a poussé les entreprises publiques à fixer des normes pour les pratiques de responsabilité sociale des entreprises tant au niveau natio-

nal que dans leurs activités à l'étranger<sup>37</sup>. Une recherche récente a mis en lumière la relation réelle entre l'État et d'autres acteurs : alors que la BRI est présentée comme une stratégie de mondialisation mobilisée par l'État, la caractéristique unique de l'« État mobilisateur » réside dans le fait que « lorsque les dirigeants chinois encouragent la 'mondialisation' dans le cadre de la mobilisation et de la promotion d'une stratégie nationaliste par le haut, le public intérieur - les différents acteurs de l'État et du capital - peut faire beaucoup de choses différentes »<sup>38</sup>.

La fragmentation entre les acteurs étatiques et non étatiques, y compris les gouvernements locaux, les entités commerciales appartenant ou non à l'État, peut avoir un lien avec l'utilisation pragmatique des outils juridiques dans la mise en œuvre de la BRI, comme décrit ci-dessus. Le vide laissé par le droit étatique peut être comblé par des initiatives d'acteurs privés. Par exemple, une étude empirique récente sur les zones économiques spéciales transfrontalières de l'Asie du Sud-Est<sup>39</sup> a également montré que l'État transforme son rôle en assouplissant le contrôle des activités commerciales transnationales.

Par ailleurs, « la conduite des entreprises d'État chinoises et des entreprises privées qui investissent dans le cadre de la BRI est susceptible de faire l'objet d'un examen de plus en plus minutieux »<sup>40</sup>. Par exemple, en termes de RSE, le gouvernement et les entreprises chinoises ont de plus en plus recours aux normes ISO 26000. « Bien que le gouvernement reste le principal moteur du développement de la RSE, le rôle du grand public continuera à gagner en importance »<sup>41</sup>. Les entreprises chinoises sont les principaux acteurs de la réalisation des projets d'infrastructure de la BRI, leur sensibilisation et leur capacité à promouvoir un développement équitable et durable « s'accroissent avec la pression et les incitations croissantes au niveau national et international »<sup>42</sup>. Pour atteindre les objectifs de développement durable dans le contexte de la BRI, il devient plus que jamais nécessaire de mettre en commun les efforts de la Chine et des États

33. M. Koskeniemi, "Expanding Histories of International Law" (2016) 56 *American Journal of Legal History*, 104.

34. M. Hardt, A. Negri, *Empire*, Harvard University Press, 2000, p. xii.

35. M. Delmas-Marty, « Gouverner la mondialisation par le Droit », *Revue européenne du droit*, septembre 2020, n°1, p. 9.

36. M. Baltensperger, U. Dadush, « The Belt and Road Turns Five », *Bruegel Policy Contribution*, n° 1 janvier 2019.

37. State-owned Asset Supervision and Administration Commission of the State Council, *Guidelines to the State-owned Enterprises Directly under the Central Government on Fulfilling Corporate Social Responsibilities*, promulguées et entrées en vigueur le 29 décembre 2007. V. aussi : Ministry of Ecology and Environment, Ministry of Foreign Affairs, National Development and Reform Commission, Ministry of Commerce, *Guidance on Promoting Green Belt and Road*, avril 2017 ; Ministry of Ecology and Environment, *The Belt and Road Ecological and Environmental Cooperation Plan*, mai 2017.

38. M. Ye, *The Belt Road and Beyond, State-Mobilized Globalization in China: 1998-2018*, Cambridge University Press, 2020, p. 13.

39. C. Thame, « State Transformation and Uneven Development Across Southeast Asia's Cross-Border Special Economic Zones », *Journal of Political Science Review* 6, 2020, n° 1, pp. 29-67.

40. M. Zou, "Labour standards along 'one belt, one road'", in Lutz-Christian Wolff ; C. Xi ; J. Chan (eds.), *Legal dimensions of china's belt and road initiative*, Wolters Kluwer, 2016, p. 2.

41. G. Tu, S. Chen, « national reports, china », in C. Kessedjian, H. Cantú Rivera (eds.), *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, Springer, 2020, p. 257.

42. X. Jiang, « Green Belt and Road Initiative Environmental and Social Standards: Will Chinese Companies Conform? », in G. Sen, M. Leach, J. Gu (eds.), *The Belt and Road Initiative and the SDGs: Towards Equitable, Sustainable Development*, *IDS bulletin*, vol. 50, n°4, décembre 2019, p. 61.

hôtes en matière d'orientation et de réglementation, la politique de finance vert des institutions financières, ainsi que l'amélioration de la gestion et de la communication des entreprises chinoises.

La BRI offre ainsi un champ d'expérimentation pour la gouvernance multipartite. La vision étatique de la BRI devrait être substituée par un nouveau paradigme qui attache de l'importance à la contribution réelle des acteurs non étatiques, principalement des acteurs privés. Le bloc d'acteurs qui mettent en œuvre la BRI, ainsi que leurs pratiques, forment un nouveau paysage pour cartographier le scénario changeant de la gouvernance mondiale. Des enquêtes plus précises sur le rôle des acteurs non étatiques peuvent aider à guérir la myopie de l'observation de l'influence de la BRI sur la gouvernance mondiale. Hardt et Negri ont averti que « dans le contexte de la mondialisation, nous pouvons voir l'émergence d'une nouvelle formation impériale qui ne peut fonctionner que grâce à la collaboration de diverses puissances nationales, supranationales et non nationales »<sup>43</sup>. Les activités des acteurs non étatiques auraient une influence significative, voire déterminante, sur la question de savoir si une gouvernance impériale sans Empire émergerait dans la future mondialisation.

### Conclusion

Les États-nations restent importants pour la gouvernance mondiale. Pourtant, l'histoire de l'humanité a dépassé l'âge des empires<sup>44</sup> et même les États-Unis, comme première superpuissance, n'ont jamais été capables de gouverner le monde par leur seule volonté. L'ascension de la Chine est encore loin d'équivaloir à une hégémonie chinoise. D'un côté, « la puissance croissante de la Chine n'est pas aussi solidement ancrée qu'on le pense généralement, et les vues de la Chine sont influencées par son interaction avec les États-Unis et sa perception de la pratique américaine du droit international »<sup>45</sup>. D'autre part, la Chine a souffert des conséquences de l'esprit de clocher du cosmopolitisme américain<sup>46</sup>. Il est donc justifié de soutenir qu'une Chine montante ne devrait pas s'inscrire dans les traces des États-Unis. En outre, l'interdépendance croissante entre les nations met en évidence la faille fondamentale qui consiste à assimiler le droit international à la lutte pour les intérêts nationaux.

Ni la perspective souverainiste absolue du droit international ne convient plus au monde en voie de mondialisation, ni l'universalisme n'a jamais atteint la domination totale escomptée par les puissances hégémoniques.

La BRI offre à la Chine une occasion cruciale de forger sa propre part et sa propre stratégie en matière de gouvernance mondiale. La Chine est en train de développer sa propre « puissance discursive ». Il est également vrai que la Chine adopte une attitude défensive en critiquant les normes établies, mais sans qu'aucun modèle alternatif clair n'émerge.<sup>47</sup> Un auteur soutient toutefois que le « pragmatisme » de la Chine en matière de droit pourrait devenir la composante d'un ensemble plus vaste de « droit en mouvement »<sup>48</sup> qui régit le monde changeant et incertain. La gouvernance mondiale n'a pas de modèle à suivre, ni de cadre fixant ses limites ou ses frontières. La gouvernance mondiale est un processus fluide mais non linéaire. Les multiples acteurs de la gouvernance mondiale peuvent partager les mêmes objectifs de paix et de prospérité, mais rivaliser entre eux avec des moyens de sagesse et des plans différents. Cependant, le piège des objectifs et des moyens confondus demeure, y compris les confrontations brutales qui pourraient conduire au cycle de l'hégémonie par le droit, comme dans le cas de la guerre commerciale entre les États-Unis et la Chine, où le droit est utilisé comme arme pour atteindre des objectifs protectionnistes. En ce sens, il est toujours essentiel de parvenir à un consensus sur la coopération par le biais du droit et de la politique afin d'éviter le « nivellement par le bas »<sup>49</sup>.

Les cyniques considèrent la BRI comme la stratégie géopolitique et géoéconomique de la Chine dans la poursuite de l'exportation d'un « modèle chinois » qui remplacera à long terme l'ordre international actuel. Je soutiens quant à moi que la BRI, en raison de ses caractéristiques distinctives, peut former un nouveau modèle de gouvernance (utilisation pragmatique du droit, influence cruciale des politiques gouvernementales, rôles variables des entreprises d'État et des acteurs privés) qui diffère considérablement de celui de l'Occident. Alors que le modèle « libéral » actuel de gouvernance mondiale, s'il existe, est de plus en plus remis en question quant à son efficacité et sa légitimité, la BRI chinoise peut être perçue comme une expérimentation du processus de gouvernance mondiale : un processus qui n'a ni fondement ni centre. La question cruciale n'est plus de savoir comment contenir la concurrence entre les « modèles » afin d'éviter les durs affrontements et le cycle de dominations ou d'hégémonies qui en découle. Au contraire, l'essor de la Chine va rafraîchir la réflexion sur la manière de modifier le cadre cognitif pour guider la coexistence, la réception mutuelle et la complémentarité. Cette modification est désormais rendue nécessaire par les défis posés par les vagues de désordre qui déferlent dans « l'océan de la mondialisation »<sup>50</sup>.

43. M. Hardt, A. Negri, *Commonwealth*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p.233.

44. M. Koskenniemi, W. Rech, M. Jiménez Fonseca (eds.), *International Law and Empire, Historical Explanations*, Oxford University Press, 2017, pp. 7-8. Les auteurs adoptent une définition large de l'empire comme « une forme de pouvoir politique et économique englobant potentiellement l'influence et l'autorité juridique ainsi que le contrôle militaire sur les populations étrangères, soumis à différents degrés de négociation ».

45. J. A. Cohen, « Law and Power in China's International Relations », *op. cit.*

46. S. Moyn, « The Parochialism of American Cosmopolitanism », 15 sept. 2017. disponible sur <<https://www.lawfareblog.com/parochialism-american-cosmopolitanism>>.

47. W. Muller, « The Power of Discourse, Doctrinal Implications of China's Normative Aspirations », *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 31, 2018, Brill Nijhoff, 2021, p.77.

48. M. Delmas-Marty, « Gouverner la mondialisation par le droit », *op. cit.*, p.10.

49. M. A. Carrai, « The Rise of Screening Mechanisms in the Global North: Weaponizing the Law against China's Weaponized Investment », *The Chinese Journal of Comparative Law*, volume 8, numéro 2, septembre 2020, pp. 351-383.

50. M. Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde - Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Seuil, 2016.



Anu Bradford • Professeur de droit,  
Université de Columbia

## Penser l'Union européenne dans la mondialisation : l'« effet Bruxelles »

76

**Il y a un sentiment général, du moins à l'extérieur de ses frontières, que l'Union Européenne (UE) devient de moins en moins pertinente sur la plupart des aspects. Cependant, dans votre dernier livre, vous affirmez que l'UE reste une superpuissance influente qui façonne le monde à son image : c'est en fait la seule superpuissance réglementaire mondiale, en raison de ce que vous appelez « l'effet Bruxelles ». Qu'est-ce que l'effet Bruxelles ?**

Je ne nie pas que l'UE ait de multiples faiblesses, mais mon livre est une invitation à se demander ce que signifie le pouvoir aujourd'hui et quel type d'influence est réellement important. À cet égard, mon intuition est que nous avons sous-estimé un type particulier de pouvoir ; sa prise en compte montre que l'UE est réellement une puissance réglementaire mondiale.

Par l'effet Bruxelles *de facto*, je fais référence à la capacité unilatérale de l'UE à réglementer les marchés mondiaux en établissant des normes en matière de politique de concurrence, de protection de l'environnement, de sécurité alimentaire, de protection de la vie privée ou de réglementation du discours de haine dans les médias sociaux. Il est intéressant de noter que l'UE n'a pas besoin d'imposer ses normes de manière coercitive à qui que ce soit - les seules forces du marché suffisent. En fait, l'UE est l'un des marchés de consommation les plus vastes et les plus riches, soutenu par des institutions réglementaires solides. Rares sont les entreprises mondiales qui peuvent se permettre de ne pas commercer avec l'UE, et le prix d'accès au marché unique consiste à adapter leur conduite et leur production aux normes de l'UE, qui sont souvent les normes les plus strictes au monde. Il est important de noter que ces entreprises choisissent souvent de respecter les mêmes règles sur d'autres marchés également, afin d'éviter le coût de se conformer à des régimes réglementaires différents.

L'effet Bruxelles de *facto* est complété par un effet Bruxelles *de jure*, c'est-à-dire l'adoption de réglementations de type UE par des gouvernements étrangers. Cela peut être le résultat du *lobbying* des entreprises locales qui se conforment déjà aux règles et aux normes de l'UE, mais il existe un ensemble plus large de mécanismes qui transmettent les règles de l'UE aux juridictions étrangères. En effet, les règles de l'UE sont souvent prises comme modèle, en raison de l'influence politique et du pouvoir de négociation globaux de l'UE, associés à son expérience, à son expertise et à sa volonté de prêter son assistance technique et de promouvoir le développement des compétences. Plus prosaïquement, la tradition de droit civil de l'UE conduit généralement à des règles précises et détaillées, rédigées en plusieurs langues, qui sont plus faciles à reproduire dans des pays en développement où le personnel administratif et judiciaire peut être moins qualifié. L'effet Bruxelles offre à ces pays la possibilité d'externaliser leurs activités réglementaires auprès d'une entité plus ingénieuse et plus expérimentée.

**Vous soulignez que votre observation ne concerne pas seulement l'UE et Bruxelles, mais que « l'effet Bruxelles » pourrait également émerger dans d'autres juridictions. Quelles sont ses conditions nécessaires et suffisantes ?**

Le livre tente d'établir une théorie générale de ce qu'il faut pour qu'une juridiction soit une puissance de régulation mondiale, bien que l'UE soit actuellement la seule à remplir ces conditions cumulatives.

Le point de départ est que la juridiction doit avoir un marché de consommation important et suffisamment homogène, afin de devenir une destination commerciale incontournable. La condition suivante est que la juridiction doit avoir une capacité réglementaire suffisante ; être un pouvoir de régulation est une stratégie consciemment poursuivie par un État plutôt que quelque chose d'inhérent à sa taille de marché. L'État doit s'engager à mettre en place des institutions et à les doter de compétences réglementaires pour traduire son pouvoir de marché en une influence réglementaire tangible. Ensuite, il doit y avoir une volonté politique de déployer cette compétence de régulation vers la conception de règles strictes ; contrairement aux États-Unis, par exemple, l'UE a justement une telle volonté politique.

Les deux dernières conditions aident à identifier les domaines de politique publique où ce type de pouvoir peut exister. Premièrement, on ne peut réglementer unilatéralement que des cibles inélastiques. Contrairement aux capitaux, qui peuvent se déplacer ailleurs si la réglementation devient trop contraignante, les consommateurs ne sont pas mobiles et les entreprises doivent respecter les règles applicables sur le marché concerné. Cela explique la différence entre les États-Unis, qui ciblent principalement le secteur financier, plus élastique, au cours des dernières décennies, et l'UE, qui se concentrait sur la régulation des marchés de consommation et de l'environnement.

La dernière condition remplit le rôle le plus analytique de la théorie, car elle nous permet d'expliquer pourquoi certaines entreprises suivent globalement les mêmes règles dans certaines circonstances tandis que d'autres entreprises profitent de régimes réglementaires différents dans d'autres circonstances. Il s'agit de la non-divisibilité de la production : l'effet Bruxelles apparaît lorsque les entreprises concluent qu'il est dans leur intérêt de poursuivre une conduite ou un modèle de production uniforme plutôt que de profiter de réglementations moins strictes sur d'autres marchés.

**Cependant, vous affirmez également qu'il y a des entreprises pour lesquelles il serait faisable de diviser leurs modèles de production, mais qui choisissent de ne pas le faire, pour des raisons de réputation.**

En effet, les entreprises souhaitent parfois simplement conserver une marque uniforme au niveau mondial. De plus, les entreprises peuvent envoyer aux marchés et aux consommateurs un signal précieux en s'associant au respect de normes élevées dans de nombreux domaines de réglementation, que ce soit en inscrivant leur entreprise à une bourse qui les soumet à des exigences de *reporting* plus strictes ou en adhérant à des standards élevés de respect de l'environnement, des droits humains ou des travailleurs. De cette manière, les entreprises peuvent renforcer leur légitimité, obtenir des gains de réputation et convaincre les consommateurs dont les valeurs déterminent le comportement d'achat. Certaines entreprises ne peuvent pas se permettre d'envoyer à certains consommateurs le signal que leurs intérêts sont moins pris en compte que ceux des consommateurs européens.

En fait, il existe de nombreuses autres raisons qui poussent les entreprises vers la non-divisibilité. Par exemple, la non-divisibilité juridique fait référence aux exigences juridiques et aux recours judiciaires en tant que moteurs de l'uniformité des normes. Cela se manifeste généralement par un effet de contagion qui découle du respect par l'entreprise des normes de la juridiction la plus stricte. Les fusions mondiales fournissent un exemple illustratif en ce sens qu'elles ne peuvent pas être réalisées juridiction par juridiction. La non-divisibilité technique fait référence à la difficulté de séparer la production ou les services de l'entreprise sur plusieurs marchés pour des raisons technologiques. Cela s'applique souvent à la réglementation de la confidentialité des données, où le principe de « *Privacy by design* » du RGPD garantit de plus en plus que les produits sont conçus selon une norme unique, l'UE déterminant les paramètres par défaut en tant que régulateur le plus strict de la protection des données. Enfin, même lorsque les entreprises sont en mesure d'identifier une solution technologique qui leur permet de produire différentes variétés de produits pour différents marchés, les aspects économiques sous-jacents, et en particulier l'importance des économies d'échelle, peuvent souvent rendre ces divisions intenable.

**Nous lisons votre livre comme une tentative intéressante de repenser le pouvoir. Vous proposez une théorie très large du pouvoir. Cependant, on ne peut s'empêcher de se demander si elle ne dépend pas trop des facteurs économiques. Par exemple, la légitimité accordée à l'UE en tant qu'organisation promouvant certains idéaux n'est-elle pas un facteur important pour expliquer son hégémonie ?**

Je pense que les cinq conditions expliquent comment les marchés élargissent la capacité réglementaire de l'UE. Cependant, il ne s'agit manifestement pas seulement d'une histoire de bureaucratie et de capacité réglementaire.

L'idée que l'UE soit perçue comme un régulateur légitime se résume à la question de savoir si les valeurs reflétées dans ses réglementations sont adoptées par les gouvernements, les entreprises et les consommateurs. La réponse détermine en partie si les entreprises elles-mêmes seront disposées à être considérées comme respectant certaines règles et normes. Cela est clair dans le secteur des technologies, où les entreprises veulent désormais être considérées comme étant associées aux valeurs inscrites dans les règles de l'UE. C'est la raison pour laquelle ils n'adoptent pas, par exemple, les règles chinoises plus contraignantes sur la liberté d'expression en ligne. Le techno-libertarisme américain est maintenant largement considéré comme obsolète, tandis que l'autoritarisme digital chinois est inacceptable ; par conséquent, le meilleur moyen de gagner la confiance de leurs consommateurs pourrait être de souscrire aux règles de l'UE et aux valeurs sous-jacentes, qui sont généralement bien pensées et produites dans le cadre d'un processus législatif approprié.

La légitimité accordée à l'UE est également très importante pour l'effet Bruxelles *de jure* ; en effet, les gouvernements étrangers ne sont disposés à imiter l'UE que parce qu'elle est perçue par leurs propres citoyens comme un bon exemple à suivre.

**Qu'en est-il de la coopération multilatérale - quel est son rôle du point de vue d'une puissance réglementaire mondiale ?**

Le livre peut être lu comme une remise en cause du discours dominant qui considère l'UE comme un champion de la coopération multilatérale et des normes universelles, ce qui contraste fortement avec l'unilatéralisme des États-Unis dans les affaires internationales. Grâce à l'effet Bruxelles, c'est l'UE, et non les États-Unis, qui utilise le mieux les forces du marché pour déployer son pouvoir réglementaire unilatéral à l'échelle mondiale. La particularité de l'effet Bruxelles est qu'il s'agit d'un pouvoir pacifique et doux, bien qu'unilatéral. L'UE n'a pas besoin de compter sur la coercition ou la coopération. Il n'est pas nécessaire d'amener les gouvernements à se mettre d'accord sur ces règles, car les incitations du marché poussent les entreprises à se mettre en conformité. Contrairement aux canaux traditionnels d'influence internationale (par exemple les sanctions économiques), le pouvoir régle-

mentaire est l'un des rares domaines où l'unilatéralisme fonctionne encore.

Cela ne veut pas dire que c'est le seul moyen par lequel l'UE souhaite exercer son pouvoir réglementaire. L'UE exerce également un pouvoir normatif à travers un certain nombre de canaux différents tels que les accords commerciaux, et la participation aux institutions internationales et aux réseaux gouvernementaux transnationaux. De toute évidence, elle a un intérêt direct substantiel dans la résilience et le maintien de l'ordre international libéral. L'UE est très active dans les organisations internationales et tente de conclure de multiples accords multilatéraux. Cependant, dans ce cas, l'UE est obligée de parvenir à un accord politique, ce qui est difficile à obtenir au sein même de l'UE. L'harmonisation fondée sur les traités est particulièrement difficile si les États ne s'entendent pas sur les avantages des normes mondiales. Leur application est également délicate, car il n'y a aucune garantie que les traités seront mis en œuvre ou appliqués. Les divisions existantes, qui rendent difficile la coopération multilatérale, semblent ne pas cesser de s'accroître.

Cela dit, la théorie développée dans le livre suggère que l'UE devrait s'appuyer sur des instruments de coopération dans les situations où l'effet Bruxelles ne parvient pas à atteindre les marchés d'exportation importants pour les entreprises de l'UE, car, en l'absence de conditions équitables, les entreprises européennes tournées vers l'exportation ont du mal à pénétrer ces marchés. De même, la théorie suggère que l'UE est plus susceptible de poursuivre une harmonisation fondée sur les traités dans les domaines où l'UE a une capacité réglementaire limitée et donc une capacité réduite à générer des réglementations.

#### La CJUE joue-t-elle un rôle dans l'effet Bruxelles ?

La CJUE a souvent été invitée à se prononcer sur l'étendue des pouvoirs réglementaires de l'UE et a été dans l'ensemble favorable à l'intégration, renforçant les pouvoirs de la Commission et d'autres institutions de l'UE. En effet, de nombreux concepts centraux du droit de l'UE - y compris la suprématie du droit de l'UE et son effet direct - découlent des arrêts de la CJUE. Ces dernières années, il lui a également été demandé de se prononcer directement sur l'effet extraterritorial des règles de l'UE. Le droit à l'oubli en est un bon exemple : avant son inclusion dans le RGPD, il a été promulgué par la CJUE. Cependant, mon sentiment est que la CJUE a principalement une finalité interne, tout effet externe étant soit un ajout après coup, soit une conséquence de l'effet Bruxelles.

Au-delà de ce rôle interprétatif, les tribunaux européens ont fourni un modèle institutionnel pour les tribunaux régionaux. En effet, certaines études montrent qu'il existe de multiples copies de la CJUE dans le monde. En outre, les tribunaux étrangers citent souvent les arrêts de la CJUE dans plusieurs domaines. Les juridictions étrangères ont également tendance à suivre l'exemple de l'UE

et à s'engager dans des procès « d'imitation » dans des affaires où les effets de certains comportements, tels que la pratique anticoncurrentielle, affectent plusieurs marchés, en particulier lorsque les enquêtes de l'UE alertent les gouvernements étrangers et les plaignants de ces comportements qui entraînent le déclenchement des poursuites ou lorsque le recours aux enquêtes menées par l'UE réduit le coût des poursuites pour les juridictions disposant de moins de ressources.

**Comme vous le faites clairement remarquer, le pouvoir de marché à lui seul ne suffit pas. Par exemple, les États-Unis ont un marché de consommation important - en fait, ils l'avaient déjà avant même la création de l'UE. Ils ont également une capacité de régulation et une tradition juridique similaire à celle de l'Europe. Cependant, ils ne semblent pas bénéficier du même type d'influence, principalement parce qu'ils ne cherchent pas à promulguer les normes les plus strictes. Quelle est la particularité de l'UE et de son agenda normatif ?**

La raison principale de l'appétit de l'UE pour la réglementation est qu'elle a été le principal outil de l'intégration européenne. Il y a toujours eu une double motivation derrière la réglementation : non seulement fixer les règles de fond pour un domaine particulier (par exemple, la réglementation environnementale), mais aussi construire un marché unique qui permet un environnement réglementaire harmonisé et, partant, des échanges sans frictions entre les États membres. Ce double rôle a ouvert la voie au compromis, car des partis de tous bords politiques, des entreprises et des organisations de consommateurs peuvent s'accorder sur l'intérêt de la réglementation comme moyen d'accroître l'intégration. D'une certaine manière, la réglementation est le seul moyen pour la Commission d'intervenir dans l'économie, compte tenu de ses contraintes budgétaires strictes qui restreignent la capacité de la Commission à poursuivre des programmes de dépenses directes ; lorsque la Commission cherche à étendre ses compétences, elle a tendance à le faire à travers la réglementation.

La deuxième raison est que les Européens font moins confiance au marché que les Américains, et ont généralement structuré leurs économies de manière à attribuer plus de droits à l'État plutôt qu'à l'individu. En outre, l'UE ne partage pas la dépendance des États-Unis à l'égard des litiges privés et des règles de responsabilité délictuelle pour dissuader les entreprises de mettre sur le marché des produits dangereux ou nuisibles. Au lieu de cela, l'UE compte sur le gouvernement pour promulguer, puis appliquer des réglementations *ex ante*, ces interventions étant souvent perçues comme légitimes et souhaitables.

En ce qui concerne le contenu des règles, plusieurs raisons expliquent pourquoi la réglementation de l'UE privilégie généralement « l'harmonisation à la hausse » plutôt que « l'harmonisation à la baisse ».

Premièrement, des normes strictes ont souvent été adoptées pour rassurer le public européen sur le fait que l'intégration économique ne se ferait pas au détriment de la santé et de la sécurité des consommateurs ou de la qualité de l'environnement. De plus, les Européens adhèrent généralement à une « culture du principe de précaution ». En effet, l'UE et les États-Unis partagent la culture administrative consistant à analyser les coûts et les avantages d'une action réglementaire avant de promulguer un nouveau règlement. Cependant, l'adoption de ces « études d'impact » est plus récente et donc moins ancrée dans l'UE. Lorsque les risques réglementaires sont incertains et difficiles à quantifier avec précision, l'UE est plus à même d'intervenir, même sur la seule base du principe de précaution.

L'harmonisation à la hausse a également été politiquement plus acceptable parmi les États qui avaient déjà les normes les plus élevées dans certains domaines réglementaires. Des taux de croissance élevés et des économies compétitives en Europe du Nord renforcent la capacité de ces pays à plaider en faveur de réglementations environnementales qui ne compromettent pas les objectifs économiques. Ils sont également fortement incités à européeniser leurs normes afin de garantir que leurs entreprises nationales ne soient pas désavantagées lorsqu'elles sont en concurrence sur le marché européen.

Lorsque l'on considère les points de vue des différents groupes d'intérêt clés, l'harmonisation à la hausse plutôt qu'à la baisse fournit également un terrain fertile pour le compromis. Marier la finalité économique de chaque norme à son objectif sociétal plus large permet de construire des coalitions entre différentes parties prenantes. Même pour les entreprises qui préféreraient des règles plus laxistes, l'harmonisation à la hausse reste préférable aux normes nationales discordantes, qui augmentent inévitablement les coûts et la complexité.

**Et le protectionnisme ? La Commission pourrait-elle s'engager à protéger les entreprises européennes de la concurrence internationale ?**

Les sceptiques quant à l'influence réglementaire externe de l'UE présentent souvent l'UE comme un acteur protectionniste, désireux d'imposer des coûts aux entreprises étrangères dans le but de protéger les entreprises de l'UE, en particulier en ce qui concerne les enquêtes *antitrust* dans le secteur des technologies. Cependant, un examen plus approfondi des cas pertinents suggère que les entreprises européennes ne sont guère les principales bénéficiaires des actions de concurrence de la Commission. Dans la plupart des cas, les gagnants sont d'autres entreprises américaines, notamment celles qui avaient déposé plainte auprès de la Commission en tant que concurrents.

**Nous comprenons que, d'une certaine manière, s'engager dans une réglementation extensive est presque une préoccupation existentielle pour la Commission. Cela signifie-t-il que l'effet Bruxelles est consciemment poursuivi ?**

Pendant longtemps, l'effet Bruxelles n'était qu'un sous-produit accessoire et en grande partie involontaire d'un agenda réglementaire qui était motivé par des considérations internes. Cependant, l'effet Bruxelles s'est avéré utile en soi pour promouvoir l'intégration européenne. D'une part, cela aide la Commission à uniformiser les règles du jeu internationales, atténuant ainsi les inquiétudes des entreprises de l'UE quant à leur compétitivité mondiale. Cela contribue à obtenir un soutien plus large pour une réglementation européenne plus poussée. D'autre part, en raison de l'effet Bruxelles, l'UE devient de plus en plus un normalisateur mondial, ce qui renforce la légitimité et l'influence de ses normes, tant à l'intérieur de l'UE qu'à l'étranger. L'effet Bruxelles offre également un instrument de politique étrangère important, qui compense le manque de pouvoir dont la Commission dispose par ailleurs dans les affaires extérieures.

La dimension extérieure du marché unique n'a été pleinement réalisée que lorsque les partenaires commerciaux de l'UE, y compris les États-Unis, ont exprimé des craintes que le marché unique n'impose des coûts à des pays tiers. En effet, diverses déclarations des institutions de l'UE indiquent une prise de conscience croissante des effets externes du marché unique et la prise de conscience que cette dimension offre des opportunités à l'UE.

L'objectif économique consistant à garantir des conditions de concurrence équitables et à protéger la compétitivité de l'industrie européenne explique probablement en grande partie la volonté de l'UE d'externaliser son programme réglementaire. Cependant, l'UE peut également être motivée par le désir d'obtenir une plus grande légitimité de ses règles en les globalisant. Elle peut également tenter de reproduire son propre modèle de gouvernance et son expérience réglementaire à l'étranger. Son expérience réussie dans la création d'un marché commun a encouragé l'UE à façonner un ordre mondial fondé sur ces mêmes règles. L'UE souscrit au point de vue selon lequel la libéralisation des échanges ne suffit pas à atteindre les objectifs économiques sans une harmonisation simultanée des politiques publiques. Enfin, être capable de fixer des normes au niveau mondial permet à l'UE de prouver à ses détracteurs qu'elle reste pertinente en tant que puissance économique mondiale. Accepter le rôle de puissance réglementaire mondiale renforce l'identité de l'UE et améliore la position mondiale de l'UE, même en temps de crise où son efficacité et sa pertinence sont constamment remises en question.

**Quelle que soit la motivation, vous affirmez que le résultat est une certaine convergence vers des normes strictes à travers le monde. Comment vos observations cadrent-elles avec les études dominantes sur la concurrence réglementaire, qui indiquent généralement une course vers le bas ?**

La réflexion sur l'effet Bruxelles détache la mondialisation de l'idée de déréglementation et de course vers le

bas. Elle montre comment les avantages d'une production uniforme sur le marché mondial incitent les entreprises à ajuster leurs normes réglementaires à la hausse plutôt qu'à la baisse.

De ce point de vue, l'effet Bruxelles s'appuie sur ce qu'on a appelé l'« effet Californie », étendant sa dynamique du système fédéral américain à un contexte mondial. Cependant, il décrit également les conditions précises qui permettent l'émergence d'une convergence réglementaire à la hausse. La théorie qui sous-tend l'effet Californie reconnaît l'importance de la taille du marché et des économies d'échelle en tant que sources de l'influence réglementaire externe d'une juridiction. Pourtant, elle ne considère pas des facteurs tels que la compétence réglementaire et l'inélasticité comme des éléments clés de la théorie et néglige d'autres facteurs que les économies d'échelle qui peuvent empêcher une entreprise de produire différentes variétés pour différents marchés.

Enfin, la littérature sur la concurrence réglementaire se concentre généralement sur la « convergence réglementaire *de jure* », qui ne tient pas compte de la convergence réglementaire qui se produit en l'absence de modifications formelles des règles juridiques. En fait, la convergence *de facto* peut se produire en plein désaccord entre grandes puissances. Lorsque les conditions de l'effet Bruxelles sont réunies, les normes rivales entre deux puissances égales ne se concrétisent pas. Au lieu de cela, le résultat de la course réglementaire est prédéterminé : le régulateur le plus strict prévaut.

**On ne pourrait penser que les conditions que vous décrivez sont spécifiques aux caractéristiques institutionnelles, économiques et politiques de l'UE.**

**Cela signifie-t-il qu'on ne peut pas s'attendre à un effet similaire à Washington, ni même à Pékin ?**

Un effet similaire pourrait en fait émerger ailleurs, bien que les raisons de s'engager sur la voie d'une réglementation stricte puissent être différentes. Les États-Unis et la Chine n'ignorent pas complètement la concurrence réglementaire. En effet, nous assistons déjà à une telle concurrence pour la réglementation de la technologie, où chacune de ces juridictions tente d'imposer sa propre philosophie. Les États-Unis essaient de consacrer leur approche techno-libertaire, en s'assurant qu'aucune réglementation ne compromettrait l'Internet gratuit et les incitations à innover, tandis que la Chine fait des incursions significatives affirmant sa vision autoritaire.

Certes, l'économie politique derrière la montée de l'État régulateur pourrait être différente dans d'autres juridictions, mais le point final pourrait très bien être le même. Les États-Unis n'ont pas été disposés à réglementer depuis le début des années 1990, mais il semble y avoir eu un tournant idéologique au cours des dernières années. Bien qu'il soit difficile de faire des prévisions, je m'attends à ce que l'UE se trouve du bon côté de l'histoire et que d'autres juridictions s'acheminent vers l'accepta-

tion du fait que d'importants dangers découlent d'un marché libre non supervisé, suscitant le besoin d'une réglementation.

**Cependant, peut-on s'attendre à ce qu'un effet similaire existe dans les pays qui ne suivent pas la même approche de la régulation sociale ? La Chine, par exemple, semble utiliser davantage les normes techniques que la réglementation juridique ; en effet, il semble que l'utilisation de la loi comme principal outil de régulation sociale soit bien une tradition européenne et américaine. N'y aurait-il pas déjà eu un « effet Pékin », déployé par d'autres moyens ?**

Jusqu'à présent, Pékin n'a pas choisi la voie de l'UE pour devenir une puissance réglementaire mondiale. Il a choisi d'utiliser la construction d'infrastructures comme moyen d'exporter ses normes ; c'est en effet une logique différente, et l'« effet Pékin » pourrait être quelque chose de tout à fait nouveau, plutôt qu'une variante de l'effet Bruxelles. Cependant, si Pékin choisissait de renforcer son influence en suivant le modèle de l'UE, les cinq conditions de l'émergence de l'effet Bruxelles pourraient fournir une feuille de route claire, à condition également que la Chine ouvre véritablement ses marchés aux entreprises étrangères.

Néanmoins, je pense que même dans de telles circonstances, l'effet Pékin mettrait du temps avant d'émerger. La raison en est que la capacité de régulation est liée au PIB par habitant plutôt qu'au PIB : la consommation chinoise par habitant n'est pas suffisamment élevée, pour le moment, pour que les consommateurs se préoccupent des réglementations strictes de protection comme le font les consommateurs européens.

**Dans certains domaines, et surtout dans la réglementation des plateformes numériques, les juridictions semblent plutôt diverger. La raison pourrait-elle être qu'il n'y a pas de terrain d'entente dans ce domaine, ce qui signifie qu'une telle convergence est effectivement une partie importante de l'effet Bruxelles ? L'approche européenne des discours haineux pourrait très bien être la liberté d'expression américaine, et tous deux sont incités à être les premiers à fixer les règles en vigueur.**

Nous pourrions assister à une balkanisation accrue d'Internet à travers l'émergence de centres concurrents de régulation. C'est inévitable dans une certaine mesure - c'est même déjà arrivé, comme en témoigne le fait qu'il existe d'autres plates-formes numériques dominantes en Chine ou en Russie. Cela s'explique en partie par l'absence d'accord sur les principes fondamentaux dans ces domaines.

Cela dit, une balkanisation complète est peu probable. En reprenant votre exemple, certaines entreprises de la Silicon Valley suivent en fait les règles plus strictes de l'UE, gardant leurs distances avec l'intégralité de la doctrine américaine plus permissive de la liberté d'expression. Cependant, la modération du contenu sera un grand

défi à l'avenir, car c'est un domaine où les valeurs s'affrontent et où la prise de décision dans des cas concrets est difficile, en particulier compte tenu de la quantité de données pertinentes.

**Sur la base de vos recherches, nous comprenons que la puissance internationale pourrait découler d'une interaction entre forces juridiques et économiques.**

**En effet, ce type de pouvoir permet à l'UE de fixer des normes mondiales protégeant certaines valeurs chères aux consommateurs et aux citoyens européens. Mais combien de temps peut-on espérer que cela dure, compte tenu de l'évolution attendue de sa puissance économique relative ? Qu'advient-il si les marchés mondiaux se balkanisent, par exemple sous la pression chinoise ?**

Il est incontestable que l'UE sera un marché plus petit à l'avenir ; sa part relative dans le PIB mondial diminuera, tout comme celle de la Chine augmentera. J'espère toutefois que le pouvoir réglementaire de l'UE survivra à sa puissance économique pure.

L'une des raisons est qu'il faut beaucoup de temps et d'énergie pour bâtir une compétence de régulation similaire à celle intégrée dans « l'effet Bruxelles ». De plus, la volonté d'une juridiction de fixer des normes strictes dépend davantage du PIB par habitant que de la puissance économique relative. Il se peut qu'au moment où le PIB par habitant chinois devienne suffisamment élevé, sa croissance économique ralentisse au point que le gouvernement ne soit pas disposé à prendre le moindre risque de ralentir davantage la croissance en créant des barrières réglementaires. Enfin, la Chine est fortement tributaire d'une croissance tirée par les exportations, alors que ce sont les marchés d'importation qui définissent les normes mondiales.

Dans tous les cas, dans la mesure où la Chine est en train de renforcer sa compétence interne de régulation, on observe en fait qu'elle copie le modèle de l'UE ; ainsi, ses normes et ses valeurs sont donc ancrées et institutionnalisées à travers l'effet Bruxelles *de jure* ; en fin de compte, le marché *de facto* régi par des règles et des normes de type européen devient plus vaste que le marché de consommation européen.

Je ne m'attends pas à ce que l'effet Bruxelles soit victime de la balkanisation des marchés mondiaux. D'une part, les Européens ont en fait été très habiles dans leurs rapports avec la Chine, du moins là où il est possible de le faire sans compromettre ses valeurs. Il peut y avoir des domaines, à l'image de la régulation de l'économie digitale, dans lesquels le consensus requis fait défaut. Dans ces cas, les marchés mondiaux peuvent être balkanisés et l'UE ne pourra exercer aucune influence réglementaire

sur les entreprises chinoises. Mais j'ai aussi l'espoir que cette situation sera plutôt exceptionnelle et qu'une coopération transatlantique accrue en matière de régulation des nouvelles technologies permettra à l'UE et aux États-Unis d'offrir un contrepoids normatif à la Chine, et donc de limiter ses efforts pour déployer et exporter son modèle numérique autoritaire à l'étranger.

Plus généralement, alors que l'ordre international libéral pourrait être sur le point de se détricoter, l'effet Bruxelles remet en question l'idée selon laquelle la mondialisation est nécessairement en recul. Il montre que des normes internationales peuvent continuer à émerger dans de nombreux domaines de politiques publiques, même en l'absence de coopération multilatérale, car l'effet Bruxelles est un moyen d'atténuer la disparition de la coopération et des institutions internationales dans certains domaines politiques.

Cela dit, il existe en effet de multiples menaces et défis, existants et émergents, susceptibles de saper les conditions de maintien de l'effet Bruxelles à l'avenir. En particulier, la taille relative du marché de l'UE va diminuer. La capacité réglementaire relative de l'UE pourrait s'affaiblir, que ce soit en raison du Brexit, en raison de la menace posée par les partis populistes anti-UE ou suite à l'augmentation relative de la capacité réglementaire de la Chine. La volonté de l'UE de promulguer des règles strictes pourrait également être sapée, en particulier si l'agenda anti-UE des populistes conduit à des tentatives de rapatriement des pouvoirs dans les États membres. La non-divisibilité de la production pourrait devenir moins courante en raison des développements technologiques tels que la fabrication additive ou le blocage géographique. En outre, l'affaiblissement de l'effet Bruxelles *de facto* pourrait s'accompagner de la disparition de l'effet Bruxelles *de jure*, car le sentiment anti-mondialisation entrave la conclusion de traités et la coopération institutionnalisée.

Ces forces et ces défis combinés peuvent, au fil du temps, corroder la version la plus puissante de l'effet Bruxelles, rognant l'hégémonie réglementaire de l'UE de l'extérieur comme de l'intérieur. Cependant, on ignore si l'un de ces développements remettra en cause l'effet Bruxelles dans un avenir immédiat. Il est également hautement plausible que le mécanisme réglementaire de l'UE continue simplement à fonctionner, prolongeant l'hégémonie réglementaire de l'UE dans un avenir proche.

*Entretien réalisé par Joachim-Nicolas Herrera et Vasile Rotaru*



Stephen Breyer • Juge à la Cour suprême des États-Unis

## La Cour suprême des États-Unis : Pouvoir et Contre-Pouvoir

82

Il y a quelques années, la Présidente de la Cour suprême du Ghana est venue visiter la Cour suprême des États-Unis<sup>1</sup>. Elle voulait savoir comment la Cour avait fait progresser et protégé les droits civiques en Amérique. Elle semblait particulièrement intéressée par cette question : pourquoi le public américain fait-il ce que dit la Cour suprême ? Implicitement, elle voulait aussi savoir pourquoi, ou comment, la Cour pouvait agir comme un contre-pouvoir, en cas de désaccord sérieux. Cette question reste importante.

En termes abstraits, le pouvoir de la Cour suprême, comme celui de tout tribunal, doit dépendre de la volonté des citoyens de respecter ses décisions, même celles avec lesquelles ils ne sont pas d'accord et même lorsqu'ils estiment qu'une décision est gravement erronée. L'importance de ce respect est d'autant plus grande lorsqu'une décision de la Cour est fortement en contradiction avec les opinions des autres pouvoirs, et notamment du pouvoir exécutif.

Dans cet article, je m'attacherai à mettre en évidence l'importance de l'acceptation du public pour la sauvegarde du rôle du pouvoir judiciaire. Dans une première partie, je présenterai plusieurs exemples illustrant l'augmentation de l'acceptation par le public des décisions de la Cour, et donc un accroissement de son pouvoir. La deuxième et la troisième partie aborderont plus directement le pouvoir connexe de la Cour d'agir comme un contre-pouvoir sur les autres. Je décrirai enfin certaines difficultés connexes et potentielles qui pourraient survenir à l'avenir et quelques mesures que la Cour et le public pourraient prendre pour aider à les surmonter.

### 1. Un Pouvoir

Comment se fait-il que certaines personnes suivent les suggestions, les réflexions, voire les ordres des autres ? Il

y a longtemps, Cicéron a décrit une réponse à cette question centrale sur le pouvoir. Il pensait qu'il y avait trois façons possibles d'assurer l'obéissance de ceux qui vivent dans un État : 1) la peur du châtement ; 2) l'espoir de récompenses ou d'avantages particuliers ; et 3) la justice. Cette dernière voie, la justice, permettrait de convaincre les gens que ceux qui gouvernent méritent l'obéissance. Que le point de vue de Cicéron s'applique ou non en général au gouvernement, il s'applique à la Cour suprême des États-Unis. Le pouvoir de la Cour de punir ou de fournir des récompenses (ou des avantages) est limité. Son pouvoir d'agir avec justice, du moins à mon avis, joue un rôle majeur pour obtenir le respect du public et son obéissance conséquente. L'histoire de la Cour illustre bien ce fait. Quelques exemples aideront à étayer ce point de vue.

En examinant ces exemples, il est important de garder à l'esprit la manière dont la loi confère à la Cour, au moins, un pouvoir juridique. Ce pouvoir trouve sa source principale dans la Constitution américaine ainsi que dans les opinions de ceux qui l'ont rédigée. La Constitution est un document succinct. Elle comporte sept articles et vingt-sept amendements. Elle crée une démocratie fédérale représentative, une séparation des pouvoirs gouvernementaux tant horizontalement (législatif, exécutif, judiciaire) que verticalement (État fédéral/États fédérés), un respect égal devant la loi, la protection des droits fondamentaux et la garantie de l'État de droit. Les rédacteurs de la Constitution avaient tout à fait le droit d'admirer leur création. Mais, comme Hamilton l'a souligné dans *The Federalist* n° 78, une branche du gouvernement doit avoir le pouvoir de s'assurer que les autres branches agissent dans les limites fixées par la Constitution. Sinon, le document n'aura que peu d'effet ; les Pères fondateurs auraient tout aussi bien pu l'accrocher aux murs d'un musée.

Quelle branche aura le pouvoir de déterminer quelles limites la Constitution fixe et quand les autres branches les dépassent ? Le pouvoir exécutif, à savoir le Président ? N'y a-t-il pas un risque que le Président décide simplement que toute action qu'il entreprend est conforme à la Constitution ? Qu'en est-il du Congrès ? Ses membres sont élus ; ils comprennent probablement la popularité. Mais que se passera-t-il si, par exemple, un accusé ou d'autres personnes bénéficiant de protections constitutionnelles ne sont pas populaires ? La Constitution, voire la loi en général, s'applique à ceux qui ne sont pas populaires tout comme elle s'applique à ceux qui sont populaires. Peut-on faire confiance au Congrès pour protéger ce dernier groupe, impopulaire ?

Reste la troisième branche, le pouvoir judiciaire. « Parfait ! », aurait pu penser Hamilton. Les juges comprennent le droit. Il est peu probable qu'ils deviennent trop puissants, car ils n'ont ni la bourse ni l'épée. C'est pourquoi le pouvoir judiciaire et la Cour suprême en particulier devraient avoir le dernier mot. La majorité des autres Pères fondateurs sont d'accord avec Hamilton. Et son point de vue était essentiellement celui que John

1. Note de l'éditeur : Une version de cet article révisée par l'auteur est publiée dans la version anglaise de ce numéro.

Marshall et la Cour suprême ont adopté dans la célèbre affaire, *Marbury v. Madison* de 1803.

Pendant, la lettre de la Constitution et les intentions des fondateurs ne sont qu'en partie la source du pouvoir de la Cour Suprême seulement en partie parce que ni Hamilton, ni les autres, ne pourraient répondre à cette question critique posée par Hotspur dans *Henri IV* de Shakespeare. Owen Glendower, un commandeur des Galles et un mystique, dit : « Je peux appeler les démons de la profondeur de la mer ». « Moi aussi » réplique Hotspur, « et d'ailleurs n'importe qui le peut, mais est-ce qu'ils viennent quand vous les appelez ? »

### 1.A. Le manque de pouvoir

Vu la faiblesse matérielle des tribunaux, il n'est pas surprenant d'apprendre que lors d'une des premières grandes confrontations entre le Président et la Cour, c'est cette dernière qui a perdu. Une tribu d'Indiens, les Cherokees, habitaient une terre, garantie par traité, au nord de la Géorgie. En 1829, on y trouva de l'or, les Géorgiens qui la convoitaient, ont pris le contrôle de la terre des Indiens. Les Cherokees et leurs soutiens ont trouvé un excellent avocat, Willard Wirt, qui a engagé des poursuites judiciaires qui se sont terminées devant la Cour Suprême, qui a tranché l'affaire.

La Cour Suprême jugea que la terre appartenait aux Cherokees et que l'État de Géorgie n'avait pas d'autorité sur cette terre. Mais la Géorgie a simplement ignoré la décision de la Cour. Et qu'a fait, Andrew Jackson, le Président des États-Unis ? Rien. Non, pire que cela. Apparemment il aurait dit, « John Marshall a pris sa décision ; laissons-le maintenant l'appliquer ». Jackson (et son successeur) a ensuite envoyé des troupes fédérales en Géorgie, mais pas pour faire appliquer le jugement de la Cour. Il a plutôt envoyé des troupes pour éliminer les Cherokees, forçant beaucoup d'entre eux à parcourir la « Piste des larmes » jusqu'en Oklahoma, où leurs descendants vivent encore aujourd'hui.

Quelle est donc la portée du pouvoir de la Cour suprême ? Et est-ce que les juges de la Cour elle-même avaient confiance en son pouvoir ?

En 1903, le juge Oliver Wendell Holmes, Jr. a résumé le problème dans une décision qui refusait en fait de faire appliquer la garantie du Quinzième Amendement selon laquelle les anciens esclaves pouvaient voter. Comment Holmes a-t-il pu faire cela ? Il écrit que la Cour a « peu de pouvoir en pratique de commander la masse des gens d'un État ». On dit que « l'immense majorité de la population blanche veut empêcher les noirs de voter » et si c'est exact, une décision ordonnant le contraire serait une « coquille vide ». Le soin de redresser un grand mal politique doit être confié aux législateurs et au pouvoir exécutif et non à la justice.

Où est donc le pouvoir judiciaire ?

### 1.B. L'affirmation du pouvoir

Passons maintenant à l'année 1954. Cette année-là, la Cour a estimé que la ségrégation raciale, largement pratiquée dans le Sud, violait la garantie du Quatorzième amendement selon laquelle la loi doit assurer à chaque « personne (...) une protection égale ». Sa décision, *Brown v. Board of Education*, semble bien fondée. Mais que s'est-il réellement passé ensuite, disons en 1955 ? Pratiquement rien. Et en 1956 ? Presque rien encore. Le Congrès n'a rien fait, le Président n'a pas levé le petit doigt, et le Sud ne s'est que très peu conformé à l'arrêt de la Cour.

Mais en 1957, un juge de première instance, à Little Rock, Arkansas, suivant la décision rendue par la Cour suprême, a ordonné à l'État d'inscrire neuf élèves noirs à Little Rock Central High School, une école entièrement blanche. Quand le jour de la rentrée est arrivé, au mois de septembre 1957, une grande foule hostile à l'intégration entourait l'école, le gouverneur de l'État a déclaré qu'il opposerait à l'intégration, et il a envoyé les policiers de l'État d'Arkansas pour empêcher que ces neuf élèves noirs ne rentrent dans l'école. Cette situation de blocage persista plusieurs jours. Toute la presse du monde était là. Que ferait le Président des États-Unis ?

Le gouverneur de la Caroline du Sud lui conseilla de ne rien faire. Il lui dit, « si vous envoyez les soldats à Little Rock, M. le Président, vous devez vous préparer à une espèce de guerre, il faudra réoccuper tout le Sud ou, au mieux, le Sud fermera toutes les écoles ». Mais l'Attorney General était d'un avis opposé ; il estimait qu'il fallait envoyer l'armée pour que force reste à la loi. Le Président a décidé d'envoyer 1.000 parachutistes de la 101<sup>e</sup> Airborne Division, que les français connaissent bien car ce sont les héros de la libération de la Normandie et de la bataille des Ardennes ; les parachutistes ont pris ces étudiants noirs par la main et sont rentrés avec eux à l'école. Alors, la Cour avait gagné ? Oui, mais avec la coopération du Président des États-Unis.

Et l'histoire ne s'arrêta pas là. Après quelques mois, les soldats fédéraux ont quitté Little Rock, et les autorités locales ont voulu renforcer encore la ségrégation raciale. Une autre affaire contre ces autorités, *Cooper v. Aaron*, arriva à la Cour suprême. La Cour rejeta les arguments des autorités locales et ordonna l'intégration immédiate. Mais une fois de plus, les autorités ne bougèrent pas ou, plus exactement, elles bougèrent mais dans le mauvais sens, en fermant toutes les écoles pour quelques mois : plus personne, ni noir, ni blanc, ne pouvait y rentrer. Mais cette situation ne pouvait pas durer. C'était à l'époque de Martin Luther King, des « *freedom riders* » et des « *bus boycotts* ». C'est en effet à ce moment-là que ces grands mouvements contre la ségrégation ont commencé. Tout le pays se passionna pour cette situation et, finalement, la ségrégation légale cessa dans le Sud en quelques années.

Un jour, j'ai demandé à Vernon Jordan, un grand défenseur des droits civiques, si la Cour avait réellement joué un

rôle majeur dans la fin de la ségrégation. Après tout, même en l'absence de la Cour, n'y aurait-il pas eu une pression énorme pour mettre fin à ce système, de la part des leaders des droits civiques, du reste du pays, voire du monde entier ? Il a répondu qu'évidemment, la Cour avait joué un rôle crucial. Le Congrès, après tout, n'a rien fait. Au moins, la Cour a servi de catalyseur. Avec l'aide d'autres, elle a réussi à démanteler un pilier important, sinon du racisme, du moins de la face juridique du racisme. La Cour a joué, non pas le seul rôle, mais un rôle essentiel pour mettre fin à la ségrégation juridique. Avec l'aide du Président, des responsables des droits civiques et d'un grand nombre de citoyens ordinaires, la Cour a remporté une grande victoire pour le droit, pour l'égalité des citoyens et surtout pour la justice. Il ne m'est pas possible de démontrer que les décisions rendues en matière de ségrégation raciale ont incité le peuple à respecter les décisions de la Cour. Mais (peut-être avec Cicéron) je le crois.

### 1.C. Une atmosphère de respect

L'autre exemple que je vais développer est celui de la décision *Bush v. Gore* rendue en 2000. Cette décision (rendue à cinq voix contre quatre) a déterminé qui était le Président des États-Unis. C'était évidemment une décision importante qui concernait chaque personne aux États-Unis. Je ne faisais pas partie de la majorité et j'ai rédigé une opinion dissidente. Mais comme a dit le Président du Sénat (un Démocrate qui estimait également que la Cour s'était trompée), la chose la plus remarquable dans cette décision - et qui n'a pas souvent été relevée - était que, malgré son importance, malgré le fait que la majorité s'était fourvoyée, le peuple des États-Unis a néanmoins suivi cette décision sans protester, sans grandes manifestations ou émeutes. Et le candidat perdant, Al Gore, a dit à ses partisans : « *Don't trash the Court* » c'est-à-dire « Ne maudissez pas la Cour ».

Cela suggère que le fait de s'incliner devant les décisions de la Cour est devenu une habitude parmi les citoyens des États-Unis. Ils trouvent cela normal. Tellement normal qu'ils ne s'en rendent même plus compte.

Vous avez donc un aperçu du pouvoir de la Cour, passons au rôle de contre-pouvoir de la Cour.

## 2. Un contre-Pouvoir

Par « contre-pouvoir », j'entends les relations de la Cour avec les deux autres branches politiques que sont le Congrès et le Président. Je me concentrerai plus particulièrement sur le Président et ses ministres. Pour mieux comprendre ce sujet et se rendre compte des tensions potentielles entre ces trois branches, il faut se souvenir des matières qui sont soumises à la Cour.

### 2.A. L'interprétation des termes de la loi

Premièrement, la majorité des questions tranchées par la Cour suprême concerne l'interprétation des termes de la loi. Par exemple : est-ce que les « frais » incluent la ré-

munération des experts de la partie gagnante ? Il y a bien sûr de temps à temps des divergences d'opinion entre les juges de la Cour sur l'interprétation d'une loi. Ces différences ne sont pas de nature politique mais relèvent plutôt des conceptions du rôle de la jurisprudence, des différences en méthodes d'interprétation. Dans une affaire où le texte n'est pas clair, de telles différences d'écoles jurisprudentielles peuvent conduire à une différence de résultat.

A peu près tous les juges utilisent les mêmes outils d'interprétation : ils considèrent le texte, l'histoire, la tradition, les précédents, les objectifs de la loi (ou les valeurs qu'elle protège) et les conséquences pertinentes. Et chaque juge utilise tous ces outils. Certains juges accordent une place prééminente au texte et à l'histoire. D'autres adoptent plutôt une méthode plus téléologique en se concentrant sur les objectifs et les conséquences. Il existe également des différences à l'intérieur de ces deux grandes sensibilités - des divergences par exemple sur l'objectif d'une même disposition de loi. Quoi qu'il en soit, ces divergences qui encore une fois peuvent conduire à des résultats différents ont peu d'impact sur les relations entre la Cour et le Président. Non que ces interprétations n'importent pas aux yeux du Président mais s'il n'est pas d'accord, il peut toujours proposer une nouvelle loi. Il faut garder cela à l'esprit avant d'aborder les conflits possibles entre le pouvoir exécutif et le judiciaire.

En d'autres termes, un conflit politique peut toujours être résolu par les branches politiques alors que la Cour ne le peut pas. Ce n'est pas aussi simple car certaines lois sont de fait très difficiles à changer (comme les lois sur la discrimination). Les conflits sont donc moins graves dans ce cas de figure, ce qui ne veut pas dire qu'il n'y en ait pas. Cependant, les désaccords sur la signification des mots dans une loi deviennent souvent (après la décision de la Cour) une question politique que les branches politiques (et non la Cour) doivent résoudre.

### 2.B. L'examen des règlements promulgués par le pouvoir exécutif

Une deuxième catégorie d'affaires concerne l'examen des règlements promulgués par le pouvoir exécutif. Nous devons nous demander, par exemple, si les procédures ont été respectées, si les citoyens ont été régulièrement consultés et si leurs observations ont été prises en compte ; ou si les explications du pouvoir exécutif ont été convaincantes. Si la Cour déclare inconstitutionnelle un acte administratif pris par le Président, cela ne suscite pas de crise majeure avec l'exécutif car ce dernier peut toujours prendre une nouvelle mesure corrigeant son irrégularité.

La Cour, par exemple, a récemment jugé illégales deux décisions du pouvoir exécutif, l'une concernant le recensement (posant la question de la citoyenneté) et l'autre abolissant un programme qui permettait à certaines jeunes qui n'avaient pas la nationalité américaine de rester aux États-Unis. L'exécutif a perdu les deux af-

faïres devant la Cour suprême. Il lui restait néanmoins la possibilité de décider à nouveau s'il devait prendre ces mesures administratives, ou des mesures similaires, cette fois-ci en suivant légalement les procédures administratives requises. Ainsi, un grave désaccord entre la Cour et le Président est atténué.

### 2.C. Les « décisions constitutionnelles »

Un conflit sérieux entre la Cour et le Président est plus susceptible de se produire lorsque la Cour prend une décision constitutionnelle, par exemple lorsqu'elle applique aux actions présidentielles les limitations constitutionnelles qui accompagnent les mots très généraux de la Constitution, tels que « liberté d'expression » ou « liberté de la presse », ou simplement « liberté ».

Quand les conceptions divergent, c'est *de facto* celle de la Cour qui prime car on voit mal le Président ou le Congrès prétendre changer cette interprétation. Le risque de conflit ouvert entre la Cour et l'administration (au sens américain du terme) est cependant réduit quand (comme c'est souvent le cas) la question constitutionnelle qui nous est posée est moins de savoir *si* le gouvernement peut faire quelque chose, que *qui* dans le gouvernement peut le faire (par exemple, des États ou le gouvernement fédéral ; le Président ou le Congrès). D'autant que la Constitution ne dit pas aux citoyens ce qu'ils doivent faire mais elle pose des limites à ce que le gouvernement peut faire. Et nous, les juges, sommes les gardiens de la frontière constitutionnelle.

Il n'empêche que, malgré tous ces préalables, de graves désaccords constitutionnels peuvent survenir entre la Cour et le Président sur des sujets essentiels. Et notamment sur le maintien des libertés constitutionnelles en temps de guerre. Une fois encore, je partirai de cette citation de Cicéron : « *inter arma enim silent leges* », « Lorsque les armes parlent, le droit se tait ». Ce qu'a confirmé lors de la Seconde Guerre mondiale l'Attorney General du Président Roosevelt, Francis Biddle : « La Constitution n'a pas beaucoup gêné les présidents en temps de guerre » (du moins pas à l'époque). Ces mots impliquent de sérieuses limitations au pouvoir de protection de la Cour en temps de guerre.

Par exemple, pendant la Seconde Guerre mondiale, la Cour Suprême a estimé que n'était pas contraire à la Constitution l'ordre du Président Roosevelt de déporter 70.000 citoyens américains d'origine Japonaise, de la côte Ouest plus vers l'intérieur du pays, dans des camps où ils étaient comme en prison. Dans cette affaire, Justice Black aurait apparemment dit aux autres lors du délibéré : « quelqu'un doit diriger cette guerre, Roosevelt ou nous. Et nous, nous ne pouvons le faire ».

Un tel refus de s'immiscer dans les affaires politiques de haute importance, y compris en temps de guerre, est aujourd'hui battu en brèche. Ce silence choisi et assumé par la Cour a cessé. Quelques années après la fin de la Se-

conde Guerre mondiale, lors de la guerre de Corée, le Président Truman a voulu contrôler des usines d'acier dont les propriétaires étaient des personnes privées. La Cour a estimé au contraire que cette décision du Président, même dans ces circonstances, était contraire à la Constitution, et le Président s'est incliné. On répliquera que le Président Truman était beaucoup moins populaire que Président Roosevelt et que la guerre de Corée n'était pas la Seconde Guerre mondiale. Certes, mais il n'empêche que la Cour a démenti Cicéron en montrant qu'elle pouvait agir comme contre-pouvoir, même en temps de guerre.

Ce chemin ainsi ouvert a été poursuivi dans quatre affaires plus récentes qui concernaient les prisonniers de Guantanamo. Vous imaginerez aisément que les requérants, les prisonniers, n'étaient pas très populaires aux États-Unis. Les défenseurs à ces causes, le Président et le ministre de la Défense, l'étaient beaucoup plus, et ils étaient puissants. Cela n'a pas empêché la Cour suprême de trancher chacune de ces affaires en faveur du demandeur ; et le gouvernement, une fois encore, s'est incliné. Le Président George W. Bush a déclaré : « Je suis en total désaccord avec la décision de la Cour, mais je la respecterai ».

Vous mesurez à quel point les positions respectives des Présidents, des gouvernements, des juges et de l'opinion ont évolué depuis l'époque de l'affaire des Cherokees. On s'attend désormais à ce que les Présidents respectent les décisions de la Cour. La Cour est devenue un contre-pouvoir.

### 3. Quel avenir pour la Cour suprême ?

J'aurais aimé pouvoir m'arrêter là. En ce cas j'aurais décrit l'histoire d'un peuple qui marche vers la lumière en intégrant progressivement les valeurs de l'État de droit, qui comprend la nécessité de respecter les décisions de justice même dans des affaires d'État, même lorsqu'on les désapprouve sur le fond. Et réciproquement, l'histoire d'une Cour qui assume de plus en plus son pouvoir de protéger les droits, même en temps de guerre. Je ne prétends pas que cette évolution est linéaire et parfaite car l'histoire des États-Unis est faite de moments de tragédie et des moments de gloire, ni que la Cour ne cesse de se rapprocher de la maturité même si elle a gagné à présent la confiance des Américains. Une enquête du *Pew Research Center* a montré qu'en 2019, 62% des Américains avaient une opinion favorable de la Cour Suprême (à peu près le même pourcentage qu'en 1985).

Malheureusement, les choses ne sont pas si simples et l'avenir n'est jamais certain. L'histoire n'est pas encore écrite, et de mon point de vue, les sujets de préoccupation ne manquent pas.

Pour quelles raisons peut-on penser qu'aussi bien les pouvoirs que le rôle de contre-pouvoir de la Cour sont menacés ? On constate tout d'abord dans le public une défiance grandissante à l'égard de toutes les institutions du gouvernement. Le *Pew Research Center* indique également qu'en 1958, 73% des Américains estimaient que les déci-

sions du gouvernement fédéral étaient la plupart du temps justes. En 2019, ce pourcentage est seulement 17%.

Nous avons ensuite assisté à une évolution de la presse et des autres institutions qui analysent et commentent la production de la Cour. Leur point de vue est important parce c'est par leur intermédiaire que l'opinion a connaissance du travail de la Cour. Il y a quelques décennies, il ne serait venu à l'idée à d'aucun de ces commentateurs de mentionner à propos d'un arrêt le nom ou le parti du Président qui avait nommé un juge. Aujourd'hui, c'est courant. Plus récemment, les journaux systématiquement étiquettent un juge de « libéral » ou de « conservateur ». S'installe ainsi dans l'esprit des lecteurs que les juges, surtout à la Cour suprême, sont d'abord des hommes politiques et non des juristes.

Comme je l'ai déjà dit, les divergences entre les juges relèvent de leur conception du droit et non de leurs opinions politiques. Je le constate tous les jours et pourrais donner nombre d'exemples. Mais si l'opinion est de plus en plus convaincue du contraire, il ne faut pas s'étonner que les partis politiques voient dans la nomination des juges une occasion d'étendre leur influence. Et si le public pense que les juges sont des hommes politiques « enrobés », leur confiance dans la justice ne peut que diminuer, entraînant avec elle le pouvoir (et le rôle de contre-pouvoir) de la Cour.

Que peut-on faire pour enrayer ce cercle vicieux ? J'aborderai d'abord les réponses internes, concernant les juges eux-mêmes, avant de développer quelques idées pour le pays en général.

### 3.A. En interne

Que pourrions-nous faire, nous les juges de la Cour suprême, pour maintenir ce capital de confiance et de respect de la part tant des pouvoirs publics que des citoyens ordinaires, que nous avons lentement conquis au fil des siècles ? En d'autres termes, que pouvons-nous faire pour maintenir l'autorité de la Cour ?

Permettez-moi de revenir une nouvelle fois à Cicéron. Si, selon la formule de Hamilton, nous n'avons ni la bourse, ni l'épée - c'est-à-dire que nous n'avons ni le pouvoir de faire peur, ni celui de distribuer des gratifications - il ne nous reste que la « *virtus* », c'est-à-dire *la sagesse pratique et un sens de la justice*. Seules ces « deux qualités » peuvent « inspirer la confiance des citoyens ». Mais quel contenu concret donner aujourd'hui à ces deux vertus cicéroniennes ? Je suggère de les décliner en cinq recommandations pour le juge.

1. « *Do your job!* » Le travail d'un juge constitutionnel est d'interpréter (et d'appliquer) les termes du droit, qu'ils soient contenus dans une loi ou dans la Constitution. Parce que nous ne connaissons que des affaires qui ont donné lieu à des divergences d'interprétation de la part des juges inférieurs, le sens de ces termes est généralement ambigu et leur application incertaine. Pour faire

ce travail, les juges, comme je l'ai déjà dit, ont des outils à leur disposition : le sens ordinaire des mots, l'histoire, la tradition, les précédents, les objectifs poursuivis par le législateur ou les valeurs inhérentes à une disposition constitutionnelle, et les conséquences au regard de ces objectifs. Certains juges préfèrent certains outils plus que d'autres mais ils les utilisent tous.

Le travail des juges consiste donc à lire les mémoires présentés par les parties, écouter les arguments oraux et suivre attentivement les débats à l'audience, discuter avec ses collègues, écrire une opinion et la soumettre aux critiques de ses collègues, et finalement rendre une décision publique avec le cas échéant, quelques opinions concurrentes ou dissidentes. C'est tout. La popularité, les soutiens, les critiques, l'avis des syndicats, du patronat ou des médias ne doivent pas entrer en ligne de compte. Le plus que ces groupes ou d'autres peuvent faire, est de présenter des arguments. Et il faut que le juge de la Cour suprême, comme d'autres juges, garde cela à l'esprit. Et j'ai pu vérifier au cours mes plus de trente années de carrière de juge, qu'à partir du moment où un homme ou une femme prêtent le serment de juge, ils ou elles ont à cœur d'honorer cette loyauté à l'État de droit (et non plus au parti qui les nomme).

2. *Clarté*. Cicéron a aussi affirmé que les gens ne pourraient « s'accoutumer à obéir à d'autres volontairement » que si « des hommes n'eussent pu les persuader par éloquence de la vérité de ce qu'ils ont découvert par raison ». Tous les juges ne peuvent atteindre à cette éloquence à laquelle fait référence Cicéron, mais on peut attendre d'eux qu'ils écrivent clairement. On dit que « la clarté est la politesse de l'homme de lettres » mais pour un juge de la Cour suprême, la clarté est plus qu'une politesse, elle est aussi une nécessité. Elle montre une clarté de pensée, ce que Boileau a si bien résumé : « Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement, et les mots pour le dire arrivent aisément ». La clarté aide à convaincre le lecteur que le juge a tranché l'affaire selon la raison et le droit, et non selon la politique.

Le juge doit aussi garder à l'esprit la nature de l'auditoire auquel il s'adresse. Un arrêt en matière de faillite, par exemple, aura un auditoire plus technique qu'une décision sur la discrimination raciale. La seconde exige une écriture plus simple et plus directe que la première.

3. *Délibération*. La délibération, comme l'a dit le Professeur Tavoillot<sup>2</sup>, se distingue de la conversation (qui ne cherche pas à emporter une décision), du bavardage, de l'éloge et de l'indignation. Pour un groupe de juges (comme ceux de la Cour suprême), elle consiste à prendre en compte les arguments pour et contre de chaque solution et peser les mérites de deux interprétations possibles (d'une phrase ou de l'application d'une phrase) dans le but de parvenir à une décision.

2. P.-H. Tavoillot, *Comment gouverner un peuple-roi ?*, Traité nouveau d'art politique, Odile Jacob, 2019.

Selon Tavoillot, Aristote distingue entre la délibération des politiques (ou du peuple) qui porte sur l'action à entreprendre et celle des juges « qui évalue la justice des actions passées ». Cette distinction contribue souvent à caractériser le travail des juges d'appel. Les avis des juges accordent généralement de l'importance aux caractéristiques des actions qui ont eu lieu dans le passé. Mais elle est moins utile lorsqu'elle est appliquée à la Cour suprême, en particulier à ses décisions qui contribuent à déterminer la confiance que le public a, ou aura, dans l'institution judiciaire elle-même.

Il s'agit de décisions qui, par exemple, concernent l'interruption volontaire de grossesse ou le droit du travail pour les personnes homosexuelles, qui portent sur l'avenir autant (voire beaucoup plus) que sur le passé. Pour trancher de telles questions, comme je l'ai dit, chaque juge mobilise ses propres conceptions du droit qui peuvent conduire à des solutions différentes. Quelle forme doit prendre la délibération dans ces cas ?

Les procédures orales donnent parfois l'occasion à un juge d'exprimer, à travers ses questions, son point de vue mais le processus de délibération proprement dit commence lors des séances où les juges délibèrent sur les affaires et essayent d'arriver à une décision préliminaire. Lors de ces séances qui sont confidentielles (seuls les juges y participent), chaque juge livre son avis de manière argumentée à ses collègues. Le succès de ces délibérations tient en une phrase, au demeurant très banale : « Écoutez les autres ».

Certes, le propos n'est pas tout à fait libre. Il faut s'appuyer sur l'un des outils dont je parlais tout à l'heure (le texte, l'histoire, les traditions, les précédents, même les valeurs ou objectifs et les conséquences). Chacun arrive donc à la séance avec son point de vue mais doit rester ouvert à la possibilité d'en changer.

Je dirais volontiers que le plus difficile pour un juge n'est pas de se forger une opinion, mais de se montrer capable d'en changer. C'est très difficile de changer de position mais j'ai appris une méthode auprès du Sénateur Kennedy pour lequel j'ai travaillé au Sénat, que je trouve excellente. Lorsque quelqu'un campe sur ses positions, il faut lui demander d'expliquer en détail son point de vue, ce qui l'amène à énoncer une chose - parfois un détail - avec laquelle on est d'accord. On lui propose alors de partir de ce (petit) point d'accord pour l'agrandir autant que possible. Et de temps en temps on pouvait arriver à un accord plus général. (Le Sénateur ajouterait en parlant à son équipe : « Et ne vous arrêtez surtout pas au « crédit », c'est-à-dire au point de savoir à qui revient le mérite de l'accord ; le crédit est une arme ; s'il y a un accord, il y aura suffisant de crédit pour tout le monde ; et si l'on échoue, qui le revendiquera ? »). La Cour n'est bien sûr pas le Sénat, ni un organe politique, il n'empêche que ces conseils restent pertinents.

4. *Compromis*. On arrive donc à une question importante mais qui prend un tour peut-être plus difficile pour

un juge parce qu'il raisonne en termes de principes et non d'action comme un politique : jusqu'où peut-il parvenir à un compromis ? Il est probablement plus facile de trouver une réponse en France où il n'y a pas d'opinions dissidentes. Mais le système américain trouve son origine dans le système anglais dans lequel chaque juge donnait sa propre opinion. L'avantage du système américain est qu'une opinion dissidente peut mener l'auteur de l'opinion majoritaire à améliorer l'arrêt qui exprimera l'opinion de la Cour. De surcroît, bien peu de gens arriveraient à croire que nous sommes vraiment unanimes dans les grandes affaires. Cela veut dire concrètement qu'il faut chercher une majorité de cinq juges pour chaque affaire qui vient devant la Cour. La question de parvenir à un compromis est donc très importante.

Il y a différents moyens de trouver un compromis. Le premier consiste à trancher une question plus étroite, moins importante, que la grande question que soulève l'affaire comme la liberté d'expression et la liberté de religion. Imaginez un exemple hypothétique dans lequel un ministre d'un cabinet promulgue un décret, et le décret est contesté sur la base qu'il est interdit par la Constitution. Si le décret est aussi incompatible avec une loi ordinaire, un moyen d'arriver à un compromis serait de décider sur cette base, au lieu de trancher la grande question constitutionnelle, où il y aura peut-être de grandes divisions. Nous devrions poser la question de sorte à trancher la question plus étroite mais où il y a plus d'accord, au lieu d'une plus grande question où il y aura des grandes divisions.

Il y a d'autres formes de compromis. On peut, par exemple, décider de rejoindre une opinion majoritaire avec laquelle en réalité on n'est pas d'accord. On peut écrire une opinion dissidente mais ne pas la publier, ce qui donne l'impression publique d'un accord là où il n'y en a pas *de facto*. Cela s'appelle « *swallow the dissent* », littéralement « avaler l'opinion dissidente ». Dans certains cas donc, le compromis n'est pas sur le fond mais sur sa publicité.

Quand et comment choisir de faire un compromis ? Chaque juge décide selon sa conscience. Mais il doit prendre en considération deux éléments. Premièrement, les différents auditoires auxquels est destinée sa décision (les autres juges, les avocats, et le public en général) qui sont intéressés par la position de la Cour en tant que juridiction, non par l'opinion personnelle des juges. Il n'y a qu'une Constitution des États-Unis. Il n'y a pas une Constitution selon Justice O'Connor ou selon Justice Scalia ou selon moi-même. C'est ce que pense la Cour, la majorité, qui a le plus d'importance. Les opinions dissidentes risquent donc d'affaiblir la confiance du public dans la décision de la Cour.

Mais, d'un autre côté, s'il n'y a jamais d'opinions dissidentes, le public (ou, au moins le public informé), qui est bien conscient des différences de conceptions jurisprudentielles parmi les juges, doutera de la sincérité d'une décision qui à l'évidence ne reflète pas la diversité des juges.

Dans les deux cas de figure, la confiance en la Cour, comme interprète légitime du droit, est menacée. Où trouver le juste milieu ? Il s'agit d'une question qui regarde la conscience de chacun que je me garderai bien de trancher.

5. *Elargir la perspective.* Revenons sur cette minorité d'affaires qui touchent des désaccords politiques ou sociaux profonds qui traversent toute la société parce qu'elles concernent les mœurs plus que le droit technique. Comment les trancher ? C'est sous la plume de Montaigne que j'ai trouvé grâce au Professeur Tavoillot, la meilleure métaphore pour rendre compte du travail des juges dans ce type d'affaires. Montaigne compare l'éducation des enfants au travail des abeilles. Ils « pilotent deçà delà les fleurs », ils élèvent ce qu'ils trouvent, et ils le transformeront « pour en faire un ouvrage tout sien : à savoir son jugement ». Ce jugement (continue Tavoillot) « porte sur l'action » consistant à « faire quelque chose » mais il « ne porte pas sur les finalités de l'action, mais sur les moyens de les atteindre ».

Cette description décrit très bien le travail des juges dans ces affaires. Comme les abeilles, ils ont butiné beaucoup de matière première dans l'analyse textuelle, dans l'histoire, les précédents, etc., qu'ils doivent transformer en jugement. Ce jugement est moins (ou n'est qu'en partie) une décision sur la justice des événements du passé. Il est plutôt une instruction donnée au droit (et donc les actions de justice) pour l'avenir.

Où trouver les « finalités » qui sont comme des boussoles qui doivent orienter les délibérations et la décision elle-même ? On les trouve, je crois, dans la Constitution elle-même et dans les valeurs qui sous-tendent ses dispositions, l'esprit de la Constitution. L'intégration raciale de *Brown v. Board*, par exemple, n'était pas simplement une conclusion logique de la disposition qui institue « l'égalité des personnes en droit » mais aussi la réaffirmation d'une valeur de fond, de l'égalité comme un droit de chaque personne, et, plus encore, de la justice elle-même.

Prenons d'autres exemples. A la différence de la France, aux États-Unis, le principe de laïcité n'est pas absolu. On le trouve énoncé dans deux dispositions de la Constitution. La première interdit toute atteinte à « la liberté de religion » et la seconde prohibe l'« établissement » d'une religion, c'est-à-dire, toute aide gouvernementale à une religion quelconque. Ces deux dispositions n'interdisent pas au Congrès d'ouvrir ses sessions avec une prière, mais s'opposent à toute subvention publique aux écoles religieuses. Mais comment ces dispositions constitutionnelles s'appliquent-elles aux monuments religieux (de l'installation par exemple des Tables de la Loi c'est-à-dire des Dix Commandements par l'État dans le jardin du Capitole au Texas ou dans un tribunal au Kentucky) ?

Pour répondre à ces questions, j'ai jugé utile de me référer à la finalité primaire de ces dispositions. À mon avis, elles reflètent en partie le grand compromis anglais

du 17<sup>ème</sup> siècle qui a mis fin aux guerres de religion : « vous pratiquez votre religion (et l'enseignez à vos enfants) et je pratiquerai la mienne », en un mot le but est de minimiser les possibilités de conflits sociaux autour de la religion. Ce principe est essentiel dans un pays qui compte des dizaines de religions différentes. Pour trouver la solution, je me suis donc référé à l'esprit de la Constitution en recherchant sa finalité profonde.

Prenons à présent l'exemple de la liberté d'expression. Dans une perspective très générale, on peut considérer cette liberté comme (à tout le moins) la garantie d'une démocratie, en ce qu'elle permet que les différentes pensées, idées, points de vue et critiques, puissent être adressées par le public aux législateurs. Cette idée explique pourquoi les juridictions doivent se montrer plus strictes face à une volonté du gouvernement de restreindre une quelconque expression dans l'espace public que lorsqu'il s'agit d'une régulation économique ordinaire.

Une telle référence aux valeurs de fond rapproche les décisions de la Cour en direction de la Justice (avec un J majuscule). C'est de cette manière, et non en cherchant la popularité auprès de certains groupes ou avec l'opinion du moment, que la Cour conservera, voire augmentera, la confiance du public et, en conséquence, préservera son autorité.

Les exemples que je vous ai présentés illustrent la réflexion prémonitoire de Cicéron. Ils mettent en exergue l'influence du mouvement vers la justice.

### 3.B. A l'extérieur

Enfin, que pourrions-nous faire à l'extérieur, c'est-à-dire dans le pays, pour maintenir la confiance dans le pouvoir de la Cour ? Comme je l'ai dit en réponse aux questions de la Présidente de la Cour suprême du Ghana, le respect par les Américains des juges et de la justice est une question d'habitude et de coutumes. Une chose est certaine : cette habitude n'est pas spontanée (c'est peut-être le contraire qui l'est !), il faut donc créer collectivement l'habitude d'accepter la prééminence de droit. Cela comporte le respect des décisions des tribunaux, même quand elles vous affectent de plein fouet et même lorsque les juges se sont trompés (comment peut-il en être autrement lorsqu'une décision est 5 voix contre 4, et que cette majorité varie ?). Faire autrement serait se faire justice soi-même. Mais comment expliquer au public que l'acceptation de l'État de droit avantage le peuple à long terme ? Pas aux juges ni les avocats : ils en sont déjà convaincus et ils y ont un intérêt mais ce sont les autres, c'est-à-dire la majorité des Américains qui doivent l'être.

Chaque mois, je vois s'illustrer la volonté des Américains de respecter l'autorité de la Cour et comment cette volonté contribue à maintenir notre nation unie. Je garde à l'esprit le fait que nous sommes une nation de près de 330 millions de personnes de toutes les races, de toutes les religions, de nombreuses origines nationales

différentes, et ayant pratiquement tous les points de vue possibles. Je vois régulièrement ces groupes de personnes très divers qui essaient de régler leurs différends par la loi, plutôt que par des moyens plus brutaux. Je comprends alors l'espoir des fondateurs de voir la Constitution perdurer et devenir un trésor national.

Que pouvons-nous faire pour maintenir cette habitude, cette coutume, ce trésor ? Les juges et les avocats ne peuvent pas réussir seuls. Les 329 millions d'Américains qui ne sont ni avocats ni juges doivent comprendre la nécessité de maintenir cette habitude, et ils doivent l'accepter. Nous devons l'expliquer à nos enfants et à nos petits-enfants, en espérant qu'ils comprendront eux aussi son importance.

Lorsque je décris aux étudiants ce que je crois que nous pouvons faire, je souligne trois directions générales que nos efforts pourraient prendre.

La première, et la plus évidente, concerne *l'éducation*. Les générations futures doivent comprendre comment fonctionne notre système politique. Elles doivent savoir qu'elles font, et en feront partie. Elles doivent savoir ce qu'est l'État de droit et comment (depuis l'époque du roi Jean et de la *Magna Carta*) l'État de droit offre une protection contre les actions gouvernementales arbitraires, capricieuses, autocratiques ou tyranniques.

La seconde concerne *la participation à la vie publique* d'une nation dont la population est très diversifiée et qui repose sur un État de droit. Il existe de nombreuses manières différentes de participer à la vie publique. On peut participer à la vie d'une école ou d'une bibliothèque, participer à un projet d'amélioration du quartier, aider à apprendre aux enfants à lire, travailler à l'amélioration des parcs et des terrains de jeux. On peut voter, faire campagne, se présenter aux élections. Les possibilités sont infinies.

La troisième concerne *la pratique*. La Constitution crée des méthodes pour résoudre les différences par la participation, par l'argumentation et le débat, par la liberté d'expression, par une presse libre et par le compromis. Les étudiants et les adultes doivent cependant mettre en pratique les compétences en matière de coopération et de compromis pour les apprendre et les conserver.

L'éducation, la participation, la pratique de la coopération et du compromis visent à renforcer la confiance du public dans le fonctionnement de nos institutions démocratiques. L'homme qui exprime mieux cette leçon est, sans surprise, Albert Camus dans son livre *La Peste*. A la fin, il explique pourquoi il a raconté l'histoire de la peste qui a ravagé Oran, peut-être une allégorie des Nazis en France. Parce que, dit-il, je veux que les gens sachent comment ont réagi, pour le meilleur et pour le pire, ces citoyens d'Oran. Parce que je veux qu'ils comprennent ce qu'est un médecin : c'est un homme qui, sans théoriser ou discuter, simplement et directement apporte son aide aux autres. Mais surtout parce que le bacille de la peste ne meurt jamais. Il reste dans les meubles, les chambres, et les paperasses, pour émerger un jour et renvoyer ses rats, pour l'enseignement ou le malheur des hommes, dans une cité heureuse.

Je suis optimiste sur l'avenir de la Cour. Je crois qu'elle maintiendra son pouvoir, un pouvoir qui regarde en direction de la justice ; mais je ne peux en être certain. Ces histoires j'espère vous en auront convaincu. Mais j'espère aussi que mes remarques vous auront également convaincu que la préservation de pouvoir du droit est un projet important, qui exige de nous tous - juges, avocats, professeurs et citoyens - de l'entreprendre ensemble. Un projet important et peut-être même enthousiasmant.



David Djaïz • Auteur et enseignant  
à Sciences Po

## Une nouvelle architecture pour la mondialisation

La crise du Covid-19 a agi comme un révélateur de l'intensité de nos interdépendances, à l'échelle mondiale. Cependant cette interdépendance de fait ne s'est pas accompagnée d'un surcroît de solidarité. Les vulnérabilités systémiques révélées par la crise doivent nous inciter à penser une meilleure organisation de la mondialisation, dans laquelle interdépendance et solidarité s'équivalent<sup>1</sup>. Beaucoup d'intellectuels, d'artistes et militants se plaisent à rêver au « monde d'après ». C'est bien légitime de chercher à dessiner les contours d'un futur désirable, tant le moment présent ne l'est pas. C'est bien naturel de chercher à y projeter dans ce futur désirable ses propres espérances. Il faut néanmoins prendre garde aux illusions et aux biais cognitifs. Je ne crois pas que cette crise accouchera d'un monde nouveau.

Si le moment extraordinaire (au sens premier) que nous traversons est une crise, ce n'est pas parce que nous avons le choix entre plusieurs mondes possibles. Il n'y aura pas de monde d'après parce qu'il n'y a pas d'autre monde disponible que celui dans lequel nous vivons déjà. Nous avons cessé de croire aux arrières-mondes et à la théologie du salut depuis bien longtemps déjà. Le seul salut auquel il faille travailler est le *salut public*, le salut de ce monde-ci - le seul que nous ayons en magasin.

Si il n'y a pas d'autre monde, la question qui reste cependant ouverte est la suivante : le monde d'après peut-il être autre chose que le monde d'avant « *en un peu pire* » pour reprendre l'expression de l'écrivain français Michel Houellebecq, connu pour son pessimisme ?

La réponse à cette question est certainement indécidée, puisqu'elle dépendra profondément de nos choix collectifs. Même si nous sommes encore dans l'œil du cyclone et que la crise sans précédent que nous connaissons risque

de durer encore longtemps, il me semble tout de même nécessaire et utile de disposer rapidement de quelques repères et bons cadres d'analyse pour comprendre le moment dans lequel nous nous trouvons et ce qu'il nous est permis d'espérer une fois que le plus dur sera passé.

### La vulnérabilité de systèmes intégrés et complexes

À première vue, aucun point commun n'apparaît entre la crise des *subprimes* de 2008 et la pandémie actuelle. Sauf que les historiens qui étudieront notre époque dans deux ou trois cents ans y verront sans doute les deux dates les plus importantes du début du 21<sup>ème</sup> siècle. D'autant plus qu'il existe un facteur commun à ces événements : ils sont chacun à leur manière une crise de la mondialisation, en ceci qu'ils suivent le même schéma et manifestent la même « topologie » :

- (i) un incident survient à un moment donné en un point précis (appelons-le *épicerie*) et provoque pourtant une crise systémique-globale en se propageant par cercles concentriques, à la manière des vibrations sismiques. L'épicentre de la crise financière de 2008 fut le marché américain du logement. L'épicentre de la crise sanitaire de 2020 fut la province chinoise du Hubei ;

- (ii) l'épicentre de l'incident est toujours un point nodal. Ce n'est pas un hasard si la crise financière est partie des États-Unis et la crise sanitaire de Chine : ces pays sont deux plaques tournantes essentielles de la mondialisation ;

- (iii) les régions périphériques finissent toujours par payer plus cher que les épicerie le prix d'une crise qu'elles n'ont pas provoquée : la crise des dettes souveraines<sup>2</sup> découlant de la crise financière a particulièrement abîmé l'Europe du Sud alors qu'elle n'avait rien à voir avec le marché américain du logement ; la crise sanitaire est en train de toucher à nouveau, par une cruelle ironie, l'Europe du Sud, à commencer par l'Espagne et l'Italie, qui comptent désormais plus de morts que la Chine.

C'est tout le paradoxe de la mondialisation qui apparaît chemin faisant avec ces deux crises : le fait d'être aussi intégrés et interconnectés nous rend à la fois plus forts et plus vulnérables. Plus forts, parce que l'intégration économique et technologique mondiale a, comme je l'ai rappelé dans *Slow Démocratie*<sup>3</sup>, assuré des débouchés nouveaux aux économies américaine et européenne en voie d'essoufflement au sortir des Trente Glorieuses mais aussi fait sortir des pans entiers de la population des pays émergents de l'extrême pauvreté, surtout en Asie du Sud d'ailleurs (le continent africain n'ayant hélas pas récolté les fruits de cette mondialisation).

Mais elle nous a aussi rendus plus vulnérables, et ce n'est pas contradictoire avec ce qui précède puisqu'un choc local appliqué à un point nodal entraîne d'incal-

1. Pour une première analyse, voir le texte publié par l'auteur au début de la crise sanitaire : D. Djaïz, « Coronavirus: la mondialisation malade de ses crises », *Le Grand continent*, 23 mars 2020 : < <https://legrandcontinent.eu/fr/2020/03/23/coronavirus-mondialisation-david-djaiz/> >.

2. V. sur cette question : H. de Vauplane, « Covid-19 : que faire des dettes souveraines ? », *Le Grand continent*, 30 juin 2020 : < <https://legrandcontinent.eu/fr/2020/06/30/covid-19-que-faire-des-dettes-souveraines/> >.

3. D. Djaïz, *Slow Démocratie*, Allary Editions, 2019.

culables conséquences en cascade, ce qui n'était pas le cas dans un monde moins ouvert. La grippe dite « espagnole », provenant en réalité des États-Unis, avait mis deux ans avant d'arriver sur le continent européen. La peste noire du 14<sup>ème</sup> siècle avait mis une dizaine d'années avant d'arriver en Europe.

### Une nouvelle « archipellisation du monde »

Cette force qui peut se retourner contre elle-même et devenir une vulnérabilité s'explique tout simplement par l'organisation spatiale de notre mondialisation. Prenons les chaînes de valeur économique. Celles-ci ne sont pas linéaires, mais étoilées : il existe des grands hubs métropolitains où se concentrent les donneurs d'ordres, qui eux-mêmes sont en lien avec des hubs régionaux où se trouvent les sous-traitants du second ordre, qui eux-mêmes sont en lien avec des hubs du troisième ordre et ainsi de suite, par imbrications successives.

Loin d'être devenu « plat », comme le proclamait l'essai à succès de Thomas Friedman<sup>4</sup>, le monde n'a jamais été aussi rugueux et cabossé : d'un côté un archipel de hubs étroitement connectés entre eux ; de l'autre, un vaste *hinterland* plus ou moins bien irrigué, selon le niveau de solidarité défini au sein de chaque système national *puisque la redistribution des centres vers les périphéries se fait quasi exclusivement sur une base nationale*. En Europe nous souffrons *a priori* moins qu'ailleurs de cette « archipellisation du monde », même si ce n'est pas toujours le sentiment des gens qui vivent dans des territoires en difficulté. Non pas que les activités à haute valeur ajoutée et les emplois très qualifiés ne se concentrent pas de plus en plus dans les métropoles, comme dans le reste du monde occidental : depuis la crise de 2008, l'essentiel des créations nettes d'emploi se fait dans quelques zones métropolitaines. Mais nous possédons un puissant système de cohésion interterritoriale<sup>5</sup> qui assure la redistribution entre zones productives et zones moins productives grâce à des tuyaux publics et privés : la dépense sociale, les emplois publics et les administrations, les pensions de retraite... mais aussi les mobilités résidentielles et touristiques qui viennent irriguer des régions pauvres en base productive.

Dans un monde hyperconnecté économiquement et technologiquement, il suffit donc que l'un de ces points nodaux soit touché par un incident pour que l'ensemble du système se grippe, (selon le schéma suivant : d'abord les *hubs*, ensuite les périphéries), quel que soit le fait générateur. Le fait générateur peut être aussi bien involontaire (une épidémie, une panique financière) que délibéré (une attaque terroriste). En 2008, l'effondrement du marché des *subprimes*, qui n'étaient pas particulièrement signalés sur la cartographie mondiale des risques financiers, avait provoqué un gel du financement de gros des banques américaines qui s'était ensuite propagé au système financier

européen, puis s'était reporté sur l'économie réelle pour enfin affecter très durement les finances publiques des États européens obligés de renflouer dans l'urgence leurs établissements bancaires et leurs industries névralgiques. Comme l'a montré Adam Tooze<sup>6</sup> dans son récit magistral de la crise de 2008, il existe une profonde continuité entre ces événements - qui forment une chaîne de dominos. Le bon modèle pour comprendre et mesurer la crise de 2008 n'est donc pas celui de la comptabilité nationale État par État, mais bien celui de la « matrice imbriquée » des bilans d'entreprise, dont la profondeur est vertigineuse. Un seul exemple de ces étranges imbrications bilantielles : Rana, Hemnes, Hattfjelldal et Narvik, quatre petites communes du nord de la Norvège, ont collectivement perdu 350 millions de couronnes norvégiennes (43 millions d'euros) après avoir investi 451 millions de couronnes (55,6 millions d'euros) dans des obligations adossées à des actifs, eux-mêmes composés de crédits immobiliers à risques du marché du logement américain.

### Un « contexte » pour la pandémie

En 2019, une mauvaise soupe au pangolin dégustée sur un marché de Wuhan a peut-être provoqué la pire pandémie que nous ayons connue depuis la grippe espagnole de 1918-1920. Elle s'est d'abord propagée dans la région du Hubei, avant de se diffuser au reste du monde, à cause de la force des mobilités humaines transfrontalières. Qu'on en juge : chaque seconde avant la crise, quelque 130 passagers prenaient l'avion quelque part sur la planète. 1,4 milliard de touristes internationaux ont pris l'avion en 2018, ce qui équivaut à 44 arrivées par seconde dans un aéroport. Ces chiffres laissent imaginer la rapidité avec laquelle peut se propager un virus dans un système ouvert où les personnes circulent intensément d'un pays à l'autre.

Il ne s'agit pas d'incriminer la mondialisation comme cause efficiente de la pandémie, comprenons-nous bien, mais plutôt de montrer que notre mondialisation constitue un « contexte spatio-temporel » (ou un « milieu » pour parler un langage *écologique*...) favorable à la propagation des crises systémiques, où l'alignement des planètes est en effet total<sup>7</sup>. Pour ce qui concerne les pandémies :

(i) les agents pathogènes sautent la barrière des espèces de l'animal à l'homme dans des lieux de rencontre (*hotspots*) entre l'activité humaine la plus urbanisée et un milieu naturel où se trouve encore une abondante faune sauvage, surtout lorsque les milieux naturels sont perturbés, par des pratiques comme la monoculture intensive ou la contrebande d'animaux sauvages (un *business* juteux, qui rapporte 19 milliards de dollars par an en Chine) ;

(ii) elles se diffusent *de l'homme à l'homme* dans des zones fortement urbanisées (la ville de Wuhan est un parfait candidat) ;

(iii) elles deviennent des *pandémies mondiales* dans des

4. T. Friedman, *The World Is Flat The World Is Flat: A Brief History of the Twenty-First Century*, Farrar, Straus and Giroux, 2005.

5. L. Davezies, *La République et ses territoires : La circulation invisible des richesses*, Seuil, coll. « La République des idées », 2008.

6. A. Tooze, *Crashed*, Les Belles Lettres (trad. Française), 2018.

7. P. Daszak, « Anatomy of a Pandemic », *The Lancet*, vol. 380, 1<sup>er</sup> déc. 2012.

contextes de grandes circulations humaines, que ce soit pour des raisons de guerre ou des raisons économiques : déjà au 14<sup>ème</sup> siècle, la Grande Peste apparue en Extrême Orient se propagea au monde occidental à cause du développement des routes commerciales eurasiennes (les fameuses « routes de la soie »). Aujourd'hui, on peut sans difficulté superposer la carte des vols aériens intercontinentaux et la carte de la diffusion du coronavirus hors de Chine dans les premières semaines.

Perte de biodiversité, mauvaise « diplomatie » entre l'humain et l'animal, urbanisation débridée et mobilités transfrontalières intenses : telles sont là des caractéristiques premières de notre mondialisation - ou de ce que Michel Lussault a appelé dans son vocabulaire « l'avènement du Monde »<sup>8</sup>. Ce mauvais chaînage participe bien sûr à transformer une épidémie locale en une pandémie globale en quelques semaines, alors qu'il avait fallu deux années à la grippe espagnole pour arriver en Europe, et près de quinze à la Grande Peste.

### Nos interdépendances révélées

Mais il nous faut aller plus loin. Ce n'est pas seulement que notre mondialisation fournit à cette pandémie un « contexte » ou un « milieu » propice à son développement. En sens inverse, cette crise d'une ampleur sans précédent agit comme un formidable révélateur de plusieurs phénomènes sociaux et environnementaux propres à la mondialisation dont nous n'avions pas pris toute la mesure. Cette crise est ainsi révélatrice de l'intensité de nos liens. Dans un très beau texte repéré par son lointain successeur le Professeur Philippe Sansonetti, Charles Nicolle (1866-1936) qui fut professeur au Collège de France et directeur de l'Institut Pasteur de Tunis écrivait : « La connaissance des maladies infectieuses enseigne aux hommes qu'ils sont frères et solidaires. Nous sommes frères parce que le même danger nous menace, solidaires parce que la contagion nous vient le plus souvent de nos semblables »<sup>9</sup>.

La rapidité de propagation d'un virus reflète l'intensité des liens qui nous unissent. Ce n'est pas un hasard si les aires métropolitaines sont des foyers particulièrement forts de propagation : chaque jour, nous sommes en contact actif ou passif avec des centaines de personnes, en plus de notre famille et de nos amis, les gens avec qui nous prenons les transports en commun, ceux que nous croisons dans la rue, les collègues de bureaux, les commensaux du restaurant. La cartographie régionale de la diffusion du virus à ce stade, récemment proposée par le Groupe d'études géopolitiques est particulièrement intéressante<sup>10</sup> : sans surprise on trouve parmi les zones les plus touchées les mégapoles, mais aussi les zones frontalières, théâtres de fortes mobilités pendulaires. La fameuse « dorsale européenne », berceau du capitalisme européen puisqu'elle correspond aux anciennes routes

commerciales et foires marchandes, est la zone la plus touchée à ce jour. L'on ne prend jamais mieux conscience de la densité de l'infrastructure sociale que lorsqu'un grain de sable enraye une machinerie très complexe qui fonctionne le reste du temps silencieusement. Ce n'est que lorsqu'apparaît chez nous une coupure d'eau à cause d'une canalisation percée ou une panne d'électricité en raison d'un court-circuit sur une ligne à haute tension que nous prenons conscience de la complexité de l'infrastructure matérielle qui distribue l'eau et l'électricité, que nous consommons « naturellement » le reste du temps.

Il en va de même de « l'infrastructure sociale » en général. Elle ne nous apparaît dans sa complexité que lorsqu'elle se grippe : ce n'est que quand la fontaine de Trévi ou la place Saint-Marc se vident de leurs visiteurs et de leurs perches à selfie que nous réalisons à quel point des millions de touristes se déversent chaque année dans ces lieux devenus des « hyperlieux » sous l'effet du tourisme international<sup>11</sup> ; ce n'est que lorsque les lignes de production chinoises sont à l'arrêt que les industriels américains réalisent la complexité de leurs assemblages productifs et s'inquiètent de la profondeur d'une chaîne de sous-traitants dont ils ignoraient jusqu'à l'existence<sup>12</sup> ; ce n'est que lorsque nous sommes confinés dans la solitude ou le huis clos de la vie familiale, que nous prenons conscience de la densité de notre vie sociale quotidienne et la topologie qu'elle implique - à quel point notre quotidien est maillé, tramé par des interactions en tout genre, y compris de simples « voisinages » avec de sombres inconnus. La crise sanitaire que nous traversons est le révélateur ultime et brutal de notre niveau d'interdépendance.

D'ailleurs, la crise révèle l'intrication profonde entre la sociabilité internationale, réservée à une minorité d'individus (clientèle d'affaires et touristes de la classe moyenne mondiale) et les sociabilités infranationales. La vitesse de propagation de l'épidémie dans le nord de l'Italie s'explique par le télescopage de ces deux sociabilités : la Lombardie est un *hub* industriel et touristique où arrivent chaque année des centaines de milliers de visiteurs en provenance de Chine qui ont importé le virus, mais cette région est aussi le théâtre d'une autre temporalité, celle des mobilités quotidiennes très intenses entre l'arrière-pays formé de bourgades ou de villes moyennes comme Bergame et Brescia, où vivent de jeunes travailleurs précaires, et l'agglomération de Milan où ils travaillent. Le virus s'est vraisemblablement disséminé dans ces villes moyennes à cause de cette configuration spatiale : les jeunes travailleurs, obligés de vivre avec leurs parents et grands-parents, aussi bien pour des raisons économiques (précarité et chômage) que culturelles (la solidarité avec les personnes âgées), ont contracté le virus dans les agglomérations et l'ont transmis dans leur cellule familiale. L'Espagne semble

8. M. Lussault, *L'avènement du Monde : Essai sur l'habitation humaine de la terre*, Seuil, 2013.

9. C. Nicolle, *Destin des maladies infectieuses*, 1933.

10. Voir ici : <<https://legrandcontinent.eu/fr/observatoire-coronavirus/>>.

11. M. Lussault, *Hyper-lieux : les nouvelles géographies de la mondialisation*, Seuil, 2017.

12. P. Guarraia, *Corporate supply chains vulnerable to coronavirus shocks*, 8 mars 2020 : <<https://www.ft.com/content/be05b46a-5fa9-11ea-boab-339c2307bcd4>>.

suivre la même trajectoire. Il serre le cœur de se dire que ce sont sans doute les sociétés les moins individualistes, où la solidarité intergénérationnelle demeure la plus vivace, qui paieront le plus lourd tribut humain à la pandémie.

### Interdépendance sans solidarité

Malheureusement le niveau d'interdépendance *de facto* que nous avons acquis dans la mondialisation excède de très loin le niveau de solidarité *de jure* qu'il aurait fallu construire pour minimiser de tels risques. L'accélération des flux et l'interconnexion accrue renforcent les risques systémiques, nous l'avons suffisamment démontré. Après la crise de 2008, les risques propres au système financier ont été mieux identifiés et cartographiés dans le système financier, et l'une des raisons pour lesquelles le système financier ne s'écroule pas actuellement malgré la gravité du test grandeur nature auquel il est soumis tient sans doute à l'effort de normalisation qui a été accompli durant les années 2010 en matière de surveillance prudentielle et de ratios de fonds propres. Mais la finance n'est pas le seul domaine fortement intégré présentant des risques systémiques. Outre le domaine sanitaire, de tels risques existent également dans le domaine énergétique, nucléaire, alimentaire, ou encore technologique (liste non exhaustive).

Nos interdépendances sont *mondiales*, mais nos solidarités restent irréversiblement *locales et nationales*. Dans le confinement, nous redécouvrons la force des solidarités familiales et amicales « de proximité » ; nous redécouvrons aussi la force des solidarités nationales. Les États, même au cœur de l'espace Schengen, ferment brutalement leurs frontières, de manière souvent précipitée et désordonnée. Il ne faut pourtant pas y voir seulement un nationalisme de mauvais aloi, mais plutôt la manifestation d'un instinct collectif de survie dans des moments de crise aiguë, lequel se cramponne à la réalité sociale organisée la plus tangible - la nation. Cela ne doit pas nous empêcher de porter un jugement sévère sur l'insuffisante coordination européenne et le labyrinthe institutionnel qui empêche de protéger les citoyens et de produire des biens publics adaptés dans ces temps particulièrement difficiles. Espérons que cette solidarité nationale instinctive ne nous empêche pas du reste de nous sentir semblables partout dans le monde. Avec des centaines de millions de personnes confinées dans leur domicile aux quatre coins du monde, jamais nous n'avons autant fraternisé dans la même expérience commune.

C'est peut-être une chance historique, dans nos sociétés segmentées et archipelisées<sup>13</sup>, que nous puissions nous redécouvrir une expérience commune, dont le ciment est certes un sentiment négatif : la peur. Face à ce gigantesque *benchmark* mondial des politiques publiques que constitue cette crise (puisque'il suffit d'ouvrir un fil d'informations pour comparer la qualité de la réponse apportée par les différents États), il existe d'ailleurs un enjeu spécifique pour les nations européennes, que l'on peut qualifier de

« démocraties sociales de marché » : montrer que le modèle d'État social et démocratique ne démérite pas dans la gestion de la crise, en comparaison de l'État-Parti chinois ou de l'État libéral américain...

### L'inévitable retour de la puissance publique

Parmi les leçons à tirer de cette crise, le retour de la puissance publique est désormais acquis, après trente ans de « pilotage automatique » et de « fin de l'Histoire ». Les trois crises majeures de la mondialisation (11 septembre, *subprimes* et coronavirus) ont à chaque fois ébranlé la finalité première de la puissance publique - qui est de garantir la paix publique. La paix publique possède en effet trois composantes : la *sûreté*, entendue comme l'absence de guerre ou d'agression ; la *sécurité*, entendue comme l'absence de crise ou d'accident ; la *santé* enfin, entendue comme l'absence de maladie. Avec le Covid-19, la boucle est donc bouclée. La paix civile, a été par trois fois testée en vingt ans, sur chacune de ses dimensions essentielles : le terrorisme a ébranlé la *sûreté physique*, la crise financière a ébranlé la *sécurité économique et sociale*, le coronavirus ébranle la *santé humaine*.

Pour bien comprendre ce qui se joue, il faut revenir aux fondamentaux, c'est-à-dire au *Leviathan* de Hobbes. Le *frontispice* de la première édition du *Leviathan* (1651) est frappant. Le souverain qui vient d'être érigé pour mettre fin au désordre et à la guerre perpétuelle se tient presque en suspension au-dessus de la Cité - un Léviathan lévitant. La Cité est vide, comme si tout le monde était confiné dans son domicile, à l'exception de quelques individus qui se promènent à l'air libre. Si l'on regarde de plus près, avec une loupe, on discerne deux types d'individus sur la Grand-Place déserte : des gendarmes chargés d'assurer la sûreté publique, reconnaissables à leurs mousquets ; et des médecins, reconnaissables à leurs longs masques à bec censés les protéger contre la peste. Lorsque le danger est là, l'espace public n'est plus occupé que par ceux qui prennent soin de la paix civile, à commencer les gendarmes en charge de la sûreté et les soignants en charge de la santé. Pour Hobbes, fortement influencé par le passage de Thucydide sur la grande peste d'Athènes<sup>14</sup>, les moments de crise épidémique sont ceux qui dévoilent le rapport du peuple et de la souveraineté : une masse de malades dont il faut prendre soin, quitte à les exclure tout bonnement de l'espace public, « *pour leur bien* ».

### La différence entre la pensée de Hobbes et la crise que

14. « La maladie déclencha également dans la ville d'autres désordres plus graves. Chacun se livra à la poursuite du plaisir avec une audace qu'il cachait auparavant. À la vue de ces brusques changements, des riches qui mouraient subitement et des pauvres qui s'enrichissaient tout à coup des biens des morts, on chercha les profits et les jouissances rapides, puisque la vie et les richesses étaient également éphémères. Nul ne montrait d'empressement à atteindre avec quelque peine un but honnête ; car on ne savait pas si on vivrait assez pour y parvenir. Le plaisir et tous les moyens pour l'atteindre, voilà ce qu'on jugeait beau et utile. Nul n'était retenu ni par la crainte des dieux, ni par les lois humaines ; on ne faisait pas plus de cas de la piété que de l'impiété, depuis que l'on voyait tout le monde périr indistinctement ; de plus, on ne pensait pas vivre assez longtemps pour avoir à rendre compte de ses fautes. Ce qui importait bien davantage, c'était l'arrêt déjà rendu et menaçant ; avant de le subir mieux valait tirer de la vie quelque jouissance ».

13. J. Fourquet, *L'archipel français*, Seuil, 2019.

nous vivons, c'est que dans la crise que nous vivons cet état d'exclusion de l'espace public est temporaire, lié à des circonstances exceptionnelles, alors que chez Hobbes il est pour ainsi dire permanent. Il faut dire qu'entre Hobbes et nous, la démocratie s'est greffée à la *Res Publica* - et la nation démocratique à l'État.

Les crises de 2001, 2008 et 2020 ont chacune à leur manière infligé un cinglant démenti aux tenants de la fin de l'Histoire, qui soutinrent après 1989 que la mondialisation devait être placée en « pilotage automatique », c'est-à-dire que l'intégration progressive des marchés amènerait dans son sillage la démocratie libérale, la prospérité économique et la santé humaine - un état de paix perpétuelle sur fond de « zéro risque-zéro mort ». Bien sûr le nombre de morts du fait du Covid-19 risque d'être incommensurablement plus faible que le bilan de la grippe espagnole il y a un siècle qui fit plusieurs millions de victimes. Mais il se chiffre déjà en milliers, se chiffrera demain en dizaines de milliers et peut-être en centaines de milliers. Dans les régions les plus touchées comme l'Italie du Nord ou la province de Hubei, chacun connaît dans son cercle rapproché une victime du coronavirus.

Nous pensions avoir éradiqué la mort de masse après la Seconde Guerre mondiale, et encore un peu plus depuis 1989 ; nous pensions que la mort n'était plus qu'une chose naturelle, qui pouvait de temps à autre surgir de manière accidentelle, mais selon la loi des individus et non la loi des séries, et voici qu'elle frappe à nouveau en masse, comme le montrent ces cercueils alignés dans les églises italiennes que les familles endeuillées ne peuvent même plus pleurer puisque même les rassemblements sont interdits.

### Les États-nations, écluses de la mondialisation

Comme la lumière au bout du tunnel, l'après nous paraît bien loin. C'est une nouvelle architecture de la mondialisation qu'il nous faudra pourtant inventer, rien de moins. Face aux dérèglements provoqués par ces crises systémiques, la fonction de la puissance publique comme « écluse » est plus nécessaire que jamais. Les États-nations doivent redevenir les écluses de la mondialisation. Lorsque des flux humains, économiques ou financiers risquent d'avoir un impact sanitaire, social ou environnemental négatif, le gouvernement national (ou la puissance européenne, si l'on se décide à construire une Europe-puissance capable de produire des biens publics, plutôt qu'une Europe de la règle...) peut décider de mettre en place certaines limites, provisoires ou non. Il ne s'agit pas de se claquemurer derrière des remparts mais au contraire d'organiser une régulation des flux de la mondialisation, comme les écluses organisent la circulation des bateaux sur un canal. *Les écluses constituent des valves de sécurité qui évitent la propagation rapide et exponentielle des incidents dans des systèmes complexes.*

En complément de ces marges de manœuvre restaurées, il faudra envisager de construire un véritable état de droit mondial sans état mondial, comme le dit la grande

juriste Mireille Delmas-Marty<sup>15</sup>. Il ne peut pas s'agir d'un Droit surplombant ou de réglementations émises par des autorités administratives non démocratiques, déconnectées de toute légitimité politique. L'effectivité et la légitimité restant largement du côté des États-nations démocratiques, l'erreur du globalisme fut depuis les années 1980 de penser que des institutions supranationales, comme l'OMC en matière commerciale, pourraient tout bonnement suppléer les États à mesure que l'économie se mondialisait. Cela a abouti à une intégration négative, les États abandonnant des morceaux de souveraineté à la faveur de traités multilatéraux, sans que ces abandons ne se traduisent par des gains de souveraineté ou de solidarité à une échelle supranationale - c'est ce que l'on appelle l'intégration négative, qui a surtout pris la forme d'un désarmement généralisé de la puissance publique (la fameuse « *race to the bottom* »).

En lieu et place de ces abandons de souveraineté, il est crucial de revenir à une approche plus raisonnable : faire en sorte que les droits nationaux incorporent désormais des dispositions universelles, notamment celles qui touchent aux biens publics mondiaux (environnement, qualité de l'air, santé, stabilité financière...). C'était par exemple l'objet du *Pacte mondial pour l'environnement*<sup>16</sup>. Proposé par la France en 2017, ce pacte proposait aux États-nations d'intégrer dans leur droit interne les principes fondamentaux du droit de l'environnement parmi lesquels le droit pour toute personne de vivre dans un environnement sain ; l'obligation d'évaluer l'impact environnemental de tout projet ; le principe de précaution ou encore le principe du pollueur-payeur. Ce projet a échoué à cause de l'opposition des États-Unis, de la Chine, de la Russie et du Brésil (les *usual suspects*...) à Nairobi, au printemps 2019, faute d'un engagement suffisamment ferme de l'Europe. On pourrait en faire de même en matière de droit du travail et bien sûr en matière sanitaire.

Une telle approche, misant sur la responsabilité des États-nations, est sans doute plus riche de promesses que la voie « globaliste » et les abandons de souveraineté qui ont trop souvent conduit à la moins-disance pure et simple. L'équivalent philosophique de cette doctrine juridique doit être recherché dans « l'universalisme réitératif » promu par Michael Walzer<sup>17</sup>.

### Quel nouvel ordre international ?

Ce nouvel ordre international pourrait s'appuyer assez largement sur les institutions existantes, à condition que certaines de leurs règles de fonctionnement évoluent. Dans les années 1980 et 1990, les partisans de la mondialisation libérale ont voulu s'assurer de la présence de l'expansion des flux économiques sur toute autre considération collec-

15. M. Delmas-Marty, « Gouverner la mondialisation par le droit », *Revue européenne du droit*, sept. 2020.

16. Sur le Pacte mondial de l'environnement, voir dans ce numéro Y. Aguila et M.C. de Bellis, « Un martien aux Nations Unies ou réflexions naïves sur la gouvernance mondiale de l'environnement », *Revue européenne du droit*, mars 2021.

17. M. Walzer, « Les deux universalismes », *Esprit*, n° 187, décembre 1992, pp. 114-133.

tive, qu'elle soit sociale, environnementale, sanitaire ou autre. Une règle simple et de bon sens pourrait consister à dire que les nations démocratiques (ou l'Europe si, une fois encore, elle se décide à devenir une « puissance ») ont le droit de définir leurs règles, leurs institutions et même leurs systèmes de croyances propres. Si les citoyens européens ne veulent pas de viande de bœuf nourri aux hormones de croissance en provenance des États-Unis ou du Canada dans leurs assiettes parce qu'ils n'ont pas envie de manger ce type de viande, ils devraient avoir le droit de prendre des mesures de suspension des importations sans être obligés de prouver, études scientifiques à l'appui, que cette viande est cancérigène. Leur délibération démocratique décidant qu'ils ne veulent pas de ce bœuf aux hormones car il ne correspond pas à l'alimentation saine et écologique à laquelle ils aspirent devrait suffire. On ne peut que regretter l'incapacité de la science économique à prendre en compte ces enjeux vitaux de long terme qui ont pour nom : *sûreté, sécurité et bien sûr santé*.

Avec cette nouvelle architecture de la mondialisation, la puissance publique retrouvera sa fonction de « gare d'aiguillage », capable de discriminer entre ce qui a vocation à être mis sur le marché mondial et ce qui n'a pas vocation à y être ; capable d'imposer des décélérations sélectives en reprenant le contrôle des biens publics hors marché, à commencer par la lutte contre le changement climatique et l'érosion de la biodiversité ; capables de relocaliser certains actifs stratégiques, comme la production de protéines végétales ou des principes actifs des médicaments, afin de retrouver la maîtrise des chaînes d'approvisionnement essentielles pour la vie humaine : sanitaires, alimentaires, énergétiques, ou encore technologiques.

Une économie circulaire et locale pourrait ainsi s'épanouir autrement que sous la forme de moignons, « hors mondialisation » mais dynamisée par les revenus des secteurs compétitifs qui, eux, vivent bien de la mondialisation. Les bâtiments sont rénovés avec des matériaux de qualité produits localement, par exemple du bois issu du domaine forestier du territoire. L'énergie renouvelable (éolien, solaire, biomasse...) forme une part plus importante du mix énergétique local. Les déchets sont intégralement recyclés grâce aux progrès de l'économie circulaire. Une part de plus en plus importante des fruits et légumes *de saison* que l'on consomme sont produits dans un rayon de quelques centaines de kilomètres, comme le proposent d'ores et déjà les AMAP (Association pour le maintien d'une agriculture paysanne), qui rapprochent producteurs et habitants d'une même région, en reformant des circuits courts.

Aujourd'hui ces initiatives existent mais elles sont extrêmement limitées et éparpillées. Un passage à l'échelle encouragé par la puissance publique doit s'organiser, car dans tous ces domaines, il y a des gisements énormes d'emplois sédentaires qui permettraient de sortir de la frustration des millions d'habitants qui vivent dans ces zones cassées par la mondialisation et la désindustriali-

sation. Les pouvoirs locaux peuvent encourager leurs producteurs locaux en labellisant leurs produits, en mettant à leur disposition des terrains viabilisés ou des terres agricoles en échange d'un loyer modique, en les accompagnant juridiquement pour former une coopérative de producteurs, en développant une monnaie locale qui ne peut être dépensée que dans les produits du territoire, en encourageant fiscalement le commerce de centre-ville et l'artisanat local, en faisant à nouveau de l'apprentissage et de la formation professionnelle des filières d'excellence, ce qui implique d'arrêter de tout indexer sur le diplôme universitaire. *Petit à petit, à bas bruit, il est ainsi possible de soustraire localement des pans de la production économique et de la vie sociale au rythme effréné de la mondialisation et à ses chaînes de valeur éparpillées.*

Il ne s'agit évidemment pas de « démondialisation » - cela n'aurait aucun sens. L'enjeu n'est pas de se barricader et de revenir au village d'Astérix, pas davantage que de rembobiner le film en appuyant sur un bouton, pour nous ramener dans la France sépia d'avant les Trente Glorieuses. Ces solutions-là sont illusoire. La division internationale du travail est là avec ses effets de spécialisation, et elle a apporté certains bienfaits, dont le moindre n'est pas d'avoir sorti des centaines de millions de personnes de la pauvreté. Il s'agit plutôt d'être en capacité de discriminer de manière *démocratique* entre ce qui peut et doit être mis sur le marché mondial, avec son inévitable exigence de compétitivité et de rapidité, et ce qui peut au contraire être abrité, préservé, encouragé dans des circuits courts, sédentaires, circulaires, ralentis - à l'abri de l'intégration économique mondiale et de sa force d'arasement.

On pourrait m'objecter qu'un tel programme risque de faire émerger un territoire à plusieurs vitesses : d'un côté ceux qui accueillent des entreprises compétitives, qui se projettent sur les marchés mondiaux et versent des salaires élevés à leurs cadres ; de l'autre les activités locales et circulaires. Sauf que le territoire à plusieurs vitesses est déjà là, entre les activités *tournées vers l'économie mondiale*, souvent concentrées dans les métropoles d'envergure internationale, et les activités *sédentaires* à faible valeur ajoutée disséminées sur tout le territoire. Et ce décrochage est aggravé par les récits que l'on raconte, par les mythes territoriaux sur les métropoles mondialisées et les périphéries déglinguées. Il faut au contraire prendre le contrepied de ces fragmentations, encouragées par les dynamiques hors de contrôle de la mondialisation. Il est urgent d'inventer un nouveau récit territorial où la solidarité entre secteurs nomades et secteurs sédentaires est restaurée et où les fractures territoriales sont remplacées par des coopérations et des complémentarités.

Si nous ne le faisons pas, deux offres politiques se disputeront les suffrages des classes moyennes désemparées et en perte de repères. Une offre ultra-nationaliste, déjà gagnante sur tous les continents, qui proposera des kits de « reprise en main » aussi simples qu'illusoire, fondés sur la race, le triage des identités, les fermetures de frontières

aussi efficaces que les portes qui claquent au vent. Une offre encore en gestation mais dont on voit poindre les signaux faibles : l'ultra-localisme, désabusé par la mort des idéologies et la perte de repères générale de notre époque, considérant que la seule planche de salut à opposer au chaos du monde réside dans l'autarcie des territoires, à la mode collapsologique.

Lorsque les premiers feux de la mondialisation se sont manifestés, dès les années 1960, les économistes les plus sérieux nous avaient prévenus : les effets distributifs seront importants dans les sociétés ; il y aura de grands gagnants et de grands perdants. Rien de plus normal puisque des processus comme l'ouverture commerciale, l'intégration financière, la fragmentation des chaînes de valeur, revenaient à modifier la rémunération relative du travail et du capital dans tous les secteurs de l'économie. Ce simple constat aurait dû mettre la puce à l'oreille : il fallait une vigoureuse intervention publique pour corriger ou compenser les effets négatifs d'une plus grande interdépendance. Il aurait fallu un nouvel âge de la puissance publique. Cela n'a pas été le cas puisqu'on a promu au contraire l'affaiblissement de la puissance publique, à mesure que s'approfondissait la mondialisation. Le néolibéralisme c'est exactement cela à mon sens : la promotion de la mondialisation *en même temps* que le recul de la puissance publique, dans ce qu'elle peut avoir de discrétionnaire et interventionniste, au profit de règles globales qui placent les démocraties en pilotage automatique. Il aurait été possible il y a trente ans de concevoir une toute autre mondialisation fondée sur l'interdépendance et la solidarité, mais cela aurait supposé d'armer tout à fait différemment la puissance publique. Au lieu de cela, nous avons eu l'interdépendance *sans* la solidarité. Nous voyons aujourd'hui à quel point cela nous a rendus vulnérables.

La puissance publique doit désormais retrouver le sens du long terme. Les États ne doivent pas reproduire l'erreur de 2009 consistant à signer des chèques en blanc aux entreprises en difficulté. Le plan de relance ne doit pas seulement se résumer à décaisser de l'argent à toute vitesse,

mais à faire le tri entre trois catégories : *ce que l'on veut garder, ce que l'on veut voir disparaître, et ce que l'on veut faire naître*. En d'autres termes, il doit avoir un contenu éthique et politique fort.

### Conclusion

Vous l'aurez compris, il faudra organiser cette nouvelle société autour des terroirs et des bassins de vie, qui sont avec les nations l'autre élément essentiel du social. A l'intérieur de ces terroirs : des métiers du lien revalorisés ; des synergies entre puissance publique, société civile et opérateurs économiques ; des consommateurs qui, par civisme, orientent leurs achats vers les productions en circuit-court ou vers le *Made in Europe* ; une plus grande part de la valeur ajoutée produite sur le territoire ; une démocratie locale réinventée.

Bien sûr ce nouveau modèle de société ne saurait se proclamer par décret. Il importera aussi de revitaliser profondément la démocratie. L'équilibre institutionnel à trouver pour les démocraties occidentales est incroyablement subtil : dans un monde de dangers et de risques, il faut conserver une efficacité, une réactivité, un sens du temps long propre à l'État et à un exécutif fort et dans le même temps il est temps d'ouvrir les vannes, les portes et fenêtres à la société civile et de permettre aux citoyens et aux différentes forces sociales de participer à l'écriture de ce nouveau récit. Il faudra donc inventer des régimes hybrides où l'efficacité et le long terme sont préservés, mais la vie démocratique rehaussée par une authentique forme de démocratie continue.

On ne rembobine pas l'Histoire. Tout au plus peut-on se prendre à espérer que l'humanité ne reproduira pas l'attitude moquée par Jean de La Fontaine dans sa célèbre fable « Les animaux malades de la peste » : celle qui consiste, au cœur de l'épidémie, sous l'empire de la peur, à désigner des boucs-émissaires plutôt que construire fraternellement des solutions pour une mondialisation maîtrisée et ralentie.



**Bernard Hoekman** • Professeur à l'Institut universitaire européen, *Research Fellow* au *Center for Economic and Policy Research*

**Petros Mavroidis** • Professeur de droit à l'Université de Columbia et à l'Université de Neuchâtel

## Éviter un Requiem pour l'OMC

Il y a 25 ans, le Cycle d'Uruguay aboutissait aux accords de Marrakech (avril 1994) et donnait naissance à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en 1995. Depuis, si l'Organisation s'est révélée relativement efficace dans la surveillance de la mise en œuvre des accords multilatéraux conclus lors du Cycle d'Uruguay - à quelques exceptions notables près, comme l'accord sur la facilitation des échanges et l'accord sur les technologies de l'information - ses membres ne sont pas parvenus à conclure de nouveaux accords pour libéraliser le commerce des biens et des services.

Cet échec a eu de graves répercussions : d'une part, l'attention de nombreux membres s'est déplacée vers la coopération commerciale bilatérale et régionale et, d'autre part, l'OMC n'a pas joué un rôle significatif dans le désamorçage et le traitement du conflit commercial entre les États-Unis et la Chine.

L'Organisation était largement absente durant les premières étapes de la pandémie mondiale du Covid-19 alors même que de nombreux membres avaient recours à l'imposition unilatérale de restrictions à l'exportation de fournitures médicales et d'équipements de protection individuelle. Les voix s'élevant en faveur d'une meilleure coopération dans le commerce des vaccins<sup>1</sup>, du soutien aux chaînes de valeur mondiales produisant des fournitures essentielles<sup>2</sup> ou d'un accord pour régir les restrictions pendant cette crise mondiale de santé publique<sup>3</sup>, sont restées inaudibles et à ce jour, aucun nouvel accord

sur ces questions n'a été envisagé<sup>4</sup>.

Sans progrès notable dans le rétablissement du rôle de l'OMC en tant que forum de coopération sur le commerce, il est peu probable que l'Organisation puisse à l'avenir jouer un rôle significatif en aidant à résoudre les principales tensions commerciales entre les grandes puissances commerciales et à orienter l'utilisation du commerce et de la politique commerciale pour remédier aux défaillances du marché mondial (changement climatique) et aider les gouvernements membres à identifier et à mettre en œuvre de bonnes pratiques réglementaires pour soutenir les objectifs de développement durable.

Bien que de nombreux membres de l'OMC aient tendance à voir les choses du point de vue des « États-Unis » ou de la « Chine », il est important de reconnaître que la nécessité d'une coopération internationale s'étend à toute une série de domaines qui sont importants pour un large échantillon des membres de l'OMC. La question de savoir s'il existe une volonté politique de s'engager à nouveau sur le plan multilatéral et de poursuivre la réforme de l'OMC est ouverte. Nous examinerons cinq domaines de réforme de l'OMC<sup>5</sup> : (1) la révision des pratiques de travail de l'organisation ; (2) le suivi et l'évaluation ; (3) la préparation de la négociation de nouveaux accords ; (4) la réforme du système de règlement des différends de l'OMC ; et, enfin et surtout, (5) la résolution de ce que Wu<sup>6</sup> a appelé le problème « *Chine Inc.* »<sup>7</sup>.

### 1. Pratiques de travail

Une prise de décision par consensus et un modèle de gouvernance axé sur ses membres ont réduit l'efficacité de l'OMC<sup>8</sup>. Bien qu'elles soient appropriées pour l'adoption de résultats lors de négociations de fond, les pratiques de travail de l'OMC ont été utilisées abusivement par les membres pour entraver le fonctionnement des organes de l'OMC. Une distinction mérite ici d'être faite entre les activités quotidiennes des organes de l'OMC et la négociation et l'adoption de règles de fond. Le consensus légitime les décisions sur les questions de fond, mais il ne devrait pas permettre aux pays de bloquer des accords qui ne lient que les signataires. Le consensus ne devrait pas non plus s'ap-

1. T. Bollyky et C. Bown, « The Tragedy of Vaccine Nationalism: Only Cooperation Can End the Pandemic », *Foreign Affairs*, septembre-octobre 2020 : <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-07-27/vaccine-nationalism-pandemic>.

2. M. Fiorini, B. M. Hoekman et A. Yildirim, « COVID-19: Expanding access to essential supplies in a value chain world », in R. Baldwin et S. Evenett (eds.), *COVID-19 et Trade Policy: Why Turning Inward Won't Work*. London, CEPR Press, 2020.

3. S. Evenett et L. A. Winters, Preparing for a Second Wave of COVID-19: A Trade Bargain to Secure Supplies of Medical Goods, *Global Trade Alert*, 27 avril 2020, <https://www.globaltradealert.org/reports/52>.

4. Voir par exemple : Canada, Strengthening and modernizing the WTO, JOB/GC/201, 24 septembre 2018; Canada, Strengthening the deliberative function of the WTO, JOB/GC/211, 14 décembre 2018; China, China's Proposal on WTO Reform, WT/GC/W/773, 13 mai 2019 ; Union européenne, 2018, Concept Paper on WTO Modernization: <[https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc\\_157331.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf)>.

5. <<https://globalgovernanceprogramme.eui.eu/research-project/revitalizing-multilateral-governance-at-the-wto-2-0/>>.

6. M. Wu, « The 'China, Inc.' Challenge to Global Trade Governance », *Harvard International Law Journal*, 2016.

7. M. Bronckers, « Trade Conflicts: Whither the WTO? », *Legal Issues of Economic Integration*, 2020, pp. 221-244; S. Charnovitz, « Solving the Challenges to World Trade », *GWU Legal Studies Research*, Paper No. 2020-78, 2020 : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3736069](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3736069)> ; O. Fitzgerald (Ed.), *Modernizing the World Trade Organization*, CIGI, 20 avril 2020. Voir aussi, rassemblant une compilation de suggestions pour un programme de travail post-COVID-19 : S. Evenett et R. Baldwin (eds.), « Revitalising Multilateralism: Pragmatic ideas for the new WTO Director-General », *CEPR Press*, 10 nov. 2020.

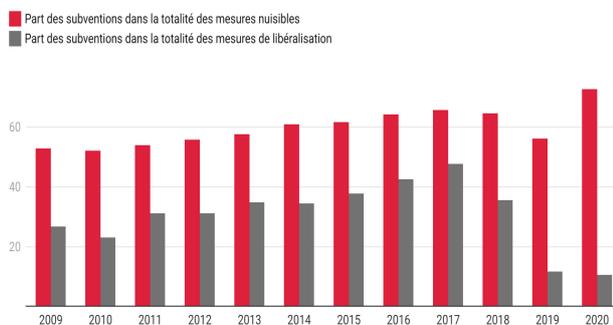
8. B. M. Hoekman, « Urgent and Important: Improving WTO Performance by Revisiting Working Practice », *Journal of World Trade*, 2019, 373-94.

pliquer à des questions telles que la fixation de l'ordre du jour des réunions des comités de l'OMC<sup>9</sup>. L'accroissement de l'interaction avec les parties prenantes et l'ouverture de l'OMC à une plus grande participation des entités non gouvernementales sont des champs importants de réforme.

## 2. De la notification et de l'examen au suivi et à l'évaluation

En l'état actuel des choses, le suivi est confié aux membres, qui fournissent des informations par le biais de notifications, complétées par la préparation par le Secrétariat de l'OMC d'examen périodiques des politiques commerciales (EPC) pour tous les membres. Les notifications croisées des subventions chinoises par les États-Unis, par exemple, montrent clairement que le processus de notification donne une image (très) incomplète dans certains domaines de la politique commerciale<sup>10</sup>. Le suivi indépendant effectué par l'initiative *Global Trade Alert* révèle un nombre de subventions beaucoup plus élevé. Bien que de nombreuses subventions soient supprimées chaque année, les mesures nuisibles introduites sont plus nombreuses que celles qui sont supprimées, et l'écart se creuse. Le secrétariat de l'OMC devrait être chargé de compiler les informations accessibles au public sur les politiques nationales<sup>11</sup>. Le besoin va au-delà des subventions, et inclut les politiques affectant l'investissement et le commerce des services et les flux de données transfrontaliers. En ce qui concerne les services, par exemple, l'OMC ne communique des données que pour un sous-ensemble de ses membres<sup>12</sup>.

### Part des subventions dans l'ensemble des mesures commerciales du G20 (% , 2009-2020)



Graphique: Le Grand Continent

Note : les données de 2020 couvrent la période allant jusqu'au 7 décembre.

Source : Global Trade Alert. <https://www.globaltradealert.org/>.

- Le rapport de la Commission Warwick de 2007, *The Multilateral Trade Regime: Which Way Forward?*, propose un recours accru à la délibération de masse critique et propose que les membres de l'OMC soient appelés à expliquer les raisons de leurs objections aux points proposés à l'ordre du jour : <<https://warwick.ac.uk/research/warwickcommission/worldtrade/report>>.
- R. Wolfe, « Is World Trade Organization Information Good Enough? How a Systematic Reflection by Members on Transparency Could Promote Institutional Learning », *Queen's University - School of Policy Studies*, 10 juil. 2018 : <<https://ssrn.com/abstract=3299015>>.
- Cela a commencé à être fait - voir « Overview of developments in the international trading environment », OMC, 2020.
- B. M. Hoekman et B. Shepherd, « Services Trade Policies and Economic Integration: New Evidence for Developing Countries », *World Trade Review*, 2020 ; R. Wolfe. 2021. « Yours Is Bigger Than Mine! Could an Index Like the PSE Help in Understanding the Comparative Incidence of Industrial Subsidies? », *The World Economy*, (à paraître).

L'OMC ne peut pas externaliser cette fonction essentielle mais gagnerait à coopérer avec d'autres organisations dans cet effort (FMI, Banque mondiale, CNUCED, CCI et OCDE). Le groupe de travail du G20 sur le commerce et l'investissement, auquel participent toutes ces organisations, pourrait constituer un point de convergence pour cette collaboration.

## 3. Négociateur à nouveau

En 2020, le groupe d'Ottawa a demandé une analyse des mesures adoptées en réaction au Covid-19<sup>13</sup>. Le Secrétariat de l'OMC n'a pas le droit de se prononcer sur la conformité des politiques aux règles de l'OMC, et n'est pas chargé d'évaluer les effets *ex post* des accords de l'OMC ou les retombées transfrontalières. Fiorini *et al.* ont constaté que l'évaluation - distincte du suivi - était classée en dernier lieu comme une priorité pour la prochaine DG<sup>14</sup>. Créer plus d'espace pour que le Secrétariat puisse analyser les effets économiques mondiaux des politiques affectant les conditions de concurrence sur les marchés, en coopérant avec d'autres institutions, aiderait à déterminer si les politiques provoquent des retombées (*spillovers*) de nature systémique<sup>15</sup>. Le recours accru aux « sessions thématiques » des organes de l'OMC - auxquelles des acteurs extérieurs sont invités à participer et dont l'ordre du jour comprend des questions qui ne sont pas (encore) soumises à des règles multilatérales - et la résolution des problèmes de cloisonnement par la création de groupes de travail spécialisés couvrant tous les organes de l'OMC qui traitent des différentes dimensions d'un domaine politique sont des moyens pragmatiques de favoriser la délibération. Une plus grande implication directe du monde des affaires dans le fonctionnement de l'OMC peut contribuer à maintenir la pertinence de l'OMC en fournissant aux fonctionnaires des informations actualisées provenant du groupe de base qu'ils représentent<sup>16</sup>.

Fin 2017, de nombreux membres de l'OMC ont lancé des initiatives plurilatérales pour définir de bonnes pratiques et de nouvelles règles dans quatre domaines : le commerce électronique, la facilitation des investissements, la réglementation intérieure des services et le soutien aux micro, petites et moyennes entreprises pour qu'elles puissent exploiter les opportunités commerciales. Baptisées initiatives de déclaration conjointe (*Joint Statement Initiatives*, ou JSI), ces initiatives plurilatérales

- Ottawa Group, « COVID-19 and Beyond: Trade and Health », Communication from Australia, Brazil, Canada, Chile, the European Union, Japan, Kenya, Republic of Korea, Mexico, New Zealand, Norway, Singapore and Switzerland, 24 novembre 2020.
- M. Fiorini, B. M. Hoekman, P.C. Mavroidis, D. Nelson et R. Wolfe, « Stakeholder Preferences and Priorities for the Next WTO Director General », *Global Policy*, 2021. Le 15 février 2021, le Conseil général est convenu par consensus de choisir Mme Ngozi Okonjo-Iweala comme septième Directeur général de l'Organisation, avec une entrée en fonction le 1 mars 2021.
- B. M. Hoekman et D. Nelson, « Rethinking International Subsidy Rules », *The World Economy*, 2020.
- E. Alben et L. Brown, « Is the WTO in Sync with the Business Community? », *Global Policy*, 2021. Pour des propositions spécifiques sur les mécanismes à cet effet, voir C. Findlay et B. Hoekman, « Value chain approaches to reducing policy spillovers on international business », *Journal of International Business Policy*, 2020.

constituent une évolution positive<sup>17</sup>. La coopération plurilatérale dans des domaines spécifiques, qui se concentre sur les politiques sous-jacentes aux tensions commerciales actuelles, offre aux membres de l'OMC un moyen de s'engager de manière significative avec des partenaires commerciaux partageant les mêmes idées sur des sujets d'intérêt commun. La clause de la nation la plus favorisée (NPF) peut bien sûr bloquer la coopération plurilatérale en raison de préoccupations de parasitisme. La création d'une base juridique au sein de l'OMC pour intégrer et régir les accords discriminatoires est un domaine important de réforme<sup>18</sup>. Les accords plurilatéraux ouverts (APO) appliqués sur une base NPF, comme le soutiennent Hoekman et Sabel, contribueront à assurer aux non-signataires leur compatibilité avec l'OMC<sup>19</sup>.

Le traitement spécial et différencié (TSD) des pays en développement signifie que les pays en développement peuvent ne pas offrir une réciprocité totale dans les négociations commerciales et revendiquer une plus grande liberté d'utilisation de certaines politiques commerciales que les pays à revenu élevé. En dehors du groupe des pays les moins avancés définis par les Nations unies, il n'existe aucun critère permettant de définir ce qui constitue un pays en développement. Le TSD a été utilisé, abusé et a créé des problèmes. L'Accord sur la facilitation des échanges (AFE) permet d'inscrire les engagements des pays en développement sur une liste et lie sa mise en œuvre à l'assistance technique. Low *et al.* vont plus loin et plaident en faveur d'un nouveau accord sur ce que signifie la « différenciation », en concevant le TSD en termes de besoins spécifiques de chaque pays au niveau sectoriel ou d'activité<sup>20</sup>.

L'OMC comprend un système de règlement des différends commerciaux par une tierce partie indépendante, ce qui se traduit par le principe d'un règlement de conflits dépolitisés<sup>21</sup>. Si les perspectives d'une application efficace diminuent, il y aura de graves conséquences négatives pour les futurs efforts de réglementation au sein de l'OMC. L'action visant à remédier aux faiblesses du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (MRD) est donc un domaine prioritaire de la réforme de l'OMC. Depuis sa création en 1995, quelque 600 différends commerciaux bilatéraux (598 à la fin décembre 2020) ont été réglés. La Cour internationale de justice (CIJ), un tribunal intra-étatique qui statue sur les

différends dans tous les domaines du droit international, n'en a traité que 178 depuis 1947<sup>22</sup>. Certains membres, notamment les États-Unis, ont critiqué le système, alléguant que l'Organe d'appel a trop souvent outrepassé son mandat. La jurisprudence sur la réduction à zéro des taxes *anti-dumping*, la préoccupation essentielle des États-Unis, les décisions de l'Organe d'appel sur l'utilisation des mesures de sauvegarde et, comme l'a indiqué Ahn<sup>23</sup>, la jurisprudence sur les « organismes publics » ont tous contribué à créer des doutes sur la valeur des décisions.

La fonction objective des tribunaux est de rendre le droit prévisible. Souvent, les décisions de l'Organe d'appel dans ce domaine ne génèrent aucune prévisibilité. L'Organe d'appel a cessé ses activités en décembre 2019 en raison du refus des États-Unis d'accepter de nommer de nouveaux membres de l'Organe d'appel et/ou de reconduire les titulaires. La résolution de la crise nécessite une réforme du fonctionnement du système. En octobre 2020, quatorze recours étaient pendants devant cet Organe d'appel dysfonctionnel<sup>24</sup>, ce qui soulève la question du statut des rapports des groupes spéciaux associés<sup>25</sup>.

Les membres de l'OMC les plus soucieux d'un règlement efficace des différends doivent lancer des négociations sur des réformes spécifiques de procédure de règlement des différends. Celles-ci peuvent s'appuyer sur les « principes Walker »<sup>26</sup> qui répondent aux préoccupations essentielles des États-Unis, par exemple prévoyant que les arbitres n'outrepassent pas leur mandat et ne s'engagent pas dans l'élaboration de règles. Les efforts de réforme devraient se concentrer sur la première étape du processus des groupes spéciaux et sur le rôle des organes de l'OMC et du Secrétariat dans le désamorçage et la résolution des différends. Wauters<sup>27</sup>, faisant écho aux analystes précédents<sup>28</sup>, caractérise le Secrétariat comme étant les « experts invisibles » qui influencent la préparation des rapports. Cela doit changer. Le besoin essentiel dans tout processus de réforme est de maintenir la nature dépolitisée du règlement des différends de l'OMC. Il n'est pas

17. Toutefois, il est à noter que la légalité de JSI a été récemment mise en cause dans un communiqué signé conjointement par l'Inde et l'Afrique du Sud, v. WTO Doc. WT/GC/W/819 du 19 février 2021.

18. B. M. Hoekman et P. C. Mavroidis, « Embracing Diversity: Plurilateral Agreements and the Trading System », *World Trade Review*, 2015. See also, M. Bronckers, « Trade Conflicts: Whither the WTO? », *Legal Issues of Economic Integration*, 2020, pp. 221-244.

19. B. M. Hoekman et C. Sabel, « Plurilateral Cooperation as an Alternative to Trade Agreements: Innovating One Domain at a Time », *Global Policy*, 2021.

20. P. Low, H. Mamdouh et E. Rogerson, « Balancing Rights and Obligations in the WTO—Shared Responsibility », *Stockholm: Government of Sweden*, 2018.

21. B. M. Hoekman et P. C. Mavroidis, « To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform », *Journal of International Economic Law*, 2020, pp. 703-22.

22. Voir le site de la Cour Internationale de Justice : <<https://www.icj-cij.org/en/cases>>.

23. D. Ahn, « Why Reform is Needed: WTO 'Public Body' Jurisprudence », *Global Policy*, 2021.

24. B. M. Hoekman et P. C. Mavroidis, « Preventing the Bad from Getting Worse: Is it the End of the World (Trade Organization) As We Know it? », *European Journal of International Law*, (à paraître).

25. En réponse à la paralysie de l'Organisme d'appel, l'Union européenne (UE) a mis au point le MPIA (Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement). Les signataires qui sont des plaignants ou des défendeurs dans des panels s'engagent soit à accepter un rapport de panel, soit à utiliser le MPIA pour faire appel des conclusions par un processus qui reflète étroitement ce que l'Organe d'appel ferait. La participation est ouverte à tout membre de l'OMC. Au moment de la rédaction du présent rapport, seuls 23 membres de l'OMC avaient adhéré au MPIA, dont l'UE et la Chine.

26. D. Walker, « Informal Process on Matters Related to the Functioning of the Appellate Body – Report by the Facilitator, H.E. Dr. David Walker (New Zealand) », OMC, 2019.

27. J. Wauters, « The Role of the WTO Secretariat in Dispute Adjudication », *Global Policy*, 2021.

28. v. H. Nordström, « The WTO Secretariat in a Changing World », *Journal of World Trade*, 2005 ; v. aussi J. Pauwelyn et K. Pelc., « Who Writes the Rulings of the World Trade Organization? A Critical Assessment of the Role of the Secretariat in WTO Dispute Settlement », 26 sept. 2019 : <<https://ssrn.com/abstract=3458872>>.

nécessaire de mettre en place une commission d'appel<sup>29</sup>, même si la plupart des membres de l'OMC préfèrent maintenir le processus en deux étapes<sup>30</sup>. Et il est possible de s'engager de manière constructive sous les auspices de l'OMC, ce qui pourrait être imité ailleurs : les « préoccupations commerciales spécifiques » dans les délibérations des comités<sup>31</sup> en sont une illustration<sup>32</sup>.

### 5. *China Inc.*

Comme le notent Mavroidis et Sapir<sup>33</sup>, l'adhésion de la Chine, saluée au départ comme un jalon pour le système commercial multilatéral, est devenue une source d'aigreur<sup>34</sup>.

Les États-Unis, en particulier, ont porté une série de plaintes devant l'OMC, portant essentiellement sur le rôle de l'État dans le fonctionnement de l'économie - ce que Wu a appelé le problème « *China Inc.* »<sup>35</sup>. Le comportement des entreprises d'État et les mesures exigeant un transfert de technologie ont été au centre des préoccupations des États-Unis.

En outre, la Chine n'a pas modifié sa politique en réponse aux mesures américaines ou du Livre Blanc de l'UE sur les subventions<sup>36</sup>. Si les grandes puissances commerciales ne négocient pas (ou ne peuvent pas négocier) de nouvelles contraintes spécifiques pour les subventions, les entreprises d'État et le transfert de technologie, les différents domaines de réforme évoqués ci-dessus auront beaucoup moins d'importance.

### Conclusion

La question qui se pose pour l'avenir est de savoir si l'élaboration de règles, qui s'est de plus en plus orientée vers des accords commerciaux régionaux approfondis<sup>37</sup>, peut se faire sous les auspices de l'OMC. Pour que l'OMC ouvre ses portes à des formes de coopération plus profondes, les membres doivent accepter une géométrie variable. La nouvelle DG a un rôle important à jouer à cet égard.

29. B. M. Hoekman et P. C. Mavroidis, « To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform », *Journal of International Economic Law*, 2020.

30. C'est une conclusion claire qui ressort de l'enquête sur l'opinion des praticiens sur le DSU et la crise de l'AB réalisée par M. Fiorini, B. M. Hoekman, P. C. Mavroidis, M. Saluste et R. Wolfe, « WTO dispute settlement and the Appellate Body : Insider perceptions and Members' revealed preferences », *Journal of World Trade*, 2020, pp. 667-98. Comparer avec R. Howse, « Appointment with Destiny: Selecting WTO Judges in the Future », *Global Policy*, 2021.

31. M. Karttunen, *Transparency in the WTO SPS and TBT Agreements: The Real Jewel in the Crown*, Cambridge University Press, 2020.

32. Un corollaire du processus STC est que les membres sont davantage incités à notifier les nouvelles mesures relevant de la compétence des comités TBT et SPS. Le bilan des notifications dans ces domaines est bon, comme en témoignent les bases de données gérées par le Secrétariat sur les nouvelles mesures TBT et SPS : M. Karttunen, *Transparency in the WTO SPS and TBT Agreements: The Real Jewel in the Crown*, op. cit. ; R. Wolfe, « Reforming WTO Conflict Management: Why and How to Improve the Use of Specific Trade Concerns », *Journal of International Economic Law*, à paraître.

33. P.C. Mavroidis et A. Sapir, « All the Tea in China: Solving the 'China Problem' at the WTO », *Global Policy*, 2021.

34. Depuis 2011, sous le président Xi Jinping, on observe une évolution vers un renforcement du rôle de l'État dans l'économie.

35. M. Wu, « The 'China, Inc.' Challenge to Global Trade Governance », *Harvard International Law Journal*, 2016.

36. Commission européenne, « White Paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies », Brussels, 2020 : <[https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign\\_subsidies\\_white\\_paper.pdf](https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign_subsidies_white_paper.pdf)>.

37. A. Mattoo, N. Rocha et M. Ruta (Eds.), *Handbook of Deep Trade Agreements*, World Bank, 2020 : <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/34055>>.



Dominique Rousseau • Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

## Pour une gouvernance mondiale démocratique

Le coronavirus est une affaire mondiale. Les flux migratoires sont une affaire mondiale. Le réchauffement climatique est une affaire mondiale. Les inégalités sociales sont une affaire mondiale. La fraude fiscale est une affaire mondiale. L'égalité homme-femme est une affaire mondiale. La liberté de la presse est une affaire mondiale. Ces « affaires » n'engagent pas l'existence d'un peuple, d'un État ou d'un continent ; elles engagent l'existence de tous les peuples, de tous les États, de tous les continents. Au même moment. Il serait donc illusoire de penser ou laisser croire que chaque peuple, chaque État, chaque continent peut régler ces affaires « à sa manière », « selon sa libre décision ». Il faut abandonner le principe de souveraineté, principe devenu inutile et dangereux, abandonner le cadre national-étatique et proposer le principe de solidarité pour (re)fonder l'ordre politique mondial qui vient.

En 1941, Ernesto Rossi et Alterio Spinelli, militants antifascistes enfermés dans la prison de l'île de Ventotene écrivent un manifeste encore plus d'actualité en ce début de 21<sup>ème</sup> siècle : « *L'idéologie de la souveraineté nationale a constitué un puissant levain de progrès ; elle a permis de surmonter bien des divergences basées sur l'esprit de clocher dans l'optique d'une plus vaste solidarité contre l'oppression des dominateurs étrangers. Elle portait cependant en soi les germes de l'impérialisme capitaliste. La souveraineté absolue des États nations a conduit à la volonté de domination de chacun d'eux, vu que chacun se sent menacé par la puissance des autres et considère comme son 'espace vital' des territoires de plus en plus vastes devant lui permettre de se mouvoir librement et de s'assurer ses moyens de subsistance sans dépendre de personne. En conséquence de cela, de garantir la liberté des citoyens, l'État s'est transformé en patron de sujets tenus à son service. Le problème qu'il faut résoudre tout d'abord - sous peine de rendre vain tout autre progrès éventuel - c'est l'abolition définitive de la division de l'Europe en États nationaux souverains.* ».

Cette conclusion en forme d'invitation n'a pas été entendue au sortir de la Seconde Guerre mondiale. Elle doit

l'être aujourd'hui, en 2021, pour sortir de la polycrise. Comme la Renaissance a fait émerger le principe de souveraineté et l'État, la mondialisation impose un autre principe d'organisation politique : le principe de solidarité entre les peuples pour gérer leurs biens communs en se dotant d'institutions mondiales.

Objectivement, toutes les économies, toutes les musiques, toutes les idées, toutes les émotions sont connectées. Objectivement, tous les peuples forment une communauté humaine mondiale multiculturelle. Objectivement, les humains partagent les mêmes situations, connaissent les mêmes conditions et vivent les mêmes événements qui les constituent en un Être historique mondial. Et ce depuis longtemps s'il faut en croire Montaigne affirmant que « *chaque homme porte la forme entière de l'humaine condition* ». Mais, subjectivement, cette humaine condition, cet Être historique mondial, cette communauté d'existence n'était pas ressentie par les peuples. Parce que tous les savoirs conduisaient chaque peuple à se vivre comme une singularité irréductible. Parce que la réaction spontanée, aujourd'hui encore, est d'objecter que les différences culturelles, démographiques, religieuses, économiques et politiques au sein du Monde interdisent de poser l'existence d'un Être historique mondial.

Mais, à ce titre, il deviendrait vite impossible de parler d'un Être historique français au regard des pratiques sociales qui varient parfois fortement d'un bout à l'autre de l'hexagone. Sauf à définir la société comme une réunion de clones, la diversité et même les différences n'empêchent pas de faire société ; elle en est au contraire la condition puisque faire société c'est toujours s'associer avec un autre que soi-même en trouvant avec cet autre les intérêts, les principes, les valeurs qui peuvent faire lien. L'Être historique mondial n'est pas l'expression d'un devenir hégélien de l'Être historique européen ou occidental. Il est construit et il se construit par la faculté des peuples de raisonner les uns avec les autres leurs ressemblances, leurs différences, leurs correspondances.

Aujourd'hui, le subjectif rejoint l'objectif. Par la multiplication des crises - sociale, environnementale, sanitaire, etc - les peuples prennent conscience de « leur communauté de destins » selon les mots d'Edgar Morin, ressentent dans leur être ce que les artistes chantaient en 1985 : « *we are the world* ». Avec le coronavirus, chaque peuple fait l'expérience de la nécessaire coordination mondiale des scientifiques - qui ne sont pas tous dans un même pays ! - pour trouver le bon traitement ; fait l'expérience de la formule jusque-là abstraite et lointaine « la santé est un bien commun mondial » ; fait l'expérience des systèmes économiques qui les lient et les obligent à penser ensemble les modes de sortie de crise.

Cette expérience sensible ne doit pas être perdue ; elle doit se faire expérimentation selon le processus décrit par John Dewey, c'est-à-dire, manifestation par des actes et

par des institutions de la conscience qu'ont les peuples de leurs expériences relationnelles. Si la santé est maintenant ressentie comme un bien commun mondial et non comme un concept, il devient possible de déconnecter ce bien des institutions étatiques-nationales pour le confier à une institution mondiale. Et il en est ainsi de la question du climat, de biodiversité, des flux migratoires, de la fraude fiscale, etc.

Que le moment historique invite à penser une gouvernance qui ne soit pas seulement mondiale mais aussi démocratique conduit à s'interroger sur l'acte juridique par lequel s'exprime le principe démocratique : la constitution. Le constitutionnalisme « global », « international », « mondial », « post-national » est, récemment, devenu un thème de réflexion des juristes internistes comme internationalistes. Et, à quelques exceptions près, les auteurs font ressortir les caractères contradictoire, illogique et aberrant de cette notion. Et ils ont raison.

Il est contradictoire de penser une constitution post-nationale alors que la constitution est « le génie d'un peuple » et qu'il n'existe pas de peuple post-national. Il est illogique de concevoir une constitution mondiale s'imposant aux États alors que l'ordre démocratique international est fondé sur le respect du principe de souveraineté de chaque État. Il est aberrant d'imaginer qu'une constitution mondiale puisse exprimer le vivre-ensemble de peuples aux histoires, traditions et cultures différentes. Ils ont raison ... si et seulement si la réflexion reste enfermée dans le cadre conceptuel hérité des 18<sup>ème</sup> et 19<sup>ème</sup> siècles, c'est-à-dire, un cadre qui pense lier ensemble constitution, État, Nation et souveraineté. Or, ce cadre, qui, à son époque, a « révolutionné » le régime de compréhension et de perception de l'ordre des choses, doit, aujourd'hui, être repensé à l'aune de la société globale. Tous les cadres conceptuels bougent sous l'effet de la globalisation ; celui qui raconte le droit aussi.

Jusqu'à une époque récente et peut-être encore aujourd'hui, les rapports entre droit international et droit constitutionnel étaient représentés sous la double figure opposée du monisme et du dualisme.

*Pour les partisans de la représentation dualiste* comme l'allemand Heinrich Triepel ou l'italien Dionisio Anzilotti, le droit interne et en particulier le droit constitutionnel et le droit international constituent deux systèmes juridiques égaux, deux disciplines étrangères l'une à l'autre, indépendantes et isolées l'une de l'autre. La validité des normes internes est indépendante de leur conformité au droit international. Cette séparation des deux disciplines est fondée, selon les dualistes, sur la différence des sources, des instruments juridiques et des destinataires. Le droit constitutionnel s'exprime par la volonté d'un État, le droit international par l'accord de plusieurs États ; le droit constitutionnel se manifeste par la constitution qui est un acte unilatéral, le droit international par un traité qui est un acte contractuel ; le droit constitutionnel

a pour destinataires les citoyens, le droit international les États. Les deux ordres étant séparés, il ne peut y avoir de conflits normatifs entre eux et les normes d'un ordre ne sont pas obligatoires dans et pour l'autre ordre.

*Pour les partisans de la thèse moniste*, le droit international et le droit interne constituent un seul et même ordre au sein duquel les deux types de normes, internationales et internes, sont subordonnés l'un à l'autre. Pour les uns, par exemple l'École de Bonn représentée notamment par Erich Kaufmann, Max Wenzel (1920), le monisme est à primauté du droit interne puisque c'est la constitution de l'État qui fonde les compétences internationales de l'État et la place des traités internationaux. Pour d'autres, et par exemple « l'École normativiste autrichienne représentée par Kelsen et Verdross et défendue en France par Duguit et Scelle, le monisme est à primauté du droit international car ce dernier conditionne le droit interne et se trouve « au sommet de l'édifice juridique universel » selon la formule de Verdross.

Le choix serait donc entre l'indifférence ou la soumission. L'indifférence entre le droit international et le droit constitutionnel pour l'école dualiste qui ne permettrait pas de penser l'internationalisation du droit constitutionnel. Ou la soumission du droit international au droit constitutionnel ou du droit constitutionnel au droit international pour l'école moniste. Kelsen est certainement celui qui a le plus fortement théorisé cette soumission par sa métaphore de la pyramide des normes : « il ne saurait y avoir entre deux ordres normatifs, écrit-il, qu'un seul type de relation, celui d'ordres partiels et subordonnés dans l'unité supérieure d'un ordre total ».

Or, ces représentations ne sont plus aptes aujourd'hui à rendre compte des rapports entre droit constitutionnel et droit international. Le moment présent de l'internationalisation sociale oblige à repenser la structure de l'ordre juridique (1) et la légitimité de cette nouvelle structure (2).

## 1. L'affirmation d'une nouvelle représentation d'une gouvernance mondiale démocratique

### 1.A. La représentation d'une gouvernance en réseaux

*L'inadéquation de la représentation kelsénienne - monisme avec primauté du droit international - ne tient pas seulement à la mondialisation.* Elle tient d'abord à la structure logique de la théorie kelsénienne. En effet, sa conception pyramidale heurte sa propre conception de l'interprétation des normes puisque, selon Kelsen, les juges ne sont pas dans une situation de subordination par rapport aux normes ; ils doivent, pour les appliquer, déterminer leur signification, c'est-à-dire, les faire passer de la qualité d'énoncés juridiques à celle de normes juridiques et par conséquent le juge interne se trouve maître de la norme internationale. D'autre part, la pyramide ne tient debout selon Kelsen lui-même que par la norme hypothético-logique, la fameuse « Grundnorm » ; or, alors que la constitution devrait découler de la norme fondamentale,

c'est la constitution, norme inférieure, qui est censée appeler l'hypothèse de norme qui lui est supérieure pour qu'elle lui apparaisse inférieure !

Évidemment, l'internationalisation, c'est-à-dire, l'émergence d'un espace mondial commun d'application des droits a mis au jour les contradictions logiques de la représentation pyramidale en montrant un enchevêtrement non hiérarchisé des droits. Le 19<sup>ème</sup> siècle fut celui où chaque État a mis de l'ordre dans le chaos par la production d'une constitution ; le 20<sup>ème</sup> siècle celui où les États ont construit les relations entre les ordres internes, ce qu'on appelle le temps des rapports de système ; le 21<sup>ème</sup> siècle est celui où le droit ne se pense plus en termes « interne/externe » mais en termes d'ordre global. Sur le plan sémantique, il peut être intéressant d'observer que le droit européen se raconte de plus en plus dans le vocabulaire constitutionnel : la CEDH dit que la Convention est « l'instrument constitutionnel de l'ordre juridique européen » et la Cour de Luxembourg qualifie les traités instituant l'Union européenne de « charte constitutionnelle ». Et il en est de même pour les textes instituant l'ONU, l'OIT, l'OMS, etc.

*Ce glissement sémantique ouvre sur des théories alternatives à celle de la hiérarchie des systèmes de droits.* Certains essaient de sauver la vision kelsénienne est proposant le modèle d'une pluralité de pyramides normatives. D'autres, comme Ingolf Pernice, opposent au modèle pyramidal celui du « *multilevel constitutionalism* ». D'autres aussi, comme François Ost ou Mireille Delmas-Marty, proposent un changement radical de paradigme en pensant les droits non plus sous la figure de la pyramide mais sous celle du réseau. L'internationalisation se manifeste par des processus d'interactions des systèmes constitutionnels qui mettent en œuvre une communicabilité juridique. Dans ce système en réseau, aucun élément du réseau n'est privilégié par rapport à un autre, aucun n'est uniquement subordonné à tel ou tel autre. Les droits constitutionnels sont connectés les uns aux autres, rétroagissent les uns sur les autres, cassent ainsi et la conception classique d'un droit constitutionnel national incommunicable et la conception d'un droit international séparé des droits constitutionnels.

L'ordre juridique mondial peut se raconter sous le signe d'une étoile. Il se construit par et avec les identités constitutionnelles. En d'autres termes, il n'est pas une pyramide mais une étoile dont les branches sont les identités constitutionnelles, une étoile qui tire son énergie vitale de ses branches et qui donne à ses branches leur rayonnement et leur luminosité. L'ordre juridique mondial n'est pas le seul niveau de production normative ni un niveau autonome. Il puise dans les traditions constitutionnelles des États membres ses principes généraux, il prend dans les jurisprudences constitutionnelles son raisonnement, il laisse aux États une marge d'appréciation dans la mise en œuvre des droits fondamentaux, ... En un mot, il fait vivre et vit de plusieurs niveaux de production normative, local, régional, national et international sans qu'un de

ces niveaux soit, une fois pour toutes, en position de surplomb. Tous concourent et participent à la production de l'étoile constitutionnelle mondiale. Et ce sens rencontre le mouvement d'internationalisation désétatique le constitutionnalisme contemporain.

Si le droit se pense désormais en réseau ou en étoile, alors il est possible de penser l'émergence d'une nouvelle discipline, d'un nouveau savoir, d'un nouveau régime d'intelligibilité de l'ordre juridique : le droit constitutionnel global ou international.

### 1.B. L'affirmation d'un constitutionnalisme mondial

*La première condition de possibilité d'un droit constitutionnel international est la pensée d'une constitution mondiale ou globale.* Elle se construit par le canal des standards constitutionnels mondiaux. Un standard désigne « un principe généralement partagé et reconnu » ; dès lors le droit constitutionnel global doit définir les modalités de la découverte de cette généralité partagée. Une des pistes possibles est celle ouverte par les travaux récents d'une jeune génération d'historiens qui redessine une « Histoire connectée » tendant à comprendre l'histoire en retenant des points de vue plus divers que ceux des européens ou des occidentaux, comme l'illustre notamment l'ouvrage de Romain Bertrand, « Histoire à part égales »<sup>1</sup>.

Ces travaux sont peut-être une voie à suivre par les juristes pour découvrir les standards constitutionnels mondiaux sous l'égide du « droit connecté », c'est-à-dire, un droit qui aurait pour avantage de s'attacher aux situations de contacts et aux circulations de concepts. Les standards ne seraient pas recherchés par la juxtaposition de systèmes juridiques présentés comme pérennes ni dans un « modèle », présenté comme universel et donc censé s'appliquer à l'ensemble du système constitutionnel mondial. Ils seraient construits par la connexion des réseaux constitutionnels qui constituerait l'espace constitutionnel mondial.

Dans le paradigme classique du droit constitutionnel et du droit international tout entier structuré autour des principes État et Souveraineté, il est souvent soutenu que cet espace n'est pas pensable. À tort. Car, sans avoir besoin de changer de paradigme, en restant à l'intérieur du régime classique d'intelligibilité constitutionnelle et internationale, il est permis de poser l'hypothèse d'un espace constitutionnel mondial. Les trois éléments habituellement retenus par les juristes pour identifier un ordre juridique sont, en effet, présents : un territoire (la planète), un peuple (l'humanité) et un pouvoir légitime sur ce territoire à l'endroit de cette humanité (l'ONU et ses institutions dont la Cour internationale de Justice). Dans cet espace constitutionnel mondial, des standards constitutionnels mondiaux peuvent ainsi émerger de la connexion des réseaux constitutionnels auxquels participent de multiples acteurs, publics, associatifs et privés.

1. R. Bertrand, *L'Histoire à parts égales. Récits d'une rencontre Orient-Occident (XVI<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècles)*, Seuil, 2011.

La seconde condition de possibilité d'un droit constitutionnel global est de repenser le cadre d'analyse traditionnel des liens entre constitution, État et peuple. Deux objections sont, en effet, immédiatement opposées : une constitution a pour objet l'État et puisqu'il n'y a pas d'État mondial il ne peut y avoir de constitution mondiale et donc de droit constitutionnel global ; une constitution étant le « génie d'un peuple », le peuple mondial n'existant pas il ne peut pas davantage y avoir de constitution globale.

Mais, il faut relire l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ». Autrement dit, l'objet d'une constitution n'est pas seulement l'État mais la société à laquelle elle donne forme et non seulement l'État puisque toutes les activités des individus saisies par le droit peuvent être rapportées à la constitution ; ce qui, dans le langage juridique, se traduit par les expressions « constitutionnalisation » du droit civil, du droit du travail, du droit social, du droit commercial, du droit administratif, du droit pénal, etc., c'est-à-dire, par l'idée que toutes les branches du droit, et pas seulement le droit politique, trouvent leurs principes dans la constitution. Au demeurant, que la constitution soit l'acte qui informe - au sens philosophique du terme - la société n'est une rupture qu'au regard de l'habitude prise de penser la constitution comme acte organisant les pouvoirs publics.

Quand Montesquieu imagine la constitution idéale, il part d'une analyse de la société, d'une analyse des « puissances sociales » - noblesse, bourgeoisie, etc. - et recherche une structure de pouvoir exprimant la structure sociale ; quand Rousseau rédige son projet de constitution pour la Corse, il prend explicitement pour base et objectif de son travail la structuration du corps social corse. Cette conception de la constitution-expression de la société s'est effacée lorsque s'est imposée, tout au long du 19<sup>ème</sup> siècle, l'idée qu'elle était seulement le statut particulier des gouvernants ; elle réapparaît logiquement aujourd'hui avec l'émergence et le développement de l'idée de constitution-garantie des droits qui contribue à déployer la constitution sur l'ensemble des activités sociales.

De même, l'existence d'un peuple mondial n'est pas davantage la condition préalable à une constitution mondiale. « On ne naît pas femme, on le devient » a écrit Simone de Beauvoir ; on ne naît pas citoyen du monde, on le devient par le geste constituant. La force du droit reconnaissait Pierre Bourdieu est d'instituer, c'est-à-dire, de faire exister ce qu'il énonce, de donner vie à ce qu'il nomme. Ainsi en sera-t-il de la constitution mondiale qui en nommant le citoyen du monde le fera exister « en vrai ». C'est la force magique, souvent ignorée, des mots du droit et en particulier des mots de la constitution de faire advenir ce qu'ils énoncent.

Reconnaissant en Siéyès le père de la théorie du peuple sujet du pouvoir constituant, Carl Schmitt, dans son ouvrage « La théorie de la constitution », réactualise et ren-

force les idées de l'abbé en considérant que si le peuple est le sujet du pouvoir constituant et si la constitution est l'acte du peuple capable d'agir politiquement, « il faut que le peuple soit existant et présupposé comme unité politique ». La notion de « peuple » n'est sans doute pas la même chez Siéyès et chez Schmitt ; elle est renvoyée à une origine et une homogénéité ethnique chez le second, au droit naturel chez le premier. Mais, les deux discours expriment cette même idée du peuple, quelle que soit son identité, au-dessus et avant la constitution.

Il faut convenir que cette représentation savante des rapports entre peuple et constitution a l'immense mérite de « faire vrai » en faisant spontanément écho au langage ordinaire qui présente généralement le peuple comme l'auteur de la constitution. L'efficacité des deux discours, savant et ordinaire, produit ainsi une vérité d'évidence, de bon sens, une « illusion bien fondée » selon la formule de Durkheim, qui renforce le système et qu'il paraît évidemment absurde de discuter.

Et pourtant, il n'est pas interdit de déconstruire cette représentation et de soutenir que le « génie de la constitution c'est le peuple » ou, plus exactement encore, que « le génie du processus constituant c'est le peuple ». Le citoyen du monde, en effet, n'est ni une donnée immédiate de la conscience, ni une donnée naturelle ; il est le résultat d'un processus continu et souvent conflictuel d'intégration d'individus, de groupes, de communautés au départ étrangers les uns aux autres et qui, par l'action du droit et des institutions que la constitution établit, vont se trouver liés par des questions communes à débattre et à résoudre, par des valeurs communes, par des services communs qui, à leur tour, vont développer un sentiment de solidarité qui constitue l'Être historique mondial. Une constitution mondiale sera ce moment de cristallisation du processus de formation de l'Être historique mondiale offrant aux citoyens du monde l'instrument leur permettant de se voir comme tels. L'Être historique mondial existe mais il n'accédera à la vue que par le geste constituant qui lui donnera vie.

## 2. L'affirmation d'une nouvelle représentation de la légitimité démocratique d'une gouvernance mondiale

### 2.A. Le principe de l'en-commun mondial

*L'inadéquation politique du principe de souveraineté.*  
Les constitutions nationales se sont fondées et ont mis en œuvre le principe de souveraineté pour exprimer la légitimité d'un peuple national à déterminer lui-même les règles de son vivre-ensemble. Il ne peut être le principe qui fonde et met en œuvre la légitimité politique d'action de l'Être historique mondial. D'autant que ce principe est devenu vide et dangereux.

Vide d'abord parce que, selon les mots de Sandana Shiva, « la mondialisation a modifié génétiquement l'État ; il ne représente plus les intérêts des citoyens mais ceux des

sociétés multinationales ». L'histoire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est implacable : en son nom, un peuple revendique et se dote d'un État et ensuite cet État dispose de son peuple et cherche en plus à disposer d'autres peuples. Ce qui est en cause est donc le principe de souveraineté. Il a été inventé en 1576 par Jean Bodin comme une arme idéologique au service du Roi qui, à l'époque, cherchait un argument lui permettant en haut de contester le pouvoir du Pape et en bas de soumettre les seigneurs de son royaume. Sans doute utile à ce moment de l'histoire, il ne l'est plus aujourd'hui. Il est devenu un principe vide. La souveraineté nationale ne veut plus rien dire quand les grands contrats internationaux opèrent des transferts de technologie et que les produits ne sont plus fabriqués par et dans un seul pays mais à partir de composants venant de tous les continents. La souveraineté nationale ne veut plus rien dire quand les barrières commerciales sont abolies entre les États comme elles l'ont été autrefois entre les provinces du Royaume. La souveraineté nationale ne veut plus rien dire quand les communications tendent à universaliser les consciences.

Dangereux ensuite parce que le principe de souveraineté conduit l'État qui s'y réfère à vouloir s'assurer les moyens de vivre, à promouvoir sa liberté d'existence et, pour ce faire, à imposer sa domination sur les États plus faibles. Un exemple : la Catalogne veut devenir l'État du peuple catalan alors qu'elle vit dans un État, l'Espagne, dont la constitution reconnaît l'existence des peuples d'Espagne dont le peuple catalan qui, comme le peuple basque ou le peuple andalou, jouit d'une autonomie politique ! Autrement dit, la Catalogne ne veut plus vivre avec d'autres peuples au sein d'un État ; elle veut devenir un État-nation, l'État d'un peuple. Ainsi elle sera enfin souveraine, libre de s'organiser comme elle l'entend.

Dangereuse illusion souverainiste dont il est facile d'imaginer le déroulement catalan tant elle a produit et produit toujours et partout les mêmes résultats. À supposer que la Catalogne devienne un État souverain, au départ, le soleil brillera : celui de la République, du drapeau, de la langue, du mode de vie, du bonheur d'être enfin entre soi. Puis, rapidement, les nuages vont s'amonceler. À l'intérieur, Taragone, Lerida vont demander de pouvoir s'administrer librement. Mais surtout, à l'extérieur, la Catalogne va devoir promouvoir son existence, se préoccuper de son propre développement sans trop s'embarrasser des conséquences pour les voisins. Née pour se libérer du « joug » espagnol, la Catalogne deviendra un État-nation imposant son « joug » à l'intérieur et à l'extérieur.

*L'émergence du principe de l'en-commun mondial.* Comme la Renaissance a fait émerger le principe de souveraineté et l'État, la globalisation impose un autre principe d'organisation politique : la loi des multinationales, écrit Vandana Shiva, ne sera pas contrée par les États-Nations mais par un « réveil mondial des citoyens ». Avec la globalisation, un nouveau monde commence, fait du pluralisme des conceptions de vie, d'espaces post-natio-

naux de délibération, de revenus détachés de la force de travail, d'institutions mondiales de décision en matière de santé, d'environnement, de climat, d'alimentation... Il faut donc à ce monde qui commence un nouvel esprit-principe pour le guider : le monde qui finit avait pour principe la souveraineté ; le monde qui vient a pour principe la coopération loyale entre les peuples, le principe de l'en-commun pour reprendre la proposition de Monique Chemille-Gendreau, celui de biens communs que les peuples partagent et qu'ils doivent gérer en se dotant d'institutions post-étatiques. Et ce principe doit inspirer l'écriture de la prochaine constitution mondiale.

L'idée est loin d'être admise et certains à la manière de Finkielkraut, grognent, vitupèrent et anathématisent contre la disparition du principe de souveraineté. Ils ont tort. La posture angoissée au présent conduit toujours à une nostalgie du passé qui finit par alimenter le désir d'un retour à ce qui est présenté non comme l'ordre ancien des choses mais comme l'ordre vrai, l'ordre naturel et authentique de la réalité humaine. Le passé est transformé en mythe, le travail du sens est arrêté et les choses sont immobilisées à un moment de leur histoire. Qu'un monde finisse ne signifie pas que le monde est fini. Aux dernières lignes de ses Mémoires d'Outre-Tombe, Chateaubriand écrit : « *on dirait que l'ancien monde finit et que le nouveau commence* » ...

Dans son ouvrage *Politique*, Aristote définit la Cité comme une communauté du bien vivre pour les foyers et les lignages en vue d'une vie accomplie et autosuffisante. Cette définition renvoie à trois fonctions de la Cité : une fonction économique - assurer la satisfaction des besoins de la collectivité - une fonction sécuritaire - assurer la défense contre les ennemis - et une fonction morale - permettre aux hommes de bien vivre ensemble. Et pour Aristote, c'est cette dernière fonction qui permettait de caractériser la Cité par rapport aux simples conventions d'utilité commune. Simple convention d'utilité commune, voilà ce qu'a été, globalement, le Monde jusqu'à présent. Cité constitutionnelle, voilà le Monde qu'une constitution mondiale instituera. Ce n'est pas en effet le même Monde qui est institué selon qu'il l'est par les catégories du droit international ou par les catégories du droit constitutionnel.

Avec la catégorie Traité, les allemands, les italiens, les espagnols se perçoivent comme des étrangers appartenant à des États différents qui marquent leur identité et qui concluent entre eux des accords ; avec la catégorie Constitution, ils se perçoivent comme des membres d'une même famille aux histoires sans doute différentes mais réunis sous une même loi. Avec la catégorie Traité, peut se manifester, au mieux, une opinion publique mondiale qui exercera un pouvoir d'influence plus ou moins efficace ; avec la catégorie Constitution, l'opinion publique mondiale est transformée en communauté de citoyens du Monde et le pouvoir d'influence en pouvoir de décision politique. Avec la catégorie Traité, les individus sont pris comme des personnes et des consumma-

teurs ; avec la catégorie Constitution, ils acquièrent la qualité de citoyen, c'est-à-dire, d'acteurs politiques. Si le « moment » constitution opère une rupture avec le « moment » traité, le passage de l'un à l'autre n'est pas nécessairement brutal ; il se fait, il se prépare, il se travaille sous l'empire des traités.

## 2.B. Le principe d'un *jus-commun* mondial

Les juges sont les acteurs principaux de ce constitutionnalisme transnational. L'internationalisation se manifeste, en effet, par une globalisation judiciaire suscitée par la survenance presque simultanée devant différentes juridictions nationales ou/et régionales de questions juridiques identiques, le plus souvent dans le domaine des droits de l'homme et du droit pénal mais aussi du droit économique ou du droit des affaires. Les juges sont ainsi sollicités de prendre des décisions dont le champ dépasse largement les frontières de l'ordre juridique interne dans lequel ils opèrent et qui portent sur des questions impliquant des aspects de droit international ou de droit étranger ou des questions dont les juges savent qu'elles ont déjà été traitées par un tribunal étranger. Toutes ces circonstances encouragent les juges à examiner des solutions adoptées en dehors de leur ordre juridique national et à établir des relations avec les juridictions étrangères concernées.

Ce phénomène conduit les juges nationaux à travailler sur une base transnationale, à dialoguer et à s'emprunter les uns les autres, à rechercher des informations auprès de leurs collègues, à se rencontrer pour partager leur jurisprudence. Les juges ne subissent pas l'influence internationale ; ils sont les acteurs de ce transnationalisme juridique, de cette diplomatie juridictionnelle mondiale où se construit une communauté constitutionnelle mondiale. Ce dialogue est multiple, entre les juges nationaux et entre les juges nationaux et les juges régionaux ; il peut être tendue ou difficile comme le montre les relations entre la CEDH et la CJUE, entre la CEDH ou la CJUE et les Cours constitutionnelles nationales. Mais, au total, une jurisprudence constitutionnelle globale émerge faite par la participation des juridictions constitutionnelles à des réseaux juridictionnels.

D'où les inévitables questions : est-il légitime pour un juge national de consulter la jurisprudence étrangère pour décider d'une affaire interne et est-il légitime que cette construction des standards constitutionnels internationaux soit le fait des juges et non du peuple ou de ses représentants élus ? Ces questions légitimes ouvrent sur une reconsidération de l'exigence démocratique contemporaine qui ne résume pas ou plus au pouvoir de suffrage.

La garantie des droits est devenue un code d'accès à la qualité démocratique d'une gouvernance et les juges en sont les vecteurs.

Au demeurant, l'autorité des jurisprudences étrangères sollicitées par un juge national n'est qu'une autorité de persuasion en ce qu'elles peuvent offrir un éclairage ou un raisonnement plus convaincant sur des questions identiques ou similaires. Ensuite, cette construction par les juges d'un constitutionnalisme transnational s'appuie sur des standards constitutionnels issus des principaux traités et pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par les États. Enfin et en conséquence de ce qui précède, la légitimité de cette œuvre juridictionnelle repose sur le principe de bonne foi dans la mesure où il contraint les États à respecter les conventions, pactes et traités internationaux qu'ils ont signé et d'où sont issus les standards constitutionnels internationaux. Les juges cristallisent et donnent son effectivité au patrimoine constitutionnel mondial et participent ainsi à rendre la gouvernance mondiale démocratique puisqu'elle n'est plus seulement entre les mains des États mais aussi dans celles des citoyens par l'accès aux juges qui imposent aux États le respect des droits fondamentaux.

## Conclusion

L'enjeu est donc important et le moment d'oser le choix de la voie constituante ne peut plus longtemps être différé. Car la situation actuelle n'est pas satisfaisante : les États ont transféré nombre de leurs compétences mais gardé la légitimité démocratique ; les organisations régionales et internationales ont reçu des compétences mais n'ont pas de légitimité démocratique. Dès lors, de quelque manière que l'on tourne les choses, ou bien il faut remettre les compétences où se trouve la légitimité, ou bien il faut porter la légitimité où se trouvent les compétences. Chacune des deux réponses possède sa logique et sa cohérence propres ; il est temps d'assumer un choix clair et radical sans se perdre dans un consensuel « bon petit mélange » des deux positions. Et, si on choisit la seconde - ce qui est mon cas - ouvrir maintenant le processus d'une constitution mondiale organisant une gouvernance mondiale démocratique.

« *Un jour viendra*, écrit Victor Hugo, où vous toutes, nations du continent européen, sans perdre vos qualités distinctes, vous vous fonderez étroitement dans une unité supérieure et vous constituerez la fraternité européenne et un jour viendra aussi où, plus transfigurée encore, elle s'appellera l'Humanité ». « *Un jour viendra* ». Le plus tôt serait le mieux pour éviter que vienne la nuit brune !



**Bernard Stirn** • Président de section  
honnaire au Conseil d'Etat, membre de  
l'Institut

## Participer à la gouvernance de la mondialisation par le droit : de nouveaux horizons pour les cours suprêmes nationales

Par nature, les cours suprêmes interviennent dans le périmètre d'un État. Il leur revient de veiller à l'unité du droit dans un pays et d'assurer les évolutions de jurisprudence dont le droit national a besoin. Aussi auraient-elles pu paraître fragilisées par l'internationalisation croissante du droit, qui se manifeste par l'autorité renforcée des traités internationaux et par le rôle accru des juridictions internationales. Le phénomène est particulièrement marqué en Europe, où se conjuguent le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et où, par le dynamisme de leur jurisprudence, les deux cours européennes, la Cour de justice de l'Union, qui a son siège à Luxembourg, et la Cour européenne des droits de l'homme, installée à Strasbourg, confèrent toute leur portée à ces deux branches, interactives et souvent entremêlées, du droit européen.

Mais la mondialisation du droit a aussi ouvert aux cours suprêmes nationales de nouveaux horizons. Avec des exigences d'indépendance et d'impartialité exprimées à l'échelle internationale, elles ont vu leurs propres garanties renforcées et elles sont appelées à jouer un rôle accru pour veiller au respect de ces exigences par les juridictions placées sous leur autorité. Elles apportent leur contribution à la construction d'un droit au-delà des frontières et remplissent une mission éminente dans le dialogue des juges qui s'établit pour en définir les contours. Souvent les décisions qu'elles rendent rencontrent une audience qui va bien au-delà de leur propre pays. Aussi, loin d'être victimes de la mondialisation du droit, en sont-elles plutôt des acteurs engagés et des partenaires bénéficiaires : la mondialisation les conforte sur le plan institutionnel et élargit leur office jurisprudentiel.

### 1. La mondialisation du droit conforte les cours suprêmes sur le plan institutionnel

Du point de vue institutionnel, la mondialisation s'est accompagnée d'un accroissement du nombre des cours

suprêmes et d'un renforcement de leur autorité.

#### 1.A. Un nombre accru

Certaines cours suprêmes sont les héritières d'une longue histoire. Tel est le cas en France du Conseil d'État, dont l'évolution accompagne celle des institutions politiques depuis l'Ancien régime et auquel la constitution du Consulat a donné en l'an VIII sa forme moderne. Tel est de la même manière le cas de la Cour de cassation, qui s'inscrit dans la descendance du Parlement de Paris de la monarchie puis du Tribunal de cassation institué en 1790. Mais la famille des cours suprêmes s'est agrandie dans les années récentes et la mondialisation du droit y est pour beaucoup : elle a joué un rôle déterminant dans la multiplication des cours constitutionnelles et dans l'apparition de nouvelles cours suprêmes.

Né aux États-Unis avec l'arrêt *Marbury c/ Madison* rendu en 1803 par la Cour suprême, le contrôle de constitutionnalité des lois a mis beaucoup de temps à traverser l'Atlantique. Aux lendemains de la première guerre mondiale, il apparaît, sous l'influence de Kelsen et dans le contexte de la disparition de l'empire austro-hongrois, dans la constitution autrichienne de 1920, qui crée une cour constitutionnelle. Mais le cas autrichien demeura une exception en Europe et il fallut attendre les idéaux affirmés après la victoire sur le nazisme pour que les cours constitutionnelles s'y implantent plus largement. Dans le monde entier, leur institution est liée au rétablissement à la démocratie et à la volonté de la consolider. Une cour constitutionnelle est créée au Japon en 1947, en Italie en 1948, la Loi fondamentale allemande de 1949 met en place la cour de Karlsruhe. Avec le retour du Portugal et de l'Espagne à la démocratie, le lien entre contrôle de constitutionnalité et démocratie se renforce : une cour constitutionnelle est prévue par la constitution portugaise de 1976 comme par la constitution espagnole de 1978. Après la chute du Mur de Berlin et l'éclatement de l'Union soviétique, un mouvement comparable s'observe en Europe de l'Est, y compris en Russie où la Cour constitutionnelle est instituée en 1991.

Même si de grandes démocraties continuent d'ignorer la justice constitutionnelle, comme le Royaume-Uni, le Danemark, les Pays-Bas, la Norvège, la Suède ou la Suisse, la diffusion des cours constitutionnelles revêt une dimension internationale. Avec des nuances entre les pays, un modèle européen de cour constitutionnelle, distincte des cours suprêmes judiciaires et administratives, se dessine et se différencie du modèle américain de cour suprême unique. Dans les nombreux pays où elles existent désormais, les cours constitutionnelles rejoignent les cours suprêmes classiques, qui jugent les affaires en dernier ressort. Si, d'un pays à l'autre, les articulations entre les traditionnelles cours suprêmes et les nouvelles cours constitutionnelles varient, la catégorie générique des cours suprêmes nationales s'enrichit, avec les cours constitutionnelles, d'une nouvelle composante.

Les cours suprêmes elles-mêmes deviennent plus nombreuses. En Allemagne, cinq cours fédérales sont spécialisées dans les domaines civil et pénal, administratif, financier, social et du droit du travail. Elles ont chacune la qualité de cour suprême de leur ordre de juridiction, même si la cour constitutionnelle de Karlsruhe peut être saisie de recours qui mettent en cause le respect par leurs décisions des principes énoncés par la Loi fondamentale.

Particulièrement caractéristique du développement des cours suprêmes est la récente création de la Cour suprême du Royaume-Uni. Traditionnellement le rôle de juridiction suprême revenait au *Judicial committee* de la Chambre des *Lords*, composé de douze *Law Lords*. Choisis parmi les juristes les plus éminents du pays, ils siégeaient à la fois comme parlementaires à la Chambre des *Lords* et comme juges de dernier ressort au *Judicial committee*. Cette organisation, héritée de l'histoire mais très singulière au regard de la séparation des pouvoirs, a pris fin avec le *Constitutional reform Act* de 2005, adopté sous le gouvernement de Tony Blair. Effectivement installée le 1<sup>er</sup> octobre 2009, la nouvelle Cour suprême a rapproché les institutions britanniques des standards internationaux et elle a immédiatement pris place parmi les grandes cours dont les jurisprudences ont un écho au-delà des frontières nationales. Sa dimension internationale est d'autant plus affirmée qu'elle a aussi hérité des attributions du Conseil privé à l'égard des pays du Commonwealth qui continuent d'accepter sa juridiction de dernier ressort.

Plus nombreuses, plus diversifiées, les cours suprêmes ont une autorité qui s'affirme davantage.

### 1.B. Une autorité renforcée

Traditionnelle aux États-Unis, où la Cour suprême a joué de longue date un rôle déterminant pour trancher de grandes questions de société, fin de la ségrégation raciale<sup>1</sup>, encadrement de la peine de mort<sup>2</sup>, acceptation de l'interruption volontaire de grossesse<sup>3</sup>, affirmation du droit au recours pour les détenus de Guantanamo<sup>4</sup>, reconnaissance du mariage pour tous<sup>5</sup>, l'intervention des cours suprêmes dans les débats juridiques et politiques est de plus en plus largement reconnue.

L'exemple du Conseil constitutionnel français est significatif à cet égard. Conçu au départ comme une institution chargée de garantir les prérogatives du gouvernement face au Parlement - le professeur Rivero le qualifie de « chien de garde du parlementarisme rationalisé » - il s'est progressivement affirmé comme une véritable cour constitutionnelle. Par sa jurisprudence, il a incorporé dans son contrôle la conformité des lois aux principes du Préambule à partir de sa décision du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association. L'ouverture de sa

saisine à soixante députés ou soixante sénateurs en 1974 puis l'introduction en 2008 de la question prioritaire de constitutionnalité, qui le rend accessible aux citoyens, ont parachevé l'évolution. Une montée en puissance comparable se retrouve en Belgique où la cour d'arbitrage, créée en 1980, a pris le nom de cour constitutionnelle en 2007.

De son côté, la nouvelle Cour suprême du Royaume-Uni s'est reconnue compétente pour trancher des questions constitutionnelles de grande portée lorsqu'elle a jugé que le Brexit ne pouvait, eu égard à ses conséquences pour les droits et libertés des citoyens britanniques, être décidé sans un vote du Parlement de Westminster mais que l'accord des assemblées locales d'Écosse, du Pays de Galles et d'Irlande du Nord n'était en revanche pas requis<sup>6</sup>. Puis elle n'a pas hésité à censurer la décision du gouvernement de Boris Johnson de suspendre pendant cinq semaines les travaux du Parlement pour avoir les mains plus libres dans la négociation de l'accord de retrait avec l'Union européenne<sup>7</sup>.

Devant les impératifs de la lutte contre le terrorisme comme face aux mesures nécessaires pour combattre l'épidémie de covid-19, la conciliation entre état d'urgence et état de droit a été assurée par la jurisprudence des cours suprêmes, qui, saisies de questions analogues, leur ont donné des réponses comparables. En France, la procédure de référé liberté, issue de la loi du 30 juin 2000, a ainsi permis au juge des référés du Conseil d'État d'intervenir dans de très brefs délais et de donner un cadre jurisprudentiel à l'état d'urgence, de 2015 à 2017, comme à l'état d'urgence sanitaire en 2020. Le souci d'assurer une stricte proportionnalité des mesures prises aux exigences de la situation a conduit, durant l'état d'urgence, à encadrer les assignations à résidence<sup>8</sup> et les perquisitions administratives<sup>9</sup>. Le même souci s'est retrouvé, pendant l'état d'urgence sanitaire, en particulier dans les décisions en matière de liberté de manifestation<sup>10</sup>, d'enregistrement des demandes d'asile<sup>11</sup>, de surveillance par les drones<sup>12</sup>, d'ouverture des lieux de culte<sup>13</sup>, de nécessité de la présence de l'accusé devant la cour d'assises<sup>14</sup>.

L'autorité des cours suprêmes s'accroît aussi au travers du renforcement des garanties dont elles disposent et du rôle qui leur est de plus en plus confié de veiller à l'indépendance de leur ordre de juridiction. En France, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a ainsi fait passer la présidence du Conseil supérieur de la magistrature du président de la République au premier président de la Cour de cassation et au procureur général

6. Cour suprême du Royaume-Uni, 24 janvier 2017, *Miller*.

7. Cour suprême du Royaume-Uni, 24 septembre 2019.

8. CE, 11 décembre 2015, *Cédric Domenjoud et autres*.

9. CE, 6 juillet 2016, *Napol et Thomas*.

10. CE, 13 juin 2020, *Ligue des droits de l'homme et autres*.

11. CE, 30 avril 2020, *Ministre de l'Intérieur*.

12. CE, 18 mai 2020, *Association La Quadrature du net*.

13. CE, 18 mai 2020, *Fraternité sacerdotale Saint-Pierre et autres* ; 29 novembre 2020, *Association civitas et Confédération des évêques de France*.

14. CE, 27 novembre 2020, *Association des avocats pénalistes*.

1. Cour suprême des États-Unis, *Brown v. Board of education of Topeka*, 1954.

2. Cour suprême des États-Unis, *Atkins v. Virginia*, 2002 et *Roper v. Simmons*, 2005.

3. Cour suprême des États-Unis, *Roe v. Wade*, 1973.

4. Cour suprême des États-Unis, *Rasul v. GW Bush*, 2004.

5. Cour suprême des États-Unis, *US v. Windsor*, 2013 et *Obergefell v. Hodges*, 26 juin 2015.

près cette cour, selon qu'il s'agit de débattre de questions intéressant les magistrats du siège ou les magistrats du parquet. Le vice-président du Conseil d'État préside de même le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Ces évolutions ne sont pas étrangères à la décision par laquelle le Conseil d'État a jugé que si un décret avait pu confier à l'Inspection générale de la justice des compétences pour examiner la gestion administrative et financière des juridictions judiciaires, sans s'immiscer bien sûr dans l'appréciation des décisions rendues, il avait, en revanche, illégalement inclus la Cour de cassation dans le champ de son contrôle. Des garanties particulières, qui n'avaient pas été prévues, s'imposaient en ce qui la concerne, eu égard à sa mission, au sommet de l'ordre judiciaire, et au rôle confié par la constitution à son premier président et à son procureur général à la tête du Conseil supérieur de la magistrature<sup>15</sup>.

Confortées du point de vue institutionnel, les cours suprêmes nationales exercent aussi, dans le monde juridique globalisé, un office jurisprudentiel élargi.

## 2. La mondialisation du droit élargit l'office jurisprudentiel des cours suprêmes

La mondialisation du droit élargit l'office jurisprudentiel des cours suprêmes d'une double manière : elle leur confère des attributions qui soulignent les spécificités de leur intervention ; elle les conduit, en dépit de difficultés, d'incertitudes, de tensions qui apparaissent dans certains pays et à propos de certaines décisions, à rendre des arrêts qui dépassent le cadre de leur État pour contribuer, par des échanges au-delà des frontières, à dégager des principes partagés et à concourir ainsi à poser ensemble les pierres d'un droit global. Organisées en réseau, les cours suprêmes jugent au-delà des frontières.

### 2.A. Le réseau des cours suprêmes

Dans l'univers mondialisé, les cours suprêmes exercent un office renouvelé. À leur rôle de juge de dernier ressort, au sommet d'un ordre de juridiction, vient s'ajouter celui de représentant particulièrement qualifié de la justice de leur État dans l'univers global où les juges des différents pays ont à échanger pour coordonner leurs jurisprudences.

Le droit européen met particulièrement en lumière la place spécifique des cours suprêmes.

Dès le traité de Rome de 1957, une distinction apparaît entre les cours suprêmes et les autres juridictions : alors que ces dernières peuvent, en cas de difficulté sérieuse sur l'interprétation du droit de l'Union ou la validité d'une norme de droit dérivé, saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle, les cours suprêmes ont l'obligation de le faire. La particularité des cours suprêmes est plus marquée encore dans la procédure introduite par le protocole n°16 à la Convention européenne de droits de l'homme : entré en vigueur en 2018, ce protocole réserve

aux cours suprêmes des pays qui l'ont ratifié la possibilité de saisir la Cour européenne des droits de l'homme d'une demande d'avis consultatif sur une question de principe relative à l'interprétation ou à l'application de la convention. Les cours suprêmes nationales participent enfin au choix des juges européens. L'article 255 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a ainsi créé un comité, composé d'anciens juges ou avocats généraux de la Cour de justice et de membres des cours suprêmes nationales, qui apprécie l'aptitude des candidats proposés par les États à exercer les fonctions de juge à la Cour de justice et au Tribunal de l'Union européenne ainsi que d'avocat général à la cour. S'inspirant de ce précédent, le comité des ministres du Conseil de l'Europe a décidé qu'un « panel », réunissant de même d'anciens juges de la Cour européenne des droits de l'homme et des membres des cours suprêmes nationales, donnerait un avis sur la qualification des candidats aux fonctions de juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

L'association des cours suprêmes nationales à la désignation des juges européens s'inscrit dans la perspective qui fait de ces cours les acteurs principaux du dialogue des juges. Elles participent aux grandes associations qui, à l'échelle mondiale comme dans le cadre européen, facilitent les échanges par des rencontres, des réseaux de diffusion de la jurisprudence, des forums internet. Elles entretiennent entre elles des liens bilatéraux souvent fort étroits. Elles sont, en Europe, les participants naturels du dialogue régulier avec les deux cours européennes. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme réunit-elle chaque année, pour un séminaire de travail, les présidents des cours constitutionnelles et des cours suprêmes des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe.

Au travers du réseau de juges, par une écoute attentive, par un croisement des jurisprudences, de nombreuses questions délicates sont résolues grâce à des logiques conciliatrices, comme celle qui permet d'articuler la suprématie de la constitution dans l'ordre interne et la primauté du droit international et européen. Prononçant en 2014 le discours de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme, Andreas Vosskuhle, alors président de la cour de Karlsruhe, expliquait que le droit en Europe ne se décrivait plus à partir de la pyramide de Kelsen mais se comparait davantage à un mobile de Calder, dont les éléments, sans cesse en mouvement, trouvent leur équilibre dans leur interaction permanente et réciproque. Ce mouvement est animé par les cours suprêmes et leur rôle au-delà des frontières.

### 2.B. Juger au-delà des frontières

Écoulées par leurs homologues comme par les juridictions internationales, les décisions des cours constitutionnelles et des cours suprêmes ont, par là même, une audience qui dépasse le cadre national. Plus encore les solutions qu'elles retiennent ont des conséquences sur de grands débats et trouvent souvent en conséquence de

15. CE, 23 mars 2018, *syndicat Force ouvrière magistrats et autres*, CE, 11 décembre 2015, *Cédric Domenjoud et autres*.

forts échos bien au-delà de leurs frontières.

Le rôle que joue la cour allemande de Karlsruhe est à cet égard particulièrement caractéristique. Gardienne vigilante des droits fondamentaux et des équilibres démocratiques garantis par la constitution allemande, elle est en même temps engagée dans la construction européenne. L'équilibre qu'elle trace entre exigences constitutionnelles nationales et avancées de l'édifice européen donne à sa jurisprudence une importance primordiale pour l'Union dans son ensemble. Par une décision du 30 juin 1989, elle juge ainsi que la ratification du traité de Lisbonne ne nécessite pas une révision de la constitution allemande mais implique que la loi fédérale rappelle les impératifs de démocratie, les responsabilités du Parlement et les exigences de respect des droits fondamentaux. Elle autorise la création du Fonds européen de stabilité financière<sup>16</sup> comme la ratification du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance en Europe<sup>17</sup>, tout en soulignant que le Bundestag doit conserver le contrôle de la politique budgétaire.

Saisie de la question du rachat des dettes souveraines sur le marché secondaire par la Banque centrale européenne, elle pose, pour la première fois, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne<sup>18</sup>. Éclairée par la réponse de la Cour<sup>19</sup>, elle juge le dispositif conforme aux exigences constitutionnelles allemandes<sup>20</sup>. Mais elle précise ensuite que la Banque centrale européenne doit justifier, par une analyse compréhensible et précise, de la conformité des rachats de dette publique à son mandat et de la proportionnalité de ses interventions<sup>21</sup>. À l'occasion de ces différentes décisions, la cour de Karlsruhe a tenu dans son prétoire une part de l'avenir de la construction européenne. Au-delà du droit constitutionnel allemand, les décisions qu'elles a rendues ont eu un écho et une portée dans toute l'Europe, à qui elles ont permis de franchir des étapes et de surmonter des crises, sans négliger les caractéristiques constitutionnelles de l'un de ses principaux États membres.

Des principes partagés se dégagent des jurisprudences combinées des cours constitutionnelles et des cours suprêmes. Les deux cours européennes en assurent une forme de synthèse, à laquelle d'autres juridictions internationales apportent leur contribution, notamment la Cour internationale de justice et la Cour pénale internationale. Des standards de procédure sont définis pour assurer un recours effectif devant un juge indépendant et impartial et assurer le bon déroulement d'un procès équitable. Des notions communes s'affirment, proportionnalité, sécurité juridique, confiance légitime, subsidiarité. Des valeurs s'expriment, non-discrimination, dignité de la personne hu-

maine, prééminence du droit, exigences de la démocratie.

Des difficultés et des tensions sont inévitablement présentes. Au sein de l'Union européenne, les réformes de la justice en Pologne et en Hongrie ont fait naître des inquiétudes sur l'indépendance des magistrats. Des décisions sont lourdes de menaces pour les libertés, comme l'arrêt du 22 octobre 2020 par lequel le Tribunal constitutionnel polonais réduit presque à néant le droit à l'interruption volontaire de grossesse. A l'intérieur du Conseil de l'Europe, l'évolution de la Turquie après le coup d'État manqué de l'été 2016 porte atteinte aux libertés essentielles, avec des arrestations arbitraires et une méconnaissance délibérée de l'indépendance des juges. La mise en cause par les régimes illibéraux de la légitimité même des interventions des juges, comme les tentatives de reprise en main des cours constitutionnelles et des cours suprêmes, sont aussi, comme un hommage du vice à la vertu, le reflet du pouvoir des juges dans l'univers mondialisé. Des excès se trouvent heureusement tempérés par les interventions de la Cour de justice à l'égard des États membres de l'Union et de la Cour européenne des droits de l'homme pour ce qui concerne les pays du Conseil de l'Europe. Ainsi le gouvernement polonais a revu la réforme de sa cour suprême après que la Cour de justice, accueillant une action en manquement engagée par la Commission, avait constaté qu'elle méconnaissait les droits fondamentaux garantis par l'Union<sup>22</sup>.

Au-delà de ces difficultés, un fonds commun se constitue à partir des décisions des cours constitutionnelles et des cours suprêmes nationales. Pour les juridictions internationales et, en particulier, en Europe, pour les deux cours de Luxembourg et de Strasbourg, il constitue une base à partir de laquelle elles construisent une jurisprudence qui vient synthétiser les éléments apportés par chaque droit national. La Cour de justice de l'Union européenne dégage ainsi des principes généraux à partir des traditions constitutionnelles communes aux États membres. La Cour européenne des droits de l'homme recherche de son côté si un consensus apparaît entre les différents États du Conseil de l'Europe, auxquels elle reconnaît une marge d'appréciation d'autant plus large que le consensus est faible.

Par les échanges entre elles, par l'édification commune d'un corpus jurisprudentiel dont la portée dépasse les frontières étatiques, les cours suprêmes nationales interviennent au total dans un horizon plus large et avec des perspectives plus étendues. Devenues des acteurs essentiels d'un univers juridique élargi, elles contribuent à donner tout son assise au droit global nécessaire à sa régulation. Loin de réduire leur office, la mondialisation du droit leur confère de nouvelles missions, renforce leur indépendance, accroît leur autorité et fortifie leur vitalité.

16. Cour de Karlsruhe, 7 septembre 2011.

17. Cour de Karlsruhe, 12 septembre 2012.

18. Cour de Karlsruhe, 14 janvier 2014.

19. CJUE, 16 juin 2015, *Gauleiter*.

20. Cour de Karlsruhe, 21 juin 2016.

21. Cour de Karlsruhe, 5 mai 2020.

22. CJUE, 17 décembre 2018.



# Je le Jure !

Découvrez comment leur est venue leur vocation



Elise Arfi  
 Julie Béot  
 Henri Leclerc  
 Marie-Alix Canu-Bernard  
 Bernard Cazeneuve  
 Mathieu Davy  
 Hervé Ekué  
 Dominique de la Garanderie  
 Rokhsana Naserzadeh  
 Noëlle Lenoir  
 Christophe Llorca  
 Christian Saint-Palais  
 Xavier Matharan  
 Joël Grangé  
 Frédérique Pons  
 Pierre-Olivier Sur  
 François Sureau  
 Bernard Vatie



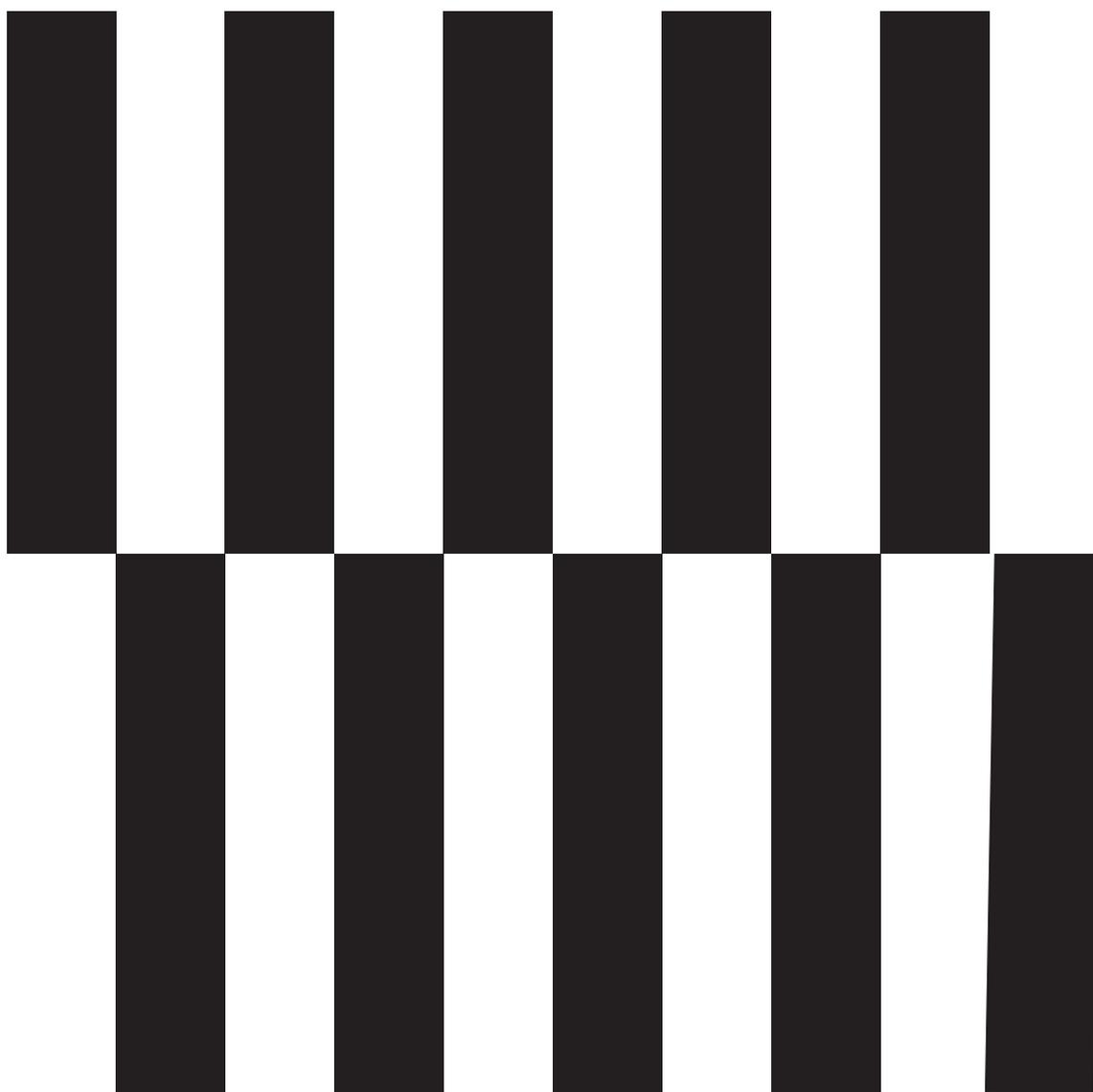
Déjà 1 000 000 de vues

Voir les épisodes sur [jelejure.doctrine.fr](http://jelejure.doctrine.fr)



# Défis

112





**Yann Aguila** - Avocat associé, Bredin Prat,  
Professeur affilié à Sciences Po Paris

**Marie-Cécile de Bellis** - Avocat au barreau  
de Paris, DS Avocats, Enseignante à  
Sciences Po Paris

## Un Martien aux Nations Unies ou réflexions naïves sur la gouvernance mondiale de l'environnement

« Plus on prend de la hauteur et plus on voit loin » dit un proverbe chinois. Imaginons donc, pour mieux y voir, qu'un Martien vienne observer la Terre et ses habitants. Que penserait-il, vu d'en haut depuis sa soucoupe, des us et coutumes de cette curieuse espèce en pleine expansion : les êtres humains ? Comment jugerait-il l'état de la planète et l'efficacité de la gouvernance mondiale de l'environnement ?

C'était donc un Martien, mais un Martien juriste - et qui aimait la Terre<sup>1</sup>. Il était venu d'abord il y a 50 ans, à l'occasion de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de 1972 à Stockholm, puis revenait régulièrement depuis.

Le Martien avait longuement observé la Terre, ahuri de l'extraordinaire dégradation de l'état de l'environnement. Tous les indicateurs étaient au rouge : l'accroissement de la pollution atmosphérique, la diffusion de la matière plastique dans les océans, le déclin irrémédiable de la biodiversité, le changement climatique, la fonte des glaces, ou encore l'accentuation des phénomènes météorologiques extrêmes. Le Martien était tout autant troublé par la place occupée par l'être humain sur cette planète et par sa capacité de colonisation de tous les écosystèmes. En 1950, la population mondiale était estimée à près de 2,6 milliards de personnes. Cinquante ans plus tard, en 2000, elle avait plus que doublé, atteignant un peu plus de 6 milliards. En 2020, elle était passée à 7,8 milliards. L'impact de l'existence de l'espèce humaine sur la planète était tel que les humains eux-mêmes avaient identifié une nouvelle ère de l'histoire géologique de la Terre, dans laquelle l'Homme était devenu la principale force de modification planétaire : l'Anthropocène.

Le Martien avait cru pouvoir se rassurer, un court moment, en 1992, lors du Sommet de la Terre de Rio. Enfin, pensait-il, le temps de la prise de conscience était venu ! Le rapport Brundtland venait de dresser en 1987 un tableau sombre, mais juste et précis de la situation. Le doute n'était plus permis : l'homme était désormais au courant de sa gigantesque capacité à modifier les équilibres naturels de sa planète et à précipiter son environnement vers un état mettant en péril ses conditions de vie sur Terre, voire sa propre survie. À Rio, les Nations Unies avaient donc adopté deux grandes conventions internationales, la Convention-cadre sur le changement climatique (CC-NUCC) et la convention sur la diversité biologique (CBD).

Mais en 2015, notre Martien était revenu à Paris. S'y tenait alors la « COP 21 », la 21<sup>ème</sup> conférence des parties de la convention climatique. Depuis 1992, les émissions mondiales de gaz à effet de serre, loin de se réduire, avaient poursuivi leur inexorable hausse, en augmentant de 60%. Inquiet, le Martien se demandait alors comment ces petits êtres humains, qui avaient tant dégradé leur environnement, allaient s'organiser pour réagir. Depuis son vaisseau spatial, il observait... Alors, que faisaient les Terriens en ces jours de décembre 2015 ?... Ils se mettaient autour d'une table et discutaient... À 193 États, ils discutaient et discutaient, des jours et des nuits. Comme lors du Sommet de Copenhague de 2009, comme à chaque COP, pendant deux semaines interminables, les États discutaient. Les négociations se poursuivirent jusqu'au dernier jour, et même la dernière nuit. Comme dans un film, jusqu'à la fin, le suspense demeurait à son comble : allait-t-on enfin obtenir un accord ? Enfin, après la prolongation de la conférence jusqu'au lendemain, au petit matin du 12 décembre 2015, le président de la conférence, les yeux cernés, leva son marteau et frappa, sous les applaudissements de la salle enthousiaste : « Nous avons un accord » !

Un tel processus de décision était-il rationnel ? Était-il sérieux ? Était-il à la hauteur des enjeux ? N'y avait-il pas un immense décalage entre d'un côté la gravité de la crise écologique et, d'un autre côté, l'inefficacité des méthodes de gouvernance ?

Telles étaient les pensées qui traversaient l'esprit de notre ami Martien. Il entreprit alors de rencontrer le Secrétaire général des Nations Unies pour tenter de mieux comprendre. Son objectif était d'élaborer un petit rapport destiné aux autorités martiennes sur la situation sur Terre, en trois points<sup>2</sup> : d'abord un état des lieux des difficultés de la gouvernance mondiale de l'environnement ; ensuite un diagnostic, pour identifier certaines causes de ces difficultés ; enfin, quelques pistes de réflexion naïves pour tenter d'aider à la mise en place d'un système de gouvernance mondiale plus efficace et plus juste.

1. Cet article ne sera pas sans rappeler aux juristes français de droit public un fameux article du professeur Jean Rivero, auquel les auteurs rendent hommage (Jean Rivero, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, 1962, Chronique VI, p. 37-40).

2. Les règles académiques sur la planète Mars privilégiaient en effet le plan en trois parties.

## 1. Constat : le double échec de la gouvernance mondiale de l'environnement

Le Martien se rendit alors au siège des Nations Unies, à New York. Le Secrétaire général des Nations Unies l'accueillit chaleureusement dans son bureau et lui indiqua qu'il était tout disposé à répondre à ses questions. Il posa d'emblée sur la table son rapport de 2018, qui était précisément consacré aux « Lacunes du droit international de l'environnement ». Le Martien put y découvrir un diagnostic complet de la situation : absence de principes partagés et contraignants, fragmentation du droit international de l'environnement caractérisé par un manque général de cohérence et de synergies entre les cadres réglementaires sectoriels, fragmentation des institutions internationales, difficultés d'application, difficultés des cours et tribunaux à faire appliquer le droit existant, etc<sup>3</sup>.

La gouvernance mondiale de l'environnement, si elle avait produit quelques grands succès tel que l'Accord de Paris, semblait en effet marquée par la fatalité d'un double échec : d'une part, dans l'élaboration de normes nouvelles ambitieuses (A) ; d'autre part, dans l'application des normes existantes (B).

### 1.A. L'incapacité tragique à adopter des normes nouvelles ambitieuses

Le Secrétaire général des Nations Unies relevait d'abord certains aspects positifs : depuis la conférence de Stockholm en 1972, de nombreux textes internationaux avaient été adoptés en matière d'environnement.

Toutefois, observait le Martien, il semblait que ces textes se regroupaient en deux catégories : soit des textes ambitieux mais relevant du droit souple, sans caractère réellement contraignant (les objectifs d'Aichi en matière de biodiversité, l'Accord de Paris en matière de changement climatique) ; soit des accords obligatoires mais limités à des domaines très techniques et sectoriels (les déchets, les matières dangereuses, la pollution des navires). Les États semblaient être incapables de s'accorder sur des textes à la fois ambitieux et obligatoires.

Pourtant, plusieurs projets ambitieux avaient émergé durant cette période, qui auraient pu donner une impulsion salutaire à la gouvernance mondiale de l'environnement. Trois initiatives illustraient de façon éclatante l'inexorable échec de l'ambition.

3. Rapport du Secrétaire général des Nations Unies du 13 décembre 2018, « Lacunes du droit international de l'environnement et des textes relatifs à l'environnement : vers un pacte mondial pour l'environnement », rapport A/73/419, disponible en ligne sur le site des Nations Unies. Les mêmes constats étaient dressés en 2015 dans le rapport d'un Think-tank français, le Club des juristes, sur la nécessité de « renforcer l'efficacité du droit international de l'environnement » (rapport de la Commission Environnement du Club des juristes « Renforcer l'efficacité du droit international de l'environnement : devoirs des États, droits des individus », novembre 2015, disponible en ligne sur le site du Club des Juristes : <<https://www.leclubdesjuristes.com/le-club-dans-les-medias/communique-de-presse/publication-du-rapport-du-club-des-juristes-renforcer-lefficacite-du-droit-international-de-lenvironnement-devoirs-des-etats-droits-des-individus/>>).

1/ Le projet d'une Organisation Mondiale de l'Environnement

En premier lieu, la création d'une Organisation mondiale de l'Environnement a été proposée au début des années 2000. Ce projet avait pour objectif de redonner impulsion et unité à la gouvernance mondiale de l'environnement, éclatée entre près de 20 institutions différentes et plus de 500 traités multilatéraux. Il s'agissait de donner au domaine de l'environnement une dynamique semblable à celle initiée par la création de l'OMS en matière de santé ou de l'OMC dans le commerce international. Le projet a été présenté lors du Sommet de la Terre de Johannesburg en 2002 et était soutenu avec vigueur par plusieurs Chefs d'État. Chacun se souvient à cet égard des mots du président de la République française Jacques Chirac lors de ce Sommet pour illustrer ce besoin d'action : « Notre maison brûle et nous regardons ailleurs ». Discuté tout au long de la décennie, remis à plusieurs reprises sur la table des négociations, le projet a finalement été abandonné en 2012, lors de la conférence dite « Rio + 20 », au profit d'un simple renforcement du Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE).

2/ Le projet de Cour Internationale de l'Environnement

En deuxième lieu, la proposition d'une Cour Internationale de l'Environnement a été portée par plusieurs initiatives, telles que la *International Court of the Environment Foundation*, fondée en 1992 par le professeur italien Amedeo Postiglione, et la *International Court of the Environment Coalition*, créée en 2009. En trois décennies et malgré plusieurs propositions, aucun projet n'a jamais pu aboutir. Les bonnes volontés ne manquaient pourtant pas, la proposition semblait logique. Selon les propres mots de Sir Robert Jennings, juge puis président de la Cour Internationale de Justice, l'environnement étant un domaine particulièrement spécialisé et éminemment international, une structure de contrôle au niveau international semble la solution la plus pertinente<sup>4</sup>. Mais la volonté politique n'a pas été au rendez-vous : les États semblent éviter soigneusement un mécanisme qui pourrait rendre le droit international de l'environnement « sanctionnable » et coercitif.

3/ Le projet de Pacte mondial pour l'environnement

En troisième et dernier lieu, le projet de Pacte mondial pour l'environnement s'est également heurté à des résistances. L'initiative visait à consacrer dans un texte général les principes fondamentaux du droit international de l'environnement. L'idée n'est pas nouvelle : elle figurait déjà dans le rapport Brundtland de 1987. Elle a été reprise par l'UICN, qui a rédigé en 1995 un projet de *International Covenant on Environment and Development*. À son tour, le Club des juristes proposait en 2015 l'adoption d'un Pacte mondial pour l'environnement. L'initiative a d'abord connu un certain succès : en 2017, le président Emmanuel

4. P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Cambridge University Press, p. 187 : « It is a trite observation that environmental problems, although they closely affect municipal laws, are essentially international ; and that the main structure of control can therefore be no other than that of international law ».

Macron l'a porté à l'ONU, sur la base d'un avant-projet rédigé par un réseau international de juristes présidé par Laurent Fabius, président du Conseil constitutionnel et ancien président de la COP21. Le 10 mai 2018, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté une résolution ouvrant les négociations, « Vers un Pacte mondial pour l'environnement », votée par 143 États pour et - seulement - 5 États contre. Pourtant, les discussions se sont ensuite enlisées lors des séances du groupe de travail des États au PNUE à Nairobi. Si ces négociations sont toujours en cours, elles ont fait place à un projet à l'ambition beaucoup plus réduite, puisque les États ont choisi de s'orienter vers une simple « Déclaration politique » sans portée juridique, bien loin du projet initial de quasi-constitution environnementale.

#### 4/ Une histoire parsemée de revers

Le Martien devait se rendre à l'évidence : ce triptyque ambitieux de la gouvernance (organisation mondiale, cour de justice, constitution) s'était heurté à la tiédeur et aux craintes des États.

Les exemples d'échec pouvaient d'ailleurs être multipliés, tels que celui du projet, intelligent et novateur, du président Rafael Correa : celui-ci proposait le renoncement de son pays, l'Équateur, à l'exploitation pétrolière d'une partie de l'Amazonie en échange d'une aide internationale. Cette idée n'a malheureusement pas eu le succès escompté auprès des pays riches. De même, l'histoire des négociations climatiques est-elle parsemée de revers, depuis l'annonce en 2001 par le Président des États-Unis du refus de son pays de ratifier le Protocole de Kyoto, jusqu'à l'échec en 2009 de la COP 15 de Copenhague, qui était supposée adopter un nouvel accord international pour le climat prenant la relève de ce Protocole. Il aura fallu attendre 2015 pour qu'un tel accord soit adopté à Paris lors de la COP 21... jusqu'à l'annonce en 2016 par le Président des États-Unis du retrait de son pays de l'Accord de Paris...

Il y a une dimension tragique dans la gouvernance mondiale de l'environnement, pensait le Martien. Dès 1992, à Rio, tout avait été dit. Le constat de l'urgence à agir avait été posé, un ensemble de principes guidant l'action mondiale avaient été reconnus, les solutions avaient été discutées. Pourtant, dès qu'un projet ambitieux est proposé, il semblait se heurter à un mur invisible. Le Secrétaire général des Nations Unies lui-même devait bien l'avouer : la situation actuelle devenait désespérante. À quoi bon s'engager, si le résultat est connu par avance ?

Ainsi, concluait le Martien, quelque chose ne va pas au royaume des êtres humains.

#### 1.B. La difficulté à appliquer les normes existantes

Notre ami Martien, souhaitant introduire une touche d'optimisme, observait que, malgré tout, de nombreux textes avaient été adoptés. Il s'enquit alors de la manière dont les États appliquaient les accords existants. Le Secrétaire général, accablé, lui apporta toutefois une réponse décevante : le droit international de l'environnement était

marqué par un défaut de mise en œuvre récurrent. Dans de nombreux cas, les normes n'étaient tout simplement pas obligatoires. Dans d'autres, elles étaient obligatoires mais leur violation n'est pas sanctionnée.

1/ De nombreuses normes de droit souple, sans caractère obligatoire

En premier lieu, de nombreuses normes relèvent seulement du droit souple : elles ne sont que des objectifs sans caractère obligatoire. C'est le cas pour les « Objectifs d'Aichi », fixés dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique. Adoptés par la Conférence des Parties de cette convention en octobre 2010, dans la ville d'Aichi au Japon, ils devaient constituer le nouveau « Plan stratégique pour la diversité biologique 2011-2020 » pour la planète. Enfin, pensa le Martien, les êtres humains avaient pris des mesures ambitieuses ! « Ces objectifs ont-ils été respectés ? » interrogea-t-il. Le Secrétaire général des Nations Unies posa alors un autre rapport sur la table : le 5<sup>ème</sup> rapport sur les Perspectives mondiales de la diversité biologique, réalisé en 2020 par le secrétariat de la convention sur la diversité biologique<sup>5</sup>. Publié dix ans après l'adoption des objectifs d'Aichi, à la veille de l'adoption du nouveau cadre mondial de la biodiversité à l'occasion de la COP 15 à Kunming (Chine) en mai 2021, ce rapport doit servir de base au Plan stratégique suivant, pour la période post-2020. Le constat est sans appel : presque aucun objectif n'a été atteint. Sur les 60 critères de réussite des objectifs, seuls 7 peuvent être considérés remplis.

2/ Des normes obligatoires souvent sans système effectif de sanction

En second lieu, même lorsque les normes internationales sont obligatoires, on se heurte souvent à l'absence de sanction effective. Un des exemples marquants est celui du Protocole de Kyoto de 1997, adopté dans le cadre de la Convention-cadre sur le changement climatique. Le Canada n'ayant pas respecté ses engagements en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre (il était le premier fournisseur de pétrole brut des États-Unis) risquait de se voir infliger les sanctions prévues par le Protocole. En 2006, lors de la 12<sup>ème</sup> Conférence des Nations Unies sur le climat à Nairobi, il avait d'ailleurs souhaité réviser ce Protocole, considérant les objectifs imposés comme « irréalistes et inaccessibles ». Finalement, en 2011, après l'élection de représentants fédéraux conservateurs, le Canada a annoncé qu'il préférerait se retirer du Protocole de Kyoto. Pour éviter les sanctions, le Canada avait choisi une option plus économique et plus pratique : le retrait pur et simple.

Le Martien ne comprenait pas : lorsque deux particuliers signent un contrat, ils sont tenus par leur promesse, ils ne peuvent pas s'en retirer. Et en cas de violation, la justice peut être saisie, n'est-ce pas ? Pourquoi des États,

5. 5<sup>ème</sup> rapport sur les Perspectives mondiales de la diversité biologique (GBO-5), disponible en ligne sur le site de la convention sur la diversité biologique : <<https://www.cbd.int/gbo/gbo5/publication/gbo-5-fr.pdf>>.

qui s'engagent dans une convention internationale, ont-ils le droit de se retirer ? Pourquoi ne serait-il pas possible de saisir un tribunal s'ils ne respectent pas leurs engagements ? Cette difficulté, lui répondit le Secrétaire général des Nations Unies, provient de la nature même du droit international, qui repose sur le consentement des États. Le Martien souhaita alors en savoir davantage sur le fondement même du droit international.

## 2. Diagnostic : la théorie de l'autolimitation des États et le Syndrome du Buffet

Le fondement du droit international, dans la conception traditionnelle, repose sur la théorie de l'autolimitation des États (A). En pratique, cette théorie aboutit toutefois à faire primer les intérêts égoïstes nationaux des États sur le bien commun, ce que l'on peut désigner par le Syndrome du Buffet (B).

### 2.A. Fondement : la théorie de l'autolimitation des États

Sur Terre, expliqua le Secrétaire général des Nations Unies à son visiteur Martien, l'État est devenu progressivement la forme d'organisation politique privilégiée des sociétés. C'est vrai sur le plan interne, pour organiser les relations sociales au sein d'un peuple. C'est vrai également au plan international : les États sont au cœur de la gouvernance mondiale de l'environnement.

#### 1/ Le paradoxe d'une souveraineté soumise au droit

Dans la conception traditionnelle, le droit international est fait par les États et pour les États. Cette vision est souvent qualifiée de « système westphalien », du nom des traités de Westphalie de 1648 qui ont mis fin à la guerre de Trente ans en Europe. Depuis, l'organisation de la société internationale repose exclusivement sur des relations entre des États égaux et souverains. Historiquement, poursuit le Secrétaire général, ce système a représenté un progrès : il a permis d'introduire un peu d'ordre dans des relations internationales qui étaient et qui restent encore trop souvent marquées par l'anarchie ou la guerre. Il repose sur un principe majeur : la souveraineté des États.

« Mais », interrogea le Martien, « si chaque État est souverain, s'il ne reconnaît aucune autorité supérieure à lui, comment peut-il être soumis au droit ? ». « C'est effectivement une question délicate », reconnut le Secrétaire général : « comment concilier la souveraineté des États et le caractère obligatoire du droit international ? Nos juristes l'ont réglée par la « théorie de l'autolimitation ». Certes, un État souverain ne saurait se soumettre à une volonté extérieure et supérieure. En revanche, il peut décider librement, par sa propre volonté, de respecter l'ordre juridique international. La pierre angulaire du droit international, la base de son caractère obligatoire, est ainsi l'autolimitation des États. Les normes internationales ne sont obligatoires que parce que les États consentent à s'autolimiter ».

Cette théorie commande tant l'élaboration du droit international que son application.

#### 2/ Des normes en négociation permanente

S'agissant de son élaboration, cette théorie commande les sources du droit international et, partant, le *decision-making process*. Le droit international est essentiellement un droit *conventionnel*, un droit de contrats. Parmi les différents instruments juridiques, les conventions internationales sont privilégiées : parce qu'elles permettent de recueillir systématiquement le consentement des États parties, elles correspondent le mieux à la théorie de l'autolimitation. Même les actes de droit dérivé, c'est-à-dire la grande famille des résolutions et autres décisions adoptées par les organes des institutions internationales, sont marqués par cette conception : alors même qu'ils sont juridiquement des actes unilatéraux, ils sont en pratique des actes négociés entre États. Ils sont d'ailleurs parfois désignés, à tort, sous le nom d'« accords » : tel est le cas par exemple en matière climatique de la décision de la COP 7, de 2001, connue sous le nom d'« Accord de Marrakech »<sup>6</sup>, ou encore, en matière de santé, du règlement sanitaire international de 2005, que l'on qualifie parfois d'« accord signé par 196 pays »<sup>7</sup> ou de « traité »<sup>8</sup> alors qu'il s'agit en réalité d'un acte unilatéral adopté par un organe de l'OMS, l'assemblée mondiale de la santé.

Ainsi, dans la gouvernance mondiale de l'environnement, la procédure de décision ou *decision-making process* suppose de mettre d'accord les 193 États membres des Nations Unies. Tout le processus repose sur la recherche permanente d'un équilibre, entre consensus et compromis. Les diplomates sont souvent confrontés à un dilemme : ils doivent viser soit un accord ambitieux mais, dans ce cas, ne regroupant qu'un nombre limité de pays, soit un accord universel (rassemblant de nombreux pays), mais peu ambitieux (les États ne s'alignant que sur le plus grand dénominateur commun).

#### 3/ La justice internationale en option

S'agissant de l'application du droit international, la théorie de l'autolimitation touche aux mécanismes de sanction : en matière internationale, la justice n'est souvent qu'une simple option. Les mécanismes de contrôle prévus par la plupart des accords internationaux environnementaux relèvent davantage de la conciliation que de la véritable sanction. Ils sont confiés non pas à des juridictions mais à des comités de suivi à caractère administratif, les « *compliance committee* », dont les pouvoirs sont réduits. Les sanctions, lorsqu'elles sont prévues, sont souvent limitées à des actes purement déclaratifs, le « *name and shame* ». La saisine de ces comités est en général limitée aux seuls États et à l'administration chargée du suivi de la convention : elle est rarement ouverte aux acteurs non-étatiques.

Cette situation conduit à d'importantes limitations

6. Voir le site de la Convention-cadre sur les changements climatiques : <<https://unfccc.int/lulucf-developments-at-past-cop-and-sb-sessions>>.

7. Voir le site d'un centre de recherche au Canada : <<https://www.ottawahealthlaw.ca/research-area-frs/covid-19>>.

8. Voir le site Wikipedia en anglais, à la rubrique « *International Health Regulations* ».

dans l'application du droit international existant : la sanction en cas de non-respect des engagements est rare. Les organes de la convention chargés du contrôle exercent leur mission en intégrant, consciemment ou non, la faculté des États de se retirer à tout moment de l'accord conclu en cas de conflit majeur. Telle est d'ailleurs, releva le Secrétaire Général, la difficulté de ma propre mission et, plus généralement, de celle de l'Organisation des Nations Unies : face à des États qui décident souverainement de suivre ou non les règles du jeu, tout est affaire de force de conviction et de diplomatie.

## 2.B. Limites de la théorie de l'autolimitation : le Syndrome du Buffet

Les limites de la théorie de l'autolimitation peuvent être illustrées par la métaphore du Buffet. Elles expliquent les difficultés à mettre en place un système de gestion désintéressée des biens communs.

### 1/ Les États devant le Buffet des ressources naturelles

Dans le partage de l'espace mondial et des ressources communes, les États sont comme des invités à un cocktail, placés devant un buffet de nourriture. *Ab initio*, conscients du caractère limité des ressources, chacun accepte volontiers la règle qu'impose la raison et l'équité, celle d'un partage égal. Dans les deux cas, le mécanisme repose ainsi sur une autolimitation personnelle : chacun s'engage à limiter leur propre consommation afin de garantir l'accès de tous à la nourriture.

Mais la théorie de l'autolimitation se heurte à la réalité. Il suffit pour s'en convaincre d'observer le comportement réel des invités face au buffet : la tentation est grande, la nourriture est à portée de main... et chacun se rue sur le buffet pour empiler dans son assiette des quantités de mets sans se préoccuper des autres. Le pire se trouve dans la justification de ce comportement vorace : chacun anticipe le fait que, de toute façon, son voisin ne respectera pas la règle et qu'il vaut donc mieux le devancer pour ne pas se retrouver victime.

Comment ne pas songer au buffet en observant le comportement des États face aux ressources limitées de la planète ? Les appétits nationaux sont tels que l'idée d'une autolimitation trouve rapidement ses limites. La consommation frénétique finit par n'être qu'un moyen de ne pas se voir dépassé par un État concurrent. Si tout le monde vivait comme un habitant des États-Unis, il faudrait 5 planètes<sup>9</sup>.

En réalité, les États se trouvent entraînés dans une forme de « course de la Reine rouge ». Dans un épisode d'*Alice au pays des merveilles*<sup>10</sup>, Alice et la Reine rouge se lancent dans une course effrénée et, pourtant, elles n'avancent pas. En effet, explique la Reine, dans ce pays, tout change en permanence et ainsi « il faut courir le plus

vite possible pour rester au même endroit ». En biologie, « l'hypothèse de la Reine rouge » explique la nécessité de l'évolution des espèces, comme résultat d'une course à l'adaptation<sup>11</sup>. Employée en économie pour décrire la concurrence entre entreprises ou encore dans les relations internationales, à propos de la course aux armements entre États, cette métaphore explique que, dans un environnement compétitif, on s'adapte pour survivre : celui qui n'avance pas recule.

De même, dans la course aux ressources naturelles, les États considèrent leur consommation comme nécessaire pour maintenir leur aptitude face aux autres États, avec lesquels ils sont en concurrence. Ils se voient donc obligés de courir tout simplement pour rester à la même place. Le buffet des ressources naturelles reste donc surexploité par les États, confortés par la pensée magique que les limites invoquées par les scientifiques ne sont qu'une illusion et que le monde est comme une boîte à double-fond qui cache en réalité une quantité infinie de ressources disponibles. Beaucoup mangent comme si le buffet était illimité. Et lorsque la prise de conscience des limites planétaires parvient à s'imposer à certains États, ils semblent manger encore davantage par peur d'en céder au voisin. La règle de l'autolimitation n'est pas adaptée à un tel contexte : elle est perçue comme un désavantage évolutif pour celui qui l'appliquerait.

### 2/ L'absence de système de gestion désintéressée des biens communs

Certains biens sont utiles à toute l'humanité : les forêts tropicales, les océans, les grandes rivières, l'air ou encore les calottes glaciaires des pôles. Pourtant, notre système de gouvernance interétatique ne parvient pas à mettre en place une gestion désintéressée de ces biens communs.

Les récents feux de forêt en Amazonie ou en Australie ont placé sur le devant de l'actualité la nécessité d'agir. Le visiteur Martien lui-même en avait entendu parler : les dégâts causés par ces incendies étaient visibles depuis sa propre planète. Il s'interrogeait donc sur les mesures qui avaient été mises en place pour préserver les forêts tropicales, réservoirs de carbone et donc véritables « poumons verts » de la Terre.

À nouveau, la réponse du Secrétaire général des Nations Unies fut décevante. Certes, les travaux scientifiques sur la nécessité d'une gouvernance collective de ces biens étaient nombreux. Mais la « tragédie des communs », conceptualisée par Garrett Hardin en 1968 dans son article paru dans *Science*, semblait inéluctable. Déclinaison du dilemme du prisonnier<sup>12</sup> à la question des bien possédés

11. L'hypothèse de la Reine rouge est proposée par Leigh Van Valen, biologiste américain du 20<sup>ème</sup> siècle. Dans un environnement en modification constante, le comportement d'une espèce influence celui des autres : dès lors, pour éviter l'extinction, une espèce doit s'adapter aux évolutions des autres espèces.

12. Le dilemme du prisonnier a été proposé en 1950 par Albert W. Tucker, un mathématicien américain, dans le cadre de la théorie des jeux. Il illustre la situation dans laquelle des joueurs auraient en réalité intérêt à coopérer, mais où, étant mal informés en l'absence de communication entre les joueurs, chacun choisit de trahir l'autre.

9. Source : *Global Footprint Network*.

10. Cet épisode est tiré plus précisément de « De l'autre côté du miroir », deuxième volet du livre fameux de Lewis Carroll.

dés par tout le monde, cette théorie expliquait que les individus adoptent des stratégies qui semblent rationnelles au plan individuel, mais qui conduisent à des résultats irrationnels sur le plan collectif. Pour cette catégorie particulière de biens dont tous bénéficient, la maximisation immédiate de l'intérêt de chacun entraîne paradoxalement une détérioration de la situation sur le plan collectif et une dégradation du bien. La surexploitation entraîne la destruction des biens collectifs.

Pourtant les projets initiés dans ce domaine avaient jusqu'à présent échoué. Même lorsque certains acteurs jouent le jeu de l'autolimitation, ils ne sont ainsi guère aidés dans leur tâche par leurs voisins.

Ainsi en 2007 Rafael Correa, président de l'Équateur, avait fait une proposition novatrice pour gérer une portion nationale de la forêt amazonienne comprenant un gisement de pétrole. Son échec montre que la mise en place d'un tel système d'autolimitation ne peut fonctionner sans la solidarité des pays riches vis-à-vis des pays en voie de développement.

L'Équateur avait découvert d'importants gisements pétroliers<sup>13</sup> dans le parc Yasuni, classé au patrimoine mondial de l'Unesco et recensé comme ayant l'une des plus grandes biodiversités au kilomètre carré du monde. Se posait ainsi la question de la mise en balance de la préservation de l'environnement face à aux intérêts économiques nationaux, en particulier face aux besoins d'un pays en voie de développement.

Le président Correa proposa alors un mécanisme original : l'Équateur acceptait de renoncer à l'exploitation pétrolière sur le parc en échange d'une aide internationale, plus précisément 3,6 milliards de dollars sur 12 ans soit la moitié des revenus que générerait l'exploitation du pétrole de Yasuni. Cette contribution permettait ainsi de sauvegarder un pan de l'Amazonie, d'éviter des émissions de gaz à effet de serre et d'aider le pays dans sa transition énergétique, sans pour autant le pénaliser dans son développement économique.

Cette initiative, qui devait « *inaugurer une nouvelle logique économique pour le XXI<sup>e</sup> siècle* » selon les mots de Rafael Correa lorsqu'il l'avait présentée devant l'ONU en 2007, reçut rapidement 100 millions de dollars en promesses de don, sous les applaudissements des États et associations de protection de l'environnement. Mais sur les 3,6 milliards de dollars demandés au total, seuls 13,3 millions furent apportés - soit seulement 0,37% du total. Sans la contrepartie financière promise, le pays décida donc de commencer l'exploitation des gisements situés sous le parc Yasuni.

Le visiteur Martien retenait cet enseignement que l'autolimitation n'est rien sans solidarité. Plus que jamais, selon la formule de Mireille Delmas-Marty, il convenait

13. Plus de 920 millions de barils de pétrole, soit 20 % des réserves de l'Équateur, avaient été découverts.

de passer « *de la souveraineté solitaire à la souveraineté solidaire* »<sup>14</sup>, c'est-à-dire une souveraineté dans laquelle les États ne se limitent pas à la défense de leurs intérêts nationaux mais se préoccupent également des biens communs.

### 3. Pistes de réflexions

Fort logiquement, une fois le constat et le diagnostic opérés, le Martien et le Secrétaire général des Nations Unies poursuivirent leur dialogue en imaginant, avec une certaine dose de naïveté, quelques pistes de solutions. Celles-ci leur semblaient pouvoir être ordonnées autour de deux grandes idées : le retour aux valeurs (A) et la reconnaissance d'un intérêt public mondial (B).

#### 3.A. Le retour aux valeurs

Le droit international de l'environnement se limite trop souvent à une approche technicienne. « Peut-être avons-nous oublié que le droit est vecteur de valeurs ? » songea le Secrétaire général.

1/ L'approche technicienne du droit international de l'environnement

Lorsqu'on observe l'état du droit international de l'environnement, il y a un décalage saisissant entre, d'un côté, l'échec des projets ambitieux mentionnés plus haut (Organisation mondiale de l'environnement, Cour internationale de l'environnement, Pacte mondial pour l'environnement) et, d'un autre côté, le foisonnement de textes techniques et sectoriels (en matière de déchets, de produits chimiques, etc). On pourrait y voir un lien de cause à effet. Faute de pouvoir s'entendre sur des enjeux majeurs, on préfère discuter de sujets précis et techniques. C'est d'ailleurs une dérive du droit de l'environnement en général, y compris sur le plan interne : visant à régir un ensemble d'activités économiques industrielles, et reposant sur un arrière-plan scientifique, il a rapidement tendance à devenir un droit de technicien, fait d'annexes, de tableaux chiffrés, de classifications, de statistiques et de formules chimiques. En matière internationale, cette tendance semble comme exacerbée par la lourdeur des bureaucraties et des procédures des organisations internationales.

Cette vision pragmatique présente certains avantages. Certains prônent ainsi, pour la gouvernance internationale de l'environnement, la méthode du « sur mesure » : à chaque problème spécifique doit correspondre une convention sectorielle spécifique. Cette approche permet d'éviter de se diviser sur des débats trop abstraits sur les valeurs, pour se concentrer sur la résolution de problèmes concrets. Elle permet aussi parfois de construire des majorités à géométrie variable selon les questions, certains pays souhaitant avancer sur un sujet mais étant plus réticents pour d'autres domaines.

14. Voir notamment « De la souveraineté solitaire à la souveraineté solidaire », Mireille Delmas-Marty, présentation faite au *Collegium International* du 25 juin 2014 (<http://www.collegium-international.org/fr/>) ou plus récemment dans cette revue M. Delmas-Marty, « Gouverner la mondialisation par le droit », *Revue européenne du droit*, septembre 2020.

On peut d'ailleurs faire le parallèle avec la construction européenne : celle-ci s'est faite initialement sur la base d'un projet très concret et délimité, la création d'un marché unique du charbon et de l'acier.

Cette méthode peut présenter une certaine efficacité, dans le court terme. Elle peut fonctionner dans le champ étroit du problème considéré. Elle a toutefois ses limites.

D'abord, elle a une conséquence institutionnelle : la fragmentation de la gouvernance mondiale de l'environnement. Si à chaque problème correspond une convention spécifique, il ne faut pas oublier qu'à chaque convention correspond une administration. De nombreuses conventions ont en effet leurs propres organes de suivi : une conférence des parties (COP), un secrétariat exécutif, des bureaux, des comités d'experts, etc. Une convention, ce n'est pas seulement un texte, c'est aussi souvent une administration.

C'est ainsi qu'à côté de l'administration du PNUE, à Nairobi, on trouve le secrétariat de la Convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique à Bonn, ou encore le secrétariat de la convention sur la diversité biologique à Montréal. Certaines de ces administrations comptent plusieurs centaines d'employés. Il s'en suit une multiplication des coûts et une lourdeur des procédures : chacune de ces conventions a sa propre COP, réunissant régulièrement l'ensemble des États parties. C'est un peu comme si, en droit interne, pour chaque loi on créait un gouvernement spécifique pour en assurer le suivi.

Surtout, comme le montre l'histoire de la gouvernance mondiale de l'environnement, comme d'ailleurs celle de l'Union européenne, tôt ou tard apparaît le besoin de poser des valeurs communes.

## 2/ Le besoin de valeurs communes

À s'en tenir à des règles techniques, on perd la vision d'ensemble, la cohérence du système et, pire encore, l'objectif final de ces règles.

Les juristes connaissent bien l'utilité des principes généraux dans un système juridique. Il ne s'agit pas du simple plaisir de rédiger de belles déclarations de droits. Les principes sont les fondations et le ciment du système, ils font tenir l'édifice debout. Lorsque viendra le jour, inévitable, où les règles deviendront difficiles à appliquer, où leurs destinataires peineront à les respecter, alors ils devront se souvenir des raisons profondes pour lesquelles ils les avaient acceptées. Faute de quoi, la tentation du départ sera grande. Rappelons ici le retrait du Canada face au Protocole de Kyoto. Ou, dans le cas de l'Union européenne, le départ du Royaume-Uni, qui n'est peut-être pas sans lien avec un malentendu initial sur la vraie nature du projet européen. Un peu comme dans un couple : lorsque surgissent les difficultés, il faut se ressourcer dans les valeurs communes.

Le droit est vecteur de valeurs et ces valeurs se traduisent dans des principes juridiques<sup>15</sup>. C'est pourquoi dans un État, l'ordre juridique repose sur un ensemble de principes, souvent consacrés dans une constitution. La consécration de ces principes dans un texte de nature constitutionnelle présente notamment l'avantage de les inscrire dans le temps long : sacralisés, ils sont mis à l'abri des changements conjoncturels de majorité.

Le droit international n'échappe pas à cette exigence.

D'ailleurs, se souvenait le Secrétaire général, les pères fondateurs des Nations Unies ne s'y étaient pas trompés. En 1945, ils avaient commencé par le commencement : les valeurs. En témoignait le souffle des premiers mots de la Charte des Nations Unies « Nous, peuples des Nations Unies... ». Quelle audace, portée par l'espérance d'un monde nouveau ! Comment ne pas faire le rapprochement avec les premiers mots de la Constitution américaine « *Nous, le peuple des États-Unis...* ». Et comment ne pas se désoler, par comparaison, du manque d'ambition actuel de la gouvernance mondiale de l'environnement et de son approche purement technicienne ?

En réalité, si l'on juge un arbre à ses fruits, il faut se rendre à l'évidence : après des décennies de traités sectoriels techniques, cette méthode n'a pas réussi à endiguer le déclin de la biodiversité et le réchauffement climatique.

L'aggravation de la crise écologique depuis 50 ans ne démontre-t-elle pas l'échec de la politique de la diplomatie des petits pas ? À vouloir n'évoluer que progressivement, on finit par reculer. Les mesures prises demeurent largement en-deçà de l'ampleur nécessaire pour mettre en œuvre un véritable changement. Elles se limitent à des corrections à la marge et des objectifs non appliqués, conservés dans le cadre souple et minimal de la gouvernance mondiale de l'environnement telle qu'elle a été créée il y a plusieurs décennies. Le monde entier est conscient de l'ampleur et de la gravité de la crise écologique et pourtant les actions ne sont pas à la mesure - et même à la démesure de la catastrophe qui s'annonce.

Malgré toute la bonne volonté des diplomates et des fonctionnaires des organisations internationales environnementales, malgré la formidable énergie qu'ils consacrent au service des accords multilatéraux environnementaux, ils ne parviennent pas à enrayer la crise. La raison se trouve dans la conception même de la gouvernance mondiale de l'environnement. En l'absence de principes communs, elle est aujourd'hui comme un édifice sans fondation. Comme un bâtiment que l'on aurait construit en commençant directement par le 1<sup>er</sup> étage. Comme un pays qui disposerait d'un ensemble de lois nationales techniques mais qui serait dépourvu de constitution.

15. Les principes remplissent diverses fonctions dans un système juridique : une « fonction interprétative » (ils peuvent inspirer l'interprétation de certaines dispositions), une « fonction conciliatrice » (en cas de contradiction entre des normes, les principes offrent une matrice conceptuelle qui aide à concilier des exigences contradictoires) ou encore une « fonction supplétive » (en permettant d'offrir une base juridique au raisonnement, même en l'absence de règles précises).

Tel est le but du projet de Pacte mondial pour l'environnement : créer un moment constitutionnel, en consacrant les principes fondamentaux de la gouvernance mondiale de l'environnement<sup>16</sup>.

Le Martien écoutait le Secrétaire général avec attention. Puis son regard s'illumina : « J'ai compris » dit-il « les principes sont comme les étoiles : on ne peut pas les toucher, mais ils montrent la direction ».

3/ Le principe des responsabilités communes mais différenciées : l'outil d'un universalisme contextualisé

Il est vrai que, chaque culture produisant son propre système de représentation, il est difficile de dégager un ensemble de valeurs qui pourraient être valables en tous lieux et en tout temps. C'est pourquoi, relève Monique Chemillier-Gendreau « beaucoup d'obstacles se dressent encore cependant sur la voie des valeurs communes qui rendraient possible la réalisation d'un droit réellement international »<sup>17</sup>.

Toutefois, de ce point de vue, la crise écologique pourrait être la chance du droit international.

D'abord, le domaine de l'environnement propose une valeur sur laquelle les peuples du monde entier, quelle que soit leur histoire, leur culture ou leur religion, devrait pouvoir réussir s'accorder : la nécessité de préserver la planète, leur maison commune. Même s'il existe des différences d'approche selon les pays, la prise de conscience d'une interdépendance entre l'Homme et la nature se répand progressivement à l'échelle mondiale.

Ensuite, le droit de l'environnement offre un principe matriciel intéressant dans la recherche d'un équilibre entre universalisme et pluralisme : le principe des responsabilités communes mais différenciées.

Consacré pour la première fois en 1992 dans la Déclaration de Rio sur le développement et l'environnement, ce principe vise à prendre en compte « la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement » (principe 7 de la Déclaration). Il affirme expressément la double face de la responsabilité des États : certes, elle est commune, de telle sorte que chaque État doit assumer une part du fardeau ; mais elle est différenciée, ce qui conduit à faire peser sur des obligations plus lourdes sur les pays riches, compte tenu de leur part historique dans la pollution de la planète.

C'est essentiellement dans le domaine du climat que ce principe a été consacré. Repris dans l'Accord de Paris, le principe figurait déjà dans la convention-cadre sur les changements climatiques de 1992, qui affirmait dans son préambule que « le caractère planétaire des changements climatiques requiert des pays qu'ils coopèrent le plus possible » tout en précisant « selon leurs responsabilités com-

munes mais différenciées, leurs capacités respectives et leur situation économique et sociale ».

Cette exigence de différenciation en fonction de la diversité des situations concrètes n'est pas sans rappeler l'idée de justice distributive : selon Aristote, la véritable justice consiste à tenir compte des inégalités de fait, pour procéder à une distribution des biens proportionnée aux talents et aux capacités de chacun.

Le principe des responsabilités communes mais différenciées permet d'accorder d'un côté, l'objectif général de protection de l'environnement et, de l'autre côté la prise en compte des situations particulières. A cet égard, il pourrait préfigurer une méthode plus globale pour le droit de la mondialisation, en ce qu'il permet de concilier unité et diversité : d'un côté, volonté de se rassembler autour de principes universels communs ; de l'autre, ancrage dans le réel et respect de la diversité des situations.

### 3.B. La reconnaissance d'un intérêt public mondial

Le Secrétaire général des Nations Unies rappela au Martien que les États souverains étaient, jusqu'à présent, les seuls décideurs des normes internationales. Il en découlait que le système normatif international était presque exclusivement fondé sur la représentation des intérêts nationaux des États. Malheureusement, regrettait le chef de la diplomatie onusienne, dans un tel système, personne n'avait intérêt à ce que la situation change. Les rares États qui souhaitaient porter une réforme ambitieuse en matière d'environnement se heurtaient à une convergence des oppositions des pays du Nord et de ceux du Sud. Les pays développés risquaient l'engagement de leur responsabilité pour les pollutions et destructions historiques dont ils avaient tiré profit et ne tenaient pas à devoir contribuer économiquement à la hauteur de leur histoire. Les pays en voie de développement étaient nombreux à miser sur leurs ressources naturelles encore inexploitées pour accélérer leur développement et permettre à leur population d'accéder au confort de vie que les populations des pays développés tenaient pour acquis. Comme dans une sorte de *pax nuclearis* politique et économique, personne ne tenait à créer le premier une source de responsabilité qui risquerait de lui être opposée immédiatement par un autre État.

Le visiteur extra-terrestre s'étonna de cette exclusivité accordée aux États. Il était bien placé pour savoir qu'il pouvait y avoir des intérêts *extérieurs* et *supérieurs* à ceux des États.

1/ L'existence d'un intérêt public mondial, distinct des intérêts particuliers des États

Il est devenu évident de relever que la multiplication des crises transfrontières appelle une réponse à l'échelle globale. La crise écologique ne connaît pas les frontières nationales. Un État, aussi puissant soit-il, ne peut pas lutter seul contre le réchauffement climatique ou la sixième extinction de masse des espèces. Il en va de même pour

16. Voir le site du Pacte : <<https://globalpactenvironment.org>>.

17. M. Chemillier-Gendreau, *Humanités et souveraineté, Essai sur la fonction du droit international*, in chapitre 14. « A la recherche de valeurs communes », La Découverte, 1995, p. 330.

faire face à la crise économique, au risque terroriste ou à la pandémie de Covid-19.

Pourtant, il semble moins facile de tirer la conséquence de ce constat : il existe bien un intérêt public mondial, qui ne se confond pas avec la somme des intérêts particuliers des États.

Cet intérêt public mondial est le fil rouge sous-jacent des appels à la consécration d'un statut pour les « biens publics mondiaux » ou encore les débats autour la notion de « patrimoine commun de l'humanité » : tous ces concepts pourraient être des éléments fondateurs de la reconstruction d'une gouvernance mondiale de l'environnement en cohérence avec la réalité.

Certes, cet intérêt commun est protéiforme. Son contenu reste indéterminé. Selon les conceptions, il peut recouvrir l'intérêt des seules générations présentes (la communauté des habitants actuels de la planète) ou inclure également l'intérêt des générations futures (l'humanité) ou encore, plus largement, s'étendre à l'intérêt de l'ensemble de la planète (la communauté de vie planétaire).

Mais, moins que le contenu, ce qui importe à ce stade, c'est la force de l'affirmation de cette catégorie juridique : il existe donc un intérêt public mondial qui est *distinct* de celui des États. Il est différent de la somme des intérêts particuliers des États : cette somme n'aboutit qu'à l'intérêt collectif des États, qui n'est qu'une juxtaposition d'intérêts nationaux. Il ne faut pas confondre *intérêt collectif* et *intérêt public*.

Surtout, si cet intérêt est mondial, il faut aller au bout de la logique et en affirmer les attributs : l'intérêt public mondial est *supérieur* et *extérieur* à l'intérêt des États. À terme, une telle affirmation porte donc en elle une relecture de la notion de souveraineté. Il ne s'agit pas de la remettre en cause : la souveraineté est essentielle aux États comme la liberté l'est pour les individus. Mais il convient de la mettre à sa juste place : elle ne saurait être absolue. Elle est relative et rencontre une limite : le respect de l'intérêt public mondial. En outre, cette affirmation pourrait permettre de fonder la force intrinsèque du droit international : le caractère obligatoire des normes internationales ne viendrait pas d'une autolimitation des États, mais découlerait des exigences de l'intérêt public mondial.

Se pose alors la question de savoir qui peut représenter l'intérêt public mondial.

## 2/ La difficile représentation de l'intérêt public mondial par les États

En l'état du mode de décision dans la gouvernance mondiale, les États étant les principaux acteurs, on peut d'abord songer à leur confier le soin de porter cet intérêt public mondial. C'est ce que reflète le concept de souveraineté solidaire de Mireille Delmas-Marty : « L'idée sous-jacente est en effet que les États sont souverains pour défendre leurs intérêts nationaux, certes, mais aussi pour

défendre l'intérêt commun de l'humanité »<sup>18</sup>.

Cette prise en compte de l'intérêt mondial par les États eux-mêmes est à la fois possible et éminemment souhaitable. Elle peut se faire en particulier par les juridictions nationales. À cet égard, le Conseil constitutionnel a rendu le 31 janvier 2020 une décision remarquable<sup>19</sup>. Était en cause l'interdiction d'exporter certains pesticides dans des pays tiers - mesure instituée en vue de protéger ces derniers. En se fondant sur la notion de « patrimoine commun des êtres humains » consacrée au préambule de la Charte de l'environnement, le Conseil constitutionnel juge que la protection de l'environnement suppose la prise en compte les effets extraterritoriaux des activités exercées sur le territoire national.

Cette solution peut se prévaloir d'un certain pragmatisme : à court terme, faute d'une autorité mondiale puissante représentant l'intérêt commun, il faut faire en sorte que ce dernier soit pris en compte par les puissances nationales. Cette mission assignée à l'autorité n'est pas sans rappeler le rapport entre la justice et la force dans *Les Pensées* de Pascal<sup>20</sup>.

Surtout, on pourrait relever que, loin de s'opposer, les deux intérêts convergent : l'intérêt bien compris des États rejoint en grande partie l'intérêt commun. A cet égard, si par une sorte d'aveuglement sur leur propre intérêt, certains États privilégient parfois le court terme, en exploitant de façon abusive leurs propres ressources naturelles, ils ne peuvent ignorer leur intérêt futur : la destruction de l'environnement engendre des coûts croissants qui pèseront sur tous, que ce soit au travers du changement climatique, de l'effondrement de la biodiversité, de l'assèchement de terres arables ou de l'épuisement des ressources. La perte de productivité mondiale liée au changement climatique a déjà été estimée à 2.000 milliards de dollars par an à l'horizon 2030, d'après un récent rapport de l'ONU<sup>21</sup>.

Toutefois, l'expérience montre que les États ne sont malheureusement pas toujours enclins à défendre l'intérêt public mondial. En cas de tension, ils privilégient généralement leur propre intérêt national.

Cette difficulté se retrouve devant la Cour suprême des États-Unis. Dans une affaire *Kiobel*, en 2013, citée par Mireille Delmas-Marty dans l'article précité, une opinion dissidente avait émis l'idée que la notion d'intérêt américain pouvait être élargie au point d'englober l'intérêt mondial. Cet opinion, portée par le juge Breyer, reposait sur le concept d'« ennemi du genre humain », posé par

18. M. Delmas-Marty, « De la souveraineté solitaire à la souveraineté solidaire », *op. cit.*

19. Cons. const., décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes*.

20. B. Pascal, *Les pensées*, 1670 : « La justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique (...). Ainsi, ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste ».

21. « Climate change and labour: impacts of heat in the workplace climate change, workplace environmental conditions, occupational health risks, and productivity – an emerging global challenge to decent work, sustainable development and social equity », *UNDP*, 2016.

un texte de 1789, l'« *Alien Tort Act* », afin de fonder une extension de la compétence des juridictions américaines, à l'époque aux pirates et aujourd'hui aux violations des droits de l'homme commises à l'étranger. Mais la Cour suprême n'a pas suivi ce raisonnement : selon elle, « *US Law does not rule the world* » (le droit américain ne régit pas le monde)<sup>22</sup>.

De même, le *decision-making process* aux Nations Unies illustre les difficultés de prise en compte d'un intérêt commun par les États. Dans les enceintes internationales, le mode de décision qui prévaut est celui du consensus. Théoriquement, bien comprise, cette méthode s'inscrit dans cette perspective : un État qui pourrait être réservé sur une proposition choisit de taire son opposition et de s'abstenir, au profit de l'intérêt commun. L'abstention est privilégiée sur l'opposition, ce qui permet aux États qui le souhaitent d'aller de l'avant. Mais l'expérience montre les limites de la méthode du consensus. Ainsi en est-il des discussions du projet de Pacte mondial pour l'environnement : alors que la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies ouvrant les négociations avait été adoptée par une écrasante majorité (143 voix pour, 5 contre), le premier round de négociations à Nairobi en 2019 s'est soldé par un blocage dû à l'opposition de certains États : ces derniers, minoritaires mais puissants (on y trouvait les États-Unis et la Russie), réclamaient avec force que la méthode du consensus soit appliquée.

Autre exemple, le Brésil seul a réussi à bloquer le processus de décision permettant de voter le budget 2021 de la Convention sur la diversité biologique pendant plusieurs semaines - compromettant ainsi la tenue de la 15<sup>ème</sup> Conférence des parties sur la biodiversité (COP 15). Ce budget, devant être voté avant le 31 décembre de chaque année sous peine d'empêcher le secrétariat de la COP de pouvoir travailler à partir du 1er janvier suivant, fait l'objet d'une procédure d'accord tacite dans laquelle le silence des États vaut consentement. En brisant le silence traditionnel, le Brésil a unilatéralement entravé le processus de décision pour les 196 États parties.

Cet exemple montre le risque que l'exigence du consensus ne soit détournée de son objet : initialement destinée à permettre de faciliter l'émergence d'un intérêt commun, elle peut être interprétée comme une exigence de quasi-unanimité et déboucher finalement sur une tyrannie de la minorité.

Cette méthode est particulièrement paralysante dans une société internationale de près de 200 États. Certes, il est parfois possible à un groupe d'États de décider d'agir ensemble sans attendre les autres États. Mais dans le domaine de l'environnement, les négociations interétatiques se doivent souvent d'accorder toutes les parties. Il est difficilement concevable par exemple, en matière climatique, que les grands pays ne soient pas soumis à l'effort col-

lectif. Ainsi, le retrait de l'Accord de Paris des États-Unis, premier émetteur de gaz à effet de serre au monde, était-il de très mauvais augure pour le succès de ce traité.

Au total, il est difficile de compter sur les États pour privilégier l'intérêt public mondial sur leurs intérêts nationaux.

### 3/ Les autres modalités de représentation de l'intérêt public mondial

Même si les États jouent un rôle nécessaire, il n'est pas sain qu'ils soient les dépositaires exclusifs de l'intérêt mondial. Dans la tradition des *checks and balances*, il faut mettre en place des contrepoids pour éviter les risques d'abus liés à l'exercice de la souveraineté.

La première solution vise à renforcer le rôle des acteurs non étatiques sur la scène internationale.

Il existe sur ce sujet un décalage entre la pratique et le droit. En pratique, on observe une montée en puissance des acteurs non étatiques, collectivités territoriales, ONG, scientifiques, acteurs économiques : tous sont présents dans les forums internationaux en matière d'environnement. En droit, toutefois, ils n'ont pas de véritable existence dans le *decision making process*, qui ne reconnaît officiellement aucune autre institution que les États et certaines organisations internationales dans l'édiction de normes internationales. Les acteurs non étatiques ne sont pas des sujets du droit international.

Pourtant, ces entités jouent un rôle important dans l'application même du droit international. En témoigne la formidable mobilisation des villes et entreprises américaine lorsque les États-Unis ont annoncé leur retrait de l'Accord de Paris. La *United States Climate Alliance* est ainsi créée en juin 2017, regroupant 24 États fédérés et 2 territoires américains s'engageant à respecter les engagements américains de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Pour la première fois, des acteurs non étatiques allaient jusqu'à se substituer à un État défaillant en vue de respecter un traité que ce dernier avait pourtant signé.

Certains de ces acteurs infra-étatiques, même s'ils ne sont pas des États, disposent d'ailleurs d'une forte légitimité en ce qu'ils représentent des groupes de population. Tel est évidemment le cas des collectivités territoriales, qui incarnent les habitants d'un territoire donné. Tel est aussi souvent le cas d'organisations associatives, économiques ou sociales, qui représentent pour leur part des corps intermédiaires. On peut y voir de véritables institutions, au sens large du terme. En considérant ces entités comme de simples individus, et en les laissant exclues du système institutionnel international, la gouvernance mondiale ignore leur influence réelle et leur pouvoir de représentation. La fiction juridique d'une scène internationale uniquement peuplée d'États n'est plus adaptée à la réalité du monde.

Une seconde solution consiste à renforcer le rôle des organisations internationales. En toute rigueur, ce sont

22. V. sur ces points : S. Breyer, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, préf. G. Canivet, Odile Jacob, 2015, p. 382.

elles qui ont une vocation naturelle à porter l'intérêt public mondial. Or, leur rôle dans le processus normatif n'est pas toujours clairement affirmé.

On peut d'abord penser à leur conférer des attributions plus directes dans l'élaboration des traités. Dans ce domaine, leur mission se limite souvent à un travail d'ordre technique, d'animation de groupes de travail ou d'élaboration de plans d'action : on peut mentionner par exemple le programme de Montevideo qui est géré par l'UNEP. Pour aller plus loin, pourquoi ne pas donner au Secrétaire Général des Nations Unies un véritable pouvoir de proposition en matière de traités ? Dans la procédure actuelle seuls les États disposent d'une telle prérogative. Plus largement, pourquoi ne pas conférer aux secrétariats exécutifs des différentes conventions multilatérales environnementales des prérogatives renforcées dans le processus d'élaboration des normes ? Par analogie avec l'Union européenne, on peut imaginer une pluralité d'institutions impliquées dans la « fabrique des normes », chacune d'elle représentant des intérêts différents : le Conseil européen représente les États, et la Commission européenne, gardienne de l'intérêt de l'Union, dispose d'un pouvoir de proposition.

On peut aussi renforcer plus directement le pouvoir normatif des organisations internationales. Il s'agirait, parmi les diverses sources du droit international, d'accorder une place plus importante aux actes de droit dérivé, c'est-à-dire aux actes directement édictés par les organisations internationales. Ses actes peuvent en effet être adoptés par les organes délibératifs des organisations internationales à la règle de la majorité, parfois qualifiée. A la différence des traités, ils n'exigent pas nécessairement de recueillir l'accord de la totalité des États concernés. On peut citer à titre d'exemple le mécanisme original prévu par la « Constitution » de l'OMS (son traité constitutif) pour l'adoption du règlement sanitaire international, instrument international à caractère obligatoire : d'une part, il est adopté par l'organe délibératif de l'OMS, l'Assemblée de la santé, à la majorité des deux tiers (article 19) ; d'autre part, il entre en vigueur pour tous les États membres, à l'exception de ceux qui ont fait connaître leur refus dans un certain délai. Cette procédure subtile, mêlant règle de majorité et exigence de consentement, constitue un modèle et préfigure le type d'évolution que pourrait connaître la gouvernance mondiale de l'environnement pour être plus efficace.

## Conclusion

Au moment de partir, le Martien s'aperçut d'une lacune. S'il avait identifié quelques solutions possibles, il ne s'était pas penché sur la question la plus difficile : l'art de la réforme. Comment des changements d'une telle envergure pourraient-ils être acceptés et mis en œuvre par les États ? L'histoire des Terriens montraient malheureusement qu'il avait souvent fallu la survenance de catastrophes pour provoquer des remises en cause profondes. Il avait fallu le choc de la Première Guerre mondiale pour susciter la création de la Société des Nations. Il avait fallu les horreurs de la Seconde Guerre mondiale et de la Shoah pour aboutir à l'adoption de la Charte des Nations Unies et, quelques années plus tard, à la Déclaration universelle des droits de l'homme. Combien d'espèces disparues, combien d'ouragans, combien de réfugiés climatiques, combien de villes rayées de la carte par la montée des eaux allait-il falloir aux Terriens pour se décider à agir ?

Le visiteur Martien se leva, se dirigea vers la porte pour quitter le bureau du Chef des Nations Unies. Puis, se ravisant un instant, il se retourna vers le Secrétaire général et lui dit, comme pour lui livrer un dernier message : « Votre planète est belle. Vue du ciel, elle n'a pas de frontières ».

Les réflexions de notre ami Martien étaient sans doute trop naïves. Là où la raison et le sens de la mesure ont jusqu'à présent échoué à réformer la gouvernance mondiale de l'environnement, comment un visiteur venu d'une autre planète pourrait-il réussir ? Mais, porté par l'élan d'un certain optimisme, on se prend parfois à croire que de tels changements finiront par s'imposer par eux-mêmes, ou par la force des faits. On se prend à espérer qu'on pourra un jour briser ce mur invisible contre lequel buttent les politiques ambitieuses pour protéger la nature.

D'aucuns soutiendront peut-être que le temps présent est mal choisi pour une telle révolution et qu'il faut faire confiance à l'avenir. Ils estimeront, de façon sans doute réaliste, que le rêve d'un monde soumis à des règles de gouvernance fortes est hors de portée à court terme. Il est simplement à craindre qu'à attendre encore un moment meilleur pour changer de modèle, le Martien n'aura plus grand-chose à observer lors de son prochain passage au-dessus de la Terre.



**Edith Brown Weiss** • Professeure à l'Université de Georgetown

**Vicki Arroyo** • Directrice exécutive du Georgetown Climate Center, Professeure associée, Georgetown University Law Center

## La nécessité d'une approche ascendante pour la lutte contre le réchauffement climatique dans un monde kaléidoscopique

124

L'ère de l'Anthropocène dans laquelle nous vivons actuellement est marquée par le sceau de l'omnipotence de l'Homme en tant que force dominante de la nature<sup>1</sup>. Les problèmes auxquels nous faisons collectivement face, affectent de manière inhérente, le bien être des générations futures. La crise climatique en est bien sûr, l'archétype. Afin de prévenir des changements irréversibles qui seraient désastreux, il nous faut gérer à la fois dans notre intérêt mais également pour celui des générations futures un bien commun mondial : la stabilité du système climatique. Ce problème, nous devons l'aborder en prenant en compte la nature kaléidoscopique de notre époque, de notre monde qui se caractérise en effet, par une évolution rapide de la technologie, de la structure des pouvoirs et de ses acteurs mais également et surtout par un dérèglement sans cesse plus effréné du climat. Les problématiques apparaissent aussi vite qu'elles disparaissent et les dynamiques sociales autour de ces dernières fluctuent tout aussi rapidement<sup>2</sup>.

Les acteurs majeurs de la lutte contre le réchauffement ne sont plus les seuls États mais les États fédérés, les villes, les entreprises, les ONG, les organisations et coalitions *ad hoc* et même les individus. Si les accords internationaux et les législations nationales restent essentiels, ils sont insuffisants. Les instruments juridiques non contraignants et les engagements individuels et volontaires à tous les niveaux font florès. Le monde se localise et se globalise en même temps. L'engagement dans l'action climatique se fait par conséquent à la fois de la base vers le sommet (*bottom-up*) et du sommet vers la base (*top-down*).

Le monde kaléidoscopique reflète la révolution des technologies de l'information et des communications, qui permettent aux gens de communiquer, de se mettre en

1. Les auteurs remercient Katherine McCormick et Olivia Le Menestrel pour leur assistance dans les recherches qui ont servies à la rédaction de cet article, ayant fait l'objet d'une première publication en anglais dans Y. Aguila (dir.), « le droit à l'épreuve de la crise écologique », *Revue des Juristes de Sciences Po*, janvier 2020.

2. E. Brown Weiss, *Establishing Norms in a Kaleidoscopic World*, 396 Recueil des cours, 2018.

réseau et de collaborer dans le monde entier. Facebook, Tumblr, YouTube, Twitter et leurs équivalents dans divers pays ont vu le jour à une échelle sans précédent. Au printemps 2019, Twitter comptait 330 millions d'utilisateurs mensuels et les gouvernements, chefs d'État ou ministres des affaires étrangères de 187 États possédaient ensemble 951 comptes. Dans cette même veine, la technologie des téléphones mobiles s'est répandue plus rapidement que toute autre technologie dans l'histoire. Plus de 5,1 milliards de personnes utilisent des téléphones portables, cela leur permet de communiquer instantanément sans contrainte de distance. Ces technologies permettent aux organisations, aux coalitions *ad hoc*, aux mouvements sociaux et aux individus de se faire entendre de manière ascendante, à toutes les échelles, qu'elles soient locales, régionales, nationales ou internationales.

### 1. L'urgence de la lutte contre le réchauffement climatique

À travers l'Accord de Paris, les États ont exprimé l'objectif de limiter l'augmentation de la température de la Terre à 1,5° C et la nécessité de ne pas dépasser 2° C par rapport aux niveaux pré-industriels. Il est déjà prouvé que la température de la Terre est sur le point d'augmenter bien au-delà de cette limite. Les études publiées lors du sommet des Nations Unies (« ONU ») sur l'action climatique de 2019 montrent que les émissions associées aux contributions actuelles des États déterminées au niveau national entraîneront une augmentation de la température de 2,9 à 3,4 °C d'ici 2100<sup>3</sup>.

Les scientifiques craignent en effet que la hausse des concentrations de gaz à effet de serre (« GES ») et l'augmentation de la température qui en résultera ne franchissent des seuils importants et perturbent la stabilité de l'équilibre climatique avec des conséquences désastreuses. Des scénarios autrefois considérés comme « les plus pessimistes » deviennent de plus en plus plausibles. Le rapport spécial 2019 du GIEC sur l'océan et la cryosphère a révélé que l'augmentation de l'absorption du dioxyde de carbone a rendu les océans plus acides et moins productifs en dioxygène (O<sub>2</sub>). L'augmentation des températures fait fondre les glaciers et les calottes glaciaires, ce qui contribue à une élévation alarmante du niveau de la mer<sup>4</sup>. Les phénomènes météorologiques extrêmes sont en augmentation dans le monde entier, comme en témoignent les incendies, les méga-tempêtes et les inondations historiques.

Les données recueillies jusqu'au début du mois d'octobre 2019 indiquaient que 2019 était la cinquième année consécutive au cours de laquelle les États-Unis avaient connu au moins dix catastrophes d'un coût supérieur à un milliard de dollars chacune. Juillet 2019 a été le mois le plus chaud jamais enregistré pour l'ensemble du monde. De récentes études révèlent que le permafrost est en train de

3. P. Kabat, *et al.*, *United in Science: High-Level Synthesis Report of Latest Climate Science Information*, 5 septembre 2019.

4. *Intergovernmental Panel on Climate Change, Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*, 25 septembre 2019.

dégeler, ce qui soulève des inquiétudes quant aux importantes émissions de méthane. Le relâchement dans l'atmosphère de ce gaz pourrait conduire à franchir certains seuils, avec des conséquences irréversibles et catastrophiques.

## 2. La nécessité d'approches ascendantes

La stabilité du système climatique est un bien public mondial, dans lequel tous les acteurs qu'ils soient publics ou privés doivent être engagés. Les gouvernements nationaux doivent encore relever le défi. Heureusement, les collectivités territoriales, les villes, le secteur privé et les particuliers prennent des mesures efficaces pour réduire les émissions, promouvoir des solutions à faible intensité de carbone et/ou faire pression sur les gouvernements à tous les niveaux pour qu'ils agissent. Certains intentent également des procès contre des gouvernements et des entreprises pétrolières. Tous ces efforts peuvent être considérés comme des initiatives ascendantes.

Les actions des collectivités locales ou des États fédérés dans les pays dotés de systèmes fédéraux peuvent être particulièrement utiles car ces autorités, par exemple aux États-Unis, sont responsables de la planification, de la réglementation et du financement de secteurs clés notamment via la réglementation des services d'électricité, la planification des transports, l'utilisation des terres, les normes de construction, etc. Les engagements pris à ces niveaux peuvent renforcer la volonté politique, tant au niveau local que national. Les efforts d'atténuation réussis font œuvre de modèle, peuvent inspirer d'autres collectivités et faire l'effet de catalyseur pour des engagements nationaux et internationaux plus ambitieux et atteignables. Cela est particulièrement important compte tenu des récents reculs d'États fédéraux en matière de réglementation climatique, tant aux États-Unis qu'ailleurs.

Nous nous concentrons donc principalement sur les États-Unis, puisque la population et l'économie combinées de certains de leurs États fédérés sont comparables à celles de grands pays souverains, et que certains États américains sont à la tête de la lutte contre le changement climatique depuis des décennies. Les États-Unis sont dotés d'un système de gouvernement fédéral, avec cinquante États, chacun ayant sa propre compétence pour traiter les questions liées au climat. La Constitution prévoit en ce sens que « tous les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis en vertu de la Constitution des États-Unis, ni interdits par celle-ci aux États, sont réservés aux États respectivement, ou au peuple ». En l'absence d'un *leadership* fédéral sur la problématique du réchauffement climatique, les efforts des États fédérés et des autres collectivités sont particulièrement importants et révèlent des progrès dans la lutte contre les émissions de GES.

Cet article décrit certains des principaux programmes des États, de leurs initiatives transnationales, des programmes des villes comme des collectivités locales, ainsi que l'engagement du secteur privé et des mouvements sociaux en faveur du climat.

## 3. Mesures au niveau des États fédérés et au niveau local

Des actions d'envergure au niveau des États fédérés et au niveau local ont commencé il y a près de deux décennies, après que les États-Unis se sont retirés du Protocole de Kyoto. Parmi ces développements, on peut citer le *leadership* californien dans le lancement d'un programme de plafonnement et d'échange à l'échelle de l'économie et dans la réglementation des émissions de GES des véhicules et des carburants ; la bipartisane *Regional Greenhouse Gas Initiative* (« RGGI ») dans le Nord-Est ; la *Clean Air Clean Jobs Act* dans le Colorado ; et de nombreuses autres dispositions ailleurs.

Ces initiatives ont montré que la lutte contre le changement climatique est non seulement possible, mais qu'elle apporte également de grands avantages en termes de croissance économique. Une majorité d'États américains a adopté de manière bipartisane des normes applicables aux sociétés de gestion d'actifs en matière de production d'énergie renouvelable. Ces normes ont été plébiscitées et ont favorisé la promotion des sources d'énergie renouvelables tout en contribuant à réduire les coûts. De même, le déploiement des véhicules électriques a été poussé par des incitations des États, y compris des déductions fiscales et des politiques publiques sectorielles et multi-scalaires telles que l'autorisation de mise sur le marché de carburants propres ou encore la permission pour des véhicules d'emprunter des voies généralement réservées aux véhicules prioritaires<sup>5</sup>.

Lorsque Donald Trump a annoncé en juin 2017 son intention de retirer les États-Unis de l'accord de Paris<sup>6</sup>, les gouverneurs de Washington, de New York et de Californie ont immédiatement pris des mesures en formant la *U.S. Climate Alliance* (« USCA »), dans l'intention d'honorer dans leur États, les engagements pris par les États-Unis dans le cadre de l'accord de Paris. En septembre 2019, 24 États et Porto Rico avaient rejoint l'USCA. Cette coalition bipartisane représente plus de 55 % de la population américaine et 11,7 milliards de dollars soit plus de 60% du PIB américain. Si les membres de l'USCA formaient un État souverain, elle représenterait la troisième plus grande économie du monde. Lorsque l'USCA a publié son rapport annuel en septembre 2018, elle a déclaré que, « *compte tenu des politiques en matière de climat et d'énergie propre déjà en place dans les États de l'Alliance, nous devrions obtenir une réduction combinée de 18 à 25 % des émissions de GES par rapport aux niveaux de 2005 d'ici 2025* »<sup>7</sup>.

En parallèle, une coalition plus large d'entreprises, d'investisseurs, de villes, d'États, d'universités et d'autres organisations *ad hoc* se sont agrégés via la coalition « *We*

5. V. Arroyo, « From Pittsburgh to Paris », 31 *Georgetown Environmental Law Review* 433, (2019) pour des exemples topiques.

6. Le Président des États-Unis a envoyé sa notification officielle de retrait le 4 novembre 2019 ; le retrait prend effet un an plus tard.

7. U.S. Climate All., *Fighting for Our Future : Growing Our Economies and Protecting Our Communities Through Climate Leadership* (2018).

*Are Still In* » (« WASI »), s'engageant à contribuer à la réalisation des objectifs de l'accord de Paris. La coalition WASI compte aujourd'hui plus de 2.800 signataires, dont 2.203 chefs d'entreprise et investisseurs, 287 villes et comtés, 351 universités et 10 États. Cela représente plus de 155 millions de personnes dans les 50 États, pour un total de près de 10.000 milliards de dollars de PIB<sup>8</sup>.

En plus de faire preuve de *leadership* dans leur propre champ de compétences en lançant et en élargissant des coalitions, les États fédérés américains travaillent ensemble sur une base bipartisanne pour contrer l'allègement des normes en matière d'énergie verte notamment les réglementations touchant aux émissions des voitures diesel.

En sus, certains États ont mis en place des plans de collaboration inter-régionaux. En 2009, la RGGI est devenue le premier programme américain de plafonnement et d'échange de droits d'émission multiétatique visant à réduire les émissions de dioxyde de carbone du secteur de l'électricité. En 2017, les États participants (dont beaucoup sont dirigés par des gouverneurs républicains) ont convenu de prolonger le programme jusqu'en 2030, tout en abaissant de 30 % le plafond d'émissions pour la période 2020-2030. *In fine*, cela devrait réduire les émissions du secteur de l'électricité de la région de 65 % par rapport aux niveaux de 2009<sup>9</sup>.

La collaboration interrégionale s'amorce également dans le secteur des transports. La *Transportation and Climate Initiative* (TCI) est une collaboration entre des États de la région du Mid Atlantic et de la Nouvelle-Angleterre qui travaillent avec le *Georgetown Climate Center* pour concevoir un programme de plafonnement et d'investissement pour le secteur des transports similaire à la RGGI. Une proposition de protocole d'accord a été publiée fin 2019<sup>10</sup>.

#### 4. Initiatives transnationales

Un autre développement important repose sur l'émergence de programmes développés conjointement entre les États fédérés américains et des entités infranationales d'autres pays. Ces accords de coopération concernent la capture des émissions carbonees (Californie, Brésil, Québec), le développement et le déploiement de véhicules électriques (Californie et Chine ; Vermont et Québec), et le « *Pacific Coast Collaborative* » (entre les États des États-Unis et les provinces de l'Ouest canadien). Ces programmes ne sont pas des traités au sens du droit international. Ils prennent souvent la forme d'engagements volontaires, dans lesquels les participants acceptent de coopérer. Cela n'est pas nouveau puisqu'en vue de lutter contre les pluies acides et autres problèmes de pollution certains États américains et des provinces canadiennes avaient mis en place des instruments similaires à l'échelle

8. *We are still in*, <<https://www.waarestillin.com/>>.

9. *Regional States Announce Proposed Program Changes: Additional 30 percent Emissions Cap Decline by 2030*, RGGI, INC (23 AUG. 2017): <[https://www.rggi.org/sites/default/files/Uploads/Program-Review/8-23-2017/Announcement\\_Proposed\\_Program\\_Changes.pdf](https://www.rggi.org/sites/default/files/Uploads/Program-Review/8-23-2017/Announcement_Proposed_Program_Changes.pdf)>.

10. *TCI's Regional Policy Design Process 2019, Transportation & Climate initiative*: <<https://www.transportationandclimate.org/>>.

bilatérale. Ces instruments prennent souvent la forme d'un *Memorandum of Understanding* (« MoU ») qui prévoient les modalités d'échanges d'idées, d'information et de soutien mutuel pour la mise en œuvre de politiques à faible intensité de carbone. Dans le cadre des MoU, les institutions peuvent lancer des programmes et des approches de réduction des GES, qui peuvent être reproduits ou étendus à d'autres États. Cette approche pourrait être adoptée à terme au niveau national ou dans le cadre d'accords internationaux formalisés.

De nombreux programmes transnationaux multilatéraux relient de manière informelle les États et les villes des États-Unis et leurs équivalents dans le monde entier. Par exemple, 94 villes, représentant plus de 700 millions de citoyens et un quart de l'économie mondiale, participent au C40, qui crée un réseau de collaboration afin de partager les connaissances « et de mener des actions significatives, mesurables et durables sur le changement climatique »<sup>11</sup>.

Un programme transnational similaire, la *Under2 Coalition*, met en relation les gouvernements et dirigeants qui s'efforcent de maintenir la hausse des températures « bien en dessous » de 1,5°C<sup>12</sup>. Il regroupe plus de 220 gouvernements et représente 1,3 milliard de personnes et 43% de l'économie mondiale. Dix États et régions au sein du groupe se sont engagés à atteindre une émission nette de zéro d'ici 2050 au plus tard. Ils s'engagent ainsi à réduire les émissions de 80 à 95 % par rapport aux niveaux de 1990, soit deux tonnes de carbone par an et par habitant d'ici 2050.

Il existe également des initiatives multilatérales dans le secteur de l'énergie. Par exemple, la *Powering Past Coal Alliance* est une coalition de gouvernements nationaux, locaux et d'organismes du secteur privé, dont l'objectif est de remplacer le charbon grâce à des programmes d'énergie propre. En septembre 2019, l'Alliance comptait 91 membres, répartis entre 32 gouvernements nationaux, 25 collectivités et 34 entreprises ou organisations transnationales<sup>13</sup>.

Ces initiatives transnationales sont des éléments du monde kaléidoscopique, permettant aux acteurs de se réunir dans des alliances créatives pour mettre en œuvre des objectifs définis collectivement. Leurs membres peuvent changer, tout comme leurs programmes en réponse à l'évolution des scénarios et des effets climatiques prévus. Les initiatives reflètent un standard international de coopération de base dans laquelle les acteurs cherchent à éviter les dommages en travaillant ensemble à obtenir des avantages qu'ils ne pourraient obtenir seuls.

#### 5. Programme des États fédérés

Aux États-Unis, les programmes mis en place dans les différents États donnent une vue globale de l'ampleur des préoccupations liées au réchauffement climatique et des mesures innovantes pour le combattre. Au moins huit

11. C40 CITIES, <<https://www.c40.org/>>.

12. Under2 Coalition, <<https://www.under2coalition.org/>>.

13. Powering Past Coal All., <<https://poweringpastcoal.org/>>.

États, le district de Columbia et Porto Rico ont adopté des lois exigeant une énergie propre ou renouvelable à 100 %. Nous nous concentrerons sur la Californie, le New Jersey et New York parce qu'ils ont une population et une économie importantes, et parce qu'ils comptent également parmi les pionniers en matière de lutte contre le réchauffement climatique.

### 5.A. Californie

La Californie est un modèle dans le domaine de la lutte contre le réchauffement climatique depuis des décennies, sous les administrations démocrates et républicaines. Elle a agi sur différents fronts pour réduire les émissions de GES, promouvoir l'efficacité énergétique et stimuler les investissements verts. Quelques points saillants des programmes sont décrits ci-dessous.

Premièrement, la Californie dispose d'un programme de plafonnement et d'échange de droits d'émission de GES, qui a récemment été prolongé jusqu'en 2030. En 2018, le gouverneur de l'époque, Jerry Brown, a également engagé l'État à produire 100 % d'énergie électrique propre d'ici 2045. La politique californienne a stimulé d'énormes investissements privés et publics. En 2018, l'État était en tête du pays pour le nombre d'emplois dans le secteur solaire, avec plus de 76.000 employés<sup>14</sup>, et a triplé sa capacité éolienne ces dernières années en créant 12 nouveaux parcs éoliens, ce qui représentait des investissements de 12,6 milliards de dollars jusqu'en 2017.

L'une des évolutions les plus significatives est la collaboration de la Californie avec d'autres États et les constructeurs automobiles de premier plan pour réduire les émissions de GES des véhicules au-delà des normes fédérales. En septembre 2019, cependant, l'administration Trump a publié une règle révoquant la compétence juridique de la Californie à appliquer des limites plus strictes en matière de GES émis par les véhicules, alors même que d'autres États souhaitaient suivre. En réponse, la Californie et d'autres États poursuivent le gouvernement fédéral pour contester la légalité de cette décision. La Californie s'est également associée aux grands constructeurs automobiles - Ford, Honda, VW et BMW - dans un accord stipulant que ces derniers continueront à augmenter progressivement leurs normes anti-pollution. Les signataires de l'accord ont jusqu'en 2026 pour produire des voitures consommant au maximum 1 gallon pour 50 miles parcourus<sup>15</sup>. L'accord couvre 30 % de toutes les nouvelles voitures et de tous les nouveaux SUV vendus aux États-Unis. D'autres entreprises, dont GM, Fiat Chrysler et Toyota, ont ensuite dans la continuité publié des déclarations de soutien au gouvernement fédéral.

En plus de réglementer les véhicules, la Californie exige également depuis septembre 2018, que les producteurs de carburant réduisent la pollution de leurs produits de 20 %

d'ici 2030 dans le cadre de leur *Low Carbon Fuel Standard*. En juin 2019, la Californie a signé un protocole d'accord avec le Canada pour coopérer sur des mesures limitant les émissions de GES. Ce partenariat vise à accélérer l'achat de véhicules à zéro émission et prévoit un transfert de connaissances en matière d'informations techniques et également une standardisation des meilleures pratiques<sup>16</sup>.

### 5.B. New Jersey

En octobre 2018, le gouverneur du New Jersey, Philip Murphy, a publié une feuille de route visant à ce que 100 % de l'énergie électrique consommée par l'État provienne de sources renouvelables d'ici 2050, et 50 % d'ici 2030<sup>17</sup>. En juillet 2019 il a promulgué le *Updated Global Warming Response Act*. Ce dernier fixe un nouveau cadre contraignant en matière d'émissions : 80 % en dessous des niveaux de 2006 d'ici 2050 - et exige des mesures spécifiques pour atteindre cet objectif. Le New Jersey travaille également à l'augmentation des énergies renouvelables, en particulier l'énergie éolienne.

Certains décrets exigent ainsi que l'État développe 3.500 mégawatts d'énergie éolienne en mer d'ici 2030, qu'il charge le *Board of Public Utilities* et le *Department of Environmental Protection* d'élaborer un plan stratégique pour l'énergie éolienne en mer, et qu'il crée un institut pour l'innovation et le nouveau développement éolien qui servira de centre régional pour l'industrie éolienne. La législation de l'État établit également un standard qui oblige les entreprises d'électricité à produire 35 % de leur électricité à partir d'énergies renouvelables d'ici 2025 et 50 % d'ici 2030. En octobre 2019, un décret a établi une stratégie de résilience au changement climatique à l'échelle de l'État pour planifier les impacts du réchauffement climatique<sup>18</sup>.

### 5.C. New York

En mars 2019, le gouverneur de New York Andrew Cuomo a promulgué un budget de 175 milliards de dollars, qui prévoit la mise en place de péages verts - les premiers du genre aux États-Unis - obligeant les conducteurs de certaines parties de la ville de New York à payer un droit de circulation, dont le produit sera utilisé pour améliorer le métro et répondre à d'autres besoins en matière de transport<sup>19</sup>. New York a également adopté le *Climate Leadership and Community Protection Act*, qui est entré en vigueur en juillet 2019<sup>20</sup>. Cette loi fixe un objectif ambitieux à l'échelle

14. *Annexe A: Solar Jobs by State, The Solar Fund* (2018): <<http://www.thesolarfoundation.org/wp-content/uploads/2019/02/Appendix-A.pdf>>.

15. Note de la rédaction : soit environ 5,7 litres pour 100 kilomètres.

16. *Canada and California Sign Agreement to Work Together on Cleaner Transportation*, CAL. Air Resources Board): <<https://ww2.arb.ca.gov/news/canada-and-california-sign-agreement-work-together-cleaner-transportation>>.

17. *The State of Innovation: Building a Stronger and Fairer Economy in New Jersey*, THE ST. OF N. J. (Oct. 2018): <<https://www.njeda.com/pdfs/StrongerAndFairerNewJerseyEconomyReport.aspx>>.

18. *Governor Murphy Signs Executive Order to Establish Statewide Climate Change Resilience Strategy*, INSIDER NJ (Oct. 29, 2019): <<https://www.insidernj.com/press-release/governor-murphy-signs-executive-order-establish-statewide-climate-change-resilience-strategy/>>.

19. *FY 2020 Enacted Budget Financial Plan*, N. Y. ST. of Opportunity (Mar. 2019): <<https://www.budget.ny.gov/pubs/archive/fy20/enac/fy20fp-en.pdf>>.

20. *New York Climate Leadership and Community Protection Act*, S. 6599, 2019 Leg. Reg. Sess. (N. Y. 2019).

de l'État, à savoir atteindre un niveau d'émissions de carbone « net zéro » d'ici 2050, en plus de fixer les objectifs contraignants d'une réduction de 85 % des émissions d'ici 2050, avec un objectif à moyen terme de 40 % d'ici 2030. D'ici 2040, l'État souhaite parvenir à une électricité 100 % propre<sup>21</sup>. Il convient également de souligner l'accent mis sur les questions de justice environnementale, avec un conseil d'action pour le climat composé de 22 membres qui élaborera un plan d'action en vue de mieux prendre en compte les problématiques liées à la justice climatique.

Reconnaissant le devoir de l'État de mettre en place des mesures visant l'égalité, le gouverneur a engagé l'État à fournir gratuitement de l'énergie solaire à 10.000 résidents à faible revenu. En mars 2018, le gouverneur a également engagé 1,4 milliard de dollars pour 26 projets liés à l'énergie renouvelable, dont 22 parcs solaires, trois parcs éoliens et un projet hydroélectrique. L'État investira 200 millions de dollars dans le stockage de l'énergie. New York s'attaque également à l'augmentation de l'efficacité énergétique et a annoncé qu'il augmenterait de 50 % son objectif actuel d'efficacité énergétique pour 2025 et qu'il fournirait également 36 millions de dollars pour inciter les localités, les promoteurs, les résidents et les entreprises à investir dans l'amélioration de l'efficacité énergétique.

Les actions menées dans ces trois États sont ainsi toutes axées sur le développement des énergies renouvelables, sur l'offre et la demande d'énergie et sur l'intégration de considérations liées à la justice environnementale. Leurs actions offrent un aperçu détaillé de ce que peuvent impliquer les actions ascendantes au niveau infranational et de leur rôle important dans la lutte contre le changement climatique.

## 6. Initiatives municipales

Les villes sont également devenues des acteurs majeurs dans la lutte contre le réchauffement climatique. Des villes comme New York, Los Angeles et Chicago sont aujourd'hui à la pointe du progrès écologique grâce à des organisations telles que le C40 et les *Climate Mayors*. En juin 2017, la Conférence des maires des États-Unis, qui représente les villes de plus de 300 000 habitants, a adopté plusieurs résolutions, dont une qui reconnaît explicitement l'importance de l'Accord de Paris, du Plan pour l'énergie propre et de l'action fédérale en faveur de solutions de transport propre, ainsi que la nécessité de fournir aux villes les outils nécessaires pour lutter contre le changement climatique et se préparer à ses effets sur les habitants. La conférence a également adopté des résolutions encourageant les services publics, le gouvernement fédéral et d'autres à contribuer à l'accélération de l'électrification du secteur des transports et à soutenir les villes à poursuivre la transition vers une énergie 100 % propre et renouvelable d'ici 2035. Ces mesures sont importantes, mais elles doivent encore être mises en œuvre.

21. *Governor Cuomo Announces Formal Request for New York Exclusion from Federal Offshore Drilling Program*, N. Y. ST. (9 Mar. 2018): <<https://www.governor.ny.gov/news/governor-cuomo-announces-formal-request-new-york-exclusion-federal-offshore-drilling-program>>.

Certaines municipalités s'engagent individuellement à promouvoir l'énergie propre. Pour ne citer que deux exemples, Orlando, en Floride, est en train de faire passer son parc de véhicules municipaux au 100 % électrique à une date cible de 2030, et Disneyworld met en ligne un projet solaire de 50 MW pour alimenter deux de ses quatre parcs à thème. San Francisco, en Californie, est devenue la première grande ville américaine à vouloir s'alimenter entièrement par des énergies renouvelables, avec pour objectif d'y parvenir d'ici 2030.

Les villes d'autres pays prennent également des mesures importantes pour lutter contre le changement climatique. Lors du sommet de l'ONU sur l'action climatique de 2018, le C40 a annoncé que 27 de ses villes membres avaient atteint un pic de leurs émissions de carbone, et depuis lors, ces dernières ont diminué. En octobre 2017, douze villes, dont Londres, Los Angeles, Mexico et Paris, se sont engagées à n'acheter que des bus zéro émission pour les flottes municipales de transport en commun à partir de 2025<sup>22</sup>.

Si ces initiatives et engagements sont importants, ils ne sont pas suffisants à eux seuls. Les autres structures des États-Unis, le gouvernement fédéral et le monde entier doivent faire plus pour éviter d'atteindre des points de bascule au-delà desquels le changement climatique pourrait produire des effets catastrophiques. Des études récentes ont montré que si 68 pays ont déclaré leur intention de rehausser leur contribution au titre de l'accord de Paris, cela ne représente tout au plus que 8 % des émissions mondiales<sup>23</sup>. Davantage de mesures doivent être prises à tous les niveaux - fédéral, étatique, communautaire et individuel - pour faire en sorte que nous ne dépassions pas les seuils critiques. Les sections suivantes abordent d'autres acteurs importants de notre monde kéléidoscopique, à savoir le secteur privé et les particuliers.

## 7. Engagements du secteur privé

Certains acteurs du secteur privé prennent des mesures importantes pour lutter contre le réchauffement climatique. Des entreprises ont ainsi pris des engagements unilatéraux pour réduire les émissions et investir dans des solutions renouvelables. Elles sont motivées par des rapports scientifiques convaincants, des demandes des consommateurs et des employés, des résolutions d'actionnaires, des campagnes de désinvestissement, des risques de réputation et de contentieux, etc. La *Business Roundtable*<sup>24</sup>, dont les membres sont exclusivement des dirigeants de grandes entreprises américaines, a publié une déclaration dans laquelle ils s'engagent à diriger leurs entreprises « dans l'intérêt de toutes les parties prenantes - clients, employés, fournisseurs, communautés et actionnaires ». Cela inclut aussi la protection de l'environne-

22. *C40 Cities Clean Bus Declaration of Intent*, C40 CITIES (2017): <<https://www.c40.org/networks/zero-emission-vehicles>>.

23. *2020 NDC Tracker*, Climate Watch: <<https://www.climatewatchdata.org>>.

24. *Business Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation to Promote 'An Economy That Serves All Americans'*, Business Roundtable (Aug. 19, 2019): <<https://www.businessroundtable.org>. 181 CEOs signed the statement>.

ment en adoptant des pratiques commerciales durables.

La participation du secteur privé est globale. La semaine du climat aux Nations-Unies en septembre 2019 a donné lieu à des dizaines de nouveaux engagements de la part d'entreprises et d'organisations internationales. Par exemple, 130 banques de 49 pays dans le cadre de l'initiative financière du Programme des Nations Unies pour l'environnement - représentant plus de 47.000 milliards de dollars d'actifs - ont publié les *Principes pour un secteur bancaire responsable* afin d'accélérer « la contribution du secteur bancaire à la réalisation des objectifs de la société tels qu'ils sont exprimés dans les objectifs de développement durable et l'Accord de Paris sur le climat »<sup>25</sup>. Amazon s'est également engagé à honorer les objectifs de l'Accord de Paris, l'entreprise souhaite même atteindre les objectifs fixés en 2040, plutôt qu'en 2050 comme le prévoit l'Accord, et a appelé les autres entreprises à faire de même. L'ancien maire de New York, Michael Bloomberg, a lancé l'*America's Pledge*, qui suivra les efforts des États, des villes et des entreprises américaines pour réduire les GES.

### 8. Les mouvements sociaux en faveur du climat

Les jeunes ont ouvert la voie en catalysant les mouvements sociaux pour convaincre les gouvernements de lutter contre le changement climatique. Les mouvements de jeunes pour le climat ont commencé à apparaître après la Conférence de Rio sur l'environnement et le développement en 1992 et ont été largement organisés de manière segmentée géographiquement. Depuis 2005, la plupart d'entre eux ont été regroupés au sein de l'*International Youth Climate Movement* (IYCM), dont les membres proviennent de toutes les régions du monde. Bien que nationaux ou régionaux ces réseaux peuvent regrouper en leur sein des mouvements locaux. Il existe également des organisations comme le *Climate Action Network International*, qui regroupe plus de 1 100 organisations non gouvernementales dans 120 pays.

Au cours des dernières années, les jeunes ont créé beaucoup plus de mouvements de lutte contre le changement climatique, qui ne sont pas ancrés territorialement. Parmi ces mouvements, citons le *Sunrise Movement*, *Fridays For Future*, *Extinction Rebellion*, *Earth Uprising* et *Youth Climate Leaders*. Certains, comme le *Sunrise Movement* aux États-Unis, sont axés sur des actions nationales. D'autres, comme les *Youth Climate Leaders*, visent à devenir des organisations internationales. Certains sont mondiaux et très décentralisés et n'exigent pas qu'un individu s'engage auprès d'une institution avant d'agir au nom du mouvement. Ces derniers se recoupent et se combinent. Par exemple, les ambassadeurs de *Earth Uprising* sont également des protestataires passionnés au sein du mouvement *Fridays For Future*. Les mouvements peuvent également se soutenir mutuellement, comme l'illustrent les posts de Greta Thunberg sur les réseaux sociaux qui

soutiennent les actions d'extinction rébellion.

Cet article se concentre sur les actions *infra*-nationales aux États-Unis, nous considérerons d'abord le *Sunrise Movement*, qui a débuté en 2017 et a une influence nationale importante. Le *Sunrise Movement* tente de stimuler l'engagement politique pour amener les autorités à agir. Ils essaient de convaincre le Congrès américain d'adopter le *Green New Deal*, appelant à une transition rapide vers une énergie 100% d'origine renouvelable. Le *Green New Deal* intègre la prise en compte des inégalités raciales et socio-économiques avec des demandes de mesures accrues pour lutter contre le changement climatique et des investissements pour la classe ouvrière. Le mouvement a connu un certain succès puisque la résolution *Green New Deal* a été présentée au Congrès et que certains candidats à des fonctions politiques nationales en adoptent les principes, bien que davantage de détails soient nécessaires pour la mettre en œuvre.

Nous considérerons ensuite deux mouvements internationaux qui dépendent d'actions individuelles locales. Greta Thunberg, une Suédoise, a commencé son propre mouvement en août 2018 lorsqu'elle a protesté devant le Parlement suédois pendant trois semaines. Elle a poursuivi ses protestations le vendredi après la rentrée scolaire, partageant ses dernières photos sur Instagram et Twitter, ce qui a donné lieu aux hashtags *#FridaysForFuture* et *#ClimateStrike*. En utilisant les réseaux sociaux, elle a pris de l'élan avec d'autres jeunes du monde entier. En septembre 2019, Greta Thunberg s'est adressée au Sommet des Nations Unies sur l'action climatique sous des applaudissements nourris. À la suite de son discours, elle a gagné des millions de nouveaux adeptes sur Twitter et Instagram. Ce mouvement n'est pas neutre car il génère des réactions négatives sur les médias sociaux à l'encontre des enfants et des adolescentes.

*Extinction Rebellion* a débuté au Royaume-Uni en octobre 2018. Il se décrit comme un « mouvement international qui utilise la désobéissance civile non violente pour tenter d'arrêter l'extinction massive et de minimiser le risque d'effondrement social ». Son approche contraste avec les outils traditionnels comme les pétitions ou les efforts pour atteindre les représentants politiques. Le mouvement, qui utilise les réseaux sociaux d'Instagram et de Twitter, préconise une action décentralisée, en affirmant que toute personne qui suit ses principes et valeurs fondamentales peut agir en son nom<sup>26</sup>.

Bien que ces mouvements soient similaires dans leur tentative de déclencher le changement, ils diffèrent de manière significative, y compris dans leur rhétorique. La plupart des premiers mouvements s'identifiaient géographiquement, utilisaient peu les médias sociaux (inexistants à l'époque) et étaient plutôt centralisés, avec parfois des couches d'organisation institutionnelle. Les mouvements récents utilisent les réseaux sociaux pour atteindre les gens, prônent des actions individuelles décentralisées

25. *Principles for Responsible Banking*, UNEP Fin. Initiative: <<https://www.unepfi.org/banking/bankingprinciples/>>.

26. About Us, Extinction Rebellion: <<https://rebellion.earth/>> (last visited 1 nov. 2019).

et peuvent utiliser une rhétorique vigoureuse. Cette stratégie leur permet de prendre rapidement un élan mondial, d'atteindre beaucoup plus de personnes et de stimuler une action plus large et globale.

### 9. Actions introduites devant les tribunaux et les organes des Nations Unies

La société civile se saisit de plus en plus des organes judiciaires ou semi-judiciaires pour faire pression en faveur d'une action sur le changement climatique. Certains efforts visent les tribunaux internationaux ou les organes d'institutions internationales compétents pour recevoir des plaintes. Greta Thunberg et quinze autres jeunes ont adressé une pétition au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies en vertu du troisième protocole facultatif (article 5) pour protester contre les échecs des gouvernements à faire face à la crise climatique. La pétition allègue que l'inaction collective de la part de l'Allemagne, de l'Argentine, du Brésil, de la France et de la Turquie entraînera, au détriment des futures générations, des violations des dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant (articles 3, 6, 24, 30). La pétition fournit de nombreux détails sur les préjudices attendus et examine également les principes applicables du droit international, notamment le principe de précaution et le principe d'équité intergénérationnelle. Si la question de la qualité à agir doit être abordée, l'initiative est importante car elle laisse présager d'autres pétitions éventuelles adressées à des organismes internationaux.

La jeunesse et d'autres militants se tournent également de plus en plus vers les tribunaux nationaux pour tenter de forcer les gouvernements à en faire plus pour lutter contre le réchauffement climatique ou pour cibler les entreprises polluantes. Aux États-Unis, 21 jeunes ont intenté un procès au gouvernement américain dans l'affaire *Juliana v. United States*, alléguant que le gouvernement négligeait sciemment la prévention des effets catastrophiques du changement climatique, en violation des droits constitutionnels des plaignants notamment le respect du droit à la vie et du droit de propriété. Ils ont invoqué la doctrine du *public trust*<sup>27</sup> et l'ont étendue à l'atmosphère. La *District Court* et les cours d'appel fédérales ont refusé de rejeter l'affaire, mais en raison de contestations procédurales, l'affaire n'a pas encore été jugée. Des poursuites similaires ont été engagées dans d'autres États américains.

Des actions sont également en cours dans d'autres pays. Aux Pays-Bas, la Fondation Urgenda a poursuivi le gouvernement néerlandais pour ne pas avoir pris des mesures adéquates en vue de réduire les émissions de GES. Le tribunal de district de La Haye a ordonné au gouvernement de réduire les émissions annuelles de GES d'au moins 25 % à la fin de 2020 par rapport au niveau d'émissions de 1990 pour atténuer le risque d'un changement climatique dan-

gereux. La Cour a conclu que le principe d'équité exigeait que l'État veille à ce que les coûts de la crise climatique soient raisonnablement répartis entre les générations actuelles et futures. Le 20 décembre 2019, la Cour suprême des Pays-Bas a confirmé cette décision. Au Pakistan, dans l'affaire *Leghari v. Federation of Pakistan*, la Haute Cour de Lahore a convenu que l'incapacité du gouvernement à faire face au changement climatique violait les droits constitutionnels des plaignants à la vie et à la dignité. Elle a ordonné la création d'une commission sur le changement climatique pour surveiller les progrès de la mise en œuvre de la politique nationale sur le changement climatique du pays. L'affaire est particulièrement importante pour la reconnaissance des droits fondamentaux comme base pour contester l'inaction du gouvernement national en matière de changement climatique et pour invoquer l'équité intergénérationnelle et les principes de précaution.

Si ces affaires sont peut-être parmi les plus connues, les jeunes et d'autres ont porté des affaires de changement climatique dans au moins 28 pays, couvrant l'Amérique du Nord et du Sud, l'Europe, l'Asie et la région du Pacifique<sup>28</sup>. En janvier 2019, la municipalité de Grande-Synthe en France a déposé un recours en excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre le gouvernement français pour ne pas avoir pris les mesures appropriées pour lutter contre le changement climatique et a demandé qu'il lui soit ordonné de prendre les mesures appropriées pour réduire les émissions de GES. *Notre Affaire à Tous* et trois autres associations ont déposé une action en responsabilité en mars 2019 devant le tribunal administratif de Paris. Ces affaires reflètent une tendance croissante à utiliser les tribunaux comme un moyen d'amener les gouvernements à lutter contre le changement climatique.

Les procureurs, les organisations non gouvernementales et les particuliers se tournent également vers les tribunaux pour tenter de tenir les entreprises de combustibles fossiles responsables de leur incapacité à reconnaître publiquement et à traiter les dangers des combustibles fossiles qui contribuent au changement climatique. À New York, le procureur général a cherché à poursuivre Exxon Mobil en vertu du *Martin's Act* visant à lutter contre la fraude envers les actionnaires, alléguant que l'entreprise avait trompé les investisseurs sur les coûts et les risques réels du changement climatique et donc sur l'évaluation de l'attractivité de l'entreprise.

Le 10 décembre 2019, la Cour suprême de New York a rejeté la plainte au motif que le procureur général n'avait pas réussi à étayer son action par des preuves suffisantes. Le Massachusetts a intenté une action civile contre Exxon Mobil, alléguant des déclarations inexactes et l'absence de divulgation des risques liés au changement climatique pour l'entreprise et demandant le prononcé d'une injonction et des dommages-intérêts punitifs. Plusieurs action-

27. Note de la rédaction : théorie développée dans les années 1970 aux États-Unis, en vertu de laquelle certaines ressources naturelles et culturelles sont préservées pour l'usage des citoyens, et que le gouvernement se voit confier ce devoir de protection et d'entretien. La violation de ce principe par ce dernier, étant censée donner la possibilité aux citoyens de se pourvoir en justice pour le faire respecter.

28. J. Setzer et R. Byrnes, *Climate Change Litigation: 2019 Snapshot*, July 2019: <<http://www.lse.ac.uk/>>. See Climate Change Litigation Database, for a list of cases initiated by youth: <<http://climatecasechart.com>>.

naires d'Exxon Mobil au Texas et dans le New Jersey ont engagé des poursuites devant un tribunal fédéral contre les dirigeants de la société, alléguant une violation de la loi fédérale sur les valeurs mobilières, un manquement au devoir fiduciaire, un gaspillage des actifs de la société et un enrichissement sans cause. Dans le Maryland, le maire et le conseil municipal de Baltimore ont déposé une plainte devant un tribunal d'État contre 26 sociétés pétrolières et gazières, alléguant qu'elles avaient contribué au changement climatique en produisant et en vendant des combustibles fossiles et en trompant le public sur le danger que représentent ces produits, en violation de plusieurs lois de l'État.

Des procès contre des entreprises accusées d'avoir contribué au changement climatique sont également en cours dans d'autres pays, comme par exemple le procès intenté par un agriculteur péruvien contre une compagnie d'électricité allemande pour avoir participé au changement climatique qui a entraîné la fonte des glaciers et des inondations. Le recours aux tribunaux pour tenir les gouvernements et les entreprises responsables du changement climatique est de plus en plus fréquent. Cette tendance reflète un sentiment d'urgence dans l'utilisation de tous les leviers et approches disponibles pour faire face au changement climatique.

La question clé est de savoir quels impacts toutes les initiatives décrites ci-dessus auront pour limiter suffisamment les émissions de GES afin d'éviter que la température mondiale n'augmente rapidement et ne mette en péril la stabilité de notre système climatique. La réponse n'est pas encore claire. Il sera essentiel de surveiller et d'évaluer ces efforts et leurs effets.

### 10. Réflexions sur les initiatives ascendantes dans le monde kaléidoscopique

L'atténuation du changement climatique est un bien public mondial. Nos actions visant à lutter contre le changement climatique s'inscrivent dans le contexte du nouveau monde kaléidoscopique, caractérisé par des changements rapides, de nombreux acteurs tant publics que privés et différents types d'instruments juridiques. Les problèmes liés au changement climatique doivent être abordés aux niveaux local, régional et international. Les citoyens doivent s'impliquer. Si tous les acteurs sont responsables de leurs actions (ou de leur inaction), la complexité du monde kaléidoscopique rend la responsabilisation de chacun plus difficile.

Dans le nouveau monde kaléidoscopique, les gouvernements nationaux doivent agir pour réduire les émissions de GES. Cependant, les mesures descendantes ne suffiront probablement pas à elles seules, même si les États respectent leurs contributions nationales actuelles. Les approches ascendantes qui impliquent d'autres acteurs que les gouvernements sont essentielles. Elles permettent à ces derniers de respecter leurs engagements et offrent des possibilités de les dépasser.

Dans ce contexte plus fluide, les instruments juridiques doivent aller au-delà des accords internationaux et de la législation nationale. Les accords entre entités infranationales, les instruments juridiques non contraignants et les engagements volontaires individualisés de tous les acteurs, publics et privés, sont essentiels et devraient devenir de plus en plus courants.

L'élaboration de mesures descendantes et ascendantes pour faire face au changement climatique soulève des questions d'équité. Le changement climatique aura des effets disparates et inégaux sur les communautés et les individus à faible revenu et les minorités qui vivent souvent dans des zones vulnérables et disposent de beaucoup moins de ressources pour s'adapter. En outre, ce sont eux qui ont le moins contribué aux émissions de gaz à effet de serre. Cela signifie que nous devons remédier à ces inégalités intragénérationnelles par des politiques justes et résilientes<sup>29</sup>.

Le changement climatique soulève intrinsèquement des questions liées à l'équité intergénérationnelle. Nos actions d'aujourd'hui influenceront profondément la robustesse et l'habitabilité de notre planète pour les générations futures et les coûts qu'elles devront supporter pour protéger leur héritage. Les jeunes le savent. Le problème est que les générations futures ne sont pas à la table des décisions. Le monde kaléidoscopique complique les efforts visant à leur donner une voix, car ces décisions se prennent à de multiples niveaux, avec de multiples acteurs et sur de multiples questions. Nous devons trouver des moyens de garantir que les intérêts des générations futures soient pris en compte dans ces décisions.

La responsabilisation est essentielle pour garantir que ceux qui agissent, que ce soit du haut vers le bas ou du bas vers le haut, soient responsables des résultats de leur action ou de leur inaction. Les individus doivent également être responsables. La responsabilisation peut être compliquée. Qui doit rendre des comptes à qui, pour quoi, quand et comment ? Les poursuites judiciaires liées au changement climatique et les mouvements de jeunesse et autres qui travaillent par le biais d'un engagement direct avec les décideurs politiques sont des efforts visant à responsabiliser les dirigeants. Ces actions sont essentielles pour attirer l'attention et catalyser l'action à tous les niveaux de la société.

Nous n'avons qu'une seule planète, la Terre, dont nous dépendons tous. Nous avons l'obligation morale, envers nous-mêmes et les générations futures, de protéger notre planète contre un changement climatique catastrophique. Les initiatives ascendantes qui font appel à l'énergie et à l'engagement de tous les individus, gouvernements et autres parties prenantes décrits ci-dessus sont un élément essentiel pour remplir cette obligation.

29. E. Brown Weiss, *Intergenerational Equity in a Kaleidoscopic World*, 49 *Environmental Law & Policy* 3 (2019); U.N. Secretary-General, *Intergenerational Solidarity and the Needs of Future Generations: Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/68/322 (15 Aug. 2013).



Guy Canivet • Premier président honoraire de la Cour de cassation, ancien membre du Conseil constitutionnel

## Gouvernance par le marché et développement durable

132

Le concept d'économie de marché représente un système où les décisions de produire, d'échanger et d'allouer des biens et services rares sont déterminées majoritairement à l'aide d'informations résultant de la confrontation de l'offre et de la demande telle qu'établie par le libre jeu de la concurrence par les prix<sup>1</sup>. Selon la théorie libérale, ce mécanisme, conduisant à un marché libre et autorégulateur, dans une économie mondialisée, dépolitisée et libérée de toute contrainte exogène, notamment économique, sociale et environnementale, est le moteur de la croissance économique<sup>2</sup>. Il est toutefois apparu, dès le 19<sup>ème</sup> siècle, d'abord aux États-Unis puis en Europe, que la protection de la libre concurrence, principe central de l'économie de marché<sup>3</sup>, exigeait l'intervention des États pour corriger les imperfections du marché liées au comportement des entreprises, lorsqu'elles en entravent le bon fonctionnement, que ces entraves résultent de pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de positions dominantes) ou d'une concentration excessive. Ces interventions des États se font dans le cadre de politique de la concurrence<sup>4</sup>.

Au milieu du 20<sup>ème</sup> siècle, cette doctrine libérale s'était complétée d'une analyse des défaillances du marché, à l'origine de la théorie des externalités, théorie selon laquelle, par leur activité, les entreprises en concurrence produisent des effets procurant à autrui, sans contrepartie monétaire, une utilité ou un avantage ou, au contraire, une nuisance ou un dommage. Échappant à la logique marchande, ces externalités, surtout lorsqu'elles sont négatives, imposent l'intervention de l'État par des politiques de régulation<sup>5</sup>.

1. R. Guesnerie, *L'Économie de marché*, Le Pommier, 2006.
2. M. Friedman, *Capitalisme et liberté*, Flammarion, Champs Essais, 2016.
3. L'économie néo-classique du marché est fondée sur le paradigme de la concurrence pure et parfaite ; B. Guerrien, « Qu'est-ce que la concurrence parfaite ? », juillet 2017, accessible ici : <<http://bernardguerrien.com/wp-content/uploads/2017/07/concurrence-parfaite.pdf>>.
4. E. Combe, *Économie et politique de la concurrence*, 2<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2020.
5. F. Aggeri. *Marchés et développement durable. L'activité marchande sans le*

Soutenue par l'ensemble des organisations internationales à vocation économique<sup>6</sup>, s'est ainsi progressivement imposée, à l'échelle mondiale, une théorie du marché régulé établissant un lien entre la concurrence, la politique de la concurrence, et les résultats macroéconomiques, tels que la productivité, la croissance, l'innovation, l'emploi et les inégalités<sup>7</sup>. Assurées de la validité de ce modèle, ces organisations ont incité les États à adopter des politiques de la concurrence mises en œuvre par des autorités et/ou juridictions de la concurrence, en principe indépendantes dans le respect des garanties procédurales fondamentales, selon des réglementations standardisées<sup>8</sup> regardées comme indispensables à leur participation au commerce international<sup>9</sup>. Ainsi le droit de la concurrence, uniformisé et mondialement intégré par des accords de coopération<sup>10</sup>, a été érigé en principe d'une gouvernance mondiale par le marché<sup>11</sup>. Ayant supplanté les systèmes collectivistes ou dirigistes<sup>12</sup>, ce modèle est aujourd'hui universel<sup>13</sup>. Sur un marché planétaire, les capitaux, les biens et les services et le travail sont en situation de concurrence globale.

À partir de la fin des années 1970, il est toutefois apparu que, si ce modèle économique a permis des progrès

*marché*, Presses des Mines, pp.231-245, 2010 ; R. Coase, "The problem of social cost", *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, 1-44 ; E. Meade, "External Economies and Diseconomies in a Competitive Situation", *The Economic Journal*, 1952, Vol. 62, No. 245 p. 54-67 ; R. Cornes et T. Sandler, *The theory of externalities, public goods and club goods*, Cambridge University Press, 1986 ; C. Gollier, *Le climat après la fin du mois*, PUF, 2019.

6. Les travaux menés par le Réseau international de la concurrence (RIC) et par d'autres organisations internationales, par exemple l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), les initiatives prises par des organisations non gouvernementales comme *Consumer Unity and Trust Society* (CUTS) et, surtout, par les autorités nationales de la concurrence les plus influentes visent à promouvoir la compréhension des objectifs, du contenu et des effets de la politique de la concurrence à l'échelle mondiale. Pour une réflexion sur cette question, voir H. M. Hollman et W. E. Kovacic, « The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role », *Minnesota Journal of International Law*, vol. 20, 2011, pp. 274-323.
7. P. Aghion, N. Bloom, R. Blundell, R. Griffith, & P. Howitt, « Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship », *The Quarterly Journal of Economics*, 120(2), 2005, pp. 701-728 ; P. Aghion, C. Antonin, S. Bunel, *Le pouvoir de la destruction créatrice*, Odile Jacob, 2020.
8. Loi type de la CNUCED sur la concurrence de 2010.
9. Voir les négociations au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence et l'opposition entre les pays développés et les pays en voie de développement ; OCDE, forum mondial sur la concurrence : Politique de la concurrence, commerce et économie mondiale : Éléments figurant dans les accords de l'OMC existants, engagements contenus dans les accords commerciaux régionaux, défis actuels et axes de réflexion - Note de R. D. Anderson, W. E. Kovacic, A. C. Müller et N. Sporysheva - 5 décembre 2019 : <<http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf>>.
10. M. Rioux, Globalisation économique et concurrence (Note), Études internationales, 33 (1), 2002, pp. 109-136 : <<https://doi.org/10.7020/704384ar>>.
11. Le sens du néologisme « gouvernance mondiale » est inspiré du rapport du Conseil d'analyse économique sur la Gouvernance Mondiale, Documentation française 2002 : <<https://www.cae-eco.fr/staticfiles/pdf/037.pdf>>.
12. Selon les critères de l'OMC, même la Chine s'est vue reconnaître le statut d'économie de marché en 2016. Ce statut lui est toutefois refusé par l'Europe et les par les États-Unis.
13. L'économie de marché connaît toutefois des variantes en fonction des contextes et institutions qui en sont le support. À côté de l'économie de marché pratiquée dans les pays anglo-saxons, s'est développée en Europe une « économie sociale de marché » inspirée de l'ordolibéralisme, tandis que la Chine se décrit comme une « économie socialiste de marché » ; R. Guénerie, *op. cit.*

incontestables, il a suivi des orientations que la planète et ses habitants ne pourront supporter plus longtemps tant en matière de développement qu'en matière d'environnement. Une Commission mondiale sur l'Environnement et le Développement constituée en 1983 par l'Assemblée générale des Nations Unies a ainsi fait le constat d'une double faillite : du développement et de la gestion de l'environnement.

Selon le rapport de cette Commission établi en 1987<sup>14</sup> et largement documenté par quatre années de travaux, en ce qui concerne le développement, « en chiffres absolus, il n'y a jamais eu autant de gens qui ont faim et le nombre des affamés ne cesse de progresser. Il en va de même pour le nombre d'analphabètes, de gens qui n'ont pas accès à l'eau potable, qui n'ont pas de logement digne de ce nom ou qui manquent de bois pour se chauffer et faire la cuisine. L'écart entre pays nantis et pays pauvres se creuse au lieu de se refermer et, étant donné les tendances et les dispositifs institutionnels qui sont les nôtres, il y a peu d'espoir de voir cette tendance s'inverser ». Tandis que « Sur le plan de l'environnement, il existe aussi des tendances qui menacent la planète et nombre des espèces qui l'habitent, dont l'espèce humaine ». Afin de remédier à cette situation de péril planétaire, cette Commission a proposé l'adoption de politiques dites « de développement durable » permettant « de répondre aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations futures de satisfaire les leurs ».

Tel qu'il est conçu par ce rapport et des textes fondateurs qui l'ont suivi, le développement durable repose sur des solutions économiques, environnementales et sociales intégrées qui sont la base de modèles économiques au service des peuples et de l'environnement, de politiques environnementales qui contribuent au progrès, d'approches sociales qui favorisent le dynamisme économique et protègent le patrimoine environnemental, tout en renforçant les droits de l'homme, l'égalité et la viabilité<sup>15</sup>. Si dans sa formulation, ce concept peut sembler large et flou, au fil du temps, il s'est cependant beaucoup précisé dans sa triple dimension, économique, sociale et environnementale comme dans les mécanismes d'intégration qui lient chacune d'elles.

Ainsi, l'Agenda 2030 articule autour de cinq piliers (planète, population, prospérité, paix et partenariats) 17 objectifs du développement durable<sup>16</sup> qui sont désormais

14. Notre avenir à tous, Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'ONU, présidée par Gro Harlem Brundtland, avril 1987.
15. Les essentiels de l'OCDE Le développement durable : À la croisée de l'économie, de la société et de l'environnement, OCDE 2008, accessible sur : <<https://www.oecd.org/fr/lesessentiels/41903232.pdf>>.
16. Éradication de la pauvreté, lutte contre la faim, bonne santé et bien-être, accès à une éducation de qualité, égalité entre les sexes, accès à l'eau salubre et à l'assainissement, énergies fiables, durables et modernes, à un coût abordable, accès à des emplois décents, bâtir une infrastructure résiliente, promouvoir une industrialisation durable qui profite à tous et encourager l'innovation, réduction des inégalités, villes et communautés durables, consommation et production responsables, lutte contre les changements climatiques, conserver et exploiter de manière durable les océans et les mers aux fins du développement durable, vie terrestre, justice et paix, et partenariats pour la réalisation des objectifs : <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable>>.

suffisamment précis pour orienter et évaluer l'action des États signataires<sup>17</sup>.

Selon la doctrine de l'économie de marché, les questions environnementales et sociales comprises dans la durabilité relèvent des externalités<sup>18</sup>. De sorte que, en principe, marché et développement durable suivent des logiques différentes : le libre jeu de la concurrence pour l'un, l'intervention de l'État sous diverses formes, essentiellement réglementaires et fiscales, pour l'autre. La question est alors de savoir si ces politiques de régulation sont suffisantes pour compenser les conséquences négatives climatiques, environnementales et sociales de l'économie de marché<sup>19</sup>. Le constat est malheureusement celui de l'accroissement des inégalités, de l'aggravation de la pauvreté<sup>20</sup>, de la progression de la faim<sup>21</sup>, de la dégradation de l'environnement et de l'accélération réchauffement climatique<sup>22</sup> alors, au surplus, que la remise en cause de notre modèle de développement prend une nouvelle dimension avec les conséquences économiques et sociales de la pandémie mondiale du coronavirus<sup>23</sup>.

La double approche, libre concurrence et régulation étatique, est en outre source de tensions, dans la mesure où l'économie de marché et le développement durable sont antagoniques : à l'intérêt privé poursuivi par l'entreprise s'oppose l'intérêt public de la durabilité, au temps présent des transactions immédiates sur des biens existants s'oppose le potentiel des projets à venir, aux échanges ponctuels et anonymes du marché s'opposent la transmission des savoirs et la solidarité entre les peuples et envers les générations futures, enfin, aux effets économiques pour les entreprises s'opposent les conséquences dérivées sur les biens communs<sup>24</sup>.

17. Pour la France, voir le Rapport sur les objectifs du développement durable présenté à l'occasion de la revue nationale volontaire de la France au forum politique de haut niveau sur le développement durable (juillet 2016, New York).
18. W. J. Baumol, W.E. Oates, *The Theory of Environmental Policy*, Cambridge University Press, 1988.
19. F. Aggeri, *op. cit.* ; OCDE, Forum Mondial sur la Concurrence 2019, La concurrence sous le feu des critiques : <<https://www.oecd.org/fr/concurrence/forum-mondial/la-concurrence-sous-le-feu-des-critiques.htm>>.
20. Les études de la Banque Mondiale montrent que si dans les cinquante dernières années l'extrême pauvreté a été considérablement réduite dans les pays émergents, la conjonction de la pandémie du Covid-19, des conflits et du changement climatique risque de précipiter de nouveau dans l'extrême pauvreté un grand nombre de personnes en situation précaire. Selon des estimations préliminaires pour 2020 qui tiennent compte des effets de la pandémie, entre 88 et 115 millions de personnes supplémentaires seraient concernées, ce qui porterait le nombre total de personnes vivant dans l'extrême pauvreté à 703-729 millions <<https://www.banquemondiale.org/fr/topic/poverty/overview>>.
21. Les dernières données du rapport conjoint FAO, OMS, PAM, Unicef, IFAD (Rapport SOFI) publié le 13 juillet 2020 montre que la faim poursuit sa progression, alors que la planète produit globalement des denrées alimentaires en quantité suffisante : selon les données de 2019, avant même que la pandémie de Covid-19 ne vienne aggraver la situation, 690 millions de personnes, soit 8,9 % de la population mondiale, étaient sous-alimentées : <<http://www.fao.org/3/ca9692fr/online/ca9692fr.html>>.
22. F. Aggeri *op. cit.*
23. L. Idot, « Covid-19 et droit de la concurrence », *Revue Europe*, n° 4, avril 2020, p. 6 ; OCDE, Les réponses de la politique de la concurrence de l'OCDE face au COVID-19, avril 2020 : <<http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/les-reponses-de-la-politique-de-la-concurrence-de-l-ocde-face-au-covid-19>>.
24. F. Aggeri, *op. cit.*

Selon l'opinion dominante, la survie de l'économie libérale impose, en effet, que soient réglées ces contradictions existentielles afin d'éviter l'explosion sociale et la catastrophe climatique<sup>25</sup>. À cette fin, à l'échelon mondial, diverses organisations, posant en principe la compatibilité de l'économie de marché avec les impératifs du développement durable (1), recherchent les techniques de prise en compte de ces impératifs dans l'application du droit de la concurrence (2).

### 1. L'affirmation du principe de compatibilité entre économie de marché et développement durable

Dans les positions politiques de ces diverses organisations étatiques ou interétatiques, la coexistence entre l'économie de marché et les objectifs du développement durable repose sur l'ambition d'une nouvelle doctrine du marché<sup>26</sup> (A), mobilisant divers principes fondamentaux conventionnels ou constitutionnels (B) et par une nouvelle conception du bien-être du consommateur en tant qu'objectif essentiel des politiques de concurrence (C). Comme l'indique « Le pacte vert pour l'Europe »<sup>27</sup>, il s'agit finalement de se donner les moyens de rendre durable l'économie de marché<sup>28</sup> (D).

#### 1.A. L'ambition d'une nouvelle doctrine du marché

À partir des années 1990, la montée en puissance des préoccupations sociales et environnementales a poussé les organisations internationales, l'Union européenne, les États et les institutions chargées de la mise en œuvre des politiques de concurrence à réduire ces tensions, tant dans le domaine de l'*antitrust* et des concentrations que dans celui des aides d'État.

L'idée centrale est qu'une politique de concurrence bien conduite et appliquée efficacement, en fonction de la situation économique, sociale et environnementale d'un pays, devrait compléter les autres politiques gouvernementales pour soutenir une croissance et un développement durables et solidaires. Il est argué en particulier que des marchés concurrentiels encouragent les entreprises à produire au moindre coût, à investir efficacement, à innover et à adopter des technologies plus économes en énergie, que cette pression concurrentielle est une incitation puissante à utiliser efficacement les ressources limitées de la planète et qu'ainsi elle complète les politiques et les règles de protection des équilibres sociaux et de l'environnement<sup>29</sup>.

La doxa est que la politique de concurrence contribue, par elle-même, à l'efficacité des politiques vertes ou plus généralement de développement durable<sup>30</sup>. Telles sont les ambitions reprises sous diverses formes, par les Nations Unies avec les Objectifs du développement durable (ODD agenda 2030)<sup>31</sup>, par l'OCDE<sup>32</sup>, à travers ses études et recommandations sur le développement durable et les politiques de concurrence, mais aussi par la CNUCED<sup>33</sup>, le FMI<sup>34</sup>, la Banque Mondiale<sup>35</sup> l'OMC<sup>36</sup> et l'ISO<sup>37</sup>. Telle est également l'ambition du plan d'action de l'Union européenne du « pacte vert »<sup>38</sup>. La même ambition est affirmée par certains États, dont la France qui se mobilise pour atteindre les objectifs du développement durable de l'Agenda 2030<sup>39</sup>, qui constitutionnalise ses politiques de protection de l'environnement<sup>40</sup>, a réuni une convention citoyenne pour accélérer la lutte contre le changement climatique<sup>41</sup> et s'est dotée d'un cadre législatif pour prendre en compte la responsabilité sociétale des entreprises<sup>42</sup>. Dans cette perspective, les autorités publiques et administratives indépendantes nationales ont publié un

25. F. Aggeri, *op. cit.* ; F. Aggeri, F. et O. Godard, « Les entreprises et le développement durable », *Entreprises et Histoire*, décembre 2006.
26. M. Lafitte, « Développement durable et économie de marché », *Revue Banque*, février 2007.
27. [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_fr](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_fr).
28. Margrethe Vestager utilise l'expression « écologisation de la politique de concurrence » dans son entretien « Green Deal et politique de la concurrence » : <https://www.journalgeneraldeurope.org/en/2020/09/24/green-deal-and-competition-policy-by-margrethe-vestager-to-jgde/> ; L. Peepkorn, « Competition and Sustainability: What Can Competition Policy Do? », *Concurrences* N°4, 2020.
29. CNUCED Rôle de la politique de la concurrence dans la promotion d'une croissance durable et solidaire, juillet 2015 : <https://unctad.org/system/files/official-document/>.

30. Margrethe Vestager, *op. cit.* ; Ce dogme est cependant discuté par les économistes de l'environnement tant dans son principe que dans ses modalités : F. D. Vivien, « Un panorama des propositions économiques en matière de soutenabilité », O. Boiral, « Environnement et économie : une relation équivoque », *Vertigo*, novembre 2004 : <http://journals.openedition.org/vertigo/3620>.
31. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable/>.
32. OCDE 2008, « Réglementation environnementale et concurrence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol 9/2 ; Forums mondiaux de la concurrence : <https://www.oecd.org/fr/concurrence/forum-mondial/> : Le genre et la concurrence (2018), la concurrence dans le marché du travail (2019), la concurrence et la démocratie sont-elles symbiotiques ? (2017), La promotion de la concurrence et la protection de droit de l'homme (2016), Les liens et les facteurs d'entraînement entre concurrence et emploi (2015), La Lutte contre la corruption (2014), La concurrence et la réduction de la pauvreté (2013).
33. CNUCED, *Rôle de la politique de la concurrence dans la promotion d'une croissance durable et solidaire, op. cit.*
34. FMI, *Accélérer la croissance et réduire la pauvreté en Afrique subsaharienne - le rôle du FMI, 2000* : <https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/fra/12010of.htm>.
35. Banque Mondiale, *L'intensification de la concurrence sur les marchés africains peut stimuler la croissance et sortir au moins un demi-million de personnes de la pauvreté, 27 juillet 2016* : <https://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2016/07/27/boosting-competition-in-african-markets-can-enhance-growth-and-lift-at-least-half-a-million-people-out-of-poverty> ; Breaking down barriers: unlocking Africa's potential through vigorous competition policy : <https://documents.worldbank.org/en/publication/documentsreports/documentdetail/243171467232051787/breaking-down-barriers-unlocking-africas-potential-through-vigorous-competition-policy>.
36. OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, les principes fondamentaux de la politique de la concurrence, 7 juin 1999, pp 99-2281.
37. ISO, Guidelines Competition Law for Participants in the ISI Standards Development Process : [https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/developing\\_standards/docs/en/competition\\_law\\_guideline.pdf](https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/developing_standards/docs/en/competition_law_guideline.pdf).
38. Un pacte vert pour l'Europe, Notre ambition : être le premier continent neutre pour le climat : [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_fr](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_fr).
39. Feuille de route de la France pour l'Agenda 2030 : <https://www.agenda-2030.fr/actualites/feuille-de-route-de-la-france-pour-lagenda-2030-368>.
40. v. le préambule de la Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.
41. La convention citoyenne pour le climat : <https://www.conventioncitoyenne-pourleclimat.fr/>.
42. Article 1833 du Code civil, modifié par loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 ; Article L. 225-102-1 du Code com. Pour un inventaire des textes relatifs à la RSE voir : La responsabilité sociétale des entreprises : <https://www.ecologie.gouv.fr/responsabilite-societale-des-entreprises>.

document de travail sur leur rôle et leurs outils face aux enjeux climatiques<sup>43</sup>. De son côté, l'Autorité française de la concurrence a annoncé, lors de la publication de ses orientations pour l'année 2020, que, par ses décisions, elle entendait prendre en compte des exigences du développement durable et notamment de l'environnement<sup>44</sup>. En résumé, les politiques de concurrence auraient un rôle à jouer pour soutenir la durabilité et en particulier dans la protection de l'environnement. Il s'agirait en définitive de parvenir à une « concurrence inclusive ».

La réalisation de cette nouvelle doctrine du marché est toutefois subordonnée à la mise en relation du droit de la concurrence avec les principes juridiques qui se rattachent au développement durable. Un tel rapprochement peut suivre différentes logiques : prévalence, conciliation, équilibre, intégration, articulation, mise en cohérence, prise en compte, coopération, complémentarité, appui, etc., qui déterminent des orientations différentes dans la relation entre le marché et la durabilité.

### 1.B. La mobilisation des principes fondamentaux

En Europe, réorienter la politique de concurrence en considération des objectifs du développement durable consiste d'abord à examiner la manière dont la durabilité, d'une part, et la concurrence, d'autre part, prennent place dans les textes fondateurs de l'Union.

Le cadre de cette relation est donné dans le Préambule du Traité sur l'Union européenne (TUE) : « Déterminés à promouvoir le progrès économique et social de leurs peuples, compte tenu du principe du développement durable et dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, et du renforcement de la cohésion et de la protection de l'environnement, et à mettre en œuvre des politiques assurant des progrès parallèles dans l'intégration économique et dans les autres domaines ». S'ensuivent les dispositions des traités. D'un côté, le droit de l'environnement est garanti par l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, selon l'article 3 du TUE le développement durable est un des objectifs de l'Union « fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement » ; les valeurs sociales du développement durable sont également affirmées par le même article 3 du TUE et précisées aux articles 8 et 10 alors que l'article 11 stipule que les exigences de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la

mise en œuvre des politiques et des activités de l'Union, donc, en particulier, dans celles qui visent à promouvoir le développement durable. Tandis que, d'un autre côté, la concurrence est une des politiques de l'Union dont les règles sont fixées par les articles 101 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et que son article 7 prescrit la mise en cohérence des principes fondamentaux, des objectifs de l'UE et des finalités de ses politiques, en ce comprises celles sur lesquelles repose le développement durable dans le contenu de la politique de concurrence.

L'articulation de ces textes est déterminante des méthodes par lesquelles les autorités et juridictions de la concurrence tiennent compte des impératifs de la durabilité. En termes de hiérarchie des normes, la puissance normative du droit fondamental de protection de l'environnement et des objectifs du développement durable tels qu'ils sont formulés par les traités devrait s'imposer dans la détermination des finalités de la politique de la concurrence ; ce qui invite à vérifier si, en l'état, la Cour de justice a tiré toutes les conséquences de cette exigence de mise en cohérence du droit et des politiques de la concurrence de l'UE.

Pour la France, la même approche consisterait à contrôler la constitutionnalité des règles relatives au droit de la concurrence contenues dans les articles L. 410-1 et suivants du Code de commerce avec les dispositions de la Constitution relatives à la protection de l'environnement et à la garantie des droits sociaux, ce dont le Conseil constitutionnel n'a guère été saisi<sup>45</sup>. Encore faudrait-il qu'un tel ajustement ne conduise pas à priver d'effet les règles de concurrence de l'UE.

### 1.C. L'évolution de l'objectif du bien-être du consommateur

En droit de l'UE comme en droit national, l'instrument essentiel de la mise en cohérence de la politique de concurrence avec les objectifs du développement durable est la recherche du bien-être du consommateur. Quoiqu'il ne soit cité ni dans les dispositions du TFUE relatives aux règles de concurrence ni dans les titres II et III du livre IV du Code de commerce, il est sous-jacent à la politique de concurrence dont il est l'objectif essentiel sinon exclusif. Une référence textuelle pourrait toutefois être trouvée dans l'article 3 du TUE qui fait du « bien-être de ses peuples » l'un des buts de l'Union. Passer de l'individu « consommateur », à la collectivité « peuple » est d'ailleurs indicatif du débat actuel sur la notion de bien-être du consommateur<sup>46</sup>.

À partir d'indices discernables d'évolution de la notion de bien-être du consommateur dans les décisions de la

43. Les autorités publiques et administratives indépendantes publient un document de travail sur leur rôle et leurs outils face aux enjeux climatiques, 5 mai 2020 : <<https://www.cre.fr/Documents/Presse/Communique-de-presse/les-autorites-publiques-et-administratives-independantes-publient-un-document-de-travail-sur-leur-role-et-leurs-outils-face-aux-enjeux-climatiques>> ; Accord de paris et urgence climatique : enjeux de régulation, Autorité de la concurrence, AMF, Arcep, ART, CNIL, CRE, CSA, HADOPI.

44. Autorité de la concurrence, Priorité 2020 Développement durable : <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communique-de-presse/autorite-de-la-concurrence-annonce-ses-priorites-pour-lannee-2020>>.

45. Voir cependant la décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020 précitée, par laquelle le Conseil constitutionnel impose au législateur d'assurer la conciliation des objectifs de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement et de protection de la santé avec l'exercice de la liberté d'entreprendre.

46. S. Holmes, « Consumer welfare, sustainability and competition law goals », *Concurrences*, mai 2020, p. 1.

Commission<sup>47</sup> et la jurisprudence de la CJUE comme dans celles des autorités et juridictions des États-membres<sup>48</sup>, un débat politique s'est instauré tant sur la nature du bien-être que sur ses bénéficiaires<sup>49</sup>. Doit-il être exclusif ou complété d'intérêt public ? Réduit à la dimension économique du « surplus du consommateur » centrée sur les prix ou élargi d'une vision qualitative ouverte aux considérations sociales et environnementales<sup>50</sup>? Doit-il être apprécié individuellement ou collectivement ? Être étendu à toutes les personnes, et notamment les travailleurs, dont la situation est impactée par le fonctionnement du marché ? Doit-il encore être apprécié à court terme ou à long terme, de manière statique ou dynamique ?

L'enjeu est d'importance, la dimension donnée au bien-être du consommateur commande l'aptitude des autorités et juridictions de la concurrence à intégrer la protection de l'environnement et les équilibres sociaux dans le raisonnement concurrentiel. Ce serait donc bien une logique « d'intégration » qui serait à l'œuvre. À cet égard diverses études conduites sous l'égide de l'OCDE consacrées aux rapports de la concurrence avec la dimension sociale de la durabilité et en particulier la justice sociale, la promotion de l'égalité des sexes, la réduction de la pauvreté, les politiques de l'emploi, le marché du travail ou la protection des droits de l'homme, insistent sur la nécessité d'élargir la notion de bien-être du consommateur<sup>51</sup>.

#### 1.D. Position de la Commission UE

Qu'en est-il alors de la position de la Commission européenne sur la compatibilité de la politique de concurrence avec le développement durable ? S'agissant de la dimension climatique et environnementale de la durabilité, elle est très clairement exprimée dans la définition du cadre de son appel à propositions sur l'appui de la politique de concurrence au « pacte vert pour l'Europe »<sup>52</sup>.

Après avoir rappelé l'objectif de ce pacte et résumé en quoi la politique de concurrence contribue par elle-même à l'efficacité des politiques vertes, le document définit le cadre

47. Voir par exemple la décision de la Commission UE du 24 janvier 1999 (affaire IV.F.1/36.718 — CECEDE) b) dans laquelle la Commission examine les avantages environnementaux collectifs d'un accord (points 55 à 57).

48. S. Holmes, *op. cit.*

49. F. Marty, « Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence. Une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'antitrust américain », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxviii, no. 4, 2014, pp. 471-497 ; Sénat, Rapport d'information n° 603 (2019-2020) de MM. A. Chatillon et O. Henno, fait au nom de la commission des affaires européennes et de la commission des affaires économiques, déposé le 8 juillet 2020 - Recommandation n° 3 : « Clarifier de façon systématique les composantes du critère du « bien-être du consommateur » au regard duquel la Commission européenne analyse les opérations de concentration et les pratiques anticoncurrentielles. Voir par exemple les décisions 94/986/CE du 21 décembre 1994, Philips/Osram et 2000/475/CE du 24 janvier 1999, CECEDE : « La Commission devrait également engager des travaux relatifs à l'intégration de nouvelles composantes dans ce critère, comme la compétitivité, le maintien de l'emploi la protection de l'environnement, la protection des données personnelles ou la souveraineté numérique ».

50. E. Le Noan, C. Bertin, « Faut-il sauver le bien-être du consommateur ? », *Concurrences*, févr. 2019, pp. 2-5.

51. Voir les rapports et recommandations des forums mondiaux de la concurrence depuis 2014, *op. cit.*

52. M. Vestager, *The Green Deal and competition policy*, Renew Webinar, 22 sept. 2020.

dans lequel cette contribution pourrait être améliorée en une formule synthétique qui comprend cinq propositions. La logique de cette compatibilité est donc clairement celle d'une « contribution »<sup>53</sup>. Les deux premières propositions sont une reprise de la théorie des externalités : « La politique de concurrence n'est pas en première ligne en matière de lutte contre le changement climatique et de protection de l'environnement » et « Il existe de meilleurs instruments, plus efficaces, tels que la réglementation et la fiscalité ». La troisième suggère néanmoins une évolution de cette théorie : « Toutefois, la politique de concurrence peut compléter la réglementation et la question est de savoir comment elle pourrait le faire le plus efficacement possible ». Le rapport serait donc un rapport de complémentarité. La quatrième proposition rappelle la compétence que lui confèrent les traités à cette fin : « La Commission est responsable de l'application des règles de concurrence sur la base des compétences qui lui sont conférées par le traité et le droit dérivé de l'UE, sous le contrôle étroit des juridictions de l'UE ». Et elle en déduit, à droit constant, les limites de la contribution de la politique de concurrence au pacte vert : « Cela signifie que, en l'absence de toute modification du cadre juridique existant, la contribution de la politique de concurrence au pacte vert ne peut intervenir que dans ces limites clairement définies ». La suite du document indique très logiquement que ces limites sont les techniques de mise en œuvre du droit de la concurrence qu'il est proposé d'améliorer par d'éventuelles modifications des règles en vigueur.

#### 2. Les techniques de prise en compte des objectifs du développement durable dans la politique de concurrence

L'état actuel de la réglementation oblige donc à examiner l'aptitude des techniques classiques de mise en œuvre du droit de la concurrence à servir le développement durable, tant dans le domaine des aides d'État, que dans celui de l'*antitrust* et des concentrations<sup>54</sup>. Est également à considérer une autre démarche consistant à « internaliser les externalités » dans le jeu concurrentiel par la création de marchés des biens environnementaux.

##### 2.A. Les aides d'État

Il est acquis que le contrôle des aides d'État se fait au moyen d'un test de mise en balance des effets négatifs de l'aide sur les échanges et la concurrence dans le marché unique et ses effets positifs en termes de contribution à la réalisation d'un objectif d'intérêt commun bien défini<sup>55</sup>.

53. La traduction française du document utilise le terme « appui ».

54. En droit de l'environnement la question n'est pas nouvelle. Depuis une vingtaine les rapports entre droit de l'environnement et droit de la concurrence font l'objet d'une jurisprudence abondante et ont donné lieu à de multiples études. Voir en particulier : DGCCRF, Droit de l'environnement et droit de la concurrence, atelier de la concurrence du 6 juillet 2005 (sous la dir. De J.-M. Cot et L. Idot), *Rev. Conc. cons.*, n° 147, juill-sept. 2006, également disponible <[http://www.bercy.gouv.fr/fonds\\_documentaire/dgccrf/02\\_actualite/ateliers\\_concu/environnement.htm](http://www.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/environnement.htm)> ; L. Idot, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement, La relation doit-elle évoluer ? », *Concurrences*, sept. 2012.

55. P. Thieffry, *Droit de l'environnement et droit de l'Union européenne et du climat*, Bruylant, 4<sup>ème</sup> ed. 2020 ; CJUE, 22 sept. 2020, Hinkley Point, aff. 594/18 P, Autriche/Commission.

La Commission indique que l'application de ces règles vise notamment à favoriser les investissements qui permettent de soutenir les axes environnementaux et climatiques du développement durable<sup>56</sup>. Elle ajoute que sont ouvertes à l'examen de nouvelles lignes directrices qui serviront de base à la mise en place d'un cadre permettant aux États membres de contribuer aux objectifs de la transition vers une économie verte, tout en utilisant le plus efficacement possible des fonds publics limités<sup>57</sup>.

## 2.B. Les règles *antitrust*

Le droit des ententes et des abus de position dominante est naturellement propice à la confrontation de la politique de la concurrence avec celles du développement durable dans la stratégie des entreprises. De sorte que la recherche de cohérence entre l'une et les autres mobilise toutes les techniques du droit *antitrust* : l'exclusion de l'application du droit de la concurrence, les exceptions et les exemptions à cette application. À cet égard, certaines particularités des pratiques abusives méritent un examen particulier.

### 1 – Les exclusions

Pour qu'une pratique intéresse la relation de la politique de la concurrence avec les Objectifs du développement durable, il est évidemment nécessaire qu'elle entre dans le champ d'application du droit de la concurrence. La question est classique : il est jugé qu'un organisme dont l'activité est exclusivement dédiée à la protection de l'environnement, donc de nature non économique, et qui de ce fait n'est pas une entreprise, échappe à l'application du droit de la concurrence<sup>58</sup>. Il en va également ainsi d'un organisme dont les activités, purement sociales, répondant à des exigences de solidarité nationale, sont dépourvues de tout but lucratif<sup>59</sup>.

### 2 – Les exceptions

S'il s'agit d'une entreprise, les accords qu'elle conclut ou les pratiques qu'elle met en œuvre peuvent être sous-

traits aux prohibitions et sanctions de l'article 101, §1 du TFUE, s'ils n'ont ni pour objet ni pour effet de réduire la concurrence, s'ils sont d'importance mineure, ce qui ne pourrait que très rarement être le cas ou s'ils sont totalement imposés par une réglementation étatique, notamment de nature sociale ou de protection de l'environnement, ce qui est moins hypothétique<sup>60</sup>.

### 3 – Les exemptions

Enfin, bien qu'ils soient restrictifs de concurrence, accords et pratiques d'entreprises peuvent bénéficier des exemptions prévues par l'article 101, § 3 du TFUE, si les buts sociaux et environnementaux qu'ils poursuivent contribuent, sans restriction absolue de la concurrence, à « améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ». C'est selon ces critères que, en considération d'aptitudes à orienter le progrès technique ou économique au service des objectifs du développement durable, sont jugés les accords dits « environnementaux » ou « de durabilité », les labels environnementaux, la conformité concurrentielle des marchés issus des politiques environnementales, notamment ceux du traitement sélectif des déchets ou des permis de pollution négociable<sup>61</sup>.

### 4 – Spécificités de l'abus de position dominante

En matière d'abus de position dominante, ont été précisées les conditions dans lesquelles la puissance publique peut, pour réaliser un objectif environnemental, établir des monopoles, accorder des droits exclusifs<sup>62</sup> ou créer des services d'intérêt général<sup>63</sup>.

## 2.C. Le contrôle des fusions

En matière de concentration, le règlement européen semble, en revanche, moins propice à la prise en compte des facteurs de durabilité<sup>64</sup> et les lignes directrices précisant son application n'y font aucune référence explicite<sup>65</sup>, pas plus d'ailleurs que celles de l'Autorité française de concurrence, qui ont cependant été modifiées en 2020<sup>66</sup>.

56. V. les Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement du 3 avr. 2008 ; C. Giolito, chron. "Aides d'État", *Concurrences*, mai 2008, p. 137 ; L. Idot, Droit de la concurrence et protection de l'environnement, *op. cit.* ; Ces lignes directrices ont été remplacées en 2014, Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020, JOUE, n° C 200, 28 juin 2014. Elles devaient prendre fin en 2020, mais elles ont été prolongées jusqu'à la fin de l'année 2021 (Comm. UE, communication concernant la prorogation et la modification des lignes directrices (...) concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (...), 8 juil. 2020) ; Adde, O. Peiffert, *L'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2015. Sur la jurisprudence de la Cour de Justice, v. not. CJCE, 20 novembre 2003, Gemo, aff. C-126/01, Rec. CJCE, p. I-13769, Europe, janvier 2004, comm. L. Idot, n° 22. CJCE, 8 novembre 2001, aff. C-143/99, Rec. CJCE, p. I-8365, Europe, janvier 2002, comm. L. Idot, n° 28 ; CJCE, 13 mars 2001, Preussen Elektra AG, aff. C-379/98, Rec. CJCE, p. I-2099, Europe, mai 2001, comm. M. Pietri n° 163 et L. Idot, n° 182. CJCE, 13 janvier 2005, Streekgewest Westeljik, aff. C-174/02, n.e.p. ; 13 janvier 2005, F.J. Pape aff. C-175/02, n.e.p., Europe, mars 2005, comm. n° 92.

57. Commission UE, La politique de concurrence à l'appui du pacte vert pour l'Europe, *op. cit.*

58. CJCE, 18 mai 1997, Diego Cali, aff. C-343/95, Rec. CJCE, I, p. 1547.

59. CJCE, 17 février 1993, Poucet et Pistre, affaire numéro C-159/91 et C-160/91, rec. p. I-637 ; L. Idot, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », *Concurrences*, mai 2006.

60. J. Nowag, A. Toerell, « Beyond Balancing: Sustainability and Competition », *Concurrences*, nov. 2020.

61. L. Idot, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement, La relation doit-elle évoluer ? », *op. cit.*, qui fait une analyse approfondie de la jurisprudence pertinente. Voir en particulier les lignes directrices sur l'applicabilité de l'art. 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale, JO C 11/1 du 14.1.2011 (Lignes directrices sur la coopération horizontale), pp. 280-283 et p. 293 et le Règlement (CE) no 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, para. 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

62. CJCE, 23 mai 2000, FFAD, aff. C-209/98, Rec. CJCE, I, p. 3743.

63. L. Idot, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement, La relation doit-elle évoluer ? », *op. cit.*

64. J.-M. Cot, « Concurrence et environnement : approche en droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations », Atelier de la concurrence, préc., sp. n° 41 et s.

65. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2008/C 265/07).

66. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2020 : <[https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/Lignes\\_directrices\\_concentrations\\_2020.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/Lignes_directrices_concentrations_2020.pdf)>.

Quoique la Commission estime que la prise en compte de facteurs extra-concurrentiels échappe à sa compétence<sup>67</sup>, elle laisse entrevoir, dans l'appréciation des gains d'efficacité projetés par la concentration, une certaine ouverture quant à l'impact indirect des gains escomptés sur le climat et à la durabilité lorsqu'ils visent à favoriser l'investissement et l'innovation<sup>68</sup>.

## 2.D. L'internalisation des effets externes du marché

La démarche d'internalisation vise à créer un ensemble de marchés autorégulateurs interconnectés où les consommateurs, dotés d'information parfaite, seraient en mesure de faire les choix les plus respectueux vis-à-vis d'objectifs de long terme du développement durable, comme le réchauffement climatique ou la protection de l'environnement. La technique consiste à définir des catégories de biens homogènes pouvant faire l'objet de transactions marchandes, de garantir la transparence des informations sur ces biens et de s'assurer d'une concurrence saine et loyale entre les acteurs du marché. Une telle extension de la sphère marchande concerne différents domaines : création de marchés des ressources naturelles et de certificats d'émission des gaz à effet de serre, extension du marché financier via l'introduction d'information sur la performance extra-financière des entreprises ou encore invention de marchés des biens et services « verts » (éco-organismes) adossés à des dispositifs d'information (écolabels). L'aptitude de ces nouveaux marchés à servir les objectifs du développement durable est très discutée. Ces initiatives requièrent en outre l'intervention publique pour garantir les biens échangés ainsi que la valeur des informations fournies auprès des consommateurs, engendrant de ce fait une bureaucratie importante<sup>69</sup>. Ces nouveaux marchés n'échappent évidemment pas au contrôle des autorités de la concurrence<sup>70</sup>.

## 2.E. Deux observations pré-conclusives

Première observation : selon les techniques décrites l'application permissive du droit de la concurrence en considération des objectifs de développement durable poursuivis par les entreprises se complète évidemment, en contrepartie, d'une application prohibitive lorsque les accords, pratiques et concentrations tendent, à l'inverse, à faire obstacle aux réglementations sociales ou environnementales telles par exemple que les restrictions au développement ou au déploiement de technologies propres ou les restrictions d'accès à des infrastructures essentielles commandant l'accès à des sources d'énergie renouvelable<sup>71</sup>.

Seconde observation : en pratique, l'effectivité de ces nouvelles orientations se mesure aux décisions rendues

par la Commission et à la jurisprudence de la Cour de justice. C'est pour en améliorer l'application que, le 13 octobre 2020, la Commission européenne a publié un appel à contributions invitant au débat sur la façon dont le droit de la concurrence pourrait contribuer à la réalisation des objectifs du pacte vert pour l'Europe<sup>72</sup>. Un tel appui dépend tout autant des décisions et jugements des juridictions des États membres, dès lors que, comme en France, dans beaucoup de ces États, l'articulation des principes juridiques du développement durable avec les règles de concurrence répond à la même logique<sup>73</sup>.

D'une manière générale, juristes et économistes défenseurs de l'économie de marché estiment que, si les instruments du droit de la concurrence sont potentiellement suffisants pour relever un tel défi, leur application doit, à cette fin, être très sensiblement renforcée. La sécurité juridique exigerait, en particulier, d'une part, que les lignes directrices des autorités européennes et nationales indiquent clairement l'incidence de la durabilité sur le raisonnement concurrentiel, d'autre part, que de nouvelles modalités de régulation du marché soient mondialement harmonisées, afin de permettre aux entreprises, comme elles y sont désormais fortement incitées<sup>74</sup>, de placer leurs stratégies au service d'une économie sociale et solidaire, sans s'exposer au risque juridique de sanctions ni subir un dommage de compétitivité.

Dans cette perspective les positions de l'OCDE visent, d'une part, à un développement mondial des politiques de concurrence et à leur adaptation aux pays émergents. Ses forums mondiaux annuels thématiques aboutissent, d'autre part, à des recommandations sur les conditions dans lesquelles ces politiques devraient être orientées vers les objectifs du développement durable en réduisant les inégalités, en luttant contre la pauvreté, pour l'égalité économique des sexes, la justice sociale, un meilleur fonctionnement du marché du travail, etc.<sup>75</sup>

## Conclusions

Reste à savoir si une telle adaptation des politiques de concurrence est à la hauteur des menaces existentielles de nature sociale et environnementale et désormais sanitaire auxquelles le monde est exposé. Si ce n'était pas le cas, une des solutions serait de revenir sur la théorie des externalités afin d'intégrer les questions sociales et environnementales dans le raisonnement concurrentiel<sup>76</sup>.

72. Commission UE, La politique de concurrence à l'appui du pacte vert pour l'Europe Appel contributions, *op. cit.*

73. L. Idot, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement, La relation doit-elle évoluer ? », *op. cit.*

74. J. Nowag, A. Toerell, « Beyond Balancing: Sustainability and Competition », *op. cit.* ; F. Aggeri et O. Godard, « Les entreprises et le développement durable », *Entreprises et Histoire*, déc. 2006, pp. 6-19.

75. OCDE, Forums mondiaux sur la concurrence, *op. cit.*

76. Le rapport Burndtland (*op. cit.*, §26) préconise une incorporation des objectifs du développement durable dans toutes les politiques économiques : « Les objectifs du développement durable devraient être incorporés dans le mandat des conseils ministériels et des commissions législatives responsables de la politique et de la planification économiques à l'échelon national ainsi que dans le mandat des organes chargés des grands secteurs et de la politique internationale. Plus largement encore,

67. Commission UE, Art. 8, §2 R.139/2004 of 21 mars 2018, Bayer/Monsanto, M.8084.

68. Commission UE, La politique de concurrence à l'appui du pacte vert pour l'Europe Appel contributions, *op. cit.*, Partie 3, contrôle des fusions.

69. Pour une analyse de ces techniques d'internalisation voir F. Aggeri, précité.

70. L. Idot, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement, La relation doit-elle évoluer ? », *op. cit.*

71. *Ibid.*

Dans cette perspective les autorités de la concurrence auraient à réaliser une synthèse entre le libre fonctionnement du marché et les politiques de régulation, ce qui supposerait de nouveaux modèles d'analyse fondés sur des indicateurs de mesure des conséquences sociales et environnementales de l'activité économique<sup>77</sup>. Soit elles y parviennent, soit ces autorités de la concurrence font elles-mêmes partie du problème<sup>78</sup>. Une autre option serait d'abandonner le dogme du développement économique comme moteur de l'économie de marché<sup>79</sup> ou à tout le moins de reconsidérer son instrument de mesure par le produit intérieur brut<sup>80</sup>.

Enfin, certains courants de pensée estiment que le développement durable conduit à une remise en cause du capitalisme<sup>81</sup>.

Tel est le défi auquel le libéralisme est aujourd'hui confronté face à des groupes écologistes et/ou sociaux de plus en plus actifs<sup>82</sup> qui sont convaincus - et militent en ce sens - que les enjeux vitaux pour la planète, tels que le réchauffement climatique, l'accroissement explosif des inégalités sociales et l'aggravation de la pauvreté, condamnent les bases de l'économie de marché<sup>83</sup>. Ils y sont encouragés par la « fondamentalisation » des principes juridiques de protection des droits sociaux et environnementaux auxquels serait finalement subordonnée l'activité économique. Ce seraient alors les objectifs du développement durable qui seraient les fondements d'une gouvernance mondiale<sup>84</sup>.

les grands organes centraux du gouvernement chargés de l'économie et des autres secteurs devraient désormais être rendus directement et pleinement responsables de s'assurer que leurs politiques, leurs programmes et leurs budgets sont capables de soutenir un développement écologiquement et économiquement durable ».

77. Voir par exemple dans Environnement et perspectives économiques 2012/4, le dossier « Environnement et développement économique, Reflets et perspectives de la vie économique », 2012/4 (Tome LI), pp. 5-8 : <<https://www.cairn.info/revue-reflets-et-perspectives-de-la-vie-economique-2012-4-page-5.htm>>.
78. Intervention d'A. Tyrie, président de la *Competition and Markets Authority* britannique dans le forum mondial sur la concurrence de l'OCDE consacré à la justice sociale : « Comment la concurrence peut-elle contribuer à des sociétés plus justes ? - Résumé des discussions » : <<https://www.oecd.org/fr/concurrence/forum-mondial/comment-la-concurrence-peut-elle-contribuer-a-des-societes-plus-justes.htm>>.
79. J.E. Stiglitz, A.K. Sen, J.-P. Fitoussi, *Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social*, 2009; G. Kallis, C. Kerschner, J. Martinez-Alier, « The economics of degrowth », *Ecological Economics*, 2012; E. Laurent, *Sortir de la croissance, Les liens qui libèrent*, 2019; S. Latouche, *La décroissance, Que sais-je ?* 2019.
80. J.E. Stiglitz, A.K. Sen, J.-P. Fitoussi, *op. cit.* ; A. Pottier, « Les nouveaux indicateurs de richesse modifieront-ils la croissance ? », *Le Débat*, (2), 2018, pp. 147-156 ; OCDE, La politique de la concurrence et ses effets macroéconomiques : une fiche d'information, 2014 : <<https://www.oecd.org/daf/competition/2014-fiche-information-concurrence-online.pdf>>.
81. C. Beaurain, M. Maillefert et O. Petit, « Capitalisme raisonnable et développement durable : quels apports possibles à partir de l'institutionnalisme de John R. Commons ? », *Revue Interventions économiques*, 2010 : <<http://journals.openedition.org/interventionseconomiques/1227>> ; B. Zuideau, « Le développement durable est-il soluble dans le capitalisme ? », *Territoire en mouvement - Revue de géographie et aménagement*, 2006 : <<http://journals.openedition.org/tem/430>>.

82. ATTAC, *Contre la dictature des marchés*, La Dispute-Syllepse-VO Éditions, 1999.
83. OCDE, Forum mondial de la concurrence 2019, la concurrence sous le feu des critiques, *op. cit.*
84. W.-H. Joke, « La gouvernance au service du développement durable dans le contexte de la mondialisation », Reflets et perspectives de la vie économique, 2002/1 (Tome XLI), pp. 19-33 : <<https://www.cairn.info/revue-reflets-et-perspectives-de-la-vie-economique-2002-1-page-19.htm>>.



**Peter Chase** • Senior Fellow du German Marshall Fund et ancien vice-président de la Chambre de commerce américaine pour l'Europe

## Protection des données personnelles et gouvernance mondiale des données

**Anda Bologa (AB) :** Nous aimerions connaître vos avis – ceux d'un ancien diplomate américain et vice-président de la Chambre de commerce américaine pour l'Europe – sur la vie privée, la protection des données personnelles, le RGPD et l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne sur le *Privacy Shield*, ainsi que plus généralement, votre avis sur la gouvernance mondiale des données personnelles. L'hypothèse de base qui sous-tend la conception européenne de la vie privée semble être la nécessité de protéger la dignité humaine, un concept qui renvoie au droit des individus d'empêcher la publication non autorisée d'informations privées, également connu sous le nom de « droit à l'image ». Considérez-vous que la protection de la vie privée est tributaire du contexte culturel ? Dans l'affirmative, un contexte culturel différent conduit-il à une approche différente des régimes de protection des données personnelles ?

Je suis convaincu que les êtres humains, où qu'ils soient, aiment garder une partie de leur espace personnel privée, quelle que soit leur culture d'origine. Dans ce sens, le besoin de vie privée ne dépend pas de la culture en tant que telle. Toutefois, il y a certains aspects historiques et cultures qui ont une incidence sur la manière dont la société dans son ensemble peut percevoir la vie privée dans un pays. Par exemple, aux États-Unis, la plupart des gens conçoivent d'abord la vie privée comme une protection contre toute intrusion gouvernementale. Dans ce sens, la plupart des américains ont du mal à comprendre que les pays européens exigent tous que leurs citoyens déclarent leur résidence au poste de police local ; pour la plupart des Américains, cela ne regarde pas le gouvernement. Néanmoins, de nombreux citoyens européens partagent le désir de limiter l'invasion gouvernementale dans leur espace personnel, en particulier ceux qui ont fait l'objet de telles intrusions dans l'histoire récente.

1. Cet entretien a été réalisé par Anda Bologa, expert affilié sur la cybersécurité et la confidentialité des données, Europuls think tank.

Toutefois, il y a une distinction importante entre vie privée et protection des données personnelles, bien que dans l'UE, ces notions soient souvent confondues, comme elles le sont même dans votre question. Plus précisément, le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) de 2016 vise essentiellement à protéger les données personnelles des individus contre la publicité peu scrupuleuse des entreprises (« la monétisation de leurs données personnelles ») ; il ne traite pas de la vie privée au sens de la protection des personnes contre le gouvernement, ce qui est plus ma définition de la vie privée. En effet, le RGPD et son ancêtre, la directive sur la protection des données de 1995, excluent explicitement les mesures de maintien de l'ordre public et de sécurité nationale de leur champ d'application.

**AB :** Le débat sur les questions de vie privée a été stimulé au cours de la dernière décennie à la fois par les révélations d'Edward Snowden et le développement des plateformes numériques qui a conduit à ce que l'on appelle une « société de la surveillance ». Quelles sont les principales menaces anticipées en ce qui concerne l'utilisation (abusives) des données personnelles dans l'UE ?

Les révélations d'Edward Snowden en 2013, selon lesquelles le gouvernement américain a pu accéder à des informations personnelles détenues par des entreprises américaines, est l'une des raisons pour lesquelles ces questions de vie privée (généralement, contre le gouvernement) et de protection des données personnelles sont si souvent mélangées en Europe. Quand la plupart des Européens pensent à la notion de donnée personnelle, ils pensent aux réseaux sociaux et aux plateformes numériques qui recueillent leurs données et les utilisent ensuite pour vendre des publicités ou d'autres messages ciblés. Pour moi, le problème ne réside pas tant dans les entreprises qui collectent et traitent les données en tant que telles, mais plus précisément dans la finalité du traitement des données. Je ne suis pas convaincu que la meilleure manière de résoudre le problème des entreprises qui monétisent nos données soit de restreindre de manière générale la capacité de chacun à traiter les données. En d'autres termes, nous devrions peut-être opter pour le modèle de la publicité (et de la messagerie) ciblée plutôt que le traitement des données en tant que tel. Cela permettrait d'aborder le véritable problème anticipé par les gens.

Le lien avec Edward Snowden est la capacité des forces de l'ordre et des organes de sécurité nationale américains à accéder aux données détenues par les entreprises numériques. Il s'agit bien sûr d'une préoccupation valable et importante en matière de protection de la vie privée. Mais la question n'est pas de savoir si les données sont disponibles ou peuvent être mises à la disposition de ces forces de l'ordre, car elles ont de multiples moyens d'obtenir des informations sur les personnes qui les intéressent ; la préoccupation devrait plutôt porter sur les limites imposées à ces agences et sur leur capacité à collecter et à traiter des informations personnelles. Aux États-Unis, cela nécessite toujours l'autorisation d'un juge via un

mandat ou une citation à comparaître, même si certains en Europe estiment que les tribunaux américains appliquant la loi sur la surveillance et sur le renseignement (*Foreign Intelligence Surveillance Act*) ont été trop indulgents (ils l'étaient, avant Snowden, ils se sont manifestement resserrés depuis). Pour revenir à la différence de perception entre les États-Unis et l'UE, la capacité des forces de l'ordre françaises à accéder aux données des citoyens (qui, là encore, n'est pas régie par le RGPD) est beaucoup plus large et moins restreinte qu'aux États-Unis, et ce serait même inimaginable selon les normes américaines.

**A.B. : Depuis son adoption en 2016, le RGPD est largement sur le devant de la scène, recevant sa part d'éloges et de critiques. Pensez-vous qu'il représente un bon modèle de gouvernance mondiale des données ?**

Pour moi, votre question est d'abord une question de bonne pratique réglementaire. C'est-à-dire que si un gouvernement doit adopter une loi ou un règlement, il doit savoir quel problème sociétal il cherche à résoudre. Autrement dit, il devrait y avoir une théorie du préjudice. Dans le domaine de la protection des données personnelles, un exemple clair est celui des données médicales. Cette information est clairement très privée et doit être protégée par la loi. Il est donc certainement approprié de réglementer la protection de certaines données personnelles, si l'abus de ces données peut causer un préjudice.

Pour moi, le RGPD est écrit de façon tellement large qu'il est difficile de trouver une théorie du préjudice sous-jacente. Le RGPD commence par le concept d'information concernant *une personne physique identifiée ou identifiable*, c'est-à-dire toute information pouvant être rattachée à une telle personne. Votre nom, votre adresse, peu importe. Il s'agit là d'un large spectre d'informations, et le RGPD veut réglementer tout « traitement » de ces données. Si le RGPD cherchait uniquement à aborder le « préjudice » causé par l'utilisation de vos données pour créer votre « profil » et ensuite l'utiliser, cela serait compréhensible. Cependant, cela ne reviendrait pas à réguler tout le traitement de toutes les informations se rapportant à *une personne physique identifiée ou identifiable*, ce que fait le RGPD.

On peut donc penser à une bonne politique publique qui impliquerait la protection d'un certain nombre d'informations personnelles, mais il ne s'agit pas de protéger tout ce qui est fait avec toutes les informations personnellement identifiables. L'étendue de la réglementation devrait dépendre de la manière dont les données sont utilisées autant que d'autres choses.

Deuxièmement, lorsque le champ d'application d'un règlement comme le RGPD est si étendu, il est presque, par définition, impossible à appliquer. Et si une loi est impossible à appliquer, cela encourage les gens à commencer à l'ignorer, ce qui est l'opposé d'une bonne politique publique.

Un domaine où la logique du RGPD s'effondre véritablement est celui où il pose des règles catégoriques. Bien

que le champ d'application du RGPD me semble beaucoup trop vaste, le règlement est beaucoup plus souple que ne l'admettent de nombreux fonctionnaires de l'UE. En d'autres termes, il est davantage axé sur les risques et n'est donc pas aussi contraignant que certains le pensent. Le RGPD, par exemple, autorise explicitement le marketing direct, alors que selon la logique de certains défenseurs de la vie privée, il ne devrait pas le permettre. Cependant, le RGPD devient extrêmement rigoureux lorsqu'il s'agit des pays tiers car il *interdit* le transfert de toute donnée à caractère personnel vers des pays tiers qui ne respectent pas certaines normes.

Pour être véritablement significatif, le RGPD, comme toute loi, doit être applicable et appliqué. Or, l'UE crée souvent ce que nous appelons des « mandats non financés » - elle élabore de grandes lois, mais laisse ensuite aux États membres le soin de les appliquer. Cette approche crée une vulnérabilité pour le droit européen, compte tenu des contraintes budgétaires et des capacités limitées des autorités nationales dédiées des États membres.

Dans ce sens, le RGPD commence seulement à être testé. Les autorités de protection des données ont le droit d'infliger des amendes, mais les entreprises auxquelles ces amendes ont été infligées ont ensuite le droit d'aller en justice. Au fur et à mesure des procédures judiciaires, il sera intéressant de voir comment le RGPD sera appliqué.

**A.B. : Dans son arrêt *Schrems II* rendu en juillet 2020, la Cour de Justice de l'UE a déclaré invalide la décision de la Commission européenne selon laquelle les données à caractère personnel des européens pouvaient être transférées à des sociétés aux États-Unis qui adhéraient à l'accord UE-États-Unis sur le *Privacy Shield*, en raison des programmes de surveillance américains invasifs, rendant ainsi illégaux les transferts de données à caractère personnel sur la base du *Privacy Shield*. Quelle est votre analyse de cette décision et quelles sont ses conséquences prévisibles sur les flux de données transatlantiques ?**

Les conclusions de la CJUE dans cette affaire, ainsi que dans la première affaire *Schrems* d'octobre 2015, sont profondément problématiques car elles affirment que les données à caractère personnel ne peuvent être transférées vers des pays tiers que si ces derniers bénéficient des protections contre l'intrusion gouvernementale garanties par la Charte européenne des droits fondamentaux. En d'autres termes, bien que la directive sur la protection des données et le RGPD excluent explicitement les actions des gouvernements européens en matière d'ordre public et de sécurité nationale, la CJUE les a fait revenir pour les pays étrangers. La CJUE explique que les pays européens soumis au RGPD sont également soumis à la Charte, et par conséquent la Commission ne peut considérer qu'un pays étranger assure une protection « adéquate » des données personnelles des européens que si le gouvernement de ce pays agit comme s'il était également soumis à la Charte.

Cela présente un certain attrait, car la protection des

données à caractère personnel est censée être un « droit fondamental ». Mais elle se heurte rapidement à de réels problèmes pratiques, lorsque, comme dit la CJUE dans l'affaire *Schrems I*, le transfert de toute information relative à une personne physique identifiée ou identifiable vers un pays qui n'est pas adéquat « doit être interdit ». Pour moi, cela pousse la logique du RGPD à un extrême illogique.

En effet, je ne comprends pas comment, en vertu des deux arrêts *Schrems*, il est possible d'envoyer des données à caractère personnel à la Russie, à la Chine, à la Turquie ou même à Israël, qui bénéficie d'une décision d'adéquation antérieure à l'arrêt *Schrems*. Dans tous ces cas, les gouvernements sont encore plus aptes que la NSA américaine à lire les communications privées qui contiennent des informations permettant d'identifier des personnes physiques - aucune restriction ne s'applique à leur accès à ces informations. Si, en effet, les autorités européennes de traitement des données décident d'interdire les transferts de données à caractère personnel (c'est-à-dire même l'envoi d'un courriel qui porte bien sûr votre nom) vers des pays qui ne veulent pas soumettre leurs procédures de sécurité intérieure à une évaluation européenne, cela créera de graves problèmes pour l'économie et la société européennes.

En ce qui concerne plus particulièrement le *Privacy Shield* : il faut se rappeler que l'accord UE-États-Unis sur le *Privacy Shield* a été élaboré après que la CJUE eut déclaré invalide l'accord précédent, le *Safe Harbor*, dans l'affaire *Schrems I*. Après que la CJUE ait introduit dans ces décisions d'adéquation la question des contraintes sur l'accès d'un gouvernement aux informations détenues par des entreprises privées, l'administration Obama a pris de nombreux engagements pour garantir que les agences américaines de maintien de l'ordre public et de sécurité nationale ne puissent accéder aux données à caractère personnel des Européens détenues par des entreprises que sur la base de certaines procédures judiciaires. Dans l'arrêt *Schrems II*, la CJUE estime que ces engagements ne sont pas suffisants, et que même des mécanismes tels que les « clauses contractuelles types » ne sont pas suffisants dans le cas des États-Unis.

C'est un problème. Je doute sérieusement que le gouvernement américain apporte des changements significatifs aux engagements qu'il a pris en acceptant le *Privacy Shield*. Ces engagements vont déjà bien au-delà de ce que la plupart des gouvernements des États membres accepteraient concernant leurs propres agences de maintien de l'ordre public et de sécurité nationale. Washington pourrait accepter une certaine amélioration de la procédure de « médiateur » par laquelle les résidents européens peuvent contester l'utilisation de leurs données personnelles par le gouvernement américain, mais c'est à peu près tout. Donc, si un nouvel accord est trouvé, cet accord ne sera pas très différent de celui du *Privacy Shield*. La Commission fera valoir que l'alternative consistant à interdire tous les transferts de toutes les données à caractère

personnel vers les États-Unis serait disproportionnée - et elle aura raison.

Seule une autre décision de la CJUE peut rectifier cela, en déclarant qu'une interdiction totale du transfert de toute donnée personnelle n'est pas ce que le RGPD, la Charte ou même la CJUE ont voulu dire. Elle constatera plutôt que les restrictions doivent être appliquées de manière proportionnée, en fonction des risques, ce que la Commission fait actuellement valoir - contre les agences de protection des données de l'UE, qui sont beaucoup plus strictes. Il est possible qu'un arrêt de la CJUE sur la nouvelle décision d'adéquation de la Commission concernant le Royaume-Uni puisse nous donner une réponse, mais ce ne sera certainement pas facile.

**A.B. : À la lumière de l'arrêt *Schrems II*, peut-on s'attendre à ce qu'une amélioration des flux de données personnelles transatlantiques provienne de l'évolution de la législation fédérale américaine en matière de protection de la vie privée ? Voyez-vous une fenêtre d'opportunité pour la coopération entre l'UE et les États-Unis en matière de protection des données personnelles ?**

Les États-Unis disposent d'une législation étendue en matière de protection de la vie privée et des données personnelles, mais pas d'un seul RGPD qui couvrirait l'ensemble des traitements de toute information personnelle. Par exemple, les États-Unis ont des dispositions pénales pour la divulgation de données sanitaires et financières. Il existe cependant un consensus croissant parmi les sénateurs et les membres du Congrès, tant républicains que démocrates, contre la manière dont les données à caractère personnel sont utilisées pour générer des profils et vendre de la publicité ciblée, en particulier par les grandes entreprises du numérique. Je pense que nous aurons aux États-Unis une loi protégeant les données à caractère personnel contre ce genre d'« abus ». Je pense qu'elle sera plus adaptée que le RGPD et ne contiendra très probablement pas de dispositions concernant les transferts vers des pays tiers.

En termes de coopération, je vois une fenêtre maintenant. Il ne fait aucun doute que beaucoup de choses concernant le RGPD ont eu un impact positif sur le débat aux États-Unis. Outre l'avantage pour l'UE d'être le premier à agir, il y a aussi un coût, à savoir que les gens vont regarder ce que le premier à agir a fait et voudront le faire mieux. Ainsi, dans trois ans, vous verrez peut-être les européens dire que la version américaine du RGPD est meilleure que celle de l'UE.

**A.B. : Au moment où nous parlons, 76 % des pays du monde entier ont mis en place ou sont en train d'élaborer une législation sur la protection des données personnelles. Dans quelle mesure la tendance à adopter une législation sur la protection des données est-elle stimulée par le RGPD ? Toutes les juridictions qui adoptent une législation sur la protection de la vie privée similaire au RGPD le font-elles pour les mêmes raisons ?**

En effet, la notion européenne selon laquelle les individus devraient avoir le pouvoir de contrôler l'utilisation de leurs données personnelles a eu une influence mondiale. De nombreux pays ont copié le RGPD, et ses échos se font de plus en plus sentir dans les autres camps réglementaires des États-Unis et de la Chine – ce qu'Anu Bradford a appelé « l'effet Bruxelles »<sup>2</sup>.

Et si les gouvernements comprennent réellement que les gens peuvent et doivent avoir des espaces privés et que ceux-ci doivent être protégés, c'est une tendance positive. Cependant, précisément parce que le RGPD ne protège pas les citoyens contre les gouvernements autoritaires abusifs, il ne fait pas ce qui est nécessaire dans de nombreux endroits pour protéger la vie privée des citoyens.

Ce qui est peut-être plus significatif, c'est que l'essentiel n'est pas seulement la loi en tant que telle, mais aussi son application.

L'UE a un besoin systémique de réglementer car elle cherche à supprimer les obstacles à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux entre les États membres imposés par les gouvernements. La réglementation est le seul instrument de politique publique dont dispose l'UE, compte tenu de sa capacité financière relativement faible. Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné, si la loi n'est pas correctement appliquée et que cela empêche les citoyens d'y croire, c'est un problème. Par conséquent, la transposition du RGPD dans de nombreux pays peut sembler créer un bien public, mais elle ne le fera en fin de compte que si ces pays l'appliquent correctement.

**A.B. : La gouvernance mondiale des données personnelles fait partie intégrante de la gouvernance de l'internet. Elle est généralement comprise comme la gouvernance des flux de données transfrontaliers par le biais de normes, de principes et de règles appliqués à divers types de données. L'UE est-elle sur le point de fixer des normes de gouvernance des données au niveau mondial ?**

Le succès apparent du RGPD alimente le désir de l'UE d'établir les normes mondiales pour un internet centré sur l'humain, une IA éthique, des espaces de données communs et d'autres notions similaires. Actuellement, l'UE a pour ambition de créer des structures de gouvernance universelles pour toutes les données, et pas seulement pour les données à caractère personnel. Lorsque les gens à Bruxelles discutent de la gouvernance des données, ils envisagent des cadres législatifs pour toutes les données qui peuvent être collectées et mesurées, même si elles ne concernent pas directement une personne physique. Selon moi, créer des règles pour toutes les données que nous pouvons traiter n'est pas une approche judicieuse.

Lorsque nous parlons de gouvernance des données et de gouvernance mondiale des données, nous devons faire très attention à ne pas commettre l'erreur du RGPD en es-

sayant de décider dans un seul instrument comment toutes les données doivent être gouvernées. Ce que nous devrions faire, c'est proposer des réglementations acceptées au niveau international pour des secteurs spécifiques où nous pouvons définir un préjudice sociétal qui doit être abordé.

**A.B. : Pensez-vous que nous nous dirigeons vers une plus grande balkanisation de l'internet, ou que la coopération internationale peut être réalisée par le biais d'institutions multilatérales ?**

C'est une question différente de la gouvernance de l'internet. La balkanisation de l'internet existe déjà, puisque la Chine s'est déjà coupée de l'internet. Les filtres en Chine sont si puissants que l'expérience de l'internet en Chine est très différente de celle que nous en avons en Europe. Je crains que beaucoup d'autres gouvernements ne veuillent utiliser quelque chose de similaire aux nombreuses technologies que la Chine a créées pour la mise en place du *great firewall*. Ils préféreraient eux aussi pouvoir censurer l'internet pour empêcher la diffusion d'informations critiques à l'égard de ces gouvernements. C'est pour moi une préoccupation sérieuse car cela va directement à l'essentiel de la démocratie – la relation entre l'individu et le gouvernement, et la capacité de l'individu à remettre en question et même à changer le gouvernement. Beaucoup de personnes travaillant dans l'administration publique dans différents pays n'aiment pas que le public remette en question le fonctionnement du gouvernement. Dans ce sens, je crains qu'il n'y ait une balkanisation de l'internet, mais ce ne sera pas une balkanisation causée par des différences dans les règles de protection des données mais plutôt une balkanisation menée par des gouvernements qui veulent être en mesure d'empêcher ou de censurer les critiques à leur égard.

Pour moi, cela est au cœur de la question de la gouvernance de l'internet, parce qu'il y a une réelle différence au sein de l'Union internationale des télécommunications et ailleurs, sur la question de savoir si les gouvernements devraient ou non pouvoir censurer tout ou partie des contenus disponibles sur l'internet. En revanche, vous avez la théorie selon laquelle l'internet offre un accès à l'information à n'importe qui, n'importe où. J'aime cette idée libérale. J'aime l'idée que je puisse utiliser l'Internet pour lire les journaux de l'Inde, du Brésil et d'autres endroits dans le monde, sans qu'un gouvernement ne contrôle cela.

**A.B. : Bien qu'il existe plusieurs institutions internationales multipartites qui coordonnent le processus de gouvernance de l'internet, la lutte est aujourd'hui largement politique. Quel est le rôle de l'UE dans la gouvernance de l'internet et comment voyez-vous les liens entre son pouvoir normatif dans la définition des normes de protection des données personnelles et son leadership dans la gouvernance de l'internet ?**

L'UE s'efforce constamment de constituer des coalitions de pays qui soutiennent l'internet ouvert et l'applicabilité du droit international au cyberspace. D'une

2. V. A. Bradford, « Penser l'Union européenne dans la mondialisation : l'effet Bruxelles », cette Revue, p. 76 à 81.

manière générale, il s'agit d'une bonne approche, et l'UE est sur la bonne voie.

Cependant, en raison de l'effet du RGPD sur les transferts de données personnelles, je pense que l'UE sera confrontée à un problème majeur pour construire des coalitions sur la gouvernance de l'internet avec d'autres pays.

En particulier, l'affaire *Schrems II* a révélé la tension entre le bon sens général de l'UE sur ce qu'est et devrait être la gouvernance de l'internet, et l'application très restrictive du RGPD. Vous ne pouvez pas dire, d'une part, qu'un pays est « inadéquat » pour recevoir des données à

caractère personnel de l'UE, parce qu'il n'adhère pas aux normes de la Charte de l'UE, et, d'autre part, demander à ce même pays de soutenir votre approche de la gouvernance de l'internet.

L'UE doit s'attaquer à cette tension et, pour ce faire, elle doit être prête à apporter une plus grande proportionnalité à l'application du RGPD et de la Charte aux transferts internationaux de données. De cette façon, en échappant aux parties les plus catégoriques, la RGPD peut devenir une meilleure loi et fournir un meilleur modèle de gouvernance mondiale de l'internet.



Laurent Cohen-Tanugi • Avocat international et essayiste

## Le droit est plus que jamais le langage nécessaire de la mondialisation

Dans *Le droit sans l'État*, vous envisagiez la régulation juridique indépendamment d'un socle étatique.

Cette analyse libérale permet-elle de comprendre la mondialisation comme la création d'un espace juridique sans véritable convergence politique ? Le modèle libéral est-il toujours un point de convergence dans la mondialisation ?

*Le droit sans l'État*, paru en 1985, n'avait pas pour objet la mondialisation. Le titre visait à illustrer les différences de modes de régulation entre les États-Unis et la France, et j'y analysais l'importance du droit et des juristes aux États-Unis comme une sorte de pendant de l'État administratif et de la haute fonction publique en France. Pour la génération à laquelle j'appartiens, ce livre a contribué à une connaissance plus fine de la démocratie américaine, mais aussi et surtout à une puissante revalorisation du droit et à un renouveau du libéralisme politique en France.

De là, je suis passé à une réflexion sur la construction européenne, caractérisée par l'écart entre un système juridique très élaboré et intégré et une absence d'État, et même d'unité politique européenne, c'est-à-dire une autre figure d'un « droit sans État ». Ce n'est que par la suite, lorsque la mondialisation est devenue le phénomène central à partir des années 1990, qu'en l'absence d'État ou de gouvernement mondial, la régulation juridique s'est imposée naturellement comme l'instrument privilégié pour gouverner la mondialisation. On a alors commencé à parler de « gouvernance globale » - deux anglicismes - pour désigner une régulation juridique et institutionnelle de la mondialisation.

Ce qui a changé au tournant du 21<sup>ème</sup> siècle, et que j'évoquais dans mon livre *Guerre ou paix* publié en 2007, est la prise de conscience de ce que cette mondialisation, jusque-là considérée comme une force d'harmonisation et de pacification planétaire - souvenez-vous de *The World Is*

*Flat*, l'ouvrage de Tom Friedman, l'éditorialiste vedette du *New York Times* -, était également porteuse de fragmentation et de conflictualité, du fait de la montée en puissance de la Chine et autres grands pays émergents qu'elle favorisait, ainsi que des réactions identitaires et réactionnaires qu'elle provoquait un peu partout dans le monde. Le retour de la géopolitique inauguré symboliquement par les attentats du 11 septembre 2001 marque un changement de paradigme par rapport au moment libéral des années 1980-90, mais le discours sur la régulation juridique de la mondialisation a tardé à en prendre acte.

**Vos ouvrages des années 1990 sont tributaires de notions dont l'objectivité est aujourd'hui en question. Pensez-vous que les concepts utilisés pour décrire le monde à cette époque demeurent pertinents ? Notamment peut-on encore faire usage des termes tels que « démocratie », « droits humains », ou « libertés » alors qu'ont émergé des modèles alternatifs niant le sens qui leur est donné en Occident ? Le langage juridique promeut-il des valeurs suffisamment universelles pour servir de *lingua franca* à la mondialisation ?**

Il importe de bien distinguer deux choses. La première est l'assaut mené depuis plusieurs années contre le modèle libéral de l'État de droit, tant au sein des démocraties occidentales que dans le monde émergent. Au sein des démocraties occidentales, les mouvements populistes ont en ligne de mire l'État de droit, c'est-à-dire la limitation de la volonté populaire ou de la règle majoritaire par des principes fondamentaux. L'État de droit est ce qui différencie les démocraties libérales de la démocratie « illibérale » - une contradiction dans les termes - prônée par Victor Orban en Hongrie ou par les dirigeants polonais actuels. Mais cet assaut contre la démocratie libérale a pris une dimension nouvelle avec la montée en puissance des pays émergents, qui lui opposent avec une agressivité croissante leur propre modèle de gouvernance. Je pense naturellement à la Chine, à la Russie ou à la Turquie. Et là, la réponse à votre question est nette : nous devons défendre notre modèle démocratique et nos valeurs, qui sont universelles parce qu'ancrées dans l'humanisme. Nous devons les défendre d'abord chez nous, où ils sont attaqués de l'intérieur comme de l'extérieur, mais également autant que faire se peut en dehors du monde occidental, lorsque les droits humains fondamentaux sont violés ou pire encore. Le respect des souverainetés nationales et le relativisme culturel ont des limites.

Mais dans ce contexte de conflit de modèles de gouvernance et de valeurs - c'est le second volet de votre question -, le droit est plus que jamais le langage nécessaire de la mondialisation pour prévenir et résoudre les différends. Trouver un accord sur des normes communes devient dans ce contexte plus difficile, mais les acteurs étatiques agissant généralement de manière rationnelle, chacun a intérêt à parvenir à un tel accord, faute de quoi c'est la guerre.

**Les valeurs libérales promues par le droit mondialisé entrent-elles en conflit avec les valeurs traditionnelles, en Occident comme à l'étranger ?**

Je me méfie d'expressions trop générales comme « valeurs libérales » ou « valeurs traditionnelles ». Ce qui est certain, c'est que la mondialisation, dans toutes ses dimensions, économique mais aussi technologique, migratoire, culturelle, a engendré au sein des populations occidentales et extra-occidentales un certain nombre de réactions identitaires, nationalistes, ou de repli sur la religion et ce que vous appelez les « valeurs traditionnelles ».

Mais il faut bien voir que ce repli sur soi, et surtout l'essor des fondamentalismes religieux tant dans le monde arabo-musulman qu'en Occident, représentent une formidable régression par rapport à l'ouverture des décennies qui ont suivi la Seconde guerre mondiale. Il faut également être conscient de ce que ces réactions traditionnalistes ont été le plus souvent instrumentalisées, sinon orchestrées, par des autocrates et autres démagogues, qu'il s'agisse de la Russie de Poutine avec l'instrumentalisation de la religion orthodoxe, de la Turquie d'Erdogan avec l'islamisme « modéré », de l'Inde de Modi avec l'hindouisme anti-musulman, ou encore de la Pologne actuelle et de l'Amérique de Trump. Les « valeurs traditionnelles », tout comme l'appel à la nostalgie d'une grandeur révolue, sont ainsi l'un des instruments de l'assaut populiste et réactionnaire contre la démocratie libérale et l'État de droit, la science et le progrès, la philosophie des Lumières. Cela a produit le Brexit, la présidence Trump, ou encore le bilan catastrophique de la pandémie dans les pays gouvernés par des populistes : Royaume Uni, États-Unis, Brésil.

**L'usage du droit comme outil de la mondialisation suppose-t-il une séparation du politique et de l'économique dans les rapports internationaux ?**

La séparation du politique et de l'économique dans les relations internationales a coïncidé avec les premières décennies de la vague contemporaine de la mondialisation, marquées par la domination économique, politique et culturelle occidentale. Au cours de la décennie 1990, marquée par l'illusion de la « fin de l'histoire », du triomphe planétaire de la démocratie et de l'économie de marché et par l'harmonisation technologique, l'économie était en quelque sorte dépolitisée. Depuis le changement de paradigme que j'évoquais précédemment, c'est-à-dire le retour de la géopolitique au premier plan des relations internationales, la séparation de l'économique et du politique existe de moins en moins et l'on assiste à un phénomène inverse, à savoir la géopolitisation à outrance des relations économiques, illustrée notamment par l'agressivité de Donald Trump et en miroir la politique de Xi Jinping.

Paradoxalement, comme je l'évoquais il y a un instant, cette géopolitisation de la vie économique internationale rend la régulation par le droit encore plus nécessaire.

Encore faut-il s'entendre sur le sens de cette régulation par le droit, car le droit lui-même peut être instrumentalisé à des fins géopolitiques. Je n'inclus pas dans cette catégorie le procès souvent intenté à l'application extraterritoriale du droit américain, dans des domaines bénéficiant d'un consensus international tels que la lutte contre la corruption, le blanchiment ou la fraude fiscale. Dans une économie mondialisée il est naturel que les législations nationales ou régionales aient un caractère extraterritorial, et c'est d'ailleurs le cas de plusieurs corpus juridiques européens. Ce qui est en revanche préoccupant est l'application arbitraire de textes de lois à des fins géopolitiques ou comme mesures de rétorsion, et c'est ce type d'instrumentalisation du droit qu'une régulation juridique d'une mondialisation devenue plus conflictuelle se doit de prévenir par des institutions et des règles de fond et de procédure consensuelles. Ce que l'on appelle le « *lawfare* » constitue une menace émergente pour la mondialisation.

**L'Europe peut-elle être une puissance normative globale ?**

Je le crois, à condition d'entendre « norme » au sens de règle plutôt que de standard industriel. Depuis sa naissance à Maastricht au début des années 1990, l'Union européenne s'est pensée et voulue comme une puissance normative globale, et elle l'est effectivement devenue dans un certain nombre de domaines-clé, notamment la réglementation des données personnelles. Cette ambition se trouve néanmoins entravée par le défaut d'unification politique de l'Europe, dans la mesure où une influence normative globale suppose un droit unifié par des règlements communautaires et des institutions intégrées. C'est ainsi dans les domaines les plus fédéralisés que l'Europe est la plus influente : commerce international, droit de la concurrence et politique monétaire. Une autre limitation à l'influence normative européenne est l'absence de bras armé pour faire respecter les normes, à l'image de ce qu'est la Commission en droit de la concurrence et à la différence du Département de la justice américain. Le parquet européen est un premier pas, encore insuffisant, dans cette direction.

Mais dans la mondialisation conflictuelle du 20<sup>e</sup> siècle, l'Europe ne peut pas se contenter d'être une puissance normative, fût-elle globale. Dès 2008, à la veille de la crise financière mondiale, je plaçais en faveur d'une stratégie européenne ambitieuse pour la mondialisation dans le rapport de la mission sur l'avenir de la « stratégie de Lisbonne » - un fiasco - que m'avaient confiée Christine Lagarde et Xavier Bertrand. Certaines de nos propositions, comme la nécessité d'un contrôle communautaire des investissements stratégiques et d'une politique commerciale plus robuste, sont aujourd'hui reprises par la Commission von der Leyen, et trouvent notamment écho auprès de Thierry Breton. L'Europe doit également devenir une puissance politique et stratégique et renforcer ses capacités technologiques et militaires dans les années à venir.

**Revenons à l'Amérique, à votre éloge de la démocratie américaine des années 80, et à votre dernier ouvrage, *Résistances*. Quel bilan faites-vous de la résistance de la démocratie américaine à la présidence Trump ?**

J'ai eu l'occasion de dénoncer le recul de l'État de droit aux États-Unis après les attentats du 11 septembre 2001, dans une postface à la réédition du *droit sans l'État* vingt ans après. Mais l'attaque permanente contre la démocratie libérale et l'État de droit qu'a représenté la présidence Trump était d'une toute autre nature. C'est pourquoi sa défaite était un enjeu crucial pour les États-Unis, pour le monde et pour la démocratie libérale.

« La démocratie a triomphé », comme l'a salué Joe Biden, au double sens où le vote populaire et le système électoral ont été respectés et où le candidat anti-démocratique a été battu. Mais il s'en est fallu de peu, et la présidence Trump a révélé de graves et surprenantes faiblesses de l'État de droit et de l'équilibre des pouvoirs aux États-Unis, dans un contexte, il est vrai, où le Congrès était dominé par un parti qui n'a plus de républicain que le nom et dont la faillite morale est largement responsable de la dérive bananière, voire fascisante, que vient de connaître la démocratie américaine. J'ai été particulièrement surpris par la quantité de manquements au droit, à l'éthique et aux normes démocratiques qu'un président

des États-Unis pouvait commettre impunément pendant son mandat, et par l'impuissance de la règle de droit face au politique dès lors que le parti majoritaire au Congrès tourne le dos à l'esprit des lois et aux valeurs de la démocratie américaine pour ne servir que son propre intérêt de court terme.

À défaut de pouvoir réformer la procédure d'*impeachment* ou le système électoral, la nouvelle majorité démocrate au Congrès va devoir s'atteler à mieux encadrer et sanctionner les pouvoirs du président, à renforcer l'indépendance du Département de la justice, et à rendre impossible à l'avenir les innombrables violations de l'éthique et des normes démocratiques commises par Donald Trump.

Cela dit, malgré la démission coupable du Congrès républicain et l'affaiblissement consécutif des « *checks and balances* », la démocratie américaine a montré sa singulière capacité de résistance, grâce aux grands médias traditionnels, aux tribunaux fédéraux, aux États et autres collectivités locales, à la société civile et à « l'État profond » dénoncé par Trump, y compris la haute hiérarchie militaire. Je ne suis pas sûr que les démocraties européennes auraient fait mieux face à un danger qui les menace également. Nous devons tirer toutes les leçons de l'expérience américaine, y compris de la journée du 6 janvier 2021 et de ses suites.

*Entretien réalisé par Joachim-Nicolas Herrera et Vasile Rotaru*



Martin Collet • Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas

## La fiscalité de l'économie numérique : enjeu global, réponses locales ?

148

La fiscalité de l'économie numérique<sup>1</sup> offre un excellent terrain d'observation des velléités de l'outil juridique à gouverner la mondialisation<sup>2</sup> tout autant que des difficultés à rendre une telle perspective concrète.

D'un côté, l'incompréhension suscitée par le faible niveau d'imposition de grandes entreprises de l'économie numérique, dans des États où elles génèrent pourtant d'importants revenus, a puissamment contribué à la naissance d'un élan de coopération internationale inédit. Depuis une dizaine d'années, ce sont ainsi près de 140 pays qui réfléchissent, sous l'égide de l'OCDE, à la manière d'adapter leurs règles de taxation des entreprises à plusieurs phénomènes, intimement liés à la numérisation de l'économie, qui bouleversent les conceptions traditionnelles sur lesquelles reposent le droit fiscal international depuis un siècle. Ce mouvement a d'ores et déjà conduit à de significatives évolutions des règles comme des pratiques, à l'échelle mondiale, en particulier sur le terrain de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales.

D'un autre côté, lorsque l'attention se porte sur la question plus spécifique de l'imposition des bénéfices des grandes entreprises de l'économie numérique, la difficulté à faire converger les gouvernements vers des réponses

1. Comme le relevait, en 2013, le Rapport « Collin-Colin » l'économie numérique renvoie à la fois à des entreprises immédiatement associées à cette notion (entreprises des secteurs de la publicité, de l'information ou du divertissement dont l'activité repose essentiellement sur l'usage de technologies numériques, sociétés d'édition logicielle, société de services et d'ingénierie informatique, agences Web, opérateurs de télécommunications) mais aussi, en réalité, à des entreprises de toute taille et de tous secteurs qui, de plus en plus, ont recours aux technologies numériques et, notamment, exploitent toujours plus intensément les données issues de l'activité de leurs utilisateurs. C'est ainsi que, aujourd'hui, les économistes préfèrent parler de « numérisation de l'économie » que d'économie numérique, tant ce phénomène embrasse la plupart des activités de production de biens comme de services, y compris les plus traditionnelles (P. Collin, N. Colin, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, Rapport au Ministre de l'économie et des finances, au Ministre du redressement productif, au Ministre délégué chargé du budget et à la Ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique*, 2013, p. 5 et s.).

2. V. notamment : A. Garapon, « Une Cour peut réguler la mondialisation », *Le Grand Continent - Revue européenne du droit*, 13 novembre 2019.

juridiques communes reste frappante, et ce quand bien même les modèles d'affaire privilégiés par ces entreprises soulèvent partout dans le monde des problèmes identiques. Ainsi, malgré un consensus quasi-global sur les limites du système fiscal actuel, les initiatives purement nationales - et hautement politiques - se multiplient dans le plus grand désordre, suscitant levées de boucliers et menaces de représailles de la part d'États s'estimant victimes de pratiques discriminatoires. La perspective d'une réponse juridique uniforme à un enjeu clairement global reste ainsi, pour l'heure, très hypothétique.

Avant de préciser les défis fiscaux que soulève le phénomène de numérisation de l'économie et la manière dont les États tentent d'y répondre, il est utile de rappeler brièvement d'où vient l'actuel système fiscal international afin de comprendre le constat d'inadaptation qu'il suscite aujourd'hui.

### Un système fiscal mondial conçu dans les années 1920

De manière paradoxale, si la fiscalité a toujours constitué un attribut évident de la souveraineté, elle apparaît comme l'un des terrains les plus anciens de développement d'une forme de globalisation juridique. Dès les années 1920, la Société des nations (SDN) s'est lancée dans un ambitieux programme de réflexion sur la manière dont les États pourraient coordonner leurs compétences fiscales afin d'éviter certains « frottements » préjudiciables aux échanges économiques. Pour l'essentiel, la SDN entendait combattre les hypothèses de « double imposition », liées aux situations dans lesquelles deux États peuvent, sur la base de leurs règles domestiques respectives, revendiquer tout autant le droit de taxer un même profit ou un même patrimoine. S'agissant par exemple de sommes gagnées à l'étranger par un individu ou une entreprise, l'État dit « de source » peut légitimement souhaiter taxer ce revenu généré sur son sol, tandis que l'État « de résidence » prévoit généralement d'imposer l'ensemble des revenus des contribuables domiciliés sur son territoire, y compris les revenus de source étrangère.

Pour réduire ces risques, la SDN a publié en 1928 un premier modèle de convention dont, aujourd'hui encore, les dispositions guident, en substance, les conventions fiscales bilatérales que signent la plupart des pays du monde avec leurs partenaires économiques. Ces conventions consistent à répartir entre les États signataires les différentes formes d'enrichissement - voire de patrimoine - afin d'éviter les situations de double imposition. Ainsi, par exemple, les signataires s'accordent généralement pour laisser à l'État de source le droit de taxer les revenus dits « passifs » (revenus du patrimoine, en particulier) générés sur son sol - y compris s'ils sont perçus par des résidents de l'autre État signataire - tandis que, à l'inverse, l'État de résidence est seul habilité à taxer les revenus d'activités, y compris d'activités conduites dans l'autre État (sauf à ce que l'entreprise y dispose d'un « établissement stable », c'est-à-dire d'une implantation fixe et durable ayant une activité propre).

## De nouveaux modes de création de valeur

Les évolutions récentes des modèles de création de valeur privilégiés par de nombreuses entreprises tendent à ébranler ce modèle traditionnel de répartition de la matière imposable entre États de source et États de siège. Pour le dire d'un mot, ces modèles rendent chaque jour plus difficile l'identification du ou des lieux de création de valeur d'une activité et, dès lors, la répartition des droits à taxer cette valeur entre les États concernés.

À cet égard, les grandes entreprises du numérique offrent assurément les exemples les plus frappants de ces difficultés - ce qui explique qu'elles soient devenues pour beaucoup le symbole d'évolutions, voire de dérives qui, à la vérité, ne leur sont pas propres. On pense ici aux entreprises qui, telles Facebook ou Google, génèrent d'importants revenus grâce aux services fournis à des utilisateurs et à de clients domiciliés sur le territoire d'États où elles n'ont parfois aucune présence physique. Or, les 4.500 conventions bilatérales qui, aujourd'hui, s'inspirent toutes peu ou prou du modèle proposé par l'OCDE (qui a pris, en cette matière, le relais de la SDN), accordent en principe au pays où l'entreprise est domiciliée - ou, au moins, dispose d'une installation fixe d'affaire (succursale, bureaux, usine, etc.) - le droit de taxer ces bénéficiers. C'est ainsi, par exemple, qu'il revient seulement à l'Irlande d'imposer les profits réalisés en France par Google dès lors que ses activités lucratives de placement d'espaces publicitaires sont conduites par des employés effectivement présents dans les murs de la filiale européenne du groupe, installée à Dublin. Cette déconnexion entre, d'une part, le territoire sur lequel est créée - ou, du moins, réalisée - une bonne part de la valeur générée par l'entreprise et, d'autre part, son lieu de taxation apparaît aujourd'hui, aux yeux de nombreux gouvernements comme des opinions publiques difficilement compréhensibles.

Mais là n'est pas la seule difficulté à laquelle les États sont confrontés, loin s'en faut. En effet, l'essentiel de la valeur produite par l'activité de bon nombre d'entreprises, y compris dans des secteurs « traditionnels » (l'hôtellerie et la restauration, par exemple) repose aujourd'hui sur des actifs dits incorporels - un algorithme pour Google et, plus souvent, une marque, des brevets, des savoir-faire, etc. - qui peuvent eux-mêmes se retrouver localisés à peu près n'importe où, auprès de filiales dédiées. L'affaire Starbucks, née en Grande-Bretagne en 2012 a bien mis au jour cette problématique. Malgré un chiffre d'affaires dépassant, entre 2010 et 2012, les 2 milliards de Livres sur le sol britannique, l'entreprise a réussi à n'y payer aucun impôt sur les bénéficiers, en délocalisant l'intégralité de ses profits via une filiale installée aux Pays-Bas et chargée du contrôle des actifs incorporels du groupe pour toute l'Europe - actifs dont l'utilisation était facturée au prix fort aux distributeurs locaux, notamment britanniques<sup>3</sup>.

3. Pour une présentation de ce schéma, v. : T. Bergin, "How Starbucks avoids UK taxes", *Reuters*, 15 octobre 2012 : <<https://www.reuters.com/article/uk-britain-starbucks-tax/special-report-how-starbucks-avoids-uk-taxes-idUKBRE89EoEW20121015>>.

De même, l'ensemble des grandes entreprises américaines de l'économie numérique bénéficiaient à la même époque de montages sophistiqués permettant - en toute légalité - de minimiser leur taux global d'imposition en localisant l'essentiel de leurs bénéfices auprès de filiales implantées dans des États accommodants (Caïmans, Bermudes...), après les avoir fait transiter par différents États-tunnels dont la législation et les conventions bilatérales autorisaient ce genre de pratique<sup>4</sup>.

Enfin, s'ajoute une difficulté plus redoutable encore : celle tenant aux modalités d'identification de ce qui fait la valeur de certaines prestations - valeur qui doit pourtant être appréhendée afin d'être localisée puis taxée. Par exemple, s'il est clair que les revenus publicitaires de Google ou de Facebook sont liés aux informations récoltées auprès des utilisateurs (à travers leur historique de recherche, notamment), faut-il et, le cas échéant, comment valoriser cette participation des utilisateurs - ce « travail gratuit », comme l'avait qualifié le Rapport Collin-Colin<sup>5</sup> - à la création de la valeur globale de la prestation vendue par Google ou Facebook à ses clients ? Et, au-delà, comment déterminer à coup sûr la « juste valeur » de certains actifs incorporels - l'algorithme de Google ou la recette du Frappuccino de Starbucks, par exemple - afin de déterminer leur niveau acceptable de rémunération ?

Cette question du montant des « prix de transfert », c'est-à-dire des prix auxquels des entreprises d'un même groupe se facturent entre elles (et donc « hors marché ») des biens ou des services est évidemment cruciale pour les États : le niveau d'imposition dépend directement du niveau des bénéficiers qui, lui-même, est fonction du montant des charges déduites par l'entreprise du fait des prix de transfert que lui auront facturés ses filiales et sa maison-mère.

### Le projet BEPS face aux « défis de l'économie numérique »

Face à ces constats, les États n'ont réagi qu'assez tardivement. Ils ont d'abord préféré concentrer leur attention sur les comportements les plus évidemment contestables lorsque, aux lendemains de la crise de 2007-2008, le besoin de retrouver des marges de manœuvre budgétaires s'est fait jour et tandis que, concomitamment, la presse révélait des pratiques massives de fraude fiscale abritées par quelques « paradis fiscaux » (le Liechtenstein, en particulier<sup>6</sup>). Agacés d'avoir été contraints d'apporter des aides financières énormes pour sauver des banques qui, dans le même temps (pour certaines en tout cas) facilitaient des fraudes fiscales réduisant d'autant les recettes publiques, les gouvernements ont rapidement mis en œuvre diverses mesures vigoureuses, à l'échelle étatique (comme avec la

4. V. : P. Collin, N. Colin, rapport préc., 2013, p. 21.

5. *Ibid*, p. 52 et s.

6. V. : E. Vincent, « Liechtenstein, la vallée des milliards cachés », 19 févr. 2008 : <[https://www.lemonde.fr/europe/article/2008/02/19/liechtenstein-la-vallee-des-milliards-caches\\_1013122\\_3214.html](https://www.lemonde.fr/europe/article/2008/02/19/liechtenstein-la-vallee-des-milliards-caches_1013122_3214.html)>.

loi FATCA, aux États-Unis, en 2010<sup>7</sup>) comme internationale (à travers les actions contre le secret bancaire et pour le développement des échanges d'informations entre administrations fiscales conduites par l'OCDE à l'invitation du G20<sup>8</sup>).

Ce n'est que dans un second temps que l'attention s'est concentrée sur les différents processus permettant à de nombreuses grandes entreprises transnationales de réduire leur niveau d'imposition d'une manière certes légale mais problématique du point de vue des finances publiques comme, à bien des égards, de l'équité. C'est ainsi qu'en 2012, l'OCDE a convaincu le G20<sup>9</sup> de la soutenir dans un projet baptisé « BEPS » (*Base erosion and Profit shifting* ou Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfice) qui, comme son nom l'indique, entendait mettre au jour certaines pratiques d'optimisation fiscale potentiellement contestables afin, idéalement, de proposer les moyens d'y remédier.

Dès l'origine, les entreprises de l'économie numérique - au premier rang desquelles les « GAFAs » (Google, Amazon, Facebook, Apple) - étaient clairement dans le viseur des travaux de l'OCDE. La première des quinze « actions BEPS » se proposait ainsi de « relever les défis posés par l'économie numérique »<sup>10</sup>. Non pas que ces entreprises soient alors accusées d'adopter des comportements fiscaux spécialement « agressifs », en comparaison d'autres multinationales. Toutefois, au regard de plusieurs caractéristiques de leurs modèles économiques et de leurs politiques d'implantation - celles qu'on évoquait plus haut -, elles soulèvent, aux yeux des États, des risques d'« érosion des bases fiscales » d'une particulière acuité<sup>11</sup>.

7. Les dispositions de la loi FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) imposent aux banques du monde entier de communiquer aux autorités fiscales américaines l'ensemble des comptes détenus par des citoyens américains. Pour plus de précisions, v. : <https://www.irs.gov/businesses/corporations/foreign-account-tax-compliance-act-fatca>.
8. En 2020, l'OCDE se félicite tant de l'augmentation spectaculaire du nombre d'échanges de renseignements depuis le lancement de son « Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales » en 2009, que de la réduction significative (de près de 25 % entre 2008 et 2019) du volume des dépôts bancaires dans les centres financiers internationaux (Singapour, Hong-Kong, etc.) par des non-résidents (v. : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/la-communaute-internationale-a-obtenu-un-succes-sans-precedent-dans-la-lutte-contre-la-fraude-fiscale-internationale.htm>).
9. Au détour d'une micro-formule perdue au milieu des 14 pages de la déclaration finale de la réunion du G20 de Los Cabos (Mexique) en juin 2012 : "We reiterate the need to prevent base erosion and profit shifting and we will follow with attention the ongoing work of the OECD in this area" (v. : <https://www.oecd.org/g20/summits/los-cabos/2012-0619-loscabos.pdf>).
10. OCDE, Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Action 1 - Rapport final 2015.
11. Les données statistiques apparaissent toutefois aussi lacunaires que contradictoires. La Commission européenne estimait en 2018 que, en moyenne, les entreprises du numérique seraient imposées à un taux effectif moyen de 9,5% contre 23,2% pour les modèles d'affaire traditionnels (v. l'étude d'impact des services de la Commission européenne sur les deux propositions de directives : SWD (2018) 81 final/2). De son côté, le département du commerce des US relève dans son rapport d'enquête sur la « taxe GAFAs » adoptée par la France que plusieurs études considèrent à l'inverse que les taux d'imposition de ces différentes catégories d'entreprises restent globalement équivalents (*Office of the United States Trade Representative, Report on France's Digital Services Tax prepared in the investigation under Section 301 of the Trade Act of 1974*, 2 décembre 2019, p. 5.).

Pourtant, lors de la publication en 2015 des différents Rapports BEPS et dans les années suivantes, la question de l'économie numérique fut reléguée au second plan. L'OCDE préféra se concentrer sur les terrains plus fertiles à l'élaboration de solutions consensuelles : création de normes « anti-abus » (afin d'anéantir l'intérêt du recours à certains montages fiscaux purement artificiels), développement des mécanismes de coopération entre administrations fiscales, multiplication des obligations de « reporting » par les entreprises, rédaction d'un « instrument multilatéral » innovant permettant aux États intéressés de modifier simultanément leurs conventions fiscales bilatérales afin d'intégrer les nouvelles armes anti-fraude proposées par l'OCDE, etc.<sup>12</sup>

De même, à l'échelle européenne, plusieurs directives inspirées des travaux de l'OCDE ont imposé aux législations nationales d'intégrer un arsenal d'armes anti-fraude et anti-évasion<sup>13</sup>. Certains États longtemps accusés de faciliter l'optimisation voire l'évasion fiscales (le Luxembourg et les Pays-Bas, en particulier) ont ainsi révisé leur législation et s'efforcent d'adopter les meilleures pratiques en matière de transparence et de lutte contre les comportements abusifs des entreprises<sup>14</sup>. Ces évolutions traduisent l'émergence de standards juridiques susceptibles de s'imposer à l'échelle globale tant le sujet de la fraude fiscale est devenu sensible : l'étiquette de « paradis fiscal » devient très difficile à porter, y compris par certains petits États longtemps associés à cette expression<sup>15</sup>.

### Vers de nouveaux principes de taxation des profits des multinationales ?

S'agissant des défis posés spécifiquement par la numérisation de l'économie, les constats dressés par le Rapport Collin-Colin et largement repris par le Rapport sur l'Action 1 de BEPS n'ont jamais été démentis. Pourtant, les États se sont montrés incapables, jusqu'à présent, de s'entendre sur les conséquences à en tirer.

À l'échelle globale, l'OCDE a déployé d'importants efforts pour tenter d'effacer le relatif échec de l'Action 1 qui, faute de consensus - du fait notamment des réticences de l'Administration Obama aux propositions susceptibles d'affecter certaines grandes entreprises américaines -, n'avait débouché sur rien de tangible. Contre toute attente, l'élection de Donald Trump a modifié la donne. L'essentiel des préoccupations causées par les pratiques des grandes entreprises du numérique coïncidait en effet avec celles prises en compte, plus globalement, par la réforme fiscale initiée par les Républicains en 2017 et visant notamment à favoriser la relocalisation des bénéficiaires des

12. Pour un état des lieux : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.
13. V. not. les directives ATAD (*Anti-Tax Avoidance Directive*) du 12 juillet 2016 (Dir. 2016/1164) et « DAC 6 » du 25 mai 2018 (Dir. 2018/822).
14. V. : X. Paluszkiwicz, F. Dumas, L'espace fiscal européen, Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 juillet 2020, p. 34.
15. Plus que la perspective d'une mise au ban de la communauté internationale, la crainte de faire fuir les investissements étrangers - les entreprises devenant elles-mêmes très inquiètes de leur image - explique vraisemblablement ce phénomène.

entreprises américaines sur le sol des États-Unis tout en instaurant un mécanisme de taxation minimale de leurs profits réalisés à l'étranger<sup>16</sup>.

Adoubees par les États-Unis, de nouvelles négociations « BEPS 2.0 » ont ainsi débuté en janvier 2019 dans un « cadre inclusif » réunissant 140 pays, puis un plan de travail a été adopté par le sommet du G20 de Fukuoka des 8 et 9 juin 2019. Ces discussions ont conduit à deux séries de propositions entérinées par les membres du cadre inclusif en janvier 2020<sup>17</sup>.

D'abord, un « pilier 1 » a pour objet de mieux prendre en compte le lieu de vente de divers biens et services (au-delà même du cas des entreprises du numérique) dans la localisation des bénéfices générés par ces ventes. Concrètement, l'idée consiste à proposer une clé de répartition des profits qui tienne compte non plus seulement de l'État de siège de l'entreprise mais aussi des États de consommation, afin d'allouer à ces derniers une fraction du bénéfice réalisé sur leur sol par les entreprises n'y étant pas implantées. Ensuite, un « pilier 2 » entend introduire un taux effectif minimal d'imposition pour les multinationales, en permettant aux États de taxer leurs groupes internationaux pour les bénéfices réalisés à l'étranger et peu ou pas imposés grâce au jeu des conventions bilatérales. Il s'agit alors de dissuader les délocalisations de bénéfice à finalité purement fiscale et de limiter ainsi la concurrence fiscale entre États.

Toutefois, du fait notamment de la volte-face des États-Unis qui, fin 2020, ont pris leurs distances avec les négociations<sup>18</sup>, les propositions de l'OCDE restent pour l'heure dans les cartons. À dire vrai, rien n'indique que d'autres États ayant activement participé aux discussions ne pourraient pas déchanter lors de l'examen plus détaillé des conséquences pratiques que pourrait impliquer la mise en œuvre concrète des deux piliers. Rien ne permet d'affirmer, notamment, que la France serait gagnante en cas d'application du « pilier 1 » : pour quelques milliards d'impôts potentiellement prélevés sur les bénéfices de Google et de Facebook, combien devraient être abandonnés sur les profits réalisés à l'étranger par LVMH ou Sanofi ?

### Dans l'attente d'une réponse globale, les propositions de la Commission européenne

De son côté, la Commission européenne a présenté en mars 2018<sup>19</sup> plusieurs propositions qui, dans l'attente d'une hypothétique solution globale dégagée par l'OCDE, pourraient limiter les risques d'érosion des bases fiscales

et, à tout le moins, répondre au « sentiment d'injustice »<sup>20</sup> né, selon la Commission, des modalités actuelles de taxation des entreprises du numérique. La Commission assume ainsi le caractère autant politique que juridique de sa démarche : il s'agit bien pour elle de prouver la capacité de l'Europe à agir sur un sujet de portée globale sans attendre l'assentiment des États-Unis. Ces propositions lui permettent également, fort subtilement, de suggérer qu'il existerait bel et bien une opinion publique européenne homogène (partageant en l'occurrence un sentiment d'injustice) dont les aspirations pourraient être efficacement portées par les institutions européennes.

D'après la Commission, une première proposition consisterait à établir de nouvelles règles d'imposition des sociétés ayant une « présence numérique significative » sur le territoire d'un État : celui-ci gagnerait le droit d'imposer une partie des bénéfices liés à cette présence « virtuelle », en l'absence même d'implantation physique. Il s'agit là d'une proposition aussi audacieuse que difficile à mettre en œuvre : elle implique de réviser chacune des conventions fiscales bilatérales signées par chaque État membre car toutes, actuellement, déterminent le lieu d'imposition des bénéfices des entreprises sur le fondement de la notion universellement admise d'« établissement stable » qui, elle-même, repose sur des critères de présence essentiellement physique. Une seconde proposition tiendrait à un système commun de taxe sur le chiffre d'affaires dégagé par les entreprises grâce à certains services numériques.

Cette dernière proposition a recueilli un accueil plus que mitigé. Seuls dix États sur vingt-sept l'ont jugé pertinente<sup>21</sup> et plusieurs ont manifesté leur franche hostilité. Ainsi en est-il d'abord de l'Irlande. Alors même qu'une telle taxe n'occasionnerait qu'une perte très limitée de recette pour ce pays, son gouvernement a fait valoir qu'il estimait essentiel de maintenir ces discussions au niveau de l'OCDE afin d'aboutir à des solutions à une échelle mondiale<sup>22</sup>. Tout en partageant ce sentiment, la Suède est opposée au principe même d'une taxe sur le chiffre d'affaires, en estimant « qu'elle entraverait l'innovation, les investissements et la croissance dans l'Union et nuirait à sa compétitivité par rapport aux autres régions »<sup>23</sup>. Le Danemark et le Luxembourg partagent pour l'essentiel ces points de vue<sup>24</sup>.

Ainsi, en France, une loi de 2019<sup>25</sup> a instauré une taxe de 3 % frappant les revenus des services de type « market place » (Amazon, Blablacar, Airbnb, etc.) et ceux tirés du placement de messages publicitaires ciblés en fonction de

16. Pour une présentation de la réforme fiscale américaine de 2017, v. par ex. : S. Humbert, *Les frontières des impôts de production*, CPO, Rapport particulier n°2, 2020, p. 55 et s.

17. V. *Statement by the OECD/G20 inclusive framework on BEPS on the two-pillar approach to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy, as approved by the OECD/G20 inclusive framework on BEPS on 29/30 January 2020*.

18. Les États-Unis ont alors manifesté leur « forte réticence » au projet (CPO, Adapter la fiscalité des entreprises à une économie mondiale numérisée, 2020, p. 129).

19. V. Documents COM(2018) 147 final et COM(2018) 148 final.

20. Proposition de directive du Conseil concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicable aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques, COM (2018) 148 final, p. 3.

21. V. X. Paluszkiwicz, F. Dumas, *Rapp. préc.*, p. 50.

22. *Ibid.*, p. 51.

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*

25. L. n° 2019 759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés.

données relatives à l'utilisateur. Seules sont concernées les entreprises réalisant plus de 750 millions d'euros de chiffre d'affaires au niveau mondial et 25 millions d'euros au titre des services fournis en France.

Plusieurs projets comparables ont été introduits, ou sont en voie de l'être, par plusieurs pays européens : l'Autriche, la République tchèque, la Hongrie, l'Italie, l'Espagne et le Royaume-Uni<sup>26</sup>. De même, au-delà des frontières européennes, plusieurs grands pays - le Brésil, l'Inde, l'Indonésie et la Turquie - ont déjà mis en œuvre (ou envisage de le faire) une « taxe sur les services numérique » (*digital services tax*) comparable à la « taxe GAFA » française, comme l'a récemment relevé le Département du commerce des US<sup>27</sup>.

### Des réponses juridiquement pertinentes ?

La taxe française (tout comme les dispositifs étrangers équivalents) encourt plusieurs critiques. En premier lieu, elle passe doublement à côté de son objectif : d'abord en frappant un chiffre d'affaires sans tenir compte des bénéfices (et en particulier des bénéfices supposément délocalisés par certaines des entreprises assujetties), ensuite car cette taxe à la consommation est aisément répercutable sur les clients. Ainsi, au bout du compte, plutôt que de réduire les bénéfices des entreprises étrangères (Google et autres), la charge économique de la taxe pèse essentiellement voire exclusivement sur leurs clients français.

En second lieu, ces taxes mises en œuvre de manière unilatérale font peser des risques de représailles particulièrement lourds en comparaison de leur rendement budgétaire assez modeste (de l'ordre de 350 millions par an<sup>28</sup>). Les autorités américaines ont ainsi annoncé en 2019 que la taxe française constituait, selon elles, une pratique discriminatoire de la part d'un partenaire commercial qui justifie des contre-mesures, en application de la section 301 du *Trade Act* de 1974<sup>29</sup>. Une liste de 63 produits français qui représentaient en 2018 des importations d'un montant d'environ 2.4 milliards d'euros a ainsi été établie, afin que puissent leur être appliqués des droits de douane d'un montant pouvant aller jusqu'à 100 %<sup>30</sup>. Le département du commerce (*US Trade Representative*) a certes décidé en janvier 2021 de suspendre l'application de ces droits... mais au regard de l'enquête en cours visant d'autres initiatives de « taxe sur les services numérique »

(*digital services tax*) lancés par plusieurs pays (l'Autriche, le Brésil, la République tchèque, l'Union européenne, l'Inde, l'Indonésie, l'Italie, l'Espagne, la Turquie et la Grande-Bretagne)<sup>31</sup>. L'affaire est donc loin d'être close.

Toutefois, les partisans de ces taxes domestiques peuvent légitimement faire valoir que, sans leur menace, les négociations conduites depuis 2019 par l'OCDE n'auraient sans doute jamais démarré. Quant aux défauts structurels de ces taxes, ils s'expliquent avant tout par le fait que toute autre forme d'impôt, et notamment un impôt assis sur les bénéfices d'entreprises étrangères, se heurterait inmanquablement aux dispositions des conventions bilatérales signées par les États concernés. Autrement dit, en attendant que ces dernières soient modifiées - afin, le cas échéant, d'intégrer les propositions de l'OCDE - les États les plus impatientes d'agir pour répondre à leurs opinions publiques n'ont guère le choix des armes.

Plus encore, la pression mise par certains gouvernements pour faire avancer les négociations internationales a sans doute produit d'importantes conséquences sur les pratiques même de beaucoup d'entreprises, inquiètes pour leur image. La décision de Google de signer en 2019 une transaction avec l'administration fiscale française en même temps qu'une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)<sup>32</sup> illustre sans doute ce souci : l'entreprise américaine a préféré abandonner un milliard d'euros à l'État français pour mettre un terme définitif à ses différends avec l'administration fiscale plutôt que d'attendre leur solution juridictionnelle, et ce alors même que les juridictions de premier et de second degré lui avaient donné raison<sup>33</sup>.

En revanche, du côté du droit, les évolutions restent encore hypothétiques. Sans se satisfaire tout à fait du système actuel, de nombreux États s'inquiètent surtout des propositions encore peu claires de l'OCDE et des risques d'insécurité juridique qu'elles feraient peser en exigeant de reprendre de fond en comble les principes sur lesquels repose la fiscalité internationale depuis un siècle. Au bout du compte, la seule certitude qui se dessine au début de l'année 2021 est qu'en matière de fiscalité du numérique comme en d'autres matières, c'est bien le rapport de force international et, tout particulièrement, la volonté des États-Unis de pousser dans un sens plutôt que dans un autre qui conduira - ou non - le droit à évoluer pour, un jour peut-être, gouverner la mondialisation.

26. Les caractéristiques des différentes taxes sont présentées par : X. Paluszkiwicz, F. Dumas, Rapp. préc., p. 53.

27. V. : *Office of the US Trade Representative, Docket Number USTR-2019-009*, 7 janv. 2021.

28. Selon le projet de loi de finances pour 2021, cette taxe devrait rapporter 358 millions d'euros en 2021, après en avoir rapporté 405 en 2020 (PLF 2021, voies et moyens, t. 1, p. 33).

29. V. la présentation des dernières actions conduites sur ce fondement - contre la Chine (droits de propriété intellectuelle), l'Union européenne (subventions à Airbus) et la France (taxe sur les services numériques) - sur le site Internet du ministre du Commerce des États-Unis : <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2018/june/section-301-investigation-fact-sheet>>.

30. *Office of the US Trade Representative, Notice of Determination and Request for Comments Concerning Action Pursuant to Section 301: France's Digital Services Tax, Federal register/vol. 84, n° 235, 6 déc. 2019, p. 66957.*

31. *Office of the US Trade Representative, Docket Number USTR-2019-009*, 7 janv. 2021.

32. La CJIP est disponible sur : <[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/190903\\_CJIP.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/190903_CJIP.pdf)>.

33. V. en dernier lieu : CAA Paris, 25 avril 2019, min. c/ Google Ireland Ltd, Dr. fisc. 2019, n° 25, comm. 305, concl. A. Mielnik-Meddah, note F. Deboissy et G. Wicker.



Thierry de Montbrial • Président de l'IFRI,  
membre de l'Institut

## La gouvernance des biens communs comme levier politique

« 1. Toute la Terre avait une même langue et des paroles semblables. 2. Or, en émigrant de l'Orient, les hommes avaient trouvé une vallée dans le pays de Sennaar, et s'y étaient arrêtés. 3. Ils se dirent l'un à l'autre : Allons, préparons des briques et cuisons-les au feu. Et la brique leur tint lieu de pierre, et le bitume de mortier. 4. Ils dirent : Allons, bâtissons-nous une ville, et une tour dont le sommet atteigne le ciel ; faisons-nous un établissement durable pour ne pas nous disperser sur toute la face de la terre. 5. Le Seigneur descendit sur la terre, pour voir la ville et la tour que bâtissaient les fils de l'homme ; 6. Et il dit : Voici un peuple uni, tous ayant une même langue. C'est ainsi qu'ils ont pu commencer leur entreprise, et dès lors tout ceux qu'ils ont projeté leur réussissait également. 7. Allons paraissons ! et, ici-même, confondons leur langage, de sorte que l'un n'entende pas le langage de l'autre. 8. Le Seigneur les dispersa donc de ce lieu sur toute la face de la terre, les hommes ayant renoncé à bâtir la ville. 9. C'est pourquoi on la nomma Babel, parce que là le Seigneur confondit le langage de tous les hommes ; et de là l'Éternel les dispersa sur toute la face de la terre. »

Versets 1 à 9, chapitre XI, Genèse, Bible hébraïque

La Genèse décrit une humanité qui aurait réalisée, en somme, le but utopique de la mondialisation avec une gouvernance mondiale. Dans ce récit, naturellement symbolique, on voit que l'humanité pré-Babel constituait en quelque sorte une unité politique. Une unité politique bien organisée, bien structurée, où des personnes prenaient des décisions et étaient capables de les exécuter. Tout le monde se comprenait, par conséquent il y avait une culture commune. Pourquoi Dieu intervient-il pour confondre les hommes, confondre l'humanité et faire en sorte qu'ils ne se comprennent plus ? C'est parce que cette construction de la tour de Babel qui monte jusqu'au ciel et qui pénètre dans le ciel, signifie que les hommes se prennent pour Dieu : la dispersion des hommes sur la Terre est la conséquence du péché originel, du pé-

ché d'orgueil qui fait que l'homme se prend pour plus qu'il n'est et l'humanité se prend pour plus qu'elle n'est, l'homme en somme prétendant réaliser par lui-même le Paradis terrestre.

Cette dispersion consécutive à la destruction de la tour de Babel peut être interprétée en termes géopolitiques contemporains : tous ces peuples dispersés, parlent des langues différentes, développent des cultures différentes et ne se comprennent pas. Ils en viennent à développer des idéologies différentes qui les conduisent à se battre, à s'affronter dans la guerre. Dans le monde de la tour de Babel, il n'y avait pas de problèmes géopolitiques. La géopolitique, c'est l'idéologie relative aux territoires et aux nations qui les occupent, c'est une situation qui naît de l'incompréhension des hommes en l'absence d'une unité politique commune propre à assurer une gouvernance mondiale légitime aux yeux de l'humanité dans son ensemble.

### Définir la mondialisation<sup>1</sup>

La mondialisation réelle résulte d'un phénomène d'imbrication croissante, où la dispersion des peuples et des cultures a fait place à un nouveau mélange, sans pour autant qu'ils se comprennent. Ce mélange s'est considérablement accéléré depuis une soixantaine d'années avec une interdépendance de plus en plus grande. Pour saisir ce phénomène, il faut d'abord en donner une définition : la mondialisation peut être définie comme la tendance pour toutes les unités actives à raisonner stratégiquement à l'échelle planétaire.

Une unité active est un groupe humain qui est structuré par une Culture commune identifiée (capacité de se comprendre) et par une Organisation qui prend les décisions concernant le groupe aussi bien pour les affaires intérieures que pour les affaires extérieures. Une unité active devient une unité politique quand elle ne reconnaît pas d'autorité supérieure à la sienne. C'est bien entendu le cas des États, qui restent la catégorie principale d'unité politique et dont la définition juridique s'est raffinée, mais aussi d'un nombre croissant de groupements hétérogènes qui se considèrent souverains, c'est-à-dire ne reconnaissent aucune autorité supérieure à la leur. C'est ainsi par extension le cas des organisations internationales de toute nature. Elles peuvent être considérées dans une certaine mesure comme des unités politiques, en premier l'Organisation des Nations unies qui demeure à la base du droit international dans son état actuel. Des organisations terroristes comme Daesh ou Al-Qaïda répondent également à cette définition de l'unité politique dans la mesure où elles se considèrent souveraines, c'est-à-dire qu'elles ne reconnaissent aucune autorité supérieure à la leur, même si naturellement ce n'est pas ainsi qu'elles sont considérées du point de vue du droit international.

Alors pourquoi y a-t-il une tendance pour toutes les unités actives de la planète à raisonner stratégiquement à

1. Plusieurs des concepts employés dans ce qui suit proviennent de T. de Montbrial, *L'Action et le système du monde*, 4<sup>e</sup> édition, collection « Quadrige », PUF, 2011.

l'échelle planétaire ? La mondialisation que nous connaissons depuis un demi-siècle est un phénomène sans précédent dans l'histoire de l'humanité. C'est d'abord un phénomène de transformation technologique en accélération permanente, conséquence de la révolution des technologies de l'information et de la communication. Pendant maintenant plus de 60 ans, non seulement nous n'avons pas vu de ralentissement de la transformation mais nous constatons sous nos yeux aujourd'hui que cette transformation s'accélère, en dépit de ses soubresauts. En parallèle, la chute de l'URSS, en conséquence de son incapacité fondamentale à se réformer en raison de l'imbrication de ses structures économiques et politiques, a contribué à rompre certaines digues et à faire ressurgir des problèmes figés depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Des phénomènes migratoires de grande ampleur se sont produits, y compris à l'intérieur de l'Europe avec l'élargissement extrêmement rapide de l'Union européenne.

### **Concevoir et établir des mécanismes de régulation dans un système international de plus en plus complexe ?**

Cette ouverture générale, cette interdépendance accrue quantitativement et transformée qualitativement, implique une forme de régulation. Dans des systèmes physiques hautement interdépendants, il faut des mécanismes de régulation puisque des systèmes qui ne sont pas régulés explosent, c'est-à-dire évoluent vers le chaos. On pense aux grandes crises économiques comme celle de 2007 et aux malheurs du Moyen-Orient depuis 2011, qui sont des situations relativement comparables. Les crises économiques récentes, la multiplication des conflits au Moyen-Orient, la pandémie de Covid-19 ont en commun d'être le fait d'événements à l'origine minuscules et qui sont devenus des problèmes gigantesques.

Si le monde constituait déjà ou constituait à nouveau - par rapport au récit métaphorique de la tour de Babel - une seule unité politique, le problème serait relativement simple. Or ce n'est pas le cas et la question de la gouvernance mondiale est d'une redoutable complexité. Le mot complexité vient du latin *complexus*. Il correspond à l'idée d'impossibilité de déplier, à l'impossibilité de mettre à plat. Dans un système complexe, il est impossible de décrire complètement les parties qui interagissent et la nature de ces interactions. Or, c'est aujourd'hui une caractéristique commune aux sciences dures et aux sciences humaines : de nombreux phénomènes, comme le climat ou la géopolitique, ne peuvent pas être décrits comme des systèmes, au sens précis du terme, qui en expliciterait toutes les interactions.

Nous ne pouvons pas pour autant renoncer à des représentations partielles. Si nous voulons nous faire une idée un peu précise de ce qu'on appelle abusivement « le système international » nous devons partir d'une sorte de première approximation, celle du système interétatique, c'est-à-dire des relations entre les États. Il s'agit bien là

d'un système, dont la structure reste au cœur du « système international », en dépit de la multiplication d'autres unités actives influentes. En conséquence, le problème de la gouvernance mondiale reste encore à *la base* celui de la coopération entre les États pour aboutir à une coordination qui permette au « système international » d'évoluer non seulement dans un sens qui ne soit pas chaotique, mais qui aille même dans le sens d'une certaine progression, celle de la gestion des biens communs.

### **Penser les biens communs**

J'appelle « bien » tout ce qui peut être détruit ou transformé par l'homme. Il ne s'agit pas seulement de biens matériels mais aussi de l'éducation, de valeurs ou encore de la santé sur un plan individuel ou collectif qui sont elles aussi fragiles.

« Bien commun » est un terme général qui concerne une collectivité dans son ensemble. Or jusqu'à quel point peut-on parler de bien commun pour un groupe humain qui n'est pas structuré par une culture et par une organisation communes, gouvernement dans le cas d'un État ? Il se peut qu'il y ait des biens communs à l'intersection de toutes les cultures. Mais il y a forcément un certain relativisme. Pour quelqu'un comme moi et peut-être pour beaucoup des lecteurs de ce texte, ce qu'on appelle la culture occidentale est un bien commun à « nous », mais pas forcément aux « autres ». Est-ce que cela importe au fin fond de la Mongolie extérieure ? Je n'en suis pas certain. On peut chercher à définir plus précisément la notion de bien commun. En théorie économique, on oppose « bien privatif » et « bien public ». Un bien privatif est un bien qu'une seule personne peut consommer. Le bien public ou le bien collectif a été défini par Samuelson comme un bien qui est non rival et non exclusif, à l'échelle d'une société, politique ou non.

Mais au-delà de cette définition, la question du climat suffit à montrer qu'en l'absence d'une unité politique mondiale avec une gouvernance légitime, la définition des biens communs et *a fortiori* les modes de coopération pour mettre en œuvre les politiques publiques à l'échelle planétaire, n'a rien d'évident. On peut aussi donner l'exemple de la santé publique, comme la vaccination dans le cas d'une pandémie. Encore faut-il des organisations efficaces, responsables de la coordination des coopérations interétatiques en association avec les autres unités actives, et ce à l'intérieur d'un cadre qui soit perçu comme légitime par les citoyens du monde. En même temps, nous voyons bien que si nous ne sommes pas capables de construire assez rapidement ces structures de coopération et de mettre en œuvre ces leviers, le risque d'aboutir à des catastrophes et à une évolution chaotique du monde est très élevé. Tout cela naturellement doit commencer par une prise de conscience.

Est-il possible de construire un ordre international compatible avec les leviers d'une gouvernance au service du bien commun en l'absence d'une puissance hégémo-

nique ? Il est clair que nous évoluons plutôt vers une compétition stratégique entre les États-Unis et la Chine, laquelle aspire à dominer le monde dans une trentaine d'années. Pourquoi trente ans ? Parce que 2049 sera le centième anniversaire de la victoire de Mao en Chine et que les Chinois ont pour objectif ouvert d'être alors la première puissance mondiale.

La construction européenne doit ici nous guider, sans dogmatisme ni idéologie trop simpliste. Ce que nous avons accompli plus ou moins bien avec l'Union européenne constitue une aventure politique tout à fait originale dans l'histoire de l'humanité. Nous cherchons à construire un nouveau type d'unité politique qui ne soit pas une construction impériale dont le destin a toujours été funeste. Une co-construction, une association libre, dans un esprit démocratique. Nous avons déjà abouti avec

l'Union Européenne à des types d'interdépendance qui font que certaines des choses qui paraissent extraordinairement difficiles - sinon impossibles - dans le cadre de la coopération interétatique classique, peuvent se faire au niveau européen au moyen de mécanismes de solidarité, de rapprochement culturel et naturellement juridique.

Si nous poursuivons, en améliorant, en corrigeant, en renforçant, en préservant en même temps les cultures des différents États, si nous parvenons à construire un nouveau type d'unité politique qui à certains égards dépasse l'État-Nation, peut-être pourrions-nous mieux évoluer dans le sens d'une véritable cogestion de ces fameux biens communs et de modes de gouvernance avec leurs différents leviers qui permettront non seulement de maintenir un monde viable mais peut-être même de façon que ce monde soit à certains égards en progrès.



**Jorge E. Viñuales** • Professeur à l'Université de Cambridge où il occupe la chaire Harold Samuel de droit et de politique environnementale, et Professeur invité de droit international à la LUISS.

## Géopolitique de la transition énergétique

### 1. L'internationalisation des transactions énergétiques

L'histoire de l'énergie peut être écrite sous une multitude de perspectives, selon l'objet mis en valeur dans chaque récit<sup>1</sup>. Un foyer, une rivière, une activité, un événement, une ressource spécifique, une technologie donnée, un pays, une région, un processus mondial ou une combinaison de ces éléments sont quelques-uns des objets autour desquels un récit sur l'énergie a été construit<sup>2</sup>. Par conséquent, la périodisation utilisée et les points d'inflexion choisis comme jalons ne sont naturellement pas les mêmes, pas plus que leur pertinence pour d'autres disciplines. Du point de vue de la pratique sociale et de la discipline que nous appelons le droit international, trois grands points d'inflexion sont particulièrement pertinents.

Le premier est le processus lent et à multiples facettes connu sous le nom de révolution industrielle, qui s'est déroulé à partir de la fin du 18<sup>ème</sup> siècle en Angleterre, puis ailleurs<sup>3</sup>. La révolution industrielle est d'une importance

1. Cet article s'appuie sur mon livre *The International Law of Energy*, Cambridge University Press (à paraître en 2021), principalement les chapitres 1 et 8, et en constitue à bien des égards un avant-goût.
2. Voici quelques exemples qui rendent compte de cette diversité : P. Warde, "The Hornmoldt Metabolism: Energy, Capital, and Time in an Early Modern German Household", 24 *Environmental History* 472, 2019 ; R. White, *The Organic Machine: The Remaking of the Columbia River*, Hill and Wang, 1995 ; C. F. Jones, *Routes of Power: Energy and Modern America*, Cambridge: Harvard University Press, 2014 ; M. I. Santiago, *The Ecology of Oil: Environment, Labor, and the Mexican Revolution, 1900-1938*, Cambridge University Press, 2006 ; D. Yergin, *The Prize: The Epic Quest for Oil, Money, and Power*, New York : Free Press, 2009 ; G. Hecht, *The Radiance of France: Nuclear Power and National Identity after World War II*, Cambridge : MIT Press, 1998 ; E. A. Wrigley, *The Path to Sustained Growth: The Path to Sustained Growth : England's Transition from an Organic Economy to an Industrial Revolution*, Cambridge University Press, 2016 ; A. Kander, P. Malanima, P. Warde, *Power to the People: Energy in Europe over the Last Five Centuries*, Princeton University Press, 2013 ; J. R. McNeill, P. Engelke, *The Great Acceleration: An Environmental History of the Anthropocene since 1945*, Belknap Press, 2016 ou V. Smil, *Energy Transitions: History, Requirements, Prospects*, Praeger, 2010.
3. Sur ce sujet majeur – et très débattu – de la recherche historiographique, v. : R. C. Allen, *The British Industrial Revolution in a Global Perspective*, OUP, 2014 ; E. A. Wrigley, *Energy and the English Industrial Revolution*, CUP, 2010.

capitale pour l'étude du droit international de l'énergie, avant tout parce qu'elle a marqué le passage d'une économie essentiellement « organique » (à base d'êtres humains, d'animaux, de bois ou de charbon) à une économie essentiellement « minérale » basée sur le charbon<sup>4</sup>. Même si la recherche de « stocks » de ressources énergétiques minérales dans les pays étrangers pour les utiliser dans la métropole est restée limitée, la révolution industrielle a ajouté une certaine internationalisation des transactions énergétiques, à la fois directement et indirectement. Directement, le passage au charbon et, à partir de la seconde moitié du 19<sup>ème</sup> siècle, l'utilisation croissante du pétrole ont exigé l'extraction des ressources énergétiques là où se trouvaient leurs gisements.

Tant que cet emplacement se trouvait sur un territoire contrôlé par un État, y compris les possessions coloniales, cette mesure d'internationalisation juridique restait limitée. Cependant, les transactions énergétiques ont également été internationalisées de manière indirecte, grâce aux possibilités offertes par le charbon pour le transport à longue distance (pour l'accès aux marchés à l'étranger, l'extraction des ressources et les expéditions militaires) et à la forte dépendance des esclaves en tant que partie de l'énergie humaine soutenant le mécanisme du « commerce triangulaire » qui a permis et soutenu la révolution industrielle en Angleterre.

Dans un livre influent<sup>5</sup>, l'historien économique K. Pomeranz se demande pourquoi la révolution industrielle est survenue en Angleterre<sup>6</sup> plutôt que dans le delta du Yangzi, malgré les conditions favorables dans les deux régions. Sa réponse repose sur deux facteurs principaux, à savoir la disponibilité fortuite d'importantes réserves de charbon en Angleterre et, non moins important, le commerce triangulaire entre l'Angleterre (qui exportait des produits manufacturés vers ses colonies et anciennes colonies américaines), l'Afrique de l'Ouest (d'où les esclaves étaient envoyés vers les Amériques) et les Amériques (qui s'appuyaient sur une main-d'œuvre esclave bon marché pour produire les matières premières acquises par la Grande-Bretagne en échange de produits manufacturés).

Ces deux facteurs – l'abondance du charbon en Angleterre et la « prime naturelle » importée de l'étranger – ont permis un développement intensif du capital et des produits manufacturés, avec une population croissante alimentée par les ressources naturelles d'outre-mer cultivées/extraites par les esclaves. Ainsi, l'esclavage en tant que forme d'énergie humaine commercialisée a servi de catalyseur pour la transition vers la matrice énergétique des combustibles fossiles.

Le deuxième point d'inflexion pertinent pour une

4. E. A. Wrigley, *The Path to Sustained Growth: The Path to Sustained Growth: England's Transition from an Organic Economy to an Industrial Revolution*, op. cit.
5. K. Pomeranz, *The Great Divergence: China, Europe, and the Making of the Modern World Economy*, Princeton University Press, 2000.
6. Il s'agit là d'une argumentation classique illustrée par l'ouvrage de W. S. Jevons, *The Coal Question*, Macmillan, 1865.

perspective de droit international s'est également déroulé sur plusieurs décennies, mais principalement au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. L'effort de reconstruction d'après-guerre a nécessité des quantités croissantes de ressources énergétiques, principalement du charbon et du pétrole, qui ne pouvaient être satisfaites par les seuls gisements intérieurs.

L'affirmation des pouvoirs souverains sur les ressources du plateau continental, déclenchée par la proclamation du président américain Truman en 1945<sup>7</sup>, et la répartition interne des pouvoirs sur le pétrole des terres submergées entre le gouvernement fédéral et les États de l'Union<sup>8</sup>, illustrent tous deux une compréhension de plus en plus aiguë de cet impératif. Plus généralement, l'exploitation des ressources en combustibles fossiles dans les terres étrangères était une activité extrêmement rentable, et elle était essentiellement sous le contrôle des compagnies pétrolières internationales des États-Unis ou des puissances coloniales<sup>9</sup>. Dans un contexte de décolonisation post-1945 caractérisé par l'émergence de nombreux États nouvellement indépendants désireux d'utiliser leurs propres ressources pour leur développement national, cette configuration a conduit à un degré supplémentaire d'internationalisation des transactions énergétiques.

Deux questions principales se sont posées, qui ont depuis lors déterminé les aspects juridiques de la géopolitique du pétrole et du gaz. La première était la question des pouvoirs juridiques sur l'énergie et, plus généralement, la détermination des règles conférant ces pouvoirs et attribuant des pouvoirs en cas de revendications concurrentes. L'autre était l'organisation de la transaction énergétique basée sur ces pouvoirs. L'inadéquation géographique entre les pays où les gisements d'énergie sont principalement situés et ceux où ils sont principalement consommés a en effet nécessité des investissements étrangers importants de la part des seconds dans les premiers afin d'exploiter les gisements en question. Elle reposait également sur l'hypothèse que la circulation des capitaux, des équipements et des ressources énergétiques (ou du produit raffiné) ainsi produits serait rendue possible et protégée.

À l'heure actuelle, un troisième point d'inflexion se déroule sous nos yeux en raison des implications beaucoup plus profondes et longtemps négligées de l'économie des « combustibles minéraux », à savoir ses implications environnementales, dont le changement climatique est la

manifestation la plus marquante<sup>10</sup>. Ce processus à multiples facettes de transition de formes d'énergie et de procédés à forte intensité de carbone vers des formes d'énergie et des procédés à faible intensité de carbone, souvent appelé « transition », a des implications très importantes pour le droit international de l'énergie.

## 2. La transition énergétique

Les manifestations financières et technologiques de cette transition sont complexes. La consommation totale d'énergie finale a suivi une trajectoire ascendante à moyen et long terme, interrompue en 2020 par les mesures de gestion de la pandémie du Covid-19, mais qui devrait se poursuivre. L'augmentation de la consommation d'énergie a entraîné une hausse de la consommation globale de combustibles fossiles, de nucléaire et de biomasse traditionnelle (avec, là encore, l'importante mise en garde de la pandémie, qui a massivement affecté les transports).

Un rapport 2020 du REN21, un réseau international multipartite enregistré en Allemagne et basé à Paris, quantifie cette augmentation à environ 5,7 %, ce qui est inférieur à l'augmentation de 7,2 % de la demande énergétique globale sur la même période (2013-2018), mais une augmentation néanmoins<sup>11</sup>. Ce n'est donc pas dans les chiffres absolus que la transition est la plus visible, mais dans les parts relatives. Au cours de la même période, les énergies renouvelables modernes (principalement le solaire et l'éolien) ont connu une croissance beaucoup plus rapide (21,5 %) que la consommation d'énergie et les autres sources d'énergie. Si l'on considère les nouveaux investissements financiers (annuels) dans les nouvelles capacités de production d'énergie, la croissance des énergies renouvelables modernes est également frappante. Entre 2018 et 2019, la capacité de production d'électricité (mesurée en gigawatts) est passée de 512 à 627 GW pour l'énergie solaire photovoltaïque (22 %) et de 591 à 651 GW pour l'énergie éolienne (10 %). Le premier pays au niveau des investissements et des nouvelles capacités dans le domaine du solaire photovoltaïque et de l'éolien est la Chine, suivie des États-Unis, puis d'autres pays comme le Japon (pour l'investissement global et le solaire photovoltaïque), l'Inde (pour l'investissement global, le solaire photovoltaïque et l'éolien) et le Royaume-Uni (uniquement pour l'éolien).

D'après le *World Energy Outlook 2020*, un rapport annuel influent produit par l'Agence internationale de l'énergie (AIE), les systèmes d'énergie solaire dans la plupart des grands pays peuvent désormais produire de l'électricité à un coût inférieur à celui du charbon et du gaz<sup>12</sup>. Une autre conclusion importante de ce rapport est que les avantages d'une électricité moins chère et plus propre (l'électricité gagnant du terrain dans la fourniture

7. Proclamation 2667 du 28 septembre 1945, "Policy of the United States with Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf", 10 Fed. Reg. 12305 (1945). Voir D. C. Watt, "First steps in the enclosure of the oceans: The origins of Truman's proclamation on the resources of the continental shelf, 28 September 1945", 3 *Marine Policy* 211, 1979.

8. Voir *United States v. California*, 322 U.S. 19 (1947), p. 38-39 ; *United States v. Texas*, 339 U.S. 707 (1950) ; *United States v. Louisiana*, 339 U.S. 699 (1950). Le principe énoncé dans ces affaires a finalement été inversé par la loi, avec l'adoption en 1953 du *Submerged Lands Act*, 43 U.S.C. §§ 1301-15 (1953). R. B. Krueger, "The Background of the Doctrine of the Continental Shelf and the Outer Continental Shelf Lands Act" (1970) 10 *Natural Resources Journal* 442, p. 452-453.

9. Le livre classique d'Yergin, *The Prize*, fournit un compte-rendu vivant de la lutte pour le pétrole.

10. V. J. R. McNeill, "Cheap Energy and Ecological Teleconnections of the Industrial Revolution, 1780-1920", 24 *Environmental History* 492, 2019.

11. V. REN21, *Renewables 2020. Global Status Report (2020)* [REN21, *Renewables 2020*].

12. IEA, *World Energy Outlook (2020)*, Executive Summary, point 18.

de services thermiques et de transport)<sup>13</sup> exercent une forte pression sur la nécessité de réseaux électriques appropriés (réseaux et lignes de transmission), à un moment où le choc du Covid-19 a affaibli financièrement les entreprises de services publics qui entreprennent de tels développements d'infrastructures. Ainsi, « les réseaux électriques pourraient s'avérer être le maillon faible de la transformation du secteur de l'électricité »<sup>14</sup>.

La transition technologique est donc claire lorsqu'elle est envisagée sous l'angle des énergies renouvelables modernes. Les implications plus larges de la transition sont toutefois beaucoup plus difficiles à déterminer.

### 3. De la transition à la transformation

#### 3.1 Géopolitique de la transformation énergétique

Une tentative de cartographie des implications profondes ou, en d'autres termes, de la « transformation » induite par la transition énergétique est présentée dans un rapport de 2019 de la Commission mondiale sur la géopolitique de la transformation énergétique<sup>15</sup>, commandé par le directeur de l'Agence internationale pour les énergies renouvelables (IRENA) et présidé par l'ancien président islandais, Ólafur Ragnar Grímsson.

Il s'agit d'une tentative importante pour cartographier et évaluer les implications de la transition énergétique en cours dans la perspective d'une redistribution mondiale du pouvoir. Comme indiqué dans l'introduction du rapport : « [L]e déploiement accéléré des énergies renouvelables a mis en route une transformation énergétique mondiale qui aura de profondes conséquences géopolitiques. Tout comme les combustibles fossiles ont façonné la carte géopolitique au cours des deux derniers siècles, la transformation énergétique modifiera la répartition mondiale du pouvoir, les relations entre les États, le risque de conflit et les moteurs sociaux, économiques et environnementaux de l'instabilité géopolitique »<sup>16</sup>.

Les moteurs de cette transformation, selon le rapport (qui résume un ensemble plus large de travaux publiés dans les principales revues évaluées par les pairs), sont la baisse des coûts de l'électricité produite à partir de sources renouvelables non hydrauliques, les problèmes de pollution et de changement climatique causés par les combustibles fossiles, la diffusion des politiques de promotion des énergies renouvelables, l'innovation technologique, les demandes croissantes des actionnaires et un changement majeur de l'opinion publique<sup>17</sup>.

En ce qui concerne les raisons pour lesquelles cette transformation affecte la géopolitique, elles sont liées à

la plus grande disponibilité des ressources énergétiques renouvelables (par opposition aux combustibles fossiles géographiquement concentrés), au fait qu'il s'agit de « flux » plutôt que de « stocks » (donc non épuisables), à la capacité de déployer les énergies renouvelables à toute échelle, du niveau macro au niveau micro (ce qu'on appelle les « effets démocratisants » des énergies renouvelables), et à la baisse rapide de leurs coûts marginaux, qui nécessite toutefois des conditions réglementaires et de marché stables<sup>18</sup>.

#### 3.2. La géopolitique des actifs de combustibles fossiles échoués

Un exemple peut mettre en lumière ces considérations géopolitiques plutôt abstraites. Une étude largement diffusée et publiée en 2018 dans *Nature Climate Change* a montré que, en raison notamment de la diffusion des énergies renouvelables, des systèmes de transport électrique et des mesures d'efficacité, la demande (et non l'offre) de combustibles fossiles devrait atteindre un pic puis diminuer entre 2030 et 2040<sup>19</sup>. Du point de vue des pays qui produisent à un coût relativement élevé, comme le Canada et le Venezuela, mais aussi les États-Unis et la Russie, on estime que la baisse de la demande aura des effets majeurs sur la viabilité de l'ensemble de leur industrie des combustibles fossiles, car cette demande sera satisfaite par des producteurs à faible coût (par exemple les pays du Golfe). En revanche, pour les importateurs nets de combustibles fossiles tels que la Chine et le Japon, l'effet de ce phénomène sur leur produit intérieur brut serait positif. Ces résultats sont basés sur l'utilisation de techniques de modèles d'évaluation intégrée à haute résolution et en conditions de non-équilibre<sup>20</sup>. L'étude a identifié les « gagnants » et les « perdants » possibles de cette transition.

Contrairement aux études précédentes, les projections de cette étude ne sont pas basées sur l'adoption de nouvelles politiques climatiques, mais sont entièrement motivées par des décisions déjà prises dans le passé, qui ont placé le monde dans une trajectoire technologique généralisée et peut-être irréversible. Cependant, si de nouvelles politiques climatiques, visant à atteindre l'objectif de l'Accord de Paris de rester nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels, sont effectivement adoptées et que les producteurs de combustibles fossiles à faible coût poursuivent leur production aux niveaux actuels, l'impact négatif sur les producteurs de combustibles fossiles à coût élevé serait beaucoup plus profond et plus perturbateur (l'ensemble des industries des combustibles fossiles du Canada, de la Russie et des États-Unis pourrait s'effondrer). L'étude a été largement diffusée dans les médias, retweeté par des personnalités telles que l'ancien vice-président américain Al Gore, reprise dans les proces-

13. Sur cette question spécifique voir : M. Grubb, P. Drummond, N. Hughes, *The Shape and Pace of Change in the Electricity Transition: Sectoral Dynamics and Indicators of Progress*, (UCL/We mean business coalition, October 2020).

14. IEA, *World Energy Outlook (2020)*, Executive Summary, pt 19.

15. Global Commission on the Geopolitics of the Energy Transformation, *A New World: The Geopolitics of the Energy Transformation* (IRENA, 2019) [*The Geopolitics of the Energy Transformation*].

16. *The Geopolitics of the Energy Transformation*, point 12.

17. *The Geopolitics of the Energy Transformation*, points 18-23.

18. *The Geopolitics of the Energy Transformation*, points 23-24.

19. J.-F. Mercure *et al.*, 'Macroeconomic impact of stranded fossil fuel assets', 8 *Nature Climate Change* 588, 2018.

20. J.-F. Mercure *et al.*, 'Environmental impact assessment for climate change policy with the simulation-based integrated assessment model E3ME-FTT-GENIE' (2018) 20 *Energy Strategy Reviews* 195, 2018.

sus politiques nationaux (par exemple, les campagnes de désinvestissement et l'opposition au développement de nouveaux combustibles fossiles), et utilisé dans les principaux rapports institutionnels tels que le *Rapport spécial sur l'objectif 1,5C* publié par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC)<sup>21</sup>, le *Rapport 2018 sur la nouvelle économie climatique*<sup>22</sup>, et le *Rapport de 2019 précité sur la géopolitique de la transformation énergétique mondiale*<sup>23</sup>. Il s'agit bien entendu d'une tentative d'anticipation des scénarios futurs possibles et, à ce titre, d'une mise en garde. Mais il vaut, à tout le moins, la peine d'être pris en considération. Deux extensions potentielles de cette étude concernent la redistribution du pouvoir aux niveaux international et national.

Au niveau international, la Chine gagnerait beaucoup à accélérer la transition énergétique, non seulement parce que cela l'aiderait à résoudre son grave problème de pollution atmosphérique, mais aussi parce que cela favoriserait la compétitivité de sa propre industrie des énergies renouvelables à l'étranger et, en sapant la puissance économique des États-Unis et de la Russie, elle renforcerait sa position stratégique par rapport à deux concurrents géopolitiques clés. L'UE, en tant que grand importateur de combustibles fossiles et partisan résolu de la transition vers une économie à faibles émissions de carbone par le biais de sa politique industrielle, gagnerait également beaucoup à l'accélération de la transition, tant en termes d'importations moins chères que de compétitivité sur les marchés internationaux.

Toutefois, au niveau national, l'ajustement structurel qu'implique la transition énergétique dans les pays dont les industries des combustibles fossiles sont (comparativement) peu compétitives peut gravement affecter certains secteurs spécifiques de la population, en particulier les travailleurs de ces industries. Selon les forces politiques soutenues par ces groupes, ces importantes implications de la transition pourraient créer un terrain fertile pour une politique populiste dans des pays clés, avec la volatilité qui en découle pour les relations internationales. Même dans des pays comme la Chine, qui ont été les fers de lance du passage aux énergies renouvelables, les implications massives de l'abandon des combustibles fossiles auraient un impact considérable sur la main d'œuvre nationale de ce secteur.

### 3.3 La géopolitique des matières premières critiques

Une dimension de la nouvelle géopolitique énergétique qui n'est pas suffisamment prise en compte dans les travaux discutés jusqu'à présent concerne les « matières premières critiques » (MRC), à savoir certains composants minéraux qui sont stratégiquement importants pour les technologies des énergies renouvelables (batteries L-ion, piles à combustible, énergie éolienne, moteurs élec-

triques de traction, technologie PV), l'intelligence artificielle, l'économie numérique et la défense. L'UE, le Japon et les États-Unis ont établi des listes spécifiques de MRC, qui sont régulièrement mises à jour<sup>24</sup>. La répartition géographique de la production de MRC est fortement concentrée dans un certain nombre de pays. Cela introduit une dimension importante de la géopolitique des minéraux, à l'instar des concentrations de pétrole et de gaz dans certains grands producteurs. Entre 2012 et 2016, la Chine était à elle seule le principal fournisseur mondial de 66 % des MRC<sup>25</sup> et de 44 % de celles fournies à l'UE<sup>26</sup>.

Pour certaines MRC, largement utilisées dans l'énergie éolienne et les véhicules électriques<sup>27</sup>, tels que les éléments des terres rares lourdes (HREE<sup>28</sup>) et les éléments des terres rares légères (LREE<sup>29</sup>), la Chine représentait à elle seule 86 % de l'approvisionnement mondial et la quasi-totalité (98-99 %) de ceux importés par l'UE<sup>30</sup>. En ce qui concerne la technologie photovoltaïque, elle repose sur des MRC tels que le borate, le gallium, le germanium, l'indium et le silicium métallique<sup>31</sup>. À l'exception du borate, dont le principal fournisseur mondial est la Turquie, le principal fournisseur mondial de tous ces autres MRC est la Chine (gallium : 80 %, germanium : 80 %, indium : 48 %, silicium métallique : 66 %)<sup>32</sup>. Pour gérer les risques d'une éventuelle rupture d'approvisionnement, l'UE s'approvisionne pour la plupart de ces MRC dans des pays autres que la Chine (Turquie, Allemagne, Finlande, France et Norvège<sup>33</sup>). Quant aux batteries, qui constituent une technologie clé tant pour le stockage de l'électricité que pour les véhicules électriques, leur production repose sur des matériaux tels que le cobalt, le lithium, le graphite naturel, le niobium, le silicium métallique et le titane, ainsi que sur des matériaux non critiques comme le cuivre, le manganèse et le nickel<sup>34</sup>. Les principaux fournisseurs de ces intrants sont dispersés dans le monde entier, mais tous n'ont pas la même importance. Le cobalt et le nickel (comme base pour les cathodes), le lithium (comme matériau électrolyte) et le graphite naturel

21. IPCC, *Special Report: Global warming of 1.5°C* (2018), Chapter 4, 319, 373-375.

22. Global Commission on the Economy and Climate, *New Climate Economy: Unlocking the inclusive growth story of the 21st century: Accelerating climate action in urgent times*, 2018, pt 12, 39.

23. *The Geopolitics of the Energy Transformation*, pts 64-65, 82.

24. Commission européenne, *Critical Raw Materials Resilience: Charting a Path towards greater Security and Sustainability*, 3 septembre 2020, COM/2020/474 ; G.-A. Blengini et al., *Study on the EU's List of Critical Raw Materials* (Commission européenne, 2020) [*Study on the EU CRMs List*] ; S. Bobba et al., *Critical Raw Materials for Strategic Technologies and Sectors in the EU. A Foresight Study* (Commission européenne, 2020) [*CRMs Foresight Study*] ; Japan: Resource Security Strategies, Prime Minister of Japan and His Cabinet, 2012, <<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/package/dai15/sankou01.pdf>> (in Japanese) ; H. Hatayama, K. Tahara, 'Criticality Assessment of Metals for Japan's Resource Strategy' (2015) 56 *Materials Transactions* 229; US: Department of the Interior, Final List of Critical Minerals 2018, 18 May 2018, Federal Register, vol. 83, No. 97, pp. 23295-23296; M. Humphries, *Critical Materials and US Public Policy* (Congressional Research Service, 18 juin 2019).

25. *Study on the EU CRMs List*, pt 6.

26. *Study on the EU CRMs List*, pt 8.

27. *CRMs Foresight Study*, pts 17, 29-33 (énergie éolienne), 34-37 (véhicules électriques).

28. Dysprosium, erbium, europium, gadolinium, holmium, lutetium, terbium, thulium, ytterbium, yttrium.

29. Cerium, lanthanum, neodymium, praseodymium and samarium.

30. *Study on the EU CRMs List*, pts 5 et 8.

31. *CRMs Foresight Study*, pts 17, 38-42.

32. *Study on the EU CRMs List*, pt 5.

33. *Study on the EU CRMs List*, pt 8.

34. *CRMs Foresight Study*, pts 17, 19-23.

(comme base pour les anodes) sont les plus importants. La Chine est le principal fournisseur mondial de graphite naturel (69 %) et la République démocratique du Congo celui de cobalt (59 %)<sup>35</sup>. En ce qui concerne ce dernier, certains craignent que la « *Belt and Road Initiative* » (BRI) n'entraîne un contrôle économique chinois sur les réserves de minéraux stratégiques en Afrique, notamment le cobalt en RDC<sup>36</sup>. Le lithium, qui est un composant clé, est principalement produit en Argentine (16%), en Australie (29%) et au Chili (40%), mais 45% du raffinage des minéraux de roche dure de lithium est basé en Chine<sup>37</sup>.

Ce dernier point soulève une dimension qui est bien couverte dans les rapports commandés par l'UE pour mettre à jour sa liste de CMR, à savoir la perturbation des flux en raison de blocages potentiels dans la chaîne d'approvisionnement. Pour reprendre l'exemple des batteries, la Chine joue un rôle prépondérant non seulement au niveau de l'approvisionnement en matières premières mais, plus encore, au niveau du traitement des matériaux (pour les cathodes et les anodes), du développement des composants (cathodes, anodes, électrolytes, séparateurs) et des assemblages (cellules e-ion)<sup>38</sup>. Dans un tel contexte, la gouvernance du flux continu de matériaux au sein des chaînes d'approvisionnement mondiales reste une question majeure, tout comme dans la géopolitique classique du pétrole et du gaz. Les plaintes contre les restrictions à l'exportation de matières premières et de terres rares par la Chine, déposées au cours de la dernière décennie devant les organes de règlement des différends de l'OMC, certains litiges relatifs aux investissements étrangers dans le domaine de la prospection de terres rares et la ruée vers l'exploitation minière des grands fonds marins pour ces minéraux ne sont que quelques illustrations, évoquées ci-après, du rôle du droit international dans la nouvelle géopolitique de la transformation énergétique.

#### 4. Gouverner la transformation énergétique

##### 4.1 Les « lignes de front » juridiques

Dans les changements de pouvoir décrits dans les paragraphes précédents, le droit international (et le droit en général) est un « champ de bataille » essentiel. Le vaste processus de transformation de l'énergie peut être particulièrement turbulent d'un point de vue juridique. À l'heure actuelle, il est important d'identifier, avec un certain degré de spécificité, les principales « lignes de front » juridiques où la concurrence géopolitique trouve son expression en termes juridiques. Cette identification est un point de départ nécessaire pour une stratégie juridique systématique, une « politique juridique étrangère »<sup>39</sup>, à développer en ce qui concerne la géopolitique de la transformation énergé-

tique et pour explorer les voies adéquates de coopération internationale.

Dans les paragraphes suivants, je fournis quelques illustrations choisies dans différents contextes juridiques. Ces exemples peuvent être regroupés en trois grandes catégories, à savoir l'utilisation du droit international en relation avec : les tensions découlant du contrôle des ressources ; les défis de la transformation énergétique et la stabilité des politiques de soutien aux énergies renouvelables.

##### 4.2 Contrôle des nouvelles ressources

Les luttes pour le contrôle des ressources clés qui sous-tendent la transition énergétique ont trouvé leur expression dans toute une série de contextes juridiques internationaux.

Une série de litiges concerne la position dominante de la Chine en tant que principal fournisseur mondial d'un large éventail de matières premières critiques et non critiques. Même lorsque certaines matières premières ont d'autres fournisseurs importants, la Chine joue souvent un rôle majeur dans les étapes ultérieures de leur chaîne d'approvisionnement, telles que le traitement des matériaux et/ou le développement de composants et/ou les assemblages. Plus une chaîne d'approvisionnement pour une matière première donnée est dominée par un pays, plus le risque de blocages potentiels et de perturbations des flux est élevé. D'où l'importance de la réglementation des exportations.

Les trois principales affaires portées devant les organes de règlement des différends de l'OMC dans ce domaine concernent les mesures à l'exportation, et elles ont été déclenchées par des plaintes émanant soit des États-Unis, dans *China - Raw Materials*<sup>40</sup> et *China - Rare Earths*<sup>41</sup>, soit de l'UE, dans *China - Duties on Raw Materials*<sup>42</sup>. Les matériaux en jeu dans chaque cas comprennent certains qui sont des intrants clés des technologies de transition énergétique, comme le silicium métallique et l'indium (pour les panneaux solaires photovoltaïques), les terres rares (pour l'énergie éolienne et les véhicules électriques), et le cobalt et le graphite (pour les batteries).

Cependant, on ne peut pas dire que les litiges sont uniquement liés à la transition énergétique, étant donné l'ensemble plus large de matériaux concernés et leur application beaucoup plus large au-delà des technologies de transition énergétique. Par exemple, le molybdène, métal en jeu dans *China - Rare Earths*, est surtout utilisé en métallurgie pour fabriquer des alliages métalliques destinés à toute une série d'usages, notamment les foreuses, les moteurs à réaction et les turbines de production d'énergie. Dans l'industrie chimique, le molybdène est également utilisé comme catalyseur pour le traitement du pétrole. Le spath fluor, en jeu

35. *Study on the EU CRMs List*, pt 5.

36. v. J. Lee et al., "Reviewing the material and metal security of low-carbon energy transitions", 124 *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2020, pt 8 : <<https://doi.org/10.1016/j.rser.2020.109789>>.

37. *CRMs Foresight Study*, pt 19.

38. *Study on the EU CRMs List*, pt 20.

39. v. G. de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Economica, 1983.

40. *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, AB Report, 30 janvier 2012, WT/DS394/AB/R WT/DS395/AB/R WT/DS398/AB/R 30.

41. *China - Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, AB Report, 7 août 2014, WT/DS431/AB/RWT/DS432/AB/RWT/DS433/AB/R.

42. *China - Duties and other Measures concerning the Exportation of Certain Raw Materials - Request for the establishment of a panel by the EU*, 27 oct. 2016, WT/DS509/6.

dans l'affaire *China - Raw Materials*, est utilisé pour les batteries mais aussi pour la production d'aluminium et dans l'industrie chimique pour produire du fluorure d'hydrogène, une matière première pour les réfrigérants, l'essence, les plastiques et les herbicides, entre autres applications.

La même mise en garde s'applique à certaines demandes d'investissement étranger découlant de projets miniers relatifs à certaines matières premières critiques et non critiques. Dans trois d'entre elles (*Stans Energy v. Kirghizistan*<sup>43</sup> ; *Cortec v. Kenya*<sup>44</sup> et l'avis de différent déposé par Montero Mining contre Tanzania<sup>45</sup>), l'exploitation minière des terres rares a occupé une place importante. Mais souvent, l'accent mis sur les intrants métallurgiques, tels que le molybdène (*Metal-Tech v. l'Ouzbékistan*<sup>46</sup> ; *Montero Mining v. Tanzania*) ou le manganèse (*Nabodaya Trading v. Gabon*<sup>47</sup>), brouille considérablement le lien entre le litige et la transition énergétique. Dans tous les cas, cependant, la transaction sous-jacente illustre la recherche de nouveaux gisements de ces matériaux dans des pays (par exemple, le Kenya, le Kirghizistan, la Tanzanie, l'Ouzbékistan) autres que les principaux fournisseurs, principalement la Chine (pour les terres rares et le molybdène).

Une analyse plus détaillée de ces litiges et peut-être de nombreux autres pourrait mettre en évidence une autre manifestation de la transition énergétique au niveau des litiges miniers. À titre d'illustration, fin 2018, un litige est apparu entre le Chili et un investisseur américain, *Albemarle Corp ALB.N*, concernant le prix réduit offert par ce dernier aux entreprises produisant des métaux pour batteries au Chili. Le lithium est un élément clé de la production de batteries et tant le Chili qu'Albemarle sont des acteurs mondiaux majeurs dans la chaîne d'approvisionnement du lithium. Le Chili a menacé d'introduire une demande d'arbitrage commercial pour faire appliquer les termes d'un accord de 2016, qui exigeait le prix réduit, mais finalement le litige a été géré par le biais de négociations<sup>48</sup>. Pourtant, en 2020, les tensions sont réapparues, cette fois-ci d'une manière qui révèle plus clairement les profondes implications géopolitiques de tels litiges. Comme l'a fait remarquer un commentateur : « *La querelle aux enjeux élevés survient alors qu'Albemarle s'efforce d'augmenter la production au Chili et de prendre le contrôle de Greenbushes en Australie, la plus grande mine de lithium au monde, afin de répondre à une demande qui devrait tripler pour le métal clé des batteries d'ici 2025, les constructeurs automobiles produisant davantage de véhi-*

*cules électriques* »<sup>49</sup>. Les réserves de lithium sont fortement concentrées en Amérique du Sud, dans le « *triangle du lithium* » (Argentine, Bolivie et Chili), suivi par l'Australie et la Chine<sup>50</sup>. Un litige comme celui-ci et le régime juridique qui lui est applicable ont donc une importance plus large pour la transition énergétique, et donc pour la transformation énergétique également.

Une dernière illustration est fournie par le régime de l'exploitation minière des grands fonds marins, c'est-à-dire l'exploitation de la « Zone », plus précisément des fonds marins et du sous-sol au-delà de la juridiction nationale<sup>51</sup>. Les principales cibles sont les nodules polymétalliques (PMN), les encroûtements de ferromanganèse riches en cobalt (CFC) et les sulfures massifs des fonds marins (SMS), qui contiennent toute une série de matériaux critiques et non critiques allant du cobalt, du manganèse, du nickel et du tungstène au lithium, au germanium, au molybdène et aux terres rares utilisées dans les batteries, les technologies d'énergie renouvelable et les véhicules électriques. L'extraction de ces ressources est coûteuse, dangereuse et nuisible à l'environnement. Toutefois, l'importance géopolitique croissante de certains des minéraux présents dans la Zone a stimulé les investissements dans cette activité<sup>52</sup>.

#### 4.3 Remettre en question la transformation énergétique

Les défis de la transformation socio-économique induite par la transition énergétique révèlent toute une série de potentialités des institutions juridiques existantes, tant internationales que nationales, qui apparaissent ainsi comme des lignes de front particulièrement pertinentes dans ce processus.

Le débat sur la compatibilité commerciale des subventions aux combustibles fossiles d'une part et aux énergies renouvelables d'autre part en est une illustration éclatante. Selon une étude de l'IRENA<sup>53</sup>, le total des subventions énergétiques directes (transferts financiers) aux combustibles fossiles, aux énergies renouvelables et à l'énergie nucléaire s'élevait à au moins 634 milliards de dollars en 2017. Les subventions aux combustibles fossiles s'élevaient à 447 milliards de dollars, tandis que les subventions aux énergies renouvelables représentaient 128 milliards de dollars (pour la production d'électricité) et 38

43. *Stans Energy Corp. and Kutsay Mining LLC v. Kyrgyz Republic*, PCA Case No. 2015-32, Award (20 août 2019).

44. *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/15/29, Award (22 octobre 2018).

45. *Montero Mining and Exploration Ltd. v. United Republic of Tanzania* (Canada-Tanzania BIT), Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration (17 janvier 2020).

46. *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (4 octobre 2013).

47. *Navodaya Trading DMCC v. Gabon*, UNCITRAL Rules (OIC Investment Agreement), déposée en 2018, en cours.

48. A. De la Jara, 'Exclusive: Chile to delay arbitration with top lithium producer Albemarle', *Reuters*, 27 décembre 2018.

49. D. Sherwood, 'Exclusive: Lithium giant Albemarle locks horns with Chile over reserves data', *Reuters*, 10 septembre 2020.

50. v. S. Kalantzakos, "The Race for Critical Minerals in an Era of Geopolitical Realignments", 55 *The International Spectator* 1, 2020, pt 7.

51. United National Convention on the Law of the Sea, 10 décembre 1982, 1833 *UNTS* 397 [UNCLOS], Part XI.

52. Sur les contrats d'exploration concernant ces ressources, voir le site de l'Autorité internationale des fonds marins (AIFM), qui répertorie les contrats relatifs aux PMN, aux CFC et aux sulfures polymétalliques : <<https://www.isa.org.jm/exploration-contracts>> (consulté le 20 décembre 2020). Sur l'exploitation minière des grands fonds marins, voir : Commission européenne, *Communication : Croissance bleue - opportunités de croissance durable dans le domaine marin et maritime*, 13 septembre 2012, COM(2012) 494 final, section 5.4 ; ECO-RYS, *Étude visant à examiner l'état des connaissances sur l'exploitation minière des grands fonds marins* (2014).

53. M. Taylor, *Energy subsidies: Evolution in the global energy transition to 2050* (Abu Dhabi: IRENA, avril 2020) [Taylor, *Energy subsidies*], pt 8 et seq.

milliards de dollars (pour les biocarburants). Les externalités négatives non chiffrées des subventions aux combustibles fossiles (effets négatifs causés par les transactions de combustibles fossiles et non pris en charge - internalisés - par les participants aux transactions) se sont élevées à la somme astronomique de 3.100 milliards de dollars la même année, soit 19 fois les subventions aux énergies renouvelables (électricité et biocarburants confondus).

Dans ce contexte, on pourrait s'attendre à ce que le droit du commerce international favorise l'abandon des subventions aux combustibles fossiles ou, du moins, les place juridiquement et pratiquement sur un pied d'égalité avec les subventions aux énergies renouvelables. Pourtant, les conclusions d'une étude détaillée sur le traitement de ces deux types de subventions dans le cadre du droit du commerce international suggèrent que le droit du commerce international est plus permissif et plus indulgent pour les subventions aux combustibles fossiles que pour les subventions aux énergies renouvelables<sup>54</sup>. En substance, les subventions aux énergies renouvelables sont plus vulnérables aux contestations en vertu du droit du commerce international parce que les régimes d'aide utilisés sont plus spécifiques (et donc plus « actionnables » dans la terminologie du droit du commerce international) et qu'ils reposent souvent (pour des raisons politiques) sur des exigences de contenu local (LCR)<sup>55</sup>. En revanche, les subventions aux combustibles fossiles sont ciblées sur les consommateurs et n'introduisent pas de différenciation claire entre les bénéficiaires, ce qui les rend plus difficiles à contester dans le cadre du droit du commerce international existant.

Ces conclusions illustrent comment le droit du commerce international peut non seulement soutenir mais aussi entraver la transformation énergétique, bien que, comme le note l'auteur, les subventions aux combustibles fossiles aient été abordées dans une certaine mesure dans les négociations d'adhésion à l'OMC<sup>56</sup>. Dans le cas présent, les différents régimes - en pratique - de subventions aux combustibles fossiles et de certaines subventions aux énergies renouvelables en vigueur suggèrent que certaines règles fondamentales du droit du commerce international (par exemple, la norme de traitement national<sup>57</sup>, l'interdiction plus spécifique des LCR<sup>58</sup> ou l'accord sur les subven-

tions et les droits compensatoires<sup>59</sup>) sont interprétées de manière à restreindre la politique industrielle, y compris la « politique industrielle verte », c'est-à-dire les politiques adoptées par un État pour fournir un soutien ciblé à certaines industries et certains secteurs afin de réaliser des avantages comparatifs latents<sup>60</sup>. En revanche, les importantes subventions aux combustibles fossiles accordées par de nombreux États ont été négligées ou ont fait l'objet de droits acquis implicites, ou encore ont été délibérément laissées dans l'incertitude quant à leur réglementation dans le cadre du droit du commerce international.

Une autre ligne de front est illustrée par certaines demandes d'investissement introduites par des entreprises affectées par les politiques de transformation de l'énergie. Il est difficile de déterminer exactement si les mesures en jeu dans les différents litiges visent à poursuivre la transition énergétique ou sont déclenchées par d'autres considérations. Je donne ici deux exemples possibles de ces litiges, qui concernent l'énergie nucléaire et la production d'électricité à partir du charbon. Le premier exemple concerne une longue série de réclamations de l'investisseur suédois Vattenfall contre l'Allemagne en rapport avec des mesures limitant ses activités de production d'électricité à partir du charbon<sup>61</sup> et l'abandon progressif de l'énergie nucléaire<sup>62</sup>.

La première réclamation a été réglée et la seconde est toujours en cours, mais elles reflètent toutes deux l'utilisation de certains instruments juridiques, en l'occurrence les normes de protection des investissements du Traité sur la charte de l'énergie<sup>63</sup>, pour contester les changements réglementaires au niveau du droit national, européen et international. La demande en cours découle plus précisément de la décision de l'Allemagne de 2011 de mettre fin à l'exploitation nucléaire, suite à l'accident de Fukushima<sup>64</sup>, qui a fixé à 2022 la date limite pour arrêter tous les réacteurs nucléaires restants, y compris ceux de Vattenfall. Le 29 septembre 2020, la Cour constitutionnelle allemande s'est prononcée en faveur de Vattenfall<sup>65</sup>, concluant que la clause de compensation de la loi sur la sortie du nucléaire était partiellement inconstitutionnelle et qu'un amendement de cette loi en 2018, requis par une décision de 2016<sup>66</sup>, n'était pas suffisant pour mettre la loi en conformité avec la constitution. Dans sa décision de décembre 2016, la Cour avait estimé que les dates de fermeture fixées en

54. H. B. Asmelash, "Energy Subsidies and WTO Dispute Settlement: Why only Renewable Energy Subsidies are Challenged", 18 *Journal of International Economic Law* 261 [Asmelash, Energy Subsidies], 2015.

55. v. *Canada - Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector* (Plaignant - Japon), Requête pour consultation (Japon), 13 sept. 2010, AB Report, 6 mai 2013, WT/DS412/AB/RWT/DS426/AB/R (la procédure a également porté sur une plainte distincte de l'UE déposée en 2011) ; *India - Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules* (Plaignant : États-Unis), Requête pour consultation, 6 février 2013, AB Report, 16 sept. 2016, WT/DS456/AB/R, WT/DS456/AB/R/Add.1.

56. Asmelash, *Energy Subsidies*, pts 281-282.

57. Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, 15 avril 1994, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), annexe 1A, 1867 UNTS 187 [GATT], article III.

58. GATT, article III, paragraphes 4 et 5, et Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, 15 avril 1994, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, 1868 UNTS 186, articles 2.1, 2.2 et annexe (liste illustrative), paragraphe. 1(a).

59. Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, 15 avril 1994, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, 1869 UNTS 14, article 3.1(b).

60. M. Wu, J. Salzman, "The Next Generation of Trade and Environment Conflicts: The Rise of Green Industrial Policy", 108 *Northwestern University Law Review* 401, 2014.

61. *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Cas No. ARB/09/6, Sentence (11 mars 2011) (qui concrétise l'accord de règlement des parties à la même date).

62. *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, en cours.

63. *Traité sur la charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, 2080 UNTS 100.

64. *Treizième loi portant modification de la loi sur l'énergie atomique*, 31 juillet 2011, *Journal officiel fédéral*, 2011, p. 1704.

65. Ord. de la Cour constitutionnelle fédérale (29 sept. 2020), 1 BvR 1550/19.

66. *Seizième loi portant modification de la loi sur l'énergie atomique* (16. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes - 16. AtG-Novelle, 16e modification AtG), article 1.

2011 étaient incompatibles avec le droit de propriété protégé par l'article 14, paragraphe 1, de la Constitution allemande<sup>67</sup>, notamment parce que la mesure en question ne prévoyait pas de compensation adéquate pour les volumes d'électricité résiduels non utilisés. Hormis certains aspects procéduraux importants, le cœur de la décision réside dans l'appréciation de la proportionnalité. Selon la Cour, la subordination de la compensation pour les volumes d'électricité résiduels non utilisés (électricité invendue à la suite de la fermeture) aux efforts raisonnables déployés par Vattenfall pour vendre cette capacité à une autre société n'était admissible que si les conditions de la vente étaient suffisamment claires, ce qui n'était pas le cas en droit.

Le deuxième exemple illustre plus clairement la manière dont la loi sur les investissements étrangers peut être utilisée pour tenter de récupérer la valeur des actifs qui ont perdu de la valeur en raison de la transition vers une économie à faibles émissions de carbone. Il concerne une entreprise américaine d'extraction de charbon, Westmoreland Coal Co. qui, comme d'autres entreprises d'extraction de charbon, a connu des difficultés financières en raison de la transition énergétique<sup>68</sup>. La plainte<sup>69</sup> conteste une politique du gouvernement de l'Alberta, au Canada, axée sur le changement climatique, qui réduit la durée de vie des centrales électriques au charbon et affecte ainsi la rentabilité des mines qui fournissent du charbon aux centrales électriques adjacentes. Il convient de noter que l'investisseur ne semble pas contester la suppression progressive elle-même, mais plutôt la politique de compensation prétendument discriminatoire : « *Westmoreland reconnaît et ne conteste pas que le Canada et l'Alberta sont en droit d'adopter des règlements pour le bien public. Toutefois, lorsqu'ils le font, ils doivent être équitables envers les investisseurs étrangers* »<sup>70</sup>. Il réclame un minimum de 470 millions de dollars, plus les intérêts<sup>71</sup>. Le litige est en cours et, indépendamment de son bien-fondé, qui sera évalué en temps utile, il illustre très clairement comment les réclamations des investisseurs étrangers peuvent être utilisées spécifiquement pour récupérer des investissements réalisés sans tenir suffisamment compte du rythme rapide de la transformation énergétique. Ce n'est là qu'une des manifestations de ce qui semble être un type émergent de réclamations d'investissement contre les politiques de transformation énergétique<sup>72</sup>.

67. Arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale (6 décembre 2016), BVerfGE 143, 246, par. 1, 2 et 4 (dispositif).

68. Communiqué de presse de Westmoreland, "Westmoreland emerges from Chapter 11", *Westmoreland News Release*, 15 mars 2019, KL2 3116482-5.

69. *Westmoreland Coal Company v. Government of Canada*, UNCITRAL Rules (NAFTA Dispute), Notification d'arbitrage et demande introductive d'instance, 19 novembre 2018 [Westmoreland NoA], paras. 4-6.

70. *Westmoreland NoA*, para. 12.

71. *Westmoreland NoA*, para. 105.

72. V. par exemple, D. Charlotin, "Netherlands poised to face its first investment treaty claim, over closure of coal plants", *IAR Reporter*, 7 September 2019 ; v. aussi *TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. The United States of America*, ICSID Case No. ARB/16/21, interrompu le 24 mars 2017 (mais peut-être réactivé par les décrets signés par l'administration Biden en janvier 2020).

#### 4.4 Stabilité des politiques de soutien aux énergies renouvelables

Entre 1972 et 2020, au moins 178 demandes d'investissement étranger ayant une composante environnementale ont été déposées<sup>73</sup>, sur un total de 1061 litiges connus (conclus et en cours)<sup>74</sup>. Les réclamations à composante environnementale sont définies comme celles qui découlent de l'activité des investisseurs étrangers (i) sur les marchés environnementaux (par exemple, traitement des déchets, énergies renouvelables, conservation de la nature, etc.) et/ou (ii) dans d'autres activités, lorsque leur impact sur l'environnement fait partie du litige et/ou (iii) lorsque l'application du droit national ou international de l'environnement est en jeu<sup>75</sup>. Environ 80% (143) de ces litiges ont été introduits après 2008, et plus de la moitié d'entre eux (76) concernent la transition énergétique, principalement (61) des projets d'énergie renouvelable (solaire, éolienne et géothermique).

La principale question juridique en jeu dans l'écrasante majorité de ces litiges est la difficulté de s'adapter aux conditions changeantes des marchés, comme le marché de la production d'énergie renouvelable, qui n'est pas seulement réglementé mais repose sur un marché construit par la réglementation. Il existe plus de soixante-dix litiges relatifs aux investissements étrangers qui remettent en cause les ajustements du cadre réglementaire des énergies renouvelables dans des pays tels que l'Albanie, la Bulgarie, le Canada, la République tchèque, l'Allemagne, l'Italie, le Kenya, la Roumanie, l'Espagne ou la Tanzanie<sup>76</sup>, et peut-être beaucoup d'autres qui ne sont pas divulgués. L'étendue géographique des pays confrontés à de tels défis donne une indication de l'ampleur du phénomène.

En dépit de leurs nombreuses différences, la question fondamentale que soulèvent ces litiges est la même. Au lendemain de la crise économique de 2008, alors que les bonnes opportunités d'investissement étaient rares, de nombreuses entreprises mais aussi des intermédiaires financiers ont investi massivement dans des projets d'énergie renouvelable soutenus par des politiques industrielles vertes. Ces politiques étaient considérées comme offrant un retour sur investissement relativement prévisible, sûr et très important, en particulier si on les compare aux alternatives d'investissement moins alléchantes disponibles à l'époque. Le taux de participation a été si élevé que plusieurs pays ont eu du mal à payer les subventions, qui, dans certains cas, ont été perçues comme offrant des bénéfices exceptionnels pour les investisseurs à une époque de restrictions économiques nationales.

73. Les chiffres présentés dans cette section sont basés sur un ensemble de données compilées par l'auteur.

74. Voir le navigateur de la CNUCED pour le règlement des différends en matière d'investissement (à partir du 5 janvier 2021) : <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>>.

75. V. J. E. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, 2012, pt 17.

76. Pour un aperçu de certains de ces litiges, voir M. Scherer, C. Amirfar (eds.), *International Arbitration in the Energy Sector*, Oxford University Press, 2018.

Dans un tel contexte, une série de mesures ont été adoptées pour limiter le retour sur investissement à des niveaux plus soutenables. Ces mesures comprenaient des taxes, des prélèvements ainsi que des ajustements du taux tarifaire, du volume et de l'horizon temporel des investissements. Ces mesures ont eu des répercussions sur la rentabilité de nombreux investisseurs, qui ont cherché à s'appuyer sur des accords d'investissement pour récupérer les bénéfices escomptés.

L'issue de ces affaires varie considérablement selon les pays, les mesures, les instruments juridiques invoqués et les circonstances factuelles spécifiques. Dans l'ensemble, cependant, elles fournissent deux indications importantes pour comprendre le lien entre le droit international et la transformation énergétique. Premièrement, les demandes d'investissement étranger sont de plus en plus souvent présentées par des acteurs qui incarnent les secteurs émergents à faible intensité de carbone. Dans la plupart des cas, elles ne concernent pas la légalité, au regard du droit international, de mesures contraignantes pour limiter les externalités négatives de la transaction mais, bien au contraire, elles concernent la protection d'un nouveau type de transaction énergétique contre les fluctuations du cadre réglementaire sur lequel elles reposent.

Cela distingue les litiges relatifs à la transformation énergétique de l'ensemble plus large des litiges relatifs aux investissements ayant des composantes environnementales. Deuxièmement, ces litiges portent essentiellement sur la stabilité des règles qui facilitent l'avènement et la consolidation de la production d'énergie renouvelable et, partant, la demande d'équipements, de technologies et de main-d'œuvre dans ce secteur.

### 5. Quelques propositions

En guise de conclusion, je voudrais formuler quelques propositions de base découlant des considérations faites dans cet article, qui, je l'espère, pourront intéresser le large cercle des lecteurs de la *Revue européenne de droit*.

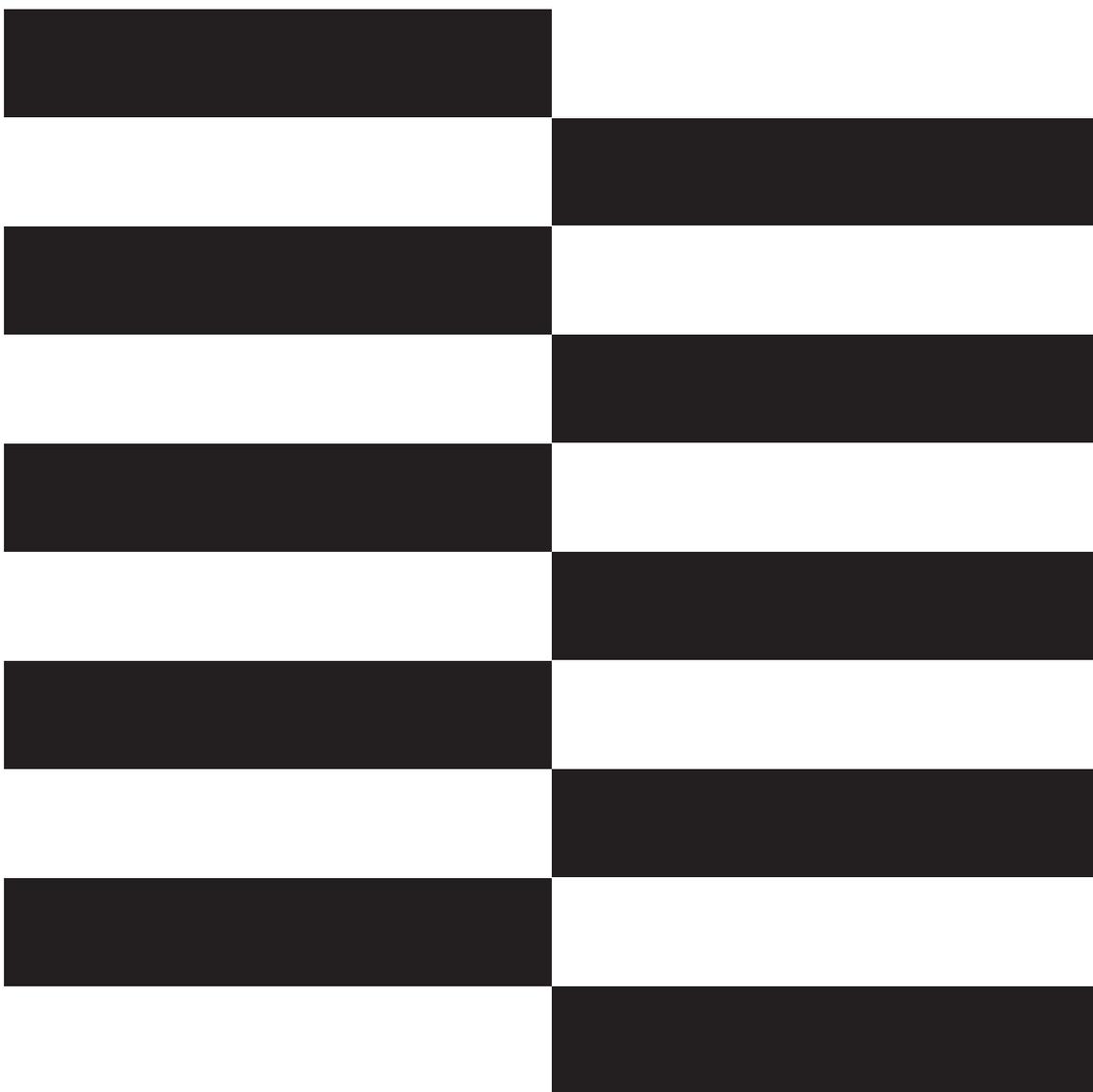
La première conclusion concerne la transformation énergétique en cours. J'ai passé en revue certains des éléments pertinents pour établir si une transformation est en cours et ses multiples facettes. Il est clair que cette transformation est liée à de nombreux facteurs, notamment la « transition » énergétique en tant que processus technologique, mais aussi les dimensions beaucoup plus larges découlant de la dégradation de l'environnement (le changement climatique et ses conséquences), les considérations économiques (par exemple, les risques financiers liés à l'immobilisation des combustibles fossiles) et les impératifs sociaux (tant la demande d'un environnement plus propre que les craintes suscitées par l'ajustement structurel et le chômage dans certains secteurs de la population).

La deuxième conclusion est que ce vaste processus de transformation s'exprime de plus en plus sur le plan juridique. Je me suis concentré dans cet article sur le droit international, étant donné sa pertinence pour la géopolitique mondiale. Les manifestations de la transformation énergétique de ce point de vue sont extrêmement diverses et dispersées dans différents contextes juridiques. Le droit du commerce et de l'investissement est, assez intuitivement, en première ligne, mais il en va de même pour d'autres contextes juridiques, tels que le régime juridique des fonds marins et du sous-sol au-delà de la juridiction nationale. Parmi les nombreux autres domaines qui ne sont pas abordés dans cet article, on peut citer le droit de l'environnement (des négociations sur le changement climatique à la réglementation des émissions du trafic aérien et maritime, en passant par la conservation de la nature et la protection de la biodiversité), mais aussi le respect des droits de l'homme (pour soutenir certaines politiques de transformation de l'énergie, mais aussi pour s'en prémunir), le droit de la concurrence (avec les efforts visant à dissocier l'approvisionnement et le transport de l'énergie), le droit de la propriété intellectuelle (avec l'accélération de la procédure de « brevets verts »), et bien d'autres domaines où la lutte s'exprime.

Tout comme les politiques juridiques étrangères qui ont été développées par une série de pays producteurs et consommateurs en ce qui concerne le pétrole et le gaz à partir des années 1950, une politique juridique étrangère traitant spécifiquement de la transformation énergétique avec ses nouvelles dimensions géopolitiques serait utile. De nombreux travaux ont été réalisés pour définir certaines de ces dimensions d'un point de vue empirique. Mais il existe une lacune majeure sur les aspects juridiques de cette transformation, notamment en ce qui concerne les lignes de front juridiques à privilégier au niveau d'un État ou d'un groupe tel que l'UE.

Une initiative visant à tracer ces lignes de front, à comprendre leur configuration politique plus profonde, à établir des priorités d'action et, sur cette base, à définir une politique juridique étrangère claire et cohérente est, à mon avis, nécessaire, voire urgente pour de nombreux pays. Pour l'UE en particulier, dont l'avenir socio-économique mais aussi géopolitique est fortement engagé dans la transformation énergétique, une politique juridique étrangère intégrée de ce type serait fondamentale. La Commission européenne a accompli un travail considérable à cet égard, sur lequel on pourrait s'appuyer dans un effort de cartographie, d'intégration et de hiérarchisation des priorités. L'énergie est fortement mais pas clairement réglementée en droit international, et les implications juridiques de la transformation énergétique de ce point de vue ne peuvent être évaluées qu'en adoptant une approche intégrative.

# Ouverture





**Mireille Delmas-Marty** • Professeur émérite au Collège de France, Membre de l'Institut

**Olivier Abel** • Professeur de philosophie et d'éthique à la faculté de théologie protestante de Montpellier

## Dans la spirale des humanismes

*L'instabilité de nos sociétés multiplie les crises (socio-économiques, migratoires, climatiques, sanitaires...) qui s'enchevêtrent en une seule poly-crise, empilant les états d'urgence, des attentats terroristes de 2001 à la pandémie de 2020, tandis qu'une sorte de folie normative s'empare de nos sociétés. Il faut renoncer aux métaphores habituelles des systèmes de droit (fondations, piliers, pyramides de normes évoquant hiérarchie, verticalité et stabilité). Même les réseaux, qui suggèrent interactions et horizontalité, ne rendent pas compte de cette instabilité. D'où l'apparition de métaphores plus dynamiques, comme les nuages, puis les vents. Mais comment s'orienter parmi les diverses visions des humanités dans leur relation aux vivants, humains et non humains ? À première vue les humanismes se succèdent, se côtoient, se chevauchent, se combattent, dans un grand désordre. À moins de poser l'hypothèse d'une sorte d'enroulement en spirale, cette forme qui symbolise la permanence de l'Être dans son évolution. Dessinant un universel pluriel, la spirale des humanismes pourrait équilibrer et rééquilibrer les inévitables tensions. Pour tenter de saisir les dynamiques à l'œuvre, nous engageons une conversation au croisement de la philosophie et du droit.*

**Olivier Abel** : Dans un texte bref et dense paru dans le *Monde* au printemps dernier, Mireille, vous appelez à « profiter de la pandémie pour faire la paix avec la Terre ». Je l'entends aussi, venant de vous, comme un appel à un nouvel humanisme, à l'échelle d'une mondialité fragile, et de ce que Jan Patocka appelait superbement « la solidarité des ébranlés ». Il ne faut certes pas trop vite vouloir donner un sens à cette crise, mais elle sonne comme un avertissement, une leçon : elle nous réapprend à faire face en même temps, pour reprendre les termes de Hannah Arendt, à l'imprévisible et à l'irréparable, que nos « systèmes » font tout pour éliminer, mais qui nous reviennent par notre point de vulnérabilité, notre simple condition *corporelle*. Et puis avec cette crise nous sommes en train, difficilement, d'intégrer dans

nos schèmes cognitifs et éthiques le temps de réaction du système, qui fait que nous ne voyons pas les choses telles qu'elles sont mais telles qu'elles étaient un certain laps de temps auparavant, qui se compte en jours, sinon en semaines ; et c'est une leçon transposable à d'autres domaines, comme celui de la crise climatique : ce que nous voyons, pour le climat, correspond à une réalité qui date de plusieurs années, sinon de plusieurs décennies. Nous ne voyons pas encore la réalité actuelle. Et puis cette épidémie nous a montré le caractère dérisoire des frontières et des protections, elle nous apprend le caractère inséparable du prendre soin de soi et du prendre soin d'autrui, c'est à dire l'impossibilité de se sauver tout seul, la nécessaire solidarité, bref ce que vous ne cessez de déclarer : notre condition d'*interdépendance*.

J'aimerais, au-delà de ce que cette crise nous donne à penser, traverser avec vous dans cet entretien quelques unes des questions qui nous animent tous les deux : la sensibilité à l'urgence écologique et la nécessité de l'instituer, au sens quasi-politique du terme, le conflit des humanismes et la manière de convertir ce conflit en dialogue, en spirale productrice, le rapport entre les forces imaginantes de l'éthique et celles du droit, et enfin la fragilité extrême de nos démocraties face à des urgences qui la débordent de toute part. Dans tout cela, c'est la conversation des humanismes, à la fois leur pluralité et leur capacité à entrer dans un travail d'humanisation réciproque, qui nous servira de boussole.

Une boussole « inhabituelle », précisez-vous, car tout se passe comme si, en se mondialisant, les sociétés avaient perdu le nord. « Pendant longtemps, chaque communauté s'était fabriqué sa boussole. Chacune avait un pôle d'attraction symbolique imposé par les dispositifs juridiques, droit écrit ou coutumier, les rites, voire les commandements religieux. Selon la manière dont la mémoire et l'oubli avaient structuré son histoire, chaque communauté s'était organisée autour de ce pôle d'attraction. Mais la mondialisation se déploie en toutes directions. Littéralement « déboussolés », nous errons dans la nostalgie d'une mémoire qui n'existe guère à l'échelle planétaire, ni même à l'échelle de l'Europe. Au lieu d'un pôle, nous aurions besoin d'un centre de gravité, ou d'attraction où se rencontrent des principes de gouvernance inspirés des divers humanismes juridiques<sup>1</sup>.

Mais pour rester un moment encore sur la crise du coronavirus et ce qu'elle nous dit, ce dont elle est l'occasion, je pense à cette proposition de Bruno Latour qui dit que « nous sommes des interrupteurs » : à chacun de nous de voir ce qu'il arrête, ce qu'il commence, ce qu'il continue. En ce sens c'est un moment proprement *critique*, au sens grec du terme, c'est-à-dire le moment d'un « tri ». Il était temps de prendre, malgré nous, ce temps d'arrêt, et de ne pas tout reprendre comme avant, car nous étions emportés par le train fou d'une « volonté d'une puissance dépourvue

1. *Sortir du pot au noir, L'humanisme juridique comme boussole, op. cit.*

désormais de sujet et qui fait de nous ce qu'elle veut »<sup>2</sup>.

Nous ne parvenons pas à ralentir nos déplacements perpétuels, à sortir de nos addictions mortifères, de notre effrayant confinement communicationnel. Ce que nous redécouvrons, c'est que nous ne sommes pas seulement des cerveaux branchés, mais des corps vulnérables. Aujourd'hui c'est une épidémie, demain ça peut être la famine, l'eau. Nous sommes des sujets corporels habitants et co-habitants le monde. Nous devons apprendre à cohabiter avec d'autres, avec d'autres formes d'humanité mais aussi avec d'autres formes de vie, de manière à former un monde durable. Greta Thunberg, que vous appelez joliment « le petit souffle », nous alerte vigoureusement, et à juste titre, mais je me souviens de notre jeunesse de 1968, j'avais 15 ans, on disait la même chose et on pensait qu'on allait tout changer. Il ne faut plus être naïf : les forces du productivisme-consumérisme sont d'une extrême puissance, et d'autant plus que c'est nous-mêmes qui avons ce pli, par tous nos modes de vie. C'est cela que je redoute, avec la crise actuelle, et ses conséquences catastrophiques en termes de faillites, de chômage, d'impossibilité de répondre à la diversité des clameurs : c'est de repartir comme avant, pire qu'avant, dans l'impossibilité de nous entendre sur les priorités, et de réorienter l'économie non pour parer au plus pressé mais en installant des caps de long terme.

Il me semble aussi que ce qui caractérise cette crise, c'est qu'elle est portée et amplifiée de manière inédite par la mondialisation communicationnelle. Nous avons la chance de vivre cette épidémie en restant connectés, mais sans cette instantanéité numérique, on n'aurait jamais réagi comme cela. Tant mieux à certains égards, si on en fait cette occasion unique de réorienter notre société, mais cette connectivité pose des problèmes de gouvernance, et donc de démocratie, de procédures de droit qui entravent les rumeurs et les paniques. C'est comme si nous étions trop informés, surinformés, par rapport à notre capacité à agir, et il faut mesurer tous les effets dévastateurs de cette situation. Et vous, Mireille, qu'en pensez vous, comment la voyez vous, cette crise ?

**Mireille Delmas-Marty :** Je la vois d'abord comme l'occasion inespérée d'une pause dans une mondialisation galopante. Depuis une vingtaine d'années, nous avons vécu des crises mondiales quasi permanentes: crise sécuritaire avec les attentats terroristes, puis le désastre humanitaire des naufrages de migrants, et encore les crises financière, sociale (prenant en France la forme inattendue des « gilets jaunes »), climatique avec le dérèglement de l'écosystème, enfin sanitaire avec la crise actuelle. Confrontés à une telle avalanche, les collectifs humains ont imperturbablement poursuivi la même route. Maintenant qu'ils se sont immobilisés eux-mêmes face à une pandémie qui n'est pas la première mais qui, pour la première fois, est d'emblée perçue comme un fait social total à l'échelle planétaire,

les humains sont-ils prêts à changer de cap pour éviter l'effondrement ?

Tout se passe en effet comme si nous étions entrés dans le « pot au noir »<sup>3</sup>, ce lieu au milieu des océans où les vents contraires se neutralisent et paralysent les navires, ou se combattent et provoquent le naufrage. Sécurité vs Liberté, Compétition vs Coopération, Exclusion vs Intégration, Innovation vs Conservation, nos sociétés semblent tourner en rond comme des girouettes au gré des vents qui soufflent comme autant d'*esprits* des lois. D'où l'incohérence de certains choix politiques, par exemple à propos des services de santé : démantelés il y a peu au nom de la compétitivité ; puis encensés, tels des héros, pour leur coopération dans la « guerre » engagée contre le terrorisme et la pandémie au nom de la sécurité. A son tour la sécurité, érigée en droit quasi-absolu suspend l'ensemble des droits et libertés, à commencer par la liberté d'aller et venir, ou la liberté d'expression. Même le droit à la dignité humaine, juridiquement « indérogeable », est ouvertement bafoué en temps de pandémie quand des morts sont privés de sépulture, tandis que des vivants sont discriminés comme « population à risques », voire suivis par « traçage » comme des produits dangereux.

Impossible de rester silencieux devant des pratiques qui, pour préserver la survie de l'espèce, finiraient par détruire ce qui fait le propre de l'humanité. Mais que dire et surtout comment faire pour freiner cette course qui mène nos sociétés dans le pot au noir ?

### L'urgence écologique et la refondation d'un humanisme juridique

**Olivier Abel :** Dans *Une Boussole des possibles, Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, vous écrivez : « l'écocide [...] n'est pas le crime ultime, s'ajoutant à tous les autres, mais le crime premier, le crime transcendantal, celui qui ruinerait les conditions mêmes d'habitabilité de la Terre ». Je voudrais repartir de cette considération qui appelle à repenser un humanisme profondément élargi, tel que l'humain ne soit plus le sujet roi d'un monde objet ou instrument, pliable à toutes les finalités et caprices des désirs humains – ni le sujet nul, superflu, vide et pliable à volonté par les Savoirs-Pouvoirs établis.

Pour le dire d'un mot, l'espèce humaine toute entière est co-habitante du monde, dont elle ne saurait devenir un parasite trop puissant sans tuer ce dont elle se nourrit. C'est un paradoxe tristement banal que chaque population tend à augmenter, s'étendre et se densifier tant que le milieu le permet, jusqu'au point où elle détruit ce milieu. Le pire n'est pas sûr d'ailleurs, et c'est ce qui complique la chose : il se trouve aussi des symbioses à peu près équilibrées et durables. Quand on est trop fort pour son environnement, plutôt que de se protéger au maximum et monter à la catastrophe globale, il ne reste qu'à se *déprotéger*. C'est cet appel qu'il faudrait lancer à chaque humain,

2. J. Patocka, *Platon et l'Europe*, Paris Verdier, 1983, p.14 (texte rédigé en 1973, juste après le rapport du Club de Rome, auquel il fait brièvement référence).

3. M. Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde*, Seuil 2016 ; *Sortir du pot au noir*, op. cit.

à chaque société, à l'humanité entière : « déprotégeons nous ! ». Il nous faudrait un humanisme de la déprotection, un humanisme de la vulnérabilité tranquille et résolue. C'est le contraire des sujets qui s'engoncent dans leurs prétendus droits, se bardent de protections et refusent de désarmer leur forme de vie, bref qui préféreraient survivre à leur monde, car rien n'est au-dessus de leur survie ! Mais qu'est ce qu'un sujet qui survit à son monde ?

Vous parlez de l'habitabilité de la Terre, et je l'entends comme une résistance au laminage des habitats et formes de vie humaine, dans leur diversité, mais aussi au laminage des écosystèmes de milliers d'espèces vivantes, cette mondialisation là accélérant les nouveaux virus et épidémies, amplifiant la crise climatique, la crise des ressources, l'exacerbation générale de la lutte pour la survie. Bref, cette crise est l'occasion de retourner autrement vers un monde qui nous a d'abord été donné à habiter, à cohabiter, à interpréter diversement, sans prétendre en faire notre œuvre ni notre propriété. Comment rapporter la croissance fallacieuse de nos échanges à sa condition de possibilité dans le fait qu'il y a des habitants, et penser l'économie dans les limites d'une écologie soutenable, dans le sens où la terre est notre habitat unique, et ultime ? La tâche est immense. Pour donner un petit exemple, ne faudrait-il pas, à côté du GIEC pour le climat, un Observatoire international, indépendant des puissances étatiques et économiques, capable de lister l'état réel des ressources minérales sur lesquelles le développement s'est appuyé ? Je ne pense pas seulement au pétrole, sur lequel l'opacité est organisée, mais tous les métaux, les terres rares, etc.

Vous écriviez aussi : « On voudrait échapper à l'alternative entre le rêve du surhomme des courants post-humanistes et la hantise de la catastrophe des courants écologiques ». Sortir de cette alternative c'est penser une humanité à la fois vulnérable et responsable, c'est-à-dire capable de prendre son destin en main, non pas seulement assumer le passé, mais mesurer les conséquences futures de son agir actuel. C'est ici que nous avons bien besoin des faibles et *résistibles*<sup>4</sup> puissances du droit. Vous décrivez « la surpuissance des moyens techniques », qui pose cette question de manière aigüe : « à puissance inédite, responsabilité inédite », résumait Ricœur. Dans *La condition de l'homme moderne*, Arendt prolongeait la terrible remarque de Rousseau dans son *Discours sur les sciences et les arts*, de la disproportion entre le progrès moral et le progrès technique : nous ne comprenons plus ce que nous sommes cependant capables de faire. Pour sentir ce que nous faisons, nous avons besoin d'institutions qui nous le fassent sentir.

Nous avons besoin de prolongements juridiques de notre éthique à la hauteur de la puissance des prothèses techniques dont nous sommes dotés. Ne faudrait-il pas,

4. Les puissances du droit, c'est leur faiblesse et c'est leur force, n'ont pas le caractère imposable de la puissance technique (les concurrents ou adversaires doivent devenir commensurables ou disparaître) : le droit est par définition transgressable, sinon ce n'est plus du droit.

par exemple, penser une forme juridique de responsabilité écologique internationale qui viendrait pondérer la brevetabilité des inventions, et équilibrer les gains escomptés de ces brevets par une sorte de responsabilité des effets sur l'environnement et sur les humains ? Comment le droit, à votre avis, peut-il nous aider dans cette passe difficile ? Comment poseriez vous le problème ?

Une dernière question sur ce sujet : la question écologique est complexe, il n'y a pas une politique écologique qui serait l'application sans discussion possible d'une vision scientifique de ce qu'il faudrait faire. Elle ouvre des scénarios divers et incertains, et on ne peut pas tout avoir en même temps. C'est pourquoi c'est aussi une question économique et sociale qui ouvre un nouvel espace de conflictualité : ce n'est pas « nous » contre « eux », mais nous-mêmes sous certains aspects et selon telle échelle de temps et d'espace, contre nous mêmes selon d'autres aspects et échelle d'espace et de temps. Comment instituer juridiquement et politiquement cet espace de conflictualité ? Comment mettre en scène une conflictualité qui traverse chacun de nous, mais aussi où certains, dans l'espace mondial, ou dans la suite des générations, sont plus exposés que d'autres ?

**Mireille Delmas-Marty** : Il faudrait profiter de ce moment inédit où semblent ébranlés des dogmes aussi résistants que la souveraineté absolue des États, la croissance économique et son autorégulation par le marché, le dogme sécuritaire du risque zéro, ou l'anthropocentrisme qui place l'homme au centre du Monde.

Mais ne nous trompons pas de route. Il ne s'agit pas de remplacer un dogme par son contraire. Le monde d'Après n'est pas l'inverse du monde d'Avant. C'est un monde hyper connecté, fragilisé par la puissance de l'imprévisible. C'est pourquoi le changement de cap doit être un changement de la pensée : il faut renoncer aux certitudes de la pensée dogmatique pour les incertitudes d'une pensée dynamique, qui évoque la « pensée du tremblement » car elle oscille d'un vent à l'autre, d'un dogme à l'autre. En fait, c'est une pensée en mouvement. Poursuivant la métaphore nautique, on pourrait dire qu'elle « faseille » à chaque virage, comme les voiles sur un bateau qui « tire des bords » pour remonter contre le vent. Afin de s'adapter à l'imprévisible, la pensée dynamique doit accepter de « faseiller » et rester modeste. Reconnaisant ses erreurs au lieu de les cacher, elle apprend à les corriger, par une sorte de bricolage, ajustement et réajustement. C'est la condition pour tenter de relever le pari lancé par Edouard Glissant « qu'il est possible de durer et de grandir dans l'imprévisible »<sup>5</sup>.

Nous avons déjà des instruments juridiques pour « durer dans l'imprévisible », et nous devons en être conscients pour apprendre à nous en servir.

5. E. Glissant, « La pensée du tremblement n'est ni crainte ni faiblesse mais l'assurance qu'il est possible de durer et de grandir dans l'imprévisible », *La Cohée du Lamentin*, Gallimard, 2005 p.23.

Le premier instrument se nomme interdépendance. Il a fait son entrée en droit international, lors du 1<sup>er</sup> sommet de la Terre (Rio 1992) : « La Terre, foyer de l'humanité, constitue un tout marqué par l'interdépendance »<sup>6</sup>. Mais personne, ou presque, ne l'a vu. Il a ensuite inspiré une « Déclaration d'interdépendance » (que nous avons rédigée au sein du *Collegium international d'éthique* autour de Michel Rocard, Milan Kučan, Ruth Dreyfus et Mary Robinson, avec notamment Stéphane Hessel, Fernando H. Cardoso, Edgar Morin ou Peter Sloterdijk, et le fidèle Sacha Goldman). Nous l'avons présentée en 2005 à l'ONU, mais personne, ou presque, ne l'a lue. Nous l'avons à nouveau présentée en 2018, peu avant la disparition de Michel Rocard, au Secrétariat général de l'ONU, mais rien n'a bougé et quand le virus est arrivé, nous étions démunis.

Certes des avancées thématiques ont eu lieu, comme le préambule de l'Accord de Paris sur le climat qui souligne « le caractère planétaire des menaces à la communauté de la vie sur terre » mais le devoir de coopération qui en résulte pour les États est insuffisant. La pandémie démontrera cruellement à quel point les États, comme les êtres humains, sont devenus interdépendants, que ce soit pour se procurer des tests de dépistage, des médicaments et des vaccins, voire de simples masques de protection sanitaire. Oui, l'interdépendance humaine est désormais un fait incontestable qui devrait s'imposer comme un « mot d'ordre » et « guider notre transition vers le monde de demain »<sup>7</sup>. Encore faut-il en tirer les conséquences juridiques pour éviter le déni de réalité que pratiquent de nombreux dirigeants politiques, au nom de la souveraineté nationale.

Il faudra beaucoup d'énergie pour que les interdépendances, enfin reconnues, se transforment en une véritable *solidarité*, deuxième instrument pour durer dans l'imprévisible. Comme le démontrent les difficultés actuelles de l'Europe, il ne suffit pas d'inscrire le principe de solidarité dans les traités pour en garantir l'effectivité. Et pourtant, expliciter les « objectifs communs » qui sous-tendent les solidarités est déjà une étape importante qui ouvre la perspective d'un épanouissement mutuel. Cette notion est d'ailleurs apparue à l'échelle mondiale : d'abord les huit « objectifs du millénaire pour le développement » principalement axés sur la lutte contre la pauvreté, mais encore très vagues (OMD, Secrétariat général ONU, 2000) ; puis les dix-sept objectifs du développement durable (ODD, 2015). La méthode se précise avec des objectifs plus spécifiques, qualitatifs et quantitatifs, pour le climat (Accord de Paris, 2015), et peut-être à l'horizon d'un futur traité modèle sur les migrations ... ou sur les pandémies.

Mais, pour être efficaces, les solidarités supposent la responsabilité juridique des acteurs les plus puissants, autrement dit, un état de droit opposable aux États. Bien que la création d'un État mondial ne soit ni faisable, ni

souhaitable, il est en revanche faisable - et urgent- de transformer la souveraineté solitaire des États en souveraineté solidaire et leur irresponsabilité en responsabilités « communes mais différenciées ». Il resterait à prévoir la responsabilité des acteurs non étatiques quand ils exercent un pouvoir global, comme les entreprises transnationales (ETN). Certes leur « responsabilité sociale et environnementale » relève de la *Soft Law* (un droit flou car imprécis, mou car facultatif et doux car non sanctionné) ; mais le durcissement en *Hard law* s'annonce déjà. Sans attendre les projets de règlement européen et de convention Onu, il peut venir du droit national quand il élargit la notion d'intérêt social à certaines formes d'intérêt général (cf. en France, la loi 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre à l'égard de leurs filiales et sous-traitants<sup>8</sup> ou la loi Pacte 2019 instaurant le statut des sociétés à missions)<sup>9</sup>.

Il n'en demeure pas moins qu'à la différence des communautés nationales, la communauté mondiale émergente n'a, pour s'inscrire dans la durée, ni mémoire collective, ni histoire commune née d'un passé partagé. C'est pourquoi *l'anticipation* est le 3<sup>ème</sup> instrument pour durer dans l'imprévisible, à mesure que l'humanité prend conscience de son destin commun. Or il y a plusieurs récits d'anticipation, et plusieurs destins possibles, selon le récit dominant.

L'anticipation la plus répandue, notamment dans les jeunes générations, est le *récit-catastrophe du Grand Effondrement*. Devenu un courant de pensée, la collapsologie, il se développe « non pas comme un moment apocalyptique ponctuel, mais comme un processus inscrit dans la durée »<sup>10</sup>. C'est ainsi que le changement climatique, l'épuisement des ressources planétaires, ou plus largement la transgression des limites planétaires (*planetary boundaries*), et pour couronner le tout (si l'on ose dire) le *coronavirus*, s'accompagnent d'une désorganisation progressive de la société.

La seule alternative apparente nous vient de la Chine qui a lancé le programme des « Nouvelles routes de la soie », activant à la fois le Tout marché des sociétés de la croissance, le Tout numérique des sociétés de l'innovation et le Tout contrôle des sociétés de la peur. Il prescrit les conditions de survie d'une espèce humaine suffisamment soumise, voire infantilisée, pour garantir, sans même avoir besoin de normes juridiques, la Grande harmonie ou la Grande paix. Il y a plus de deux mille ans, les Classiques chinois identifiaient déjà ce récit à l'Empire du Milieu régnant sur « tout ce qui vit sous le ciel » (*tianxia*). Aujourd'hui, alimenté par l'obsession sécuritaire et la folie normalisatrice, ce récit-programme du *Grand*

6. Préambule de la Déclaration de Rio, Sommet de la Terre, 1992.

7. E. Letta, « l'interdépendance humaine guidera notre transition », *Le Monde*, 22 mai 2020.

8. Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre.

9. Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

10. C. Thibierge (dir.), *La garantie normative*, Mare&Martin, (à paraître).

*Asservissement, légitimé* par la crise sanitaire, menace de s'étendre à toute la planète.

À moins d'un troisième récit qui s'inspirerait du « contrat naturel » de Michel Serres et des modèles de Philippe Descola dans son *Anthropologie de la nature*, l'un et l'autre associant le destin de l'humanité à celui du monde vivant. A l'opposé d'une mondialisation déshumanisante, cette compréhension « écosystémique » de l'existence humaine rejoint le récit de la « mondialité » que le poète Edouard Glissant décrit comme « l'aventure sans précédent qu'il nous est donné de vivre dans un espace-temps qui, pour la première fois, réellement et de manière foudroyante, se conçoit à la fois unique et multiple, et inextricable ». D'où la nécessité pour chacun d'avoir à changer ses manières de concevoir, d'exister et de réagir, dans ce monde nouveau. La difficulté est immense pour les humains qui depuis des millénaires avaient été formés à tout le contraire, mais il n'y a pas d'autre voie : « aucune solution aux problèmes du monde sans cette énorme insurrection de l'imaginaire »<sup>11</sup>.

Ouvert au monde qui vient, ce *récit-aventure* est le seul récit d'anticipation qui accepte d'accueillir l'imprévisible. Reste à savoir si l'aventure pourra durer, c'est-à-dire résister à l'effondrement du monde vivant, sans céder à la puissance d'asservissement des grands acteurs de la mondialisation, et même grandir, par humanisation réciproque.

### La spirale des humanités et l'humanisation réciproque

**Olivier Abel** : Venons en à ce qui fait ici le cœur de notre conversation, ce que nous voudrions tous les deux appeler la spirale des humanités. Vous avez défini plusieurs paradigmes humanistes, celui de l'appartenance traditionnelle et celui de l'émancipation individuelle, mais aussi celui d'aujourd'hui où émergent des interdépendances, qui dit la nécessaire solidarité planétaire, et celui de l'indétermination humaine, qui dit l'impossibilité de mettre la main sur ce qui définit les humains. Ces différents humanistes pointent des orientations différentes et même parfois opposées, et nous allons développer cela, mais je voudrais revenir auparavant sur le risque contemporain d'un conflit des humanités, au sens ici d'un conflit des « humanités ». Car les grandes civilisations, comme les petites traditions, ont développé des humanités divers, et qu'il n'est pas toujours facile de faire converser, tant cela demande un travail de traduction, d'hospitalité langagière mutuelle. Ricœur écrivait il y a cinquante ans que l'humanité a « pris » dans des humanités diverses. Ce phénomène de la pluralité des cultures est lié au phénomène connexe de leur mortalité, de leur finitude. Seule une culture folle, mortellement orgueilleuse, prétendrait être à la fois seule et immortelle. Les « humanités » doivent s'accepter *parmi* d'autres...

Dans un monde où la rivalité des grands blocs ne s'exerce pas seulement sur le champ géopolitique ou éco-

nomique, mais géo-civilisationnel, si l'on peut dire, comment faire de la rivalité entre l'Occident, la Chine, le monde Indien et le monde Musulman, par exemple, non un cercle vicieux et mutuellement destructeur mais le cercle vertueux d'une conversation des humanités, une spirale productrice d'humanisation réciproque ? Et je viens de parler de l'Occident, mais rien que pour nos sociétés européennes, elles ne proviennent pas d'une source unique, mais de toutes les « humanités », traditions, langues et littératures qui sont venues s'y mêler, depuis la pensée grecque et les écritures bibliques, les institutions romaines et la vie monastique, la Renaissance et la Réforme, le Baroque, les Lumières et le Romantisme, la tradition républicaine et la tradition socialiste, mais bien sûr aussi les traditions issues des vagues d'immigration qui ont suivi la période coloniale, et celles magnifiquement métissées des Outre-mer, traditions qui toutes sont inachevées !<sup>12</sup> Or ici aussi il y a un cercle vicieux qui tend à rompre tout lien vivant avec ces « humanités » qui nous ont portés.

C'est d'autant plus grave que le moteur éthique de la civilisation européenne me semble justement avoir été l'écart et la confrontation entre des traditions dont aucune n'a jamais réussi à faire taire les autres. C'est le conflit des humanités qui a été fondateur et constitutif de l'Europe, au sens où les grandes traditions ici évoquées n'ont cessé de se corriger mutuellement, interdisant à la subjectivité européenne d'être jamais complètement unifiée, réconciliée avec elle-même. On pourrait le montrer avec la tension constante entre Socrate et Jésus.

Il a souvent été remarqué, par Machiavel déjà, que l'Europe est travaillée par la contradiction entre une morale antique du courage et une morale chrétienne du pardon, l'une exaltant la confrontation et les essais de soi, les manières de se montrer, et l'autre le dévouement et l'insouciance de soi, manières de s'effacer. Une seconde tension fructueuse pourrait être pointée dans l'opposition entre l'éthique d'Aristote et la morale de Kant. Elles représentent, davantage que des systèmes philosophiques, des styles éthiques différents, l'un qui vise le bonheur, le bon, le bien commun, et l'autre qui cherche la règle minimale universelle qui nous interdise de faire mal. Il y en aurait bien d'autres de ces « différends » fertiles. Pour reprendre l'expression de Paul Ricœur, le « noyau éthico-mythique » de l'Europe a été mis en mouvement par de tels différends, et sa chance, c'est sans doute qu'aucun de ces différends n'a pu absorber ou éliminer tous les autres.

Quels sont ceux qui travaillent aujourd'hui notre société ? Pourrions nous les reformuler au plus près de ce qui nous arrive ? J'en vois trois ou quatre particulièrement prégnants, et qui me semblent très proches des vôtres.

Le premier de ces différends fondateurs serait la tension entre la *tradition* et l'*innovation* : ce qui le complique, c'est que les innovations les plus créatrices s'appuient sur l'ensemble des acquis sédimentés, que parfois même elles

11. E. Glissant, *La Cohée du Lamentin*, Gallimard, 2005 p. 23.

12. O. Abel, *Le vertige de l'Europe*, Genève, Labor et Fides, 2019.

ne font que rouvrir autrement des strates archaïques, et c'est qu'à leur tour elles vont se déposer et faire tradition, des traditions qui ont toutes jadis été des novations, des irrptions, des ruptures. Loin de les opposer platement, la corrélation vive entre tradition et innovation est ainsi à faire jouer dans toute son amplitude : il faut que la tradition n'étouffe pas les créations naissantes, et il faut que l'ancien ait de quoi résister au nouveau, si ce dernier doit prendre appui sur lui.

Ce serait là un premier cercle vertueux, un élément dynamique de la spirale que nous recherchons, et capable de prendre le contre-pied de ce cercle vicieux que vous appelez le « pot-au-noir ». Prenons notamment garde aujourd'hui à notre présentisme, à la facilité avec laquelle nous jugeons le passé, sa malléabilité sous la puissance de nos bulldozers, et de notre capacité numérique à le réécrire, à le remanier et le refigurer sans qu'il puisse résister<sup>13</sup>. À la place de ce que j'appelle tradition, vous parlez de conservation, et ce terme dit aussi des choses très fortes : c'est le principe du politique selon Hobbes, l'instinct de conservation de la vie, et des acquis, c'est aussi bien l'idée d'accumulation qui rejoint l'idée de traditions sédimentées ; c'est aussi la grande idée du philosophe tchèque dissident Jan Patočka que les guerres du 20<sup>ème</sup> siècle furent des guerres entre les forces de conservation du *statu quo* et les forces de transformation du monde.

Le second pointe la tension entre l'émancipation et l'attachement. L'éthique de l'*émancipation*, qui a eu tout au long de l'histoire moderne le monopole d'être à la fois notre moteur moral et politique, notre levier de critique sociale, notre grand récit collectif, ne suffit plus<sup>14</sup>. Il faut que la faculté de déliaison, de détachement, qui brise les chaînes, soit indissociable de la faculté de refaire alliance, de refaire lien. Il faut compliquer notre idéal d'émancipation par une logique ou une éthique de l'*attachement*, de la fidélité, de la solidarité. Et en effet, il a longtemps fallu, et il faut encore, se battre contre les servitudes, et notamment la « servitude volontaire ». Mais aujourd'hui, il faut aussi se battre contre l'exclusion et la solitude volontaire. Je pense qu'il y a actuellement une profonde incapacité à tenir les liens. Or il y a des liens qui libèrent. Le sens du libre attachement, de la pluralité des attachements et des fidélités, mais aussi de l'alliance fidèle qui ne lâche pas pour un oui ou pour un non, peuvent être un véritable levier de critique sociale. Nous devons désormais intercaler, entre les chapitres des déclarations d'émancipation et d'indépendances successives, et ce n'est pas fini, les chapitres trop inédits des déclarations d'interdépendance et de solidarité. J'adhère avec enthousiasme à votre idée d'une charte d'interdépendance ! C'est ainsi que je vois la

tension vive entre ce que vous appelez l'humanité émanicipée et l'humanité interdépendante.

En revanche, je voudrais comprendre pourquoi, dans les couples que vous proposez, qui opposent des valeurs contradictoires, mais qui sont toutes de véritables valeurs, vous placez l'exclusion en face de l'intégration. D'un point de vue descriptif c'est parfaitement exact, et je crois important de penser le « droit » et la possibilité d'un corps, aussi accueillant soit-il à rejeter un corps étranger, il n'y a pas de communauté sans immunité, c'est un besoin parfois et simplement vital, et c'est aussi le « droit » de résilier, de faire sécession. Mais est ce que l'exclusion peut être une valeur ? Ne faudrait-il pas parler de la valeur de l'exil, du droit de partir, de quitter sa société ? C'est pourquoi la troisième de ces dialectiques fondatrices me semble être celle entre le clos et l'ouvert. S'il est certain que l'humanité a besoin d'échanges et d'*ouverture*, elle a aussi besoin de clôtures, de frontières, de choses qui ne s'échangent pas. Pour rester vivante, une culture a parfois besoin d'être un peu « sourde » aux autres, disait Lévi-Strauss.

À côté de l'ouverture et des échanges, nous avons aussi besoin de protection, d'un minimum d'immunisation. Il faut donc une bonne dialectique entre l'ouverture et la clôture, et établir cette fine dialectique sur tous les registres : sinon, une ouverture totale déterminera une clôture totale. Surtout que souvent on appelle ouverture tout ce qui permet d'enfoncer le protectionnisme des autres, après avoir renforcé toutes les barrières protectrices possibles pour nous-mêmes ! Vu d'ici en effet le monde est ouvert. Mais vus du Sud les murs sont de plus en plus hauts, et inaccessibles, et plus les marchés sont « ouverts », plus les sociétés sont « fermées ».

Pour en nommer une quatrième, avec vous je dirai l'importance de trouver une équation dynamique entre un principe responsabilité et un principe espérance. Certainement j'y reviendrai, non à partir de Hans Jonas ni à partir de Marc Bloch, pourtant tous les deux passionnants à lire<sup>15</sup>, mais plutôt à partir de ce que dit Hannah Arendt à propos de l'imprévisible et de la promesse. C'est ici me semble-t-il exactement la tension maximale à laquelle vous soumettez les forces, les formes et les principes du droit. En tous cas pour moi ces différentes tensions sont à la fois des exemples et des points d'appui pour la spirale des humanismes et de l'humanisation mutuelle que nous cherchons.

**Mireille Delmas-Marty** : Considérant que la chance de l'Europe est qu'aucun des différends qui l'ont traversée n'a pu absorber ou éliminer tous les autres, vous me demandez quels sont les différends qui travaillent aujourd'hui notre société, indiquant vous -mêmes quelques exemples « particulièrement prégnants », qui vous semblent très proches des miens. J'y retrouve en effet les tensions que j'observe, mais pour que nous puissions établir des pas-

13. Nous avons laissé « orwelliser » certains passés, le passé colonial, le passé catholique, par exemple, désormais à la fois occultés dans un amalgame total, dissimulés, défigurés, et je dirai enterrés vifs dans ce qu'ils avaient de vivant et de vécu : c'est historiquement simpliste et politiquement décourageant, car on ne peut plus prendre appui sur rien dans le passé, sinon sur un imaginaire amnésique et plaqué, qui empêche d'ailleurs toute véritable critique.

14. Cf. O. Abel et J.-F. Lyotard, in « L'Émancipation comme problème 1789-1989 ». *Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*. N°25, 1990.

15. Il faudrait peut-être les lire sous la polarisation de l'imaginaire social (idéologie-utopie) proposé par Ricœur après Mannheim (Paul Ricœur, *Idéologie et Utopie*, Paris Seuil 1997, et Du texte à l'action, Paris Seuil 1986).

serelles, je dois expliciter ma démarche et les tensions sur lesquelles je travaille depuis quarante ans.

Ayant commencé à m'engager sur les *chemins de la répression*<sup>16</sup>, puis complété l'étude des modèles de *politique criminelle* par celle des *mouvements*<sup>17</sup>, j'ai toujours privilégié les métaphores dynamiques, mais je ne savais pas que ce serait une marche aussi longue. Opposer les *nuages ordonnés*<sup>18</sup> à la pyramide des normes m'a permis de montrer non seulement les interactions horizontales de systèmes de droit structurés de plus en plus souvent en réseau, mais encore leur instabilité. Les nuages m'ont suggéré la métaphore des *vents comme souffles* symbolisant l'esprit des droits<sup>19</sup>, puis la quête d'une boussole pour s'orienter parmi les vents contraires<sup>20</sup>. J'ai alors (enfin !) pris conscience des limites de l'écriture et entrepris, avec un ami plasticien-bâtitseur, d'explorer les cheminement entre la pensée et la matière en fabriquant un objet mobile représentant une boussole sans pôle Nord, dite « boussole des possibles »<sup>21</sup>. Conçue comme un Objet-manifeste, cette boussole symbolise les tensions selon plusieurs plans de différenciation.

Au premier plan, il s'agit de différencier les vents principaux de la mondialisation (liberté, coopération, sécurité et compétition) et les « vents d'entre les vents » (intégration, conservation, exclusion et innovation). Ils apparaissent tous sur une *Rose des vents*, massive et minérale, qui est ancrée au sol. Puis une structure minimaliste en forme de cône supporte l'exacte projection graphique de la rose vers le ciel. Disposées par couples à l'extrémité de chaque branche, des figures emblématiques animées par les mouvements de l'air évoquent, sur un deuxième plan, les vents apparemment contraires de la mondialisation (Liberté vs Sécurité, Compétition vs Coopération, Exclusion vs Intégration, Innovation vs Conservation). Ainsi la Rose terrienne, devenue une Ronde aérienne suggérant le désordre du monde, illustre le sentiment d'être « déboussoilé » que nous avons perçu au début de notre entretien. Elle incite à rechercher une boussole inhabituelle car sans pôle Nord, dès lors qu'aucune direction ne saurait prédominer. En revanche, elle comporte un centre de rééquilibrage où, plongés dans l'eau nécessaire au monde vivant, se rencontrent les principes régulateurs qui, tels le fil à plomb des bâtisseurs de cathédrales, stabiliseraient la gouvernance du monde. À condition d'être inspirés des visions de l'humanité différentes dans l'espace et variables dans le temps<sup>22</sup>.

Nous avons « perdu le nord » parce que le choix d'un

16. *Les chemins de la répression*, PUF 1980 ; *Sur les chemins d'un Jus commune universalisable*, Mare & Martin, 2021 (à paraître).

17. *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica 1983, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF 1992.

18. « Au Pays des nuages ordonnés » in *Pour un droit commun*, Seuil 1994.

19. *Aux quatre vents du monde*, op.cit.

20. *Sortir du pot au noir, l'humanisme juridique comme boussole*, op.cit.

21. *Une boussole des possibles, Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, op.cit.

22. *Sortir du pot au noir, l'humanisme juridique comme boussole*, op.cit. ; *Une boussole des possibles*, op. cit.

pôle d'attraction est désormais impossible. Vous montrez, par exemple l'impossibilité de choisir entre innovation et tradition ou conservation ; également entre le clos (qui conduit à l'exclusion) et l'ouvert (qui permet les échanges et conditionne l'intégration). De même le choix semble impossible entre sécurité et liberté : la sécurité sans la liberté devient totalitaire, mais la liberté sans sécurité aboutit au chaos. Enfin la compétition sans coopération renforce les inégalités et attise les conflits, mais la coopération sans compétition peut tourner à l'immobilisme.

Pour dépasser ces oppositions, nous avons besoin de valeurs inspirées d'une vision commune de l'humanisme. Or chaque communauté a développé « sa » vision de l'humanité au fil de son histoire, disqualifiant les autres visions par le jeu de ces anathèmes dont les sociétés d'humains ont le secret : la seule vérité est la mienne, la seule identité acceptable est la mienne. A l'échelle planétaire, comme nous l'avons souligné, la communauté mondiale a peu valorisé son histoire commune.

C'est pourquoi il a fallu ajouter un troisième plan pour relier la terre et l'air au feu solaire, source de la lumière et de l'énergie vitale : une « spirale des humanismes » survole la ronde des vents, portée par un axe tournant et oscillant sur une articulation située à la pointe du cône. Il ne faut pas se tromper sur sa signification. Symbole de la permanence de l'Être dans l'évolution, la spirale n'est pas le nouvel habit d'un impérialisme qui ne dit pas son nom. Témoignant de la pluralité des sociétés, elle se déploie, entre individus et collectivités, mais aussi entre humains et non humains, suggérant l'enroulement sans fin des formes de « la Relation ».

L'humanisme le plus familier en Occident, notre « grand récit collectif » comme vous le nommez, reste celui de l'Émancipation des individus qui s'affirme en Europe au 18ème siècle, au temps des Lumières. A l'échelle du monde, il inscrira les droits de l'homme et les libertés des citoyens (civiles, politiques, économiques, sociales et culturelles) dans une Déclaration « universelle » qui consacre l'égalité de dignité de chaque être humain (1948) et interdit les pratiques inhumaines ou dégradantes, y compris l'esclavage et la torture.

Maintenant que nous devons vivre ensemble, toujours plus nombreux, nous redécouvrons, mais à l'échelle mondiale, l'humanisme le plus ancien, celui qui reliait chaque humain à ses communautés d'appartenance plus ou moins proches (famille, tribu, voisinage, village ou cité, nation...). Non seulement il est encore vivant dans les traditions de nombreux peuples, mais vous dites très justement qu'il devrait nous inciter à « compliquer notre idéal d'émancipation par une logique ou une éthique de l'attachement, de la fidélité, de la solidarité ».

Ce sera compliqué en effet, car il a fallu, et il faut encore, se battre contre les servitudes, et notamment la « servitude volontaire », qui rendent le « communautarisme » si suspect, comme s'il annonçait cet asservis-

sement que nous refusons. Face à la multiplication des désastres humanitaires, écologiques et sanitaires, commence pourtant à se réinventer un communautarisme nouveau qui ne sépare pas les communautés en les opposant les unes aux autres mais les relie en les ouvrant les unes par les autres : « changer en échangeant avec l'Autre sans me perdre ni me dénaturer » disait Edouard Glissant.

Au-delà du solidarisme et du convivialisme, le communautarisme se réinvente comme une aide à toutes détreesses (ATD). Concernant d'abord les personnes en situation de grande pauvreté (ATD Quart monde), il s'étend à toutes les détreesses du monde (ATD Tout monde pourrait-on dire), qu'il s'agisse de l'aide aux migrants, aux exilés environnementaux ou aux malades privés de soins. Les ONG sont rejointes par de nombreux écrivains et artistes<sup>23</sup> et, de façon plus surprenante par des acteurs institutionnels aussi différents que le Pape (encycliques *Laudato Si* en 2015 et *Fratelli Tutti* en 2020) et le Conseil constitutionnel, qui redécouvrirait dès 2018 la fraternité comme valeur opposable au délit dit de solidarité<sup>24</sup>. Même si les conséquences pratiques restent limitées, cette décision, qui dépénalise l'aide au séjour des migrants, associe désormais l'hospitalité à la fraternité.

Ce « communautarisme » nouveau réactive les valeurs traditionnelles sans préconiser pour autant un repli ou un enfermement. D'autant qu'il s'ouvre sur un nouvel humanisme, celui des Interdépendances au sein de la « maison commune », un humanisme qui refuse de placer les humains en surplomb, les reliant horizontalement aux autres humains (solidarité sociale) et aux vivants non humains (solidarité écologique). C'est celui qui répondra peut-être à votre question de savoir comment transformer la rivalité entre l'Occident, la Chine, le monde Indien et le monde Musulman, par exemple, « non en un cercle vicieux et mutuellement destructeur mais en un cercle vertueux d'une conversation des humanismes, ou plutôt en une spirale productrice d'humanisation réciproque ? »

A condition de faire aussi le choix de la liberté et de la responsabilité, donc de ce qu'on pourrait nommer un humanisme de l'Indétermination, qui conditionne notre créativité et notre responsabilité. C'est un choix difficile car il implique de renoncer à ce que vous nommez « surprotection », celle dont profite une petite partie de l'humanité, améliorée physiquement par les biotechnologies et augmentée dans ses capacités cognitives par l'intelligence artificielle. S'il répond au récit-catastrophe de l'effondrement, par l'aventure de la mondialité plutôt que par le récit-programme chinois des « Nouvelles routes de la soie », ce choix nous « déprotège », pour reprendre votre néologisme, chacun de nous devant renoncer à des excès auxquels le « productivisme-consumérisme » nous a habitués.

23. P. Chamoiseau, *Frères migrants*, Seuil 2017 ; M. Le Bris (dir.), *Osons la fraternité*, éd. Philippe Rey, 2018 ; Registre sur l'hospitalité du groupe Pérou, etc.

24. Cons. cont., décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autres.

Oui, ce renoncement sera difficile - le mot est d'ailleurs absent du discours officiel tant sont fortes nos résistances, véritables addictions mortifères. En croisant les millions de données individuelles accumulées par les réseaux sociaux et les milliards de conversations enregistrées par les agences de renseignements, les démocraties se transforment déjà en un totalitarisme doux, d'autant plus redoutable qu'il exploite notre désir illimité d'avoir accès à tout, tout le temps, sans attendre : « obéissant à des pulsions narcissiques plus puissantes encore que le sexe ou la nourriture, nous passons d'une plate-forme et d'un appareil numérique à un autre « comme un rat de la boîte de Skinner qui, en appuyant sur des leviers, cherche désespérément à être toujours plus stimulé et satisfait »<sup>25</sup>.

Ainsi se forme au centre de la rose des vents, sur un 4<sup>ème</sup> plan, un réceptacle octogone pour recueillir l'eau, élément primordial de la vie. Les huit côtés symbolisent chacune des valeurs primordiales que vous nommez « vraies ». Je dirais plutôt « communes », dans la mesure où elles sont inspirées par les différentes visions de l'humanisme : fraternité et hospitalité inspirées par l'humanisme communautariste ; égalité et dignité, ou égale dignité, reliées à l'humanisme d'émancipation ; solidarité sociale et écologique, associée à l'humanisme des interdépendances ; enfin responsabilité et créativité condition d'un humanisme de l'indétermination.

Cet octogone des valeurs a vocation à devenir le centre de rééquilibrage où se réconcilient les paires de vents contraires. A commencer par la paire « sécurité vs liberté » rééquilibrée, par exemple face au terrorisme ou à la pandémie, par l'égalité qui limite la discrimination et la dignité qui interdit la déshumanisation, quelle que soit la gravité de la menace. De même que, face au changement climatique, la solidarité écologique limiterait les effets de la compétition, tandis que, face à la crise sociale, la solidarité humaine limiterait les excès de la coopération (la tragédie des biens communs). Et ainsi de suite pour les autres couples opposés.

Reliées à la « spirale des humanismes », ces valeurs communes contribueraient à la gouvernance du monde face à l'imprévisible. Mais comment concevoir une gouvernance démocratique qui stabiliserait les humains sans les asservir ? Sans doute faut-il partir de ce centre où se croisent éthique et droit.

### À la croisée des puissances imaginantes de l'éthique et du droit

*Olivier Abel* : Vous avez raison, c'est bien vers la question des formes et aussi des orientations que pourrait prendre une gouvernance démocratique du monde que tout converge, c'est la clef de voûte de nos questions, mais avant d'y venir je voudrais m'attarder encore un instant sur ces différentes « humanités », et ce qui lie au plus profond le noyau éthique des sociétés et les forces

25. B. Harcourt, *La société d'exposition. Désir et désobéissance à l'ère du numérique*, Seuil, 2020.

imaginantes du droit. C'est justement parce qu'il existe une pluralité de noyaux éthico-mythiques, de noyaux civilisateurs, et que l'universalisme est contesté comme un impérialisme occidental, qu'il nous faut repartir d'un autre humanisme, plus modeste, celui que Levinas appelait « l'humanisme de l'autre homme », mais aussi celui de la pluralité des *humanités*, et de la pluralité des « esprits » des lois, si on peut appeler ainsi des « humanités juridiques ».

C'est bien cela qui nous autorise et même nous oblige à déconstruire le concept de colonie, pour distinguer le « droit légitime » des personnes et parfois des peuples à partir, à aller ailleurs, à migrer pour chercher asile et se réfugier, d'une part, et d'autre part « l'abus » qu'il y a à envahir de gré ou de force, en s'appuyant sur des moyens organisés et puissants, qu'ils soient politiques et militaires, économiques et financiers, culturels ou religieux.

On voit bien l'asymétrie qui existe entre ces deux situations, et dont l'histoire pourrait multiplier les exemples. La géographie humaine à travers les millénaires et l'écologie toute entière ne sont qu'une succession de colonisations, mais plus ou moins brutales et écrasantes ou douces et fécondes. Le pire est d'envahir, mais tout en se séparant de ceux que l'on envahit, au moyen de ghettos ou de « territoires » séparés – mais aujourd'hui les réseaux en font largement office qui permettent à chaque communauté en archipel, déterritorialisée, de s'enfermer dans ses bulles imaginaires, en se protégeant de tout contact avec autre que soi. L'autre pire est sans doute de prétendre les assimiler au nom d'un universalisme salvateur que l'on impose par tous les moyens et sur tous les registres de la vie sociale.

Mais c'est évidemment une contradiction dans les termes ! Car il n'y a de véritable universalité que *résistible*, que l'on puisse ne pas accepter et refuser, à laquelle on puisse adhérer librement, comme on le voit dans le Kant de la critique du jugement. Pour Ricœur lisant Arendt, le jugement esthétique de Kant « constitue une avancée d'une extrême audace dans la question de l'universalité, dès lors que la communicabilité ne résulte pas d'une universalité préalable. C'est ce paradoxe de la communicabilité, instauratrice d'universalité »<sup>26</sup>. À une universalité de surplomb Ricœur oppose ici une sorte d'universalité de proche en proche, liée à cette communicabilité résistible. Une universalité qui ne tient pas tant à la prétention du propos à dire le seul vrai, non plus qu'à l'autorité du locuteur, qu'à la libre réceptivité des récepteurs.

Cette universalité résistible que nous cherchons, j'ajouterais qu'elle est aussi *réitérative*, au sens où l'universalité, comme le disait Husserl, le fondateur de la phénoménologie, est une tâche sans cesse à reprendre, à répéter, à réinterpréter, à réinventer. Le philosophe américain Michaël Walzer a écrit un très beau texte sur ce sujet il y a une trentaine d'années, dans la revue *Esprit*, pour montrer com-

ment les véritables universaux sont réitératifs. Ricœur aussi d'ailleurs insistait sur la différence entre les grandes inventions techniques, qui sont irréversibles et cumulatives, et les grandes inventions éthiques, qui sont à réinventer à chaque génération, par une loi de fidélité créatrice.

Cette universalité *résistible et réitérative* je la dirai encore *métaphorique*, au sens où nous n'avons accès aux universaux qu'au travers de figures qui sont celles de langues et de cultures et pour Ricœur nos « universels » sont toujours encore attachés et ancrés dans des contextes linguistiques, culturels, et ne sont pas susceptibles d'un pur concept qui serait entièrement dégagé de la gangue historique et de l'épaisseur langagière où s'exprime la visée. C'est ce qui les rend parfois difficiles à traduire dans d'autres langues et contextes. Ils sont inséparables des langues et de configurations culturelles qu'ils véhiculent et qui les véhiculent. Croire que l'on puisse s'installer de plain-pied dans l'universalité des Droits de l'homme, par exemple, serait justement manquer la nécessaire confrontation de nos universaux, qui ne peut les améliorer que par la rencontre des autres langues et cultures et leur mise mutuelle en état d'émergence. Il est absurde de vouloir séparer les concepts des métaphores qui les ont portés et qui leur donnent leur sens, leur visée inachevée.

Pour penser l'entrecroisement des diverses traditions juridiques dans l'imagination constituante aujourd'hui à l'œuvre, il faut ainsi les faire passer par une épreuve d'universalisation telle que les universaux communs ainsi obtenus ne soient ni imposés ni surplombants. En ce sens les droits humains, les droits de l'homme et de la femme, les droits des citoyens et des apatrides, me semblent à bien des égards être un concept métaphorique, et réitératif, et résistible. On ne parle ici de droit qu'« à la limite », de manière métaphorique, et ce sont davantage des idées régulatrices que des règles : les droits humains viennent border le droit tant au niveau *infra*-juridique des conditions élémentaires de la vie humaine qu'au niveau *supra*-juridique des divers idéaux qui animent nos sociétés.

Mais ce qui m'intéresse, ce sont les puissants effets imaginaires générés par le rapprochement et la tension entre les grandes orientations éthiques qui traversent nos sociétés. J'ai parlé de ce « noyau imaginant » pour l'Europe. Entre le droit romain et la *common law* on a des conceptions éthiques de l'homme et de la société profondément différentes, qui n'ont cessé de prendre greffe les unes sur les autres. Le code Justinien et les sources médiévales n'ont eu de cesse d'intégrer l'idée folle d'une charité anonyme et un curieux idéal d'humilité dans le droit romain et le code de la chevalerie guerrière. La probité critique qui fait le cœur de l'*ethos* scientifique moderne a eu pour contrepoint l'enthousiasme des utopies socialistes et solidaristes, etc. Chaque fois il a fallu rendre soutenable ce conflit entre des « imaginaires » qui auraient pu s'entre-détruire et n'ont cessé de se corriger mutuellement. Ce n'est donc pas en stérilisant ou neutralisant les traditions que l'Europe s'est constituée, mais en attisant leur différentiel.

26. P. Ricœur, *Le Juste*, Paris, Esprit, 1995, p. 148.

Ce point, que je n'ai eu de cesse de souligner dans *Le vertige de l'Europe*, me semble vital face au nouveau modèle quasi-impérial que la Chine voudrait ouvrir pour « sa » mondialisation. L'alliance qu'elle est en train de nouer sur tous les plans avec une Turquie ambitieuse qui cherche encore sa place montre bien la stabilité inédite du modèle proposé, qui allie l'autoritarisme politique, un capitalisme sans règles sociales mais non sans pilotage, et un retour résolu à une tradition culturelle remaniée et unifiée au format d'un appareil idéologique d'État. En face, la division des pouvoirs et la faiblesse politique des gouvernances démocratiques, la faiblesse économique d'un capitalisme que l'on voudrait toujours mieux régulé, jugulé, bridé, et la faiblesse idéologique de sociétés qui n'ont cessé non seulement de saper les bases de leur légitimité, mais de les neutraliser, n'est apparemment pas à la hauteur !

Je ne nie pas l'importance de ne pas se laisser intimider naïvement, et de reconstruire un rapport de force par lequel les puissances puissent se tenir en respect ; je ne nie pas non plus l'importance de trouver face à l'urgence écologique, un modèle économique et donc aussi technologique susceptible d'emporter l'adhésion des populations à des modes de production et de consommation soutenables. Mais le fond de la question est aussi dans nos formes de culture et d'imaginaire, et vous avez raison : face au Grand Récit néo-impérial que propose la Chine, qui s'impose de gré ou de force dans les décombres de la décolonisation, l'Europe doit proposer une autre forme de mondialité, un autre récit, précisément constitué par ce que Ricœur appelait « l'hospitalité langagière et narrative ».

À cette condition, le multi-linguisme européen, et la multiplicité des mémoires enchevêtrées dans ce bout de continent, ne seraient pas une faiblesse, au contraire. Je voudrais soutenir ce caractère excentrique, périphérique et en archipel de l'Europe, d'une Europe ayant profondément renoncé au récit impérial pour prendre modestement appui sur l'incroyable diversité de ses sources, et se tourner tranquillement vers l'aventure du pluralisme méthodique que nous défendons ici, et de ce que j'appelais plus haut une déprotection de soi, condition pour retrouver la faculté d'agir à plusieurs et de sentir ce que nous faisons.

Face à l'ampleur des défis inédits qui se posent à l'humanité, il nous faut ainsi lancer des promesses non moins inédites, et nous avons pleinement besoin de toutes ces *forces imaginantes*, innovantes, tournées vers le futur, besoin de cet *imaginaire instituant* : mais j'insiste encore, ces forces imaginantes sont-elles possibles sans reprendre des appuis multiples dans les traditions, expériences et promesses passées, dans l'*imaginaire institué* ? Il me semble que c'est là une nos grandes faiblesses contemporaines, ce refus de reprendre largement appui sur les traditions sédimentées, c'est à dire justement sur la pluralité des humanités.

Cela me permet de pointer une dernière tension, qui cherche peut-être sa place dans votre magnifique rose des

humanités imaginaires ou boussole des possibles ? : celle entre les droits et libertés individuelles et les libertés et droits des communautés. La question est très inaudible en France, qui panique face à tout ce qui lui semble du communautarisme – même si la société française est de fait très communautarisée, et d'autant plus mal qu'elle le dénie. Mais c'est une question importante, sur laquelle des auteurs américains comme Michaël Walzer et d'autres ont beaucoup réfléchi, et qui me tient d'autant plus à cœur que les traditions culturelles se transmettent dans des milieux, et que la réduction de la transmission à la communication en régime de libertés individuelles privilégie systématiquement ce qui sépare l'individu de son milieu.

Si les canalisations de la transmission culturelle ont été cassées, si les traditions culturelles (conditions de l'innovation et de la créativité, on l'a dit) sont si faibles, c'est qu'elles ont été laminées par deux fois, par une sorte de double rasoir. La forme républicaine de l'État-nation, d'abord, en donnant les mêmes droits et libertés à tous les citoyens, a cessé de reconnaître une quelconque validité à leurs appartenances, régionales, linguistiques, ethniques, religieuses, etc. Cela part d'un bon sentiment, mais une partie importante des formes de cultures traditionnelles, qui étaient aussi un trésor, ont été ainsi peu à peu marginalisées et éliminées. La forme ultra-libérale de la société de marché, ensuite, en réduisant les traditions ou confessions à des opinions, dont on est libre de changer comme de chemise, a ramené ces diverses formes de vie et de langage au marché des idées, un marché largement dominé par les GAFA, qui déterminent aussi des contenus imaginaires qui sont tout sauf innocents. On sait que pour Hannah Arendt la résistance des traditions, c'est à dire des appartenances communautaires, au remodelage totalitaire de l'« homme nouveau », était au cœur de son humanisme.

Qu'en pensez vous ? Quelle place donner aux droits et libertés communautaires dans la société française et en Europe ? Et quelle place donner, dans la rose des humanités, à la tension entre les droits et libertés individuelles et les libertés et droits des communautés ? Suffirait-il de penser méthodiquement la pluri-appartenance, qui reconnaît les appartenances mais qui refuse que les individus y soient incarcérés ?

**Mireille Delmas-Marty** : Il y a peut-être un début de réponse en ce sens dans la notion de « diversité culturelle » inscrite en 2001 dans la Déclaration Unesco, puis dans une convention en 2005. C'est sans doute la crainte du choc des civilisations qui a conduit l'Assemblée générale de l'Unesco, réunie en novembre 2001, moins de trois mois après les attentats de New York, à affirmer dans un Préambule que « le respect de la diversité des cultures, de la tolérance et du dialogue et de la coopération dans un climat de confiance et de compréhension mutuelles » est « l'un des meilleurs gages de la paix et de la sécurité internationales ».

La diversité des cultures, « source d'échanges, d'innovation et de créativité », est donc, pour le genre humain,

« aussi nécessaire que l'est la biodiversité dans l'ordre du vivant ». L'article 1 qualifie la diversité culturelle, reconnue et affirmée au bénéfice des générations présentes et futures, de « patrimoine commun de l'humanité ». Et l'article 2 affirme que le pluralisme culturel est la « réponse politique au fait de la diversité culturelle ». Il reste à savoir comment concilier le pluralisme des droits culturels (ou interculturels) et l'universalisme des autres droits de l'homme.

Les rédacteurs n'évident pas totalement la question car ils reconnaissent une tension entre la diversité des cultures et la « conscience de l'unité du genre humain ». Mais leur réponse se limite à encourager le développement des échanges interculturels et à faire appel aux nouvelles technologies de l'information et de la communication : bien que constituant un défi pour la diversité culturelle (parce qu'elles réduisent les différences ?), les nouvelles technologies « créent les conditions d'un dialogue renouvelé entre cultures et civilisations ». En revanche les rédacteurs ne disent pas comment surmonter l'apparente contradiction entre les deux pôles.

D'une part le pluralisme des droits culturels pourrait conduire au relativisme, s'il se contente de juxtaposer les différences, au mépris de tout universalisme. D'après le rapport présenté en 2019, à la 40<sup>ème</sup> session du Conseil des droits de l'homme : « L'un des principaux problèmes reste le relativisme culturel. A l'avenir il faudra continuer à distinguer entre les droits culturels qui amplifient les droits de l'homme et le relativisme qui les diminue au nom de la culture et qui est rejeté par le droit international »<sup>27</sup>. Certes l'article 1 de la convention précise : « Nul ne peut invoquer la présente Convention pour porter atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales tels que consacrés par la DUDH ou garantis par le droit international, ni pour en limiter la portée ».

Mais il ne donne pas de mode d'emploi pour éviter le relativisme. Ni pour éviter le risque inverse que l'universalisme inhérent à la notion d'humanisme (DIDH et DIPén) soit pris à la lettre au point de nier le pluralisme et d'imposer la fusion de toutes les cultures et la disparition de toutes les différences au profit du modèle dominant qui ne serait que le nouvel habit d'un impérialisme qui ne dit pas son nom. Pour tenter une sorte de rééquilibrage, il faudrait d'une part « internationaliser » les différentes cultures, d'autre part « pluraliser » l'universel.

*Internationaliser les différentes cultures*, c'est faciliter les interactions. Edouard Glissant définissait la différence comme « la particule élémentaire de toute relation » : c'est « par elle que fonctionne la Relation avec un R »<sup>28</sup>. Et il recommandait « d'ouvrir nos poétiques particulières les unes par les autres ». Or cette ouverture a été facilitée à mesure que l'accroissement des interdépendances nées de la mondialisation (internet, migrations) multiplie les in-

teractions faisant des droits culturels de véritables droits « interculturels », la métaphore du langage permettant de distinguer, du plus modeste au plus ambitieux, trois degrés d'internationalisation.

Au premier degré, le dialogue améliore la compréhension, la connaissance sur l'autre et par l'autre. Il facilite le rapprochement et permet selon Glissant de « changer en échangeant sans se perdre ni se dénaturer ». Cette méthode est parfois féconde, comme je l'avais montré à propos du « dialogue des juges sur la peine de mort »<sup>29</sup>. Mais elle suscite une critique tout à fait pertinente de Sophie Guérard de Latour<sup>30</sup> : la vision libérale « dessine davantage un modèle de cohabitation culturelle qu'elle ne prend au sérieux la possibilité d'un dialogue interculturel ». Elle ne permet pas de dépasser une vision « essentialiste » qui suggère des frontières nettes entre cultures libérales et traditionalistes (plus attachées à la religion et aux communautés), alors que chaque culture est traversée par divers courants d'interprétation et d'évaluation des croyances ». Et il est vrai que parfois le dialogue tourne court.

En revanche la traduction (qui implique la recherche d'équivalences) va plus loin dans l'interaction. Elle rapproche les cultures en harmonisant les différences qu'elle contribue parfois à rendre compatibles. Véritable « miracle », selon Ricoeur, la traduction « crée de la ressemblance là où il ne semblait y avoir que pluralité »<sup>31</sup>. En effet, elle « respecte les différences, tout en recherchant des équivalences ». Certes, il nous arrive de buter sur les intraduisibles et les malentendus qu'ils provoquent, mais il reste possible trouver des équivalents, même s'ils sont plus approximatifs et nécessitent un retour au dialogue pour décryptage. En voici un exemple, à l'article 1 de la DUDH, qui commence ainsi : « les hommes sont doués de raison et de conscience ». Au départ le texte évoquait seulement la raison, mais le délégué chinois a fait ajouter le terme d'inspiration confucéenne *Liangxin*. Or ce terme fut traduit très approximativement par *Conscience*, alors qu'il s'agit plutôt d'une sorte d'altérité. Même faible, et proche du malentendu (la liberté « de conscience », qui figure à l'art. 18 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme est traduite en chinois par un mot différent *Yishi*), l'équivalence a eu le mérite d'ouvrir un dialogue.

Enfin la créolisation, forme ultime d'interaction, fusionne les différences, mais ce n'est pas une simple mécanique du métissage. C'est un métissage, disait Glissant, « qui produit de l'inattendu »<sup>32</sup>. Produire de l'inattendu, c'est trouver, au-delà du dialogue et de la traduction, une signification vraiment commune, rejoignant l'idée que, même si toutes les valeurs ne se valent pas, toutes les cultures ont quelque chose à dire sur l'humanité. A condition de préciser que la créolisation, ainsi enten-

27. K. Benoune, *Droits culturels : Rapport marquant le 10<sup>ème</sup> anniversaire du mandat*, A/HCR/40/53.

28. E. Glissant, *L'imaginaire des langues*, Gallimard 2010.

29. M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, p. 53 et s.

30. S. Guérard de Latour, « L'humanisme, une valeur à partager entre différentes cultures », *Observatoire des politiques culturelles*, 2017, p. 25.

31. P. Ricoeur, « Le paradigme de la traduction », in *Le juste*, Esprit, 2<sup>ème</sup> éd 2001, p. 135.

32. E. Glissant, *La Cohée du Lamentin*, Gallimard, 2005.

due, suppose la réciprocité : comme les autres droits de l'homme, les droits culturels procèdent d'un processus d'hybridation réciproque. Et il en va de même avec la notion de crime « contre l'humanité » qui se « créolise » en incorporant peu à peu plusieurs visions de l'humanité<sup>33</sup>.

On en vient alors à « *pluraliser l'universel* ». On retrouve ici la spirale des humanismes : l'humanisme juridique se veut universel, mais renvoie pour l'essentiel à la modernité occidentale. Le pluraliser invite à « débusquer les biais culturels qui confortent les processus d'oppression »<sup>34</sup>. C'est donc « déconstruire la prétention de toute culture dominante à incarner l'universel, afin de réhabiliter dans leur dignité propre les formes culturellement diverses de l'humanisme »<sup>35</sup>. C'est en somme accepter le caractère inachevé, incomplet, évolutif des cultures et exercer la raison critique, en tenant compte de l'évolution des sciences, techniques, savoirs, croyances. L'exemple de quelques grandes erreurs des cultures supposées les plus avancées est édifiant : hier on plaçait la Terre au centre du système solaire ; aujourd'hui beaucoup placent encore l'Humanité au centre de l'écosystème Terre.

D'où l'idée que les différentes visions de l'humanité ne sont pas déterminées une fois pour toutes car elles sont caractérisées à la fois par rapport aux autres humains (individus ou communautés) et par rapport aux autres vivants non humains. Elles sont donc évolutives. Pour prolonger l'image de la spirale, je dirais que les divers humanismes se succèdent, se côtoient, se chevauchent, se combinent pour dessiner un universel pluriel, dont il faudra équilibrer les inévitables tensions. Il reste à trouver le « fil à plomb » d'une gouvernance démocratique, c'est-à-dire l'outil mobile qui freinerait les mouvements désordonnés du monde humain sans l'immobiliser, canalisant l'énergie dans la construction d'un équilibre dynamique.

### **Équilibrer : le fil à plomb d'une gouvernance démocratique**

**Olivier Abel** : Revenons pour finir sur la crise de la démocratie. On sent une lente érosion qui à la fois nous démoralise individuellement et nous dépolitise collectivement, et donc à tous égards nous décourage. Il nous faudrait descendre dans le détail de cette fatigue de la démocratie et de cet épuisement moral, et je voudrais en quelques lignes vous faire partager mes perplexités.

Un peu partout dans le monde, des élections, plus ou moins manipulées par des rumeurs, mettent au pouvoir des *majorités dangereuses*. À cet égard ce n'est pas « l'extrême droite néo-fasciste » qui est le fond du problème, c'est beaucoup plus généralement, dans tous nos pays simultanément, la tentation identitaire et sécuritaire des forces d'opinion les plus centristes et de « l'État profond... ». Ces majorités, je les dis dangereuses pour toutes les minorités, car les temps sont sombres, partout, pour les « minorités », quelles

qu'elles soient, et nous touchons les limites de la démocratie électorale, lorsqu'elle favorise trop les majorités à l'encontre des minorités, et bafouent leurs droits élémentaires. Mais cela est finalement dangereux pour ces « majorités » elles-mêmes, comme l'histoire n'a cessé de le montrer.

Ce qui frappe aujourd'hui c'est une massive *montée des ressentiments*. Où sont nos affirmations, nos approbations, nos horizons d'attente ? Nous voyons le mal partout : où et comment partager le bon ? Nous ne sommes plus que réactifs, réagissant à tout ce qui nous inquiète, à tout ce que nous ne comprenons pas. Jusqu'où montera ce déluge du ressentiment ? Je voudrais m'attarder à ce qui fait selon moi l'un des ressorts essentiels de cet affaissement démocratique. Reprenons le panorama : quel rapport entre les crimes abjects des djihadistes, le danger que représentent à certains égards les « réseaux sociaux » pour la démocratie et la civilité, la question de la liberté d'expression et du blasphème, le durcissement quasi-guerrier de la laïcité, les gilets jaunes, les majorités dangereuses qui ont porté Trump ou Erdogan au pouvoir, et qui poussent à nos portes ? En fait nous ne comprenons pas ce qui nous arrive, ces colères qui montent en miroir sans plus rien chercher à comprendre, nous ne savons et sentons plus ce que nous faisons.

Et je voudrais proposer ici une hypothèse. Nous avons globalement fait fausse route. Le drame des caricatures n'est que la partie visible d'un énorme problème, qui touche la fracture sociale, mais aussi le monde des entreprises et du chômage, nos administrations et nos Grandes Écoles, les réseaux sociaux, la vie ordinaire. Nous nous sommes enfoncés dans le déni de l'humiliation, de son importance, de sa gravité, de son existence même. Nous sommes sensibles aux violences, comme aux inégalités, mais insensibles à l'humiliation qui les empoisonne.

Comme l'observait le philosophe israélien Avishai Margalit, nous n'imaginons même pas ce que serait une société dont les institutions (police, préfectures, administrations, prisons, hôpitaux, écoles, etc.) seraient non-humiliantes. Dans l'état actuel de rétrécissement des ressources planétaires, on aura beaucoup de mal à faire une société plus juste, et dans l'état actuel de durcissement des rapports de force il est peu probable que nous puissions faire une société sans violence ; mais pourquoi déjà ne pas essayer une société moins humiliante ?

Il faut dire que l'humiliation est une notion - et une réalité - compliquée. L'offense est subjective, et dépend au moins autant de ceux qui la reçoivent que de ceux qui l'émettent. Ce qui humiliera l'un laissera l'autre indifférent, et cela dépend même du moment où ça tombe. L'humiliation n'est pas quantifiable, mesurable, comme le sont les coups et blessures. D'où la tentation de dire que là où il n'y a pas de dommage ni préjudice il n'y a pas de tort. Ce n'est pas une affaire de droit mais seulement de sentiment ou de morale personnelle, donc circulez, il n'y a rien à dire. Et il est sûr que certains sentiments d'humili-

33. M. Delmas-Marty, *Vers une communauté de valeurs*, Seuil, 2011, pp. 81-98.

34. Sophie Guérard de Latour, *op.cit.*, p. 28.

35. *Ibid.*

liation peuvent être attisés et manipulés, jusqu'à en faire un instrument de crime.

Et pourtant, prenons un peu de recul et réfléchissons de manière plus large, car il ne faudrait pas réduire cette question de l'humiliation au seul contexte du débat sur les caricatures. L'humiliation est un fait social bien plus général, auquel nous sommes étonnamment insensibles. Si les violences s'attaquent au corps de l'autre, dans ses capacités et sa vulnérabilité, l'humiliation fait encore pire : elle s'attaque au visage de l'autre, dans son estime et son respect de soi : elle le fait blanchir ou rougir, et souvent les deux en même temps. Car l'humiliation se présente de deux façons, en apparence contradictoires. Par un côté, elle porte atteinte à l'*estime de soi*, en faisant honte à l'individu de son expression, de ce qu'il voudrait montrer et faire valoir, elle le rabroue et l'exclut du cercle de ceux qui sont autorisés à parler. Mais, par un autre côté, elle porte atteinte également au respect et à la pudeur, en dévoilant ce qui voulait se cacher, en forçant l'individu à montrer ce qui constitue sa réserve, en le surexposant au regard public, en lui interdisant de se retirer.

L'humiliation ruine non pas tant les échanges immédiats que le circuit long de la reconnaissance, que l'échange marchand ne saurait mesurer. C'est pourquoi les effets invisibles de l'humiliation sont si dévastateurs. Ils courent dans le temps, car les humiliés seront humiliants, et l'humiliation infecte de proche en proche tous les tableaux de la vie, si on ne l'arrête pas. Comme le remarquait Ariane Bazan, ils peuvent aller jusqu'à détruire méthodiquement toute scène de reconnaissance possible, toute réparation possible : la mère tuera tous ses enfants, comme le fait Médée rejetée par Jason. Lisant Euripide, elle concluait : « c'est à l'humiliation que répond la barbarie ». Les grandes tragédies sont des scènes de la reconnaissance méprisée, de la méconnaissance réciproque.

L'humiliation s'attaque au sujet parlant mais elle s'attaque aussi aux peuples : c'est l'humiliation du Traité de Versailles qui prépare la venue de Hitler au pouvoir, celle de la Russie ou de la Turquie qui y maintient Poutine et Erdogan, c'est la manipulation du sentiment d'humiliation qui a propulsé la figure de Trump. Et cette histoire n'est pas finie. Les instrumentalisation machiavéliques de la peur et du ressentiment n'ont jamais atteint, dans tous nos pays simultanément, un tel niveau de dangerosité. Aux manipulations de la peur et de la xénophobie par les néo-nationalistes français, qui sacralisent la laïcité comme si elle n'était plus le cadre neutre d'une liberté d'expression capable de cohabiter paisiblement avec celle des autres, mais la substance même de l'identité française (une identité aussi moniste et exclusive que jadis l'était le catholicisme pour l'Action française), répond la manipulation cynique du sentiment d'humiliation des musulmans par les prédicateurs-guerriers du djihadisme, qui n'ont de cesse d'instrumentaliser le ressentiment, dans le monde et en France.

Les djihadistes ici jouent sur du velours, car à l'humili-

ation ancienne de la colonisation militaire, économique, et culturelle, s'est ajoutée celle des banlieues et du chômage, et maintenant les caricatures du prophète, répétées à l'envi.

On a beaucoup entendu parler du droit de blasphémer : curieuse expression, de la part de tous ceux (et j'en suis) qui ne croient pas au blasphème ! Réclamer le droit de blasphémer, s'acharner à blasphémer, n'est-ce pas encore y croire, y attacher de l'importance ? N'est-ce pas comme les bandes iconoclastes de la Réforme ou de la Révolution qui saccagent les églises, dans une sorte de superstition anti-superstitieuse ? Tout le tragique de l'affaire tient justement au fait que ce qui est important pour les uns est négligeable pour les autres. Il faudrait que les uns apprennent à ne pas accorder tant d'importance à de telles satires, et que les autres apprennent à mesurer l'importance de ce qu'ils font et disent.

Ce qui m'inquiète aujourd'hui c'est le sentiment qu'il n'y a plus rien d'important, sauf le droit de dire que rien n'est important. Une société où tout est « cool » et « fun » est une société insensible à l'humiliation, immunisée à l'égard de tout scandale, puisqu'il n'y reste rien à transgresser, rien à profaner. Or la fonction du scandale est vitale pour briser la complaisance d'une société à elle-même. Pire, lorsque l'ironiste adopte un point de vue en surplomb, pointant l'idiotie des autres, il interrompt toute possibilité de conversation. On peut rire, mais encore faut-il que cela puisse relancer le pacte qui, au nom de notre histoire commune, et inachevée, autorise, au sens fort, la reconnaissance mutuelle.

Notre question est donc d'instituer un théâtre commun d'apparition qui fasse pleinement *crédit à la parole* des uns et des autres. C'est bien ce qui nous manque le plus aujourd'hui. Encore une fois : mon propos ne concerne pas seulement la question des caricatures, mais tous les registres de notre vivre ensemble et de nos institutions. Je tiens l'humiliation pour le ressort essentiel de la dépolitisation (au sens fort) de notre société.

Pour revenir à ce qui pourrait, face à cela, refonder le pacte politique, je voudrais cependant revenir au courage de l'intelligence, et rappeler ce à quoi nos Anciens nous ont rendu attentifs : ce n'est pas seulement au machiavélisme de la « brutalité » et de la « dissimulation » par lesquels les despotes arrivent et restent au pouvoir. C'est aussi à la « lâcheté » et à la « bêtise volontaire » des peuples qui s'abandonnent à ces facilités. Nous ne manquons pas de sécurité ni de communication ! Ce qu'il nous faut c'est le courage de nous confronter, et l'intelligence de ne pas croire avoir raison tout seul, sans même chercher à nous comprendre mutuellement, à comprendre ensemble ce qui nous arrive.

En ce sens l'intelligence n'est pas intellectuelle, c'est le fait d'avoir « des intelligences » en dehors de son milieu. C'est aussi sur cette question de l'intelligence que nous devons apprendre à mieux articuler le savoir et le pou-

voir, les perspectives de la recherche scientifique et les orientations éthiques et politiques de la gouvernance : et cela d'autant plus que les progrès du savoir sont des progrès dans la conscience de ce que nous ne savons pas, de ce que nous devons accepter de ne pas maîtriser, de ne pas prétendre prévoir.

Et puis, pour replacer cette crise sur le long terme, on se souviendra que le passage du vieux régime « Empire » au régime moderne de l'« État-nation », qui fut celui de l'Europe moderne, ne s'est pas fait sans d'énormes massacres, déplacements de populations et génocides terribles – et peut-être même que les guerres de religion sont profondément liées à ces mutations de régimes théologico-politiques. Or nous sommes, par le fait de la mondialisation numérique et des flux migratoires, en train de passer du régime de l'État-nation à un autre régime, et cette mutation est un moment particulièrement dangereux, à la fois un temps de fragilité et un temps de dangerosité des sociétés, pour elles-mêmes et pour les autres.

Dans cette société de réseaux mondialisés, nous devons être particulièrement attentifs à l'émergence des formes « mafieuses » que prennent les puissances militaires, financières ou même religieuses – quand la seule loi qui demeure est celle des « amis de nos amis », mélange ultra-contemporain de chaleureuse féodalité clanique et de cyniques connexions déterritorialisées.

J'ajouterai que nous avons besoin de penser tout autant un droit *instituant*, qui régule et oriente de l'intérieur les grands choix de nos sociétés, qu'un droit *protestant*, je veux dire qui résiste de l'extérieur contre les empiètements trop puissants de gigantesques pouvoirs sans contre-pouvoirs. Il me semble que la démocratie est menacée lorsqu'on n'est plus que dans l'un ou l'autre, avec un droit qui ne fait plus que justifier le système, ou un droit qui ne fait plus que résister, dénoncer, ou protester : des deux côtés le droit est instrumentalisé. On a d'autant plus besoin d'un droit largement institué, difficilement instrumentalisable, que nous sommes dans un monde brutal, de rapports de force militaires, économiques, mais aussi médiatiques et culturels.

Or, qu'on le veuille ou non « on est toujours barbare avec les faibles », comme le résumait extraordinairement Simone Weil : c'est pourquoi nous devons « armer » un minimum les faibles (des droits qui soient des contre-pouvoirs effectifs), et déprotéger les forts (des droits qui correspondent à une responsabilité effective). C'est à dire que nous devons faire en sorte que les faibles ne soient pas trop impuissants, et les forts pas trop insensibles – que les uns puissent encore agir (ce qu'il subissent), et que les autres puissent un peu sentir (ce qu'ils font).

Tels sont quelques uns des éléments par lesquels je décrirais la crise de la démocratie. Et selon vous, comment la décrire, cette crise, comment la raconter, l'expliquer, et finalement la combattre ? Comment réinventer la démocratie, à partir de quoi ? Qu'est ce qui, dans les formes

historiques de la démocratie, vous paraît important, prioritaire, devoir être absolument sauvé, et qu'est ce qui est secondaire ou contingent ?

**Mireille Delmas-Marty** : Nous savions que la démocratie était fragile, mais nous pensions que le triptyque « démocratie, État de droit, droits de l'Homme » qui la caractérise résisterait aux dérives. Or nous découvrons qu'il peut facilement être détruit en quelques années dans la plupart des pays européens, et jusque dans notre propre pays : assassinats ciblés, société de surveillance, enfermement préventif, justice prédictive et internements de sûreté marquent un basculement vers un régime autoritaire.

D'un droit pénal de la responsabilité, qui fonde la punition sur la preuve de la culpabilité et la proportionne à la gravité de la faute, nous basculons vers un « droit pénal de la sécurité », un droit policier, voire guerrier, qui traite le suspect en criminel en neutralisant la présomption d'innocence et le criminel en ennemi en remplaçant la responsabilité par une dangerosité indémontrable, ajoutant à la punition une « mesure de sûreté » à durée indéterminée. Mis en place à propos des délinquants sexuels (loi 2007), ce droit sécuritaire s'est étendu depuis 2015 au terrorisme.

Puis la pandémie est venue renforcer l'obsession sécuritaire et la folie normative s'est emparée de nos sociétés de la peur, d'autant plus facilement que la combinaison « traçage, affichage et puçage » permet de contrôler des « populations » humaines, assimilées à des produits dangereux ? Puis les crises se sont multipliées. Alors que l'état d'urgence sanitaire était déclaré, le retour, tout récemment, des assassinats islamistes réactive nos questions tout en brouillant les réponses. Soutenant les propos du ministre de l'éducation nationale pour dénoncer « l'islamo-gauchisme qui fait des ravages à l'université », un groupe de plus d'une centaine d'universitaires (*Le Monde* 1er-2 nov 2020) demande la création d'une instance pour détecter les dérives islamistes, au motif qu'« il serait temps de nommer les choses ».

Eh bien oui, nommons-les, mais en sachant que toutes les dénominations n'ont pas la même fonction, ni la même signification. Certaines désignent des valeurs que l'on peut dire « éthiques » car elles nous tirent vers le haut, c'est-à-dire vers le dépassement de soi-même, comme une façon d'élargir l'horizon des possibles. Telle est la fonction de la devise française : « liberté, égalité, fraternité ». D'autres dénominations, comme « laïcité », sont des principes politiques, c'est-à-dire des principes d'organisation de la vie en société, qui, en devenant juridiques permettent le « vivre-ensemble ». Il en va de même à l'échelle du globe, essentielle en ces temps de mondialisation accélérée<sup>36</sup>. Selon Jean-Louis Bianco, président de l'Observatoire de la laïcité, le principe de laïcité a trois piliers : la liberté, de croire ou pas, de changer de religion, de pratiquer son culte ; la neutralité de l'État et des ser-

36. Voir O. Mongin et J.-L. Schlegel, « les défenseurs de la caricature à tous vents sont aveugles aux conséquences de la mondialisation », *Le Monde*, 4 nov 2020.

vices publics ; enfin la citoyenneté, notion qui s'adapte à toutes les croyances et religions : « elle n'a pas à s'adapter aux religions, ce sont les religions qui ont à la respecter ».

Il en va de même, en ces temps de mondialisation accélérée, à l'échelle du globe. Jean-Louis Bianco, président de l'Observatoire de la laïcité, rappelle que le principe de laïcité a trois piliers : la liberté, de croire ou pas, de changer de religion, de pratiquer son culte ; la neutralité de l'État et des services publics ; enfin la citoyenneté, qui s'adapte à toutes les croyances et religions : « elle n'a pas à s'adapter aux religions, ce sont les religions qui ont à la respecter ».

Mais il y a aussi des manières de nommer sur un ton persifleur, comme « préchi-précha multiculturaliste », « doxa anti-occidentale » des pratiques que l'on veut disqualifier. On en arrive à des formules, comme « islamogauchisme » ou « islamophobie », qui expriment des idéologies opposées, mais ont la même fonction : frapper un individu ou un groupe d'anathème afin de le placer en dehors de la communauté, de l'ex-communier au sens littéral du terme. L'anathème, d'origine religieuse, sera-t-il le langage de nos sociétés mondialisées ? Pourrons-nous faire la paix, sur terre et avec la terre, si toute pensée non conformiste est disqualifiée sans véritable débat ? Entre l'émancipation de la religion et l'intransigeance des tendances intégristes, se créent des tensions qui conduisent à l'incompréhension. De l'incompréhension au ressentiment puis à la colère et à la haine, on en vient très vite à la barbarie, c'est-à-dire à la déshumanisation, qui disperse les énergies et tend à abolir toute possibilité de vivre ensemble.

Pour rassembler les énergies, et les canaliser au lieu de les disperser, plusieurs techniques juridiques offrent des instruments utiles mais d'usage complexe. D'une part, la liberté d'expression, valeur éthique, est inscrite en droit positif et protégée par la loi car elle est nécessaire à la démocratie. Mais la conformité à la loi ne suffit pas. Depuis l'Après guerre, la loi n'a plus tous les droits. Elle doit respecter les conditions posées par les dispositifs *supra* législatifs (cf. Constitution) et *supra* étatiques (cf. la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, CESDH).

Cela dit, l'état de droit n'impose pas la liberté d'expression comme valeur à protection absolue. Limitée à l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen par l'obligation de « répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi », la liberté d'expression est aussi limitée par la CESDH : à titre temporaire par les dérogations prévues au cas de circonstances exceptionnelles et de façon permanente par les « restrictions nécessaires dans une société démocratique », assouplies par une « marge nationale d'appréciation » admise par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

Plus récemment est apparu le « vivre-ensemble ». D'abord sociologique et politique, ce concept a été invoqué par la France pour justifier la loi interdisant le port du voile intégral dans l'espace public. Faisant référence au philosophe Levinas pour montrer l'importance du visage

comme élément du vivre-ensemble, sans penser alors au risque de contradiction avec le port obligatoire du masque sanitaire, l'argument, soutenu devant la CEDH, a été admis par les juges européens en 2014. La Cour a cependant souligné la « flexibilité de la notion » et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies est parvenu à une solution inverse en 2018, considérant qu'une notion aussi « vague et abstraite » ne pouvait justifier aucune restriction à la liberté religieuse.

La même année, l'Assemblée générale de l'Onu adopte une résolution instituant une journée internationale du vivre-ensemble, célébrée pour la première fois par l'Unesco en 2019. Présenté comme une « vision cosmopolitique de transition », le vivre-ensemble reste profondément laïque dans sa formulation car les religions sont saisies au niveau de l'individu et de ses choix plus qu'au titre de communauté culturelle<sup>37</sup>. Leur place est néanmoins plus importante en 2018 qu'en 2001, peu après les attentats du 11 septembre, lors de la Déclaration sur la diversité des cultures, qualifiée « patrimoine commun de l'humanité ».

Pour nécessaire qu'il soit, l'art de nommer les choses est un art difficile. C'est aussi un art dangereux quand il conduit à « faire remonter » c'est-à-dire à dénoncer, « les atteintes aux principes républicains et à la liberté académique » et à élaborer un « guide des réponses adaptées », un guide du politiquement correct, à l'intention d'universitaires dont le métier est de former des citoyens émancipés à l'esprit critique et de leur apprendre à penser par eux-mêmes.

Il est vrai que penser par soi-même est un défi quand toutes les crises s'entremêlent. En juin 2020, la France, en état d'urgence sanitaire, mais pas encore frappée par les attentats du mois d'octobre, avait voté deux textes contre le terrorisme. D'une part la loi Avia obligeant, dans sa mesure phare, les opérateurs de plateforme en ligne et les moteurs de recherche à retirer dans un délai de 24 heures, réduit à une heure pour les contenus terroristes ou pédopornographiques, des contenus « manifestement illicites ».

L'expression vise les incitations à la haine, mais plus largement les injures à caractère raciste ou anti-religieux. Constatant que les opérateurs seraient incités à retirer tous les contenus contestés, y compris ceux qui sont licites, le Conseil constitutionnel censure ce dispositif le 18 juin 2020, au motif qu'il pouvait aboutir à une atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui ne répondrait pas au triple test de la mesure « nécessaire, adaptée et proportionnée ».

Le texte ne sera pas abrogé, mais privé de l'essentiel de sa substance. De même avec la loi, votée le 10 août 2020, pour instaurer des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes après l'exécution de leur peine. Finalement, trois articles sur quatre sont censurés le 7 août par le Conseil constitutionnel, mais le glis-

37. G. Renou, in *Le vivre-ensemble saisi par le droit*, Marie Rota (dir.), à paraître, Pedone, 2020.

sement sécuritaire est admis dans son principe<sup>38</sup>.

Au stade actuel, on peut donc dire que le juge (national, européen ou à vocation mondiale) reste un rempart contre les dérives sécuritaires, mais un rempart qui s'affaiblit, au motif qu'empiéter sur le pouvoir législatif instituerait un « gouvernement des juges » synonyme de « déficit démocratique ». Or la démocratie ne consiste pas seulement dans la majorité des suffrages, qui peut très bien conduire à des despotismes « légaux ». Elle suppose la résistance des droits de l'Homme, et de l'état de droit et le rôle du juge est d'autant plus important que la banalisation de l'état d'urgence légitime un transfert du pouvoir législatif à l'exécutif. Dans notre monde « fait de rapports de force politiques, militaires, économiques, mais aussi médiatiques et culturels », vous observez « la montée massive des ressentiments » et dénoncez « les formes mafieuses que prennent les puissances militaires, financières ou même religieuses ». C'est pourquoi le droit risque plus que jamais d'être instrumentalisé, soit pour justifier le système (fonction « instituante »), soit pour protester, résister au système (fonction « protestante »).

A défaut de séparation réelle des pouvoirs, l'esprit démocratique pourrait prendre la forme d'une « gouvernance SVP » (Savoir, Vouloir, Pouvoir) : le croisement des Savoirs (les savants et les sachants, science et expérience), éclairerait les Vouloirs citoyens (de la cité à l'État-Nation, à l'Europe, puis jusqu'au Monde), qui encadreraient les Pouvoirs (politico-militaires avec les États, économiques avec les ETN, culturels...). Encore faut-il renforcer la responsabilité des acteurs les plus puissants et éviter l'asservissement des plus vulnérables. Si le récit-aventure est le plus adapté à l'esprit démocratique, la confiance qu'il postule implique que le droit renforce les responsabilités et que des juges impartiaux et indépendants apportent une véritable garantie normative<sup>39</sup>, contribuant ainsi à l'organisation des solidarités et à la mise en œuvre des interactions entre les acteurs et entre les niveaux normatifs.

A mesure que se développe ainsi la complexité née de la mondialisation, l'indétermination progresse et les juristes (re)deviennent à la fois des jardiniers et des architectes. Jardiniers, ils apprennent à adapter les sociétés aux surgissements imprévisibles du monde qui les entourent. Architectes, ils imitent les bâtisseurs, des pyramides aux cathédrales, qui réussissaient à amortir les mouvements perturbateurs des vents en plongeant un fil à plomb dans un seau d'eau afin de retrouver la rectitude, au propre et au figuré. Au figuré, si le fil à plomb symbolise la rectitude des bâtisseurs de cathédrales, il pourrait aussi symboliser la rectitude des constructeurs d'un monde commun et montrer comment passer du grand désordre d'une mondialisation dérégulée à une sorte de « pluralisme ordonné » qui rapproche les différences sans les supprimer,

oscillant entre la diversité internationalisée (harmonisée) et l'universalité pluralisée (contextualisée). Pour qu'il y ait du commun il faut qu'il reste des différences, mais qu'elles deviennent compatibles, et pour rendre compatibles les différences, il ne suffit pas de les juxtaposer, encore faut-il les ordonner autour de valeurs communes engendrées par les processus d'humanisation réciproque que nous avons décrits.

Devant la permanence des crises, sanitaires, écologiques, sociales... et l'imminence des catastrophes qu'elles annoncent, la « diversité des clameurs », dont vous parlez au début de notre entretien, pourrait rapidement nous submerger si nous ne reconnaissons pas des valeurs, éthiques et/ou juridiques, suffisamment communes pour guider l'aventure humaine en évitant les deux écueils du Grand effondrement et du Grand asservissement. D'où la nécessité d'un rééquilibrage entre les libertés individuelles et les solidarités collectives ; entre l'esprit de responsabilité et l'esprit d'obéissance, entre l'indépendance et l'interdépendance.

Or ce rééquilibrage, chacun de nous - vous l'avez dit en d'autres termes- devra le faire d'abord en lui-même pour renoncer aux modes de vie auxquels le « productivisme-consumérisme » nous a habitués. Ce sera difficile - le mot « renoncement » est d'ailleurs quasi absent du discours officiel-, tant sont fortes nos résistances, véritables « addictions mortifères ». Pour y parvenir, la peur n'est pas la meilleure conseillère, surtout la peur-exclusion, celle qui déshumanise en obéissant aux pulsions du paléo cortex, notre vieux cerveau reptilien. En revanche il faudra valoriser l'imagination, cette capacité jubilatoire du néocortex, particulièrement développée chez les humains, qui réassocie des éléments anciens pour en faire du neuf.

C'est pourquoi je voudrais faire un éloge des « forces imaginantes du droit »<sup>40</sup>, celles qui creusent dans la profondeur des histoires nationales ou accueillent le surgissement de nouvelles catégories, qu'il s'agisse, par exemple, de repenser l'appropriation des biens ou la représentation des personnes pour orienter cette communauté mondiale en gestation qui inclut désormais les générations futures et le vivant non humain. La notion de bien non appropriable, qui remonte aux anciens « communs », s'élargit aux nouveaux « biens communs mondiaux » que sont des biens aussi différents que la santé, la fiabilité de l'information, ou encore l'équilibre de l'écosystème Terre.

Parallèlement, la notion de personne évolue au point de s'ouvrir à des êtres non humains, donc sans responsabilité, tels que la forêt amazonienne ou tel affluent du Gange en Inde. Depuis 2015, ces nouvelles catégories ont inspiré une grande vague de « procès climatiques ». Ces procès, et ceux qui suivront, montrent que l'imagination, quand elle est éclairée par les savoirs et stimulée par « l'émerveillement de faire partie de l'extraordinaire aventure d'être vivant »<sup>41</sup>,

38. J. Alix, « Au tournant de la punitivité en matière terroriste », *Lexbase*, oct. 2020.

39. E. Nicolas observe « l'érosion de plus en plus rapide de la garantie normative des droits au profit de la montée en puissance de la garantie normative du vivant », in *La garantie normative*, dir. Thibierge, précité.

40. M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, 4 vol. Seuil, 2004-2011 ; *Une boussole des possibles*, précité.

41. B. Morizot, « Il faut politiser l'émerveillement », *Le Monde*, 6 août 2020.

est un puissant moteur pour changer de cap.

**Olivier Abel** : Comment accueillir l'imprévisible ? Hannah Arendt montre l'impressionnant pouvoir de stabilisation qu'apporte dans les affaires humaines la faculté de promettre. On voit bien l'importance politique de la promesse, dans les contrats, les traités, les accords inviolables. Selon Arendt, les philosophies et les sociétés d'alliance acceptent cette imprévisibilité générale, et la promesse sert ici à poser des îlots de certitude dans un océan d'imprévisibilité : « lorsqu'on abuse de cette faculté pour recouvrir tout le champ de l'avenir et pour y tracer un chemin bien défendu de tous les côtés, elles [les promesses] cessent de lier et d'obliger, et l'entreprise se retourne contre elle-même ».

C'est cela qui peut nous inquiéter dans ce que vous appelez le grand asservissement, par lequel les humains voudraient troquer la fragilité des promesses mutuelles par la solidité des grands récits-programmes qui voudraient remodeler le passé et prévoir le futur, de manière totalitaire. L'imagination du possible rouvre dans le passé des promesses enfouies, afin que, comme vous dites, l'imprévisible devienne l'inespéré !

**Mireille Delmas-Marty** : Certes l'imagination n'a pas réponse à tout. Vous demandiez « Jusqu'où montera ce déluge du ressentiment ? » Nous venons de recevoir à nouveau une terrible réponse avec la décapitation de Samuel Paty : le ressentiment peut monter jusqu'à la haine et la barbarie, c'est-à-dire à jusqu'à la déshumanisation, si nous nous enfonçons jusqu'à ce que vous appelez le « déni de l'humiliation ».

Mais l'imagination est sans doute plus puissante que la peur. Ce n'est pas « l'effroi de périr, écrivait Teilhard de Chardin en 1958, mais l'ambition de vivre qui a jeté l'Homme sur l'exploration de la nature et sur les routes de l'air ». L'ambition de vivre, c'est l'élan vital qui nous incite à « durer et grandir » dans l'infinitude du Cosmos, en dépit de la finitude humaine et des limites de la planète. C'est l'élan donné par le « petit souffle innomé venu de sa campagne », pour assister au Congrès des vents d'Edouard Glissant, ou la « petite espérance, cette toute petite fille qui tous les matins nous donne le bonjour » et que Charles Péguy compare au bourgeon, si fragile à l'extrémité de la branche qu'on le détruit sans effort, mais si nécessaire que sans lui l'arbre meurt.

Vous demandiez également « comment concevoir un théâtre commun d'apparition qui fasse pleinement *crédit à la parole* des uns et des autres » ? La parole elle-même n'y suffit pas et le discours est vite dépassé. Je vous ai dit, au cours de notre conversation, comment, après avoir publié de nombreux textes sur la mondialisation des systèmes de droit, j'ai ressenti les limites du discours rationnel et utilisé la métaphore des nuages pour représenter l'instabilité des systèmes de droit, puis imaginé une rose des vents pour représenter les vents contraires nés de la mondialisation et décrit leur ronde désordonnée.

D'où l'idée, pour ajouter la perception sensorielle à la raison cognitive, d'inscrire les mots dans la matière, pour fabriquer une sorte de boussole. Une boussole inhabituelle car sans pôle Nord, mais comportant des figures mouvantes pour représenter les souffles qui animent le monde et indiquer les multiples directions possibles. Une « boussole des possibles », donc, conçue comme un théâtre où les vents de l'esprit rencontrent les vents du monde et où pourraient se raconter, se croiser et se reconnaître mutuellement les regards des humains sur le monde.

Tout cela a été possible par la rencontre improbable d'une juriste et d'un plasticien bâtisseur. Inspirée par la pensée, la matière a pris forme puis, à son tour, elle nous a donné à penser. De la pensée à la matière, le cheminement parcourt la symbolique des quatre états : la Terre, l'Air, le Feu et l'Eau.

La terre : une Rose des vents, massive et minérale, est ancrée au sol ; un réceptacle octogonal est creusé en son centre, tandis qu'une structure minimaliste en forme de cône supporte l'exacte projection graphique de la rose vers le ciel.

L'air : des figures emblématiques sont disposées par paires opposées à l'extrémité de chaque branche. L'oiseau, en vol ou en cage, symbolise la paire Liberté/Sécurité ; les mains, qui se combattent ou s'enlacent, évoquent la paire Compétition/coopération ; la farandole, associative ou séparative, illustre la paire Exclusion/intégration ; enfin la sphère cérébrale et la sphère terrestre symbolisent la paire Innovation/Conservation. Soumise aux vents contraires du monde, chaque figure, se meut différemment, transformant la Rose terrienne en une Ronde aérienne, aussi désordonnée que le monde des humains.

Le feu : pour tenter de les stabiliser, une spirale survole ces figures mouvantes, portée par un axe tournant et oscillant sur une articulation située à la pointe du cône. Reliant la terre et l'air à l'infinitude du cosmos, la spirale évoque aussi le feu, matérialisé par un éclat de cristal qui réfléchit la lumière du feu solaire, de la lune et des étoiles. Il représente, perché en haut de la spirale, le « petit souffle innommé », citoyen du monde symbolisant l'élan vital des nouvelles générations<sup>42</sup>.

L'eau : l'articulation prolonge l'axe de la spirale et transmet les mouvements résultant de la Ronde des vents à un fil à plomb, symbole de la rectitude. La masse du fil à plomb est immergée dans l'eau, élément primordial contenu dans le réceptacle. Ce lieu stabilisateur est comme un centre de gravité où se rencontreraient, dans l'octogone des valeurs, Terre, Air, Feu et Eau.

A son tour, la matière donne à penser : sans le fil à plomb qui la tient érigée, la spirale s'affaisse, les humanismes disparaissent et c'est le Grand effondrement annoncé par les collapsologues. Mais sans les humanismes (les valeurs qu'ils engendrent, et les principes régulateurs

42. « Au congrès des vents », *Aux quatre vents du monde*, précité, p. 127 s.

qui les portent), le monde peut aussi s'orienter vers le Grand asservissement qui évoque les récits-programmes inspirés notamment des Nouvelles routes de la soie.

A moins de renoncer aux certitudes de la pensée dogmatique pour les incertitudes d'une pensée dynamique et de tenter une anticipation ouverte : ni prédire, ni prescrire, mais accueillir l'imprévisible quand il vient. La seule ambition de cette « boussole des possibles » est de

suggérer au spectateur qui joue le jeu de l'analogie entre les vents du monde et les vents de l'esprit que le pire n'est pas inéluctable et qu'il est encore possible de trouver un équilibre dynamisé par la spirale des humanismes et stabilisé par le fil à plomb d'une gouvernance démocratique plongé dans l'octogone des valeurs et des principes régulateurs. Suggérer qu'il est encore possible, donc, d'imaginer un monde qui serait pacifié sans être uniformisé, harmonisé sans être unifié, stabilisé sans être immobilisé.

*Toutes mes conclusions  
passent par le  
Document Analyzer.*



**Nicole Radius**  
Avocate en droit du travail

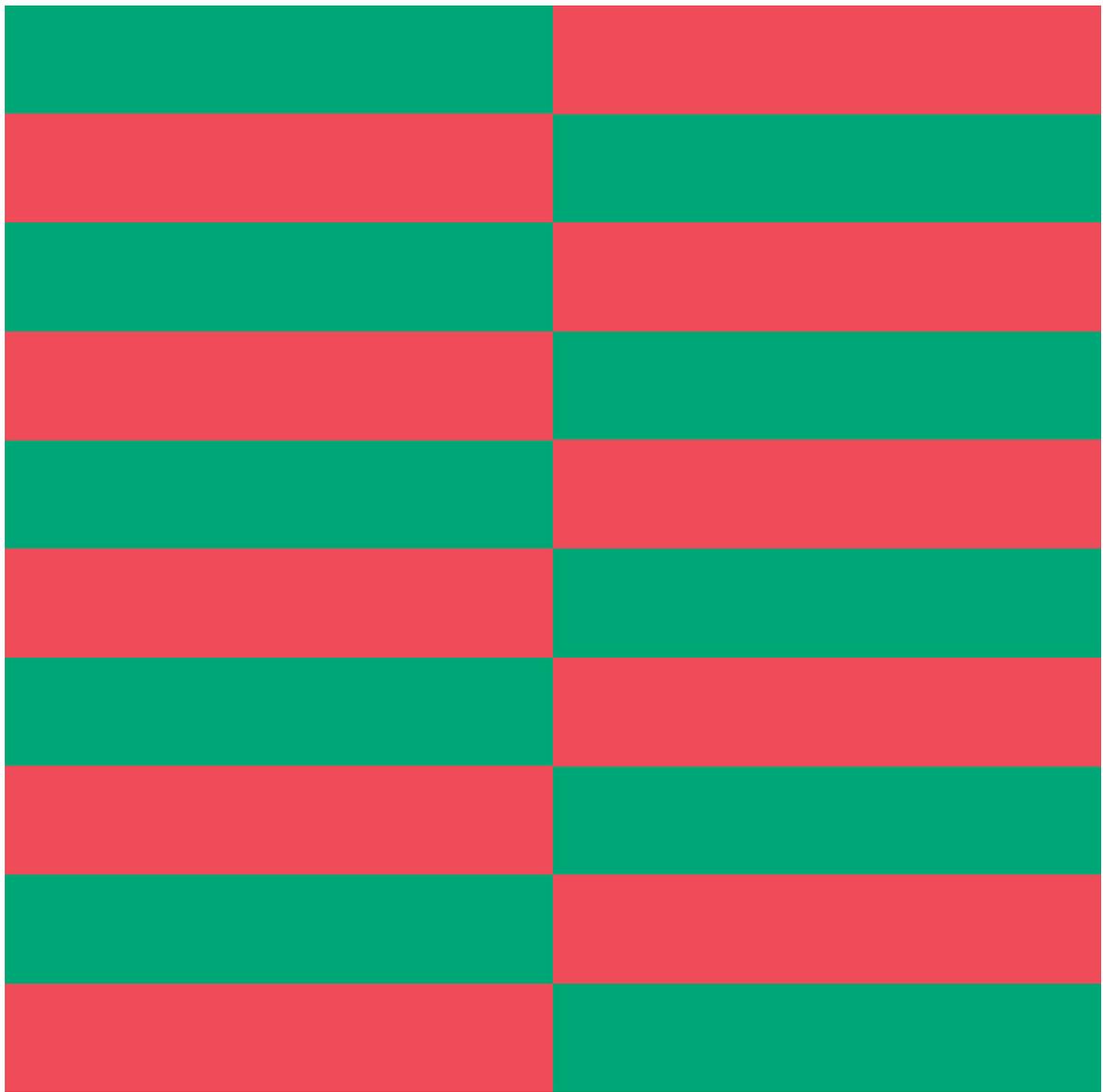
**Finies les recherches sans fin.**

Retrouvez toute la jurisprudence citée dans vos documents, dans son contexte.

**Consacrez-vous à ce qui compte le plus** : l'analyse et le conseil juridique.

**Des centaines de conclusions analysées par vos confrères chaque semaine.**

Essayez sur [doctrine.fr/document-analyzer](https://www.doctrine.fr/document-analyzer)



## La Revue Européenne du Droit

La Revue Européenne du Droit est une production du Groupe d'études géopolitiques, éditée par sa Revue Le Grand continent en partenariat avec Doctrine.

