



RISQUES, ÉTUDES ET OBSERVATIONS

2024-1

Dossier :

Risque, environnement, éthique et *care*.....5

Varia :

Sophie Hildenbrand, Risques et prescription de l'action publique.....59

Komlanvi Issifou Agbam, Force majeure et obligation de somme d'argent : toujours pas bon ménage ?.....69

Mustapha Kamel Kadiri, Compte rendu du colloque organisé à Mulhouse le 16 mai 2024, « Risques & voyages ».....79

Mentions légales

Ligne éditoriale :

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

La rédaction :

Responsable scientifique : Dariusz PIATEK
Coordinatrice éditoriale : Nathalie ARBOUSSET
Editeur numérique : Université de Haute-Alsace

Politique de publication :

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

Politique des droits d'auteurs et de diffusion :

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

Politique d'évaluation :

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

Éditorial

Chers lecteurs,

À l'approche des vacances d'été bien méritées, j'ai l'honneur de remettre entre vos mains un nouveau numéro de Riséo.

Cette édition 2024-1 fait d'abord écho de deux colloques récemment organisés sous l'égide du CERDACC.

Le dossier thématique contient les contributions issues de la dernière édition du cycle de conférences intitulé les « Rendez-vous du Risque ». Cet événement automnal, bien enraciné depuis quelques années dans le tissu de notre laboratoire de recherche, a pu stimuler à nouveau une réflexion sur la notion de risque. Cette fois-ci sous l'angle d'un concept aussi important que protéiforme – celui de *care*. Jadis réservé au domaine de la sociologie, devenu transdisciplinaire, le terme *care* irrigue de nombreuses branches du droit. Reflet d'une certaine prise de conscience environnementale et éthique, accentuant la finitude des ressources naturelles et la vulnérabilité intrinsèque de l'être humain, le *care* devient un véritable standard permettant de redéfinir les catégories juridiques existantes et de créer des solutions nouvelles. C'est donc l'analyse des différentes déclinaisons de la logique du *care* (juridiques ou relevant des autres sciences), telles que le lien entre l'alimentation et l'agriculture, l'intérêt public environnemental, la vulnérabilité, les droits transgénérationnels et enfin la résilience que réserve au lecteur la première partie de ce numéro.

Vient ensuite la rubrique *Varia* qui s'enrichit d'un compte rendu du dernier colloque du CERDACC intitulé « Risques & voyages ». Dire que le déplacement des personnes représente un risque indéniable serait un truisme. Cerner et bien qualifier les différents aspects de ce risque est une entreprise plus ambitieuse à laquelle se sont livrés les intervenants réunis le 16 mai 2024 dans nos locaux.

Enfin, le lecteur découvrira une brillante exégèse des risques liés à la prescription en matière pénale ainsi qu'une démonstration, soulignons-le, audacieuse mais parfaitement argumentée, défendant l'applicabilité de l'effet exonératoire de la force majeure en matière d'obligations pécuniaires.

Bonne lecture !

Dariusz Piatek
Directeur de publication
Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace
CERDACC (UR 3992)



Sommaire

PARTIE I : Risque, environnement, éthique et <i>care</i>	5
Du <i>care</i> dans le système alimentaire ou comment le sensible transforme les liens entre alimentation et agriculture, Valentine Ern�-Heintz	6
La gestion des risques environnementaux par la personne morale : le succès en demi-teinte de la convention judiciaire d'intérêt public environnemental, Sandie Lacroix de Sousa	21
Résilience et <i>Care</i> : Des synergies positives ? Florence Rudolf.....	33
Qu'est-ce que la vulnérabilité (pour toi) ? Nathalie Dion	46
PARTIE II : <i>VARIA</i>	58
Risques et prescription de l'action publique, Sophie Hildenbrand.....	59
Force majeure et obligation de somme d'argent : toujours pas bon ménage ? Komlanvi Issifou Agbam	69
Compte rendu du colloque organisé à Mulhouse le 16 mai 2024, « <i>Risques & voyages</i> », Mustapha Kamel Kadiri	79

PARTIE I : Risque, environnement, éthique et *care*

Du *care* dans le système alimentaire ou comment le sensible transforme les liens entre alimentation et agriculture

Valentine ERNE-HEINTZ

Professeure des universités, CERDACC, Université de Haute-Alsace

ORCID iD: 0000-0002-8645-8893

Résumé : L'ambition de cette contribution est de démontrer la pertinence des travaux autour du *care* pour appréhender les liens entre l'agriculture et l'alimentation. En s'appuyant sur l'idée d'une vulnérabilité partagée qui engage à « prendre soin », il est possible d'imaginer un processus qui relie des pratiques à la qualité de la santé à celle de l'environnement au travers d'efforts à consentir et de nouvelles solidarités. L'affirmation d'une valeur One Health dans le système alimentaire peut se conjuguer avec un objectif de démocratie alimentaire de sorte que les deux se déclinent autour d'une fonction informationnelle pour prendre conscience (*caring about*), une fonction (responsabilité) relationnelle (*care receiving* et *taking care of*) afin d'agir éthique (*care giving*). Sur le plan méthodologique, cette contribution prend appui sur une étude de terrain ethnographique menée auprès du monde agricole.

Mots clés : *care ; one health ; agriculture ; alimentation ; empowerment*

From the ethics of care to the food system or how the desire to connect transforms the links between food and agriculture

Abstract: *The ambition of this contribution is to demonstrate the relevance of work around care to understand the links between agriculture and food. By relying on the idea of a shared vulnerability which commits to take care, it is possible to imagine other forms of solidarity which link practices to the quality of health and the quality of environment. The affirmation of a One Health value in the food system can be combined with a objective of food democracy so that both are available around an informational function to raise awareness (caring about), a relational function (care receiving and taking care of) in order to act ethically (care giving). On a methodological level, this contribution is based on an ethnographic field study carried out among the agricultural world.*

Keywords : *care ; one health ; agriculture ; food ; empowerment*

Le *care* est un terme à la fois « polysémique et ubiquiste » (Ibos *et al.*, 2019, p. 18). Il désigne « un état d'esprit, émotionnel ou sentimental (l'affliction, le souci) et des pratiques (le soin) » (Ibos *et al.*, 2019, p. 19), « une passion pour autrui » (Pulcini, 2005). Il appelle à « se soucier d'autrui de façon active » (Ibos *et al.*, 2019, p. 7). De fait, il « insiste sur l'interdépendance des personnes entre elles [...] sur les liens entre humains et non humains » (Ibos *et al.*, 2019, p. 7). Adopter une démarche de *care* suppose alors de reconnaître une dépendance à autrui, d'être lié à d'autres vies ou formes de vie. Cette « entrée différente » (Laugier, 2015, p. 127) introduit un « changement de focale qui rend possible, mais aussi détermine, un déplacement du sujet du *care* » (Laugier, 2015, p. 128) au profit d'un sujet collectif placé au sein d'interactions.

Si pour Paperman (citée par Ibos *et al.*, 2019), « Nous sommes tous vulnérables », « La première difficulté est de reconnaître cette condition commune. [...] De cette inéluctabilité vient l'impératif de réponse, d'une prise en charge, qui ne peut être pensée seulement de façon individuelle ni privée » (Ibos *et al.*, 2019, p. 35). Dès lors, il s'agit de se concentrer sur une interagentivité en abordant les vulnérables comme des « actants » (Latour, 2006) qui interagissent au sein d'un collectif. Chacun peut prendre conscience qu'il est en capacité à la fois de donner et de recevoir du *care*. L'autonomie individuelle laisse place à une autonomie partagée basée sur des relations symétriques. Cette éthique de la relation (Gautier et Valluy,

1998) pousse à agir selon des valeurs ; la question est : « De qui sommes-nous responsables et comment exercer cette responsabilité pour que le monde continue d'être vivable », (Ibos *et al.*, 2019, p. 22).

En cela, « La relation crée la responsabilité, elle comprend (au sens de contenir) l'exigence d'une réponse, non du fait de traits partagés ou des propriétés formelles des relations, mais du fait d'activités communes, passées, présentes qui connectent les protagonistes » (Tronto, 2012, p. 139). Cette responsabilité relationnelle ne vise pas à « blâmer, punir, ou à chercher réparation auprès de ceux qui ont commis (le préjudice), mais plutôt à inciter ceux qui ont participé par leurs actions au processus d'action collective à le modifier » (Young [2006, p. 121] cité par Petit, 2014). De fait, elle vise l'autonomisation et l'émancipation en conjuguant d'une part, altérité et sollicitude et, d'autre part, responsabilisation et justice.

Cette éthique de la relation (Pulcini, 2012) définit « l'autre » à travers « la relation à l'autre » qui, inexorablement, englobe aussi les tiers absents et/ou les non humains. Pour Larrère (2012, cité par Laugier, 2015, p. 130) : « On se rend compte qu'il ne s'agit pas nécessairement de quitter le monde humain pour aller dans d'autres mondes (animal ou naturel) mais plutôt de prendre conscience que, dans notre monde humain, nous avons également une relation à des non-humains ». On trouve ici un point important du *care* : la vulnérabilité des humains est commune aux non-humains, au monde animal : la nature, la biodiversité, la qualité de l'eau est vulnérable, fragile. De fait, « La vulnérabilité s'entend comme une disponibilité à la blessure » (Laugier, 2012, p. 131). Plus encore, prendre conscience de cette « fragilité partagée » (Laugier, 2012, p. 131) conduit à reconnaître les interdépendances (Larrère, 2012) entre l'homme, l'animal, l'environnement. Requalifier ces liens contribue à reconnaître l'existence d'une connexion entre l'homme et l'environnement.

Notre contribution se base sur l'idée de connexion et de liens pour introduire une réflexion autour d'un système alimentaire *care*. Nous nous appuyons sur les liens entre agriculture et alimentation (Lamine et Chiffolleau, 2012) pour penser *care* le système alimentaire en interrogeant la dépendance (la vulnérabilité) des uns et des autres. La question éthique est : par *qui* et *comment* nos besoins alimentaires sont satisfaits.

Sur le plan méthodologique, cette contribution prend appui sur une étude de terrain ethnographique¹ menée, en 2018, auprès d'acteurs du monde agricole du Grand Est. Cette recherche a été financée par la DREAL² Grand Est dans le cadre du 3^e Plan Régional Santé Environnement (PRSE3) dont les résultats sont disponibles en open source (Erné-Heintz, 2019). L'approche visait à construire, déconstruire et reconstruire ce que « transitionner » veut dire (Erné-Heintz, 2024). Les récits témoignent de pratiques et de savoir-faire développés en cohérence avec le *care*, avec une dimension sensible très forte en lien avec la préservation de la nature. Le sentiment de « devoir protéger » pour transmettre engage moralement : le passage à une autre façon de faire est entrevu comme une responsabilité relationnelle.

Aussi, nous émettons l'hypothèse que l'un des défis de la transition agricole réside dans la capacité à recréer des liens avec le vivant. En cela, l'approche *One Health* peut constituer une

¹ Tous les entretiens semi-directifs ont été menés en présentiel. Ils ont été autant de moments de partage, d'échanges sur des instants de vie, autour d'un bilan, d'une transmission parfois accompagnés d'une visite de la ferme ou du champ.

² Nous remercions encore chaleureusement la DREAL pour le financement de ce travail et toutes les personnes qui ont participé à ce travail d'enquêtes. Les propos sont anonymes en respect du protocole mis en œuvre.

opportunité pour penser systémique et global. Nous montrerons que, pour aborder les pratiques agricoles et alimentaires, il y a nécessité de passer d'une situation en tension entre liberté et dépendance à celui d'une émancipation accompagnée. Notre fil conducteur s'inscrit en continuité de certains travaux sur le *care* environnemental (Tronto, 2009) ; Laugier, 2015 ; Larrère, 2012) et sur l'« agencéité » (Sen, 2003). Cette contribution est organisée en deux temps : le premier relie les travaux du *care* à la notion de système alimentaire sous l'angle des discours qui émanent des enquêtes de terrain alors que le second montre comment ces derniers s'articulent dans un processus dans lequel les acteurs se sentent « concernés » et développent des actions et des pratiques en cohérence avec une éthique du *care*.

I) Comment les considérations de *care* peuvent influencer les réflexions autour du système alimentaire

Une analyse par le *care* est propice à une réflexion sur les liens entre société et nature. Elle suscite une perspective sociométabolique des activités humaines du fait du besoin de « maintenir, de continuer ou de réparer notre 'monde' de telle sorte que nous puissions y vivre aussi bien que possible » (Tronto, 2009). De facto, il convient de réfléchir à ce qui doit être protégé dans « ce monde [qui] comprend nos corps, nous-mêmes et notre environnement » (Ibos *et al.*, 2019, p. 67).

A) Prendre conscience de sa vulnérabilité pour définir les liens qui enchaînent

Le *care* ambitionne de donner de la visibilité au monde vulnérable : « l'environnement est appréhendé dans la façon dont il affecte la santé et la qualité de vie de ceux qui s'y trouvent » (Laugier, 2015, p. 146). Aussi, il a vocation à repérer « ce que nous ne voulons pas voir, ce qui est invisibilisé, et de poser autrement les questions de justice » (Laugier, 2015, p. 133).

La modernisation agricole issue de la politique agricole commune s'est progressivement intensifiée via une artificialisation des processus et des milieux naturels au nom de la productivité et de la compétitivité. Pour ce faire, les agriculteurs ont acheté des semences brevetées, des compléments alimentaires et des intrants entraînant une dépendance tant financière qu'agronomique avec une dépossession de leurs savoir-faire traditionnels et une perte d'agentivité annonçant, en quelque sorte, *La fin des paysans* (Mendras, 1967). Cet impératif de modernisation a appris aux agriculteurs à produire de façon déconnectée de la nature. Une maraîchère témoigne : « *Dans le temps, l'agriculteur vivait de la nature. Après, il exploitait la nature avec les phytos qui n'étaient pas chers. Mais maintenant, il a pris conscience qu'il faut un retour à la nature. Il faut laisser faire la nature. On peut mieux sélectionner les plantes. Le choix du haut rendement et du plus rapide a besoin de rajouts. Il faut changer tout ça. Mais ça prend du temps* ». Cet agriculteur en reconversion reconnaît que « *Les vrais bio ont de vraies techniques ; ils sortent les animaux, sentent le sol. Les autres agriculteurs ne mettent pas les mains dans la terre* ».

De fait, cet anthropocentrisme issu de la Modernité autorisait l'exploitation illimitée de la nature pour des fins humaines. Il s'explique par la confiance en la technique à produire des innovations capables d'artificialiser le lien avec la nature avec, pour unique fin, de servir l'homme. Ce rôle subalterne attribué à l'autre a contribué à séparer, à rendre invisible notre vulnérabilité. Aussi, faire le choix de lier l'environnement au *care*, c'est faire le choix de

questionner l'évolution de la technique telle qu'elle transforme la nature elle-même et déstabilise les équilibres naturels. Dans le cadre de notre enquête, certains discours relatent une prise de conscience des liens et de la nécessité à agir *autrement*. La dégradation de la qualité du sol est explicitement présente à l'esprit de cette maraîchère : « *J'ai bien vu qu'il y avait moins de vers de terre. Ça ne pouvait pas continuer comme ça. [...] Pendant longtemps, on a cherché à ne plus travailler avec la nature. Ça permettait des gains de temps.* ». Une jeune maraîchère biologique insiste : « *C'est une question de volonté. Des habitudes à déconstruire. Les sols sont si pollués. Pourtant, ce sont les supports de nos cultures. [...] Il y a un esprit bio. Si je ne traite pas, c'est pas pour moi, mais pour l'environnement. Je n'empoisonne pas mes clients. Si on veut bien manger nous-mêmes, les clients c'est pareil. Regardez les poulets industriels* ».

L'irruption de technologies numériques et robotiques transforme encore plus radicalement l'agriculture en valorisant des processus d'« encapsulation³ » (Compagnone *et al.*, 2018, p. 130). En cherchant à se protéger des aléas climatiques, ces agriculteurs sont devenus captifs et dépendants pour, finalement, développer de nouvelles formes de vulnérabilité (financière particulièrement). Cette dépendance (aux semenciers, aux entreprises agroalimentaires) est synonyme de liens qui enchaînent dans la mesure où elle constitue une vulnérabilité majeure, progressivement accentuée par une préférence des consommateurs pour une alimentation ultra-transformée. Celle-ci contribue elle-même à une déconnexion avec la saisonnalité inhérente à la production agricole. De plus, les risques pour la santé et l'environnement – les externalités écologiques – qu'elle induit sont invisibilisés par des normes sanitaires justifiant, au nom du principe d'un risque calculé, la présence d'additifs alimentaires et de résidus de pesticides.

Un enseignant d'un lycée agricole complète : « *Le consommateur et le producteur sont trop éloignés. Le nombre d'agriculteurs s'est réduit, on a simplifié le travail. Mais aujourd'hui, on a que de la malbouffe. La consommation moderne, c'est manger du maïs. Dans les années 50, il y avait la famine, la disette. Aujourd'hui, on a le cancer. On est passé de la paysannerie à l'agro-industrie. Moi, je n'ai foi que dans le consommateur. C'est la base du changement : la demande pourra changer. Le consommateur doit modifier son comportement* ». Le besoin de changement est explicite chez cette maraîchère : « *C'est le consommateur qui changera tout. C'est lui qui fait le choix. Mais les collectivités locales ont aussi un rôle à jouer. Elles peuvent servir des fruits et légumes de saison. Sensibiliser les enfants. Dans les cantines, on ne sert pas un gratin de courgettes en janvier. [...] Parfois, les gens ne connaissent plus les saisons. Il faut leur expliquer d'où ça vient* ».

C'est pourquoi, penser l'agriculture par le *care* peut être une opportunité pour redéfinir des liens qui libèrent. En adoptant une approche globale et systémique des enjeux d'un système alimentaire de sorte que les enjeux de production, de transformation, de distribution et de consommation soient décloisonnés et envisagés en termes de démocratie alimentaire. La démarche par le *care* va plus loin qu'une simple résilience ou adaptation : elle nous oblige à

³« L'encapsulation s'opère par une démarche qui vise, dans le cadre, par exemple, d'une agriculture dite de précision ou numérique, ou encore intelligente (de fait associée à certaines visions de l'agroécologie), à recueillir le maximum de données, obtenues autant que faire se peut de manière automatisée à partir de senseurs et de capteurs, à les ordonner et les traiter afin de générer, à partir d'algorithmes, une proposition de décision rapide et adaptée. [...] L'encapsulation réside dans le fait que la connaissance se loge dans un ou des objets techniques qui rendent difficile son accès direct par un opérateur tout en lui promettant une « augmentation » de ses capacités. » (Compagnone *et al.*, 2018, p. 130).

revoir le sens donné à la production et/ou à la consommation, à redonner du sens – de la considération – à des activités quotidiennes comme cultiver, cuisiner ou manger. Elle réfléchit aux différents stades de création de la valeur (économique, sociale, culturelle).

Ce besoin de reconnecter le consommateur et l'agriculteur, l'alimentation à l'agriculture est récurrent dans les différents récits, que ce soit chez cet agriculteur biologique ou ce polycultivateur en agriculture de conservation des sols : « *C'est le consommateur qui a le dernier mot. On ne se comprend pas toujours bien. Il faut se faire comprendre. Expliquer ce qu'on fait. C'est un combat quotidien.* » ; « *Si on ne fait pas de circuits courts, on est au gré des marchés. [...] J'ai des gîtes. Je fais de l'hébergement. Je partage ce que je vis avec les autres. Je leur dis comment je vis. De par mon métier, on peut rassembler. Parfois, les yeux brillaient. Les gens remerciaient car ils avaient bien mangé* ». Un viticulteur avoue que ce qui le pousse à « *Continuer ? C'est le partage avec les clients* ». Un vigneron en biodynamie cultive ce lien : « *J'accueille des personnes. Je fais sentir les plantes. Je fais de la vente directe* ».

L'objectif poursuivi est clairement assumé : reconstruire du lien entre producteurs et consommateurs en proposant de nouveaux lieux de rencontre. Une maraîchère biologique qui participe à une AMAP insiste : « *Je parle avec les gens. Je leur explique les produits et leur donne des recettes. J'ai mes clients. Je les connais depuis longtemps. Ils savent d'où viennent les produits. Ils comprennent lorsque parfois, ils sont difformes. Mes légumes gardent leur forme naturelle. Ils ne sont pas parfaits* ». Une autre maraîchère : « *Je vends des produits frais, des fruits et des légumes. La cueillette à la ferme, la livraison de paniers à la Ruhe, c'est très important pour la relation avec le consommateur. Le consommateur devient actif ; il s'engage sur des produits de saison. C'est un retour à la terre* ». Ou encore cet aviculteur : « *J'explique aux visiteurs que toutes mes poules viennent d'Alsace. Qu'elles sont élevées au sol en liberté. Certaines poules n'arrivent pas au perchoir, alors on les aide à grimper. La nourriture est à base de céréales produites localement* ».

Ainsi, l'objectif est de transformer une vulnérabilité individuelle mal structurée en un problème collectif à résoudre. En cela, le *care* souligne la nécessité de penser concomitamment les risques collectifs et les risques individuels sans pour autant adopter des démarches ou dispositifs culpabilisant sur des pratiques, qu'il s'agisse d'habitudes alimentaires ou de travail du sol. L'hypothèse est que (re)lier l'agriculture à l'alimentation signifie reconnaître que des facteurs environnementaux puissent altérer la santé et la qualité de vie.

Pour ce faire, il peut être pertinent de « se mettre à la place d'autrui, [de] percevoir nos aveuglements » (Laugier, 2015, p. 133). En l'espèce, dans un système alimentaire, ce qui est invisible, ce sont les conditions d'élevage des animaux, les conditions de travail des agriculteurs, l'exploitation des ressources naturelles, le gaspillage alimentaire, etc. Une maraîchère nous avoue : « *J'ai une passion pour la nature. J'ai grandi dans le monde agricole. Ma famille avait des vaches laitières. Mais moi, je ne pouvais pas continuer. J'aime trop les animaux, je ne peux pas les exploiter. Je peux faire la traite mais pas les emmener à l'abattoir. J'ai fait des légumes et des fruits du terroir.* » Ces discours liés au soin sont aussi présents chez les éleveurs. Ainsi, chez ce jeune agriculteur qui vient de s'installer : « *La vache, il faut se demander pourquoi elle est malade. Parfois, elle l'est parce qu'elle est bombardée d'antibiotiques. C'est pareil pour le sol. [...] Il y a deux ans, j'ai installé deux ventilateurs géants*

dans l'étable pour améliorer le confort des bêtes. [...] J'ai installé des petits arroseurs sur le toit, juste au-dessus d'elles pour les rafraîchir. [...] Quand il fait chaud, elles souffrent et produisent jusqu'à 20% de lait en moins. Aujourd'hui, elles ont accès aux pâturages mais préfèrent rester à l'intérieur pour profiter du courant d'air. Lorsqu'il fait chaud, les vaches sortent prendre l'air uniquement la nuit».

Ces invisibles rendus muets sont ces tiers absents (les plantes, les animaux, etc.) qui sont pourtant indispensables au fonctionnement de ce socioécosystème. Ils ont été éloignés par le processus. En conséquence de quoi, l'élevage à l'heure de l'anthropocène pose aussi la question du bien-être animal, des relations entre humains et animaux : le nombre d'animaux, les modalités d'élevage via un raccourcissement des cycles de vie, avec des questionnements autour de la souffrance animale. Ainsi, cette maraîchère souligne : « *L'agriculteur exploite la terre, notre terre nourricière. L'agriculture passe par le respect de toute vie animale, végétale* ». Il est souvent question d'éthique : les agriculteurs considèrent leurs bêtes comme des êtres à respecter, les plantes comme des espèces vivantes à découvrir. La sémantique est significative : « *écouter la nature* », « *imiter la nature* », « *économiser la ressource en eau* », « *respect de la biodiversité* » ; « *Les sols sont nos alliés. Ils nous rendent des services* » ; « *Ils sont indispensables dans l'équilibre des écosystèmes. En creusant sous nos pieds, il y a des microorganismes, des bactéries par milliers. C'est notre sol ça. On ne les voit pas, mais ils sont là. Ils sont précieux. Le sol, il est vivant.* » ; « *Le ver de terre, c'est un travailleur de l'ombre. C'est notre meilleur ami.* » Les pratiques liées au non-labour se justifient par la volonté de faciliter le retour du vivant dans le sol. Aussi, nombreux sont les enquêtés qui avouent limiter le travail du sol ou tester les couverts d'interculture en semis direct pour favoriser la régulation naturelle de la flore adventice. Pour cette maraîchère : « *Le sol, il faut le laisser se reposer. L'écouter. Il est fragile* ».

Aussi, lorsqu'un agriculteur décide de s'inscrire dans une démarche agroécologique ou de permaculture, il envisage la fertilité des sols, la vie organique dans les sols et la santé des plantes et des animaux comme étant un tout interconnecté : il s'inscrit dans une démarche de réparer, de soigner le sol. Préserver la biodiversité s'entrevoyait comme une prise de conscience des liens étroits entre la qualité du sol, celle de l'air et la santé humaine. Cette dernière est elle-même liée à la santé animale via l'alimentation, les épizooties, les zoonoses ou encore l'écopathologie (la santé dans les élevages).

B) La démarche du *One Health* comme une opportunité ?

Le *care* appelle un changement de paradigme : en ce sens, la santé environnementale, le *One Health* (« une seule santé »), lie, relie la qualité de la santé à celle de l'environnement. Il invite à réfléchir, de façon pragmatique, systémique et globale, à deux aspects intimement liés à l'éthique du *care* : d'une part, la relation à l'autre et d'autre part, la question de la responsabilité. C'est d'ailleurs dans cet esprit qu'en 2010, un accord tripartite a été signé entre l'Organisation mondiale de la santé (OMS), l'Organisation mondiale de la santé animale (OMSA) et l'Organisation des Nations Unies pour l'agriculture et l'alimentation (FAO). En 2019, le GIEC souligne également l'importance de la qualité des sols dans la régulation du climat et le besoin de changer de modèle agricole et alimentaire.

Remettre en cause le système alimentaire contribue à révéler, à faire passer de l'espace privé vers l'espace public des liens invisibles : la maladie de l'encéphalie spongiforme bovine, le stress hydrique, les perturbateurs endocriniens, les facteurs mutagènes dans l'environnement. Cette approche met en exergue l'interface « animal – humain – écosystème » en pensant « exposition humaine totale » au sens de l'effet critique adverse, de l'expologie ou l'exosome (art. L. 1411-1 de la loi n° 2016-41). Elle invite à mettre des mots sur des maux, à penser autrement l'origine des maladies plutôt que de panser les maladies avec pour seul fil conducteur, la question, « *Why we get sick ?* » (Nesse et Williams, 1991). L'hypothèse sous-jacente est que la réduction des risques environnementaux accroît les défenses naturelles des individus : la santé devient un indicateur de la qualité environnementale. Telle est d'ailleurs l'essence même de l'hypothèse Barker, celle d'une origine foetale des maladies de l'adulte (Charles *et al.*, 2016), entendue comme l'intégration des événements survenant précocement du fait d'effets à long terme sur la santé humaine.

Dans notre enquête, le « produire autrement » est intimement lié à une rupture avec les pesticides. La transition agricole apparaît alors comme « *un retour à la terre.* » ; « *Il faut produire mieux : réduire les quantités.* » ; « *Il faut revenir à l'agronomie.* » ; « *Je passe du temps dans mon champ.* ». Le processus de conversion est intimement lié à des valeurs, à une éthique : « *Moi, j'avais une conscience écologique. Ce sont les valeurs que j'avais en m'installant.* » ; « *Il faut nourrir les hommes sans détruire la planète.* » ; « *Il faut protéger l'environnement. Ne pas le dégrader.* » ; « *Ça prend du temps. Ce sont des conversions éthiques. Est-ce qu'économiquement c'est plus intéressant ? Non.* » ; « *Pour ma part, c'est une histoire de cohérence. C'est une question éthique.* » ; « *Passer au bio, c'est toute une pensée. C'est comme la biodynamie, elle tient compte des énergies.* » ; « *On est fier de faire du bio. C'est bien pour la planète.* » Le discours chez ceux qui se qualifient de « paysan » est généralement plus écologisé : « *Paysan ou agriculteur ? Il y a une différence entre les deux. On ne galvaude pas notre sol, nos animaux.* » ; « *Mon métier, ça n'est pas que produire. J'analyse le milieu. Les agronomes ont déjà beaucoup fait mais il y a encore à faire. Je donne la vie à des animaux. Je travaille sur le vivant. Végétal ou animal.* » ; « *Je me sens être un paysan. J'aime bien ce mot ... On essaie d'être en interrelation avec la terre.* » ; « *Un agriculteur a le sens de la terre. Il a les mains dans le vivant. On est des jardiniers.* » ; « *L'agriculture, c'est le respect de toute vie animale, végétale. Si on aime la vie, on respecte le vivant.* » ; « *Un paysan, c'est être en symbiose avec la nature. Il est ancré sur son territoire. Il produit et vend en circuits courts. Il crée du paysage et par ses choix de cultures, il maintient une certaine biodiversité* ».

Un agriculteur avoue aller dans son champ « *pour voir ses vignes* ». Un autre, non sans émotion, évoque : « *Le soir, j'aime bien me promener dans les houblonnières pour voir si ça pousse. C'est le bonheur de regarder qu'elles se portent bien. Ça fait plaisir, c'est comme une récompense. On est content, satisfait.* » Cet autre viticulteur souligne la nécessité de prendre le temps et de se soumettre à la nature sans vouloir la perturber : « *En biodynamie, on sent moins les effets [du changement climatique]. De toute manière, on a des petits rendements. On ne pousse pas la vigne. On attend la maturité. On respecte plus la plante* ». Il est notable que les agriculteurs en transition avouent vouloir se reconnecter à la nature : « *Je fais des actions pour régénérer le sol. On favorise le couvert végétal. On permet au sol d'avoir d'autres ressources. Je mets des arbres. Le sol est généreux quand vous lui rendez.* » ; « *Ça fait revenir les vers de terre et les fourmis. [...] La rotation des cultures, c'est mieux pour la terre.* » ; « *Avant j'étais sur mon tracteur. Maintenant, je passe du temps dans ma vigne.* » ; « *Il faut redécouvrir*

les anciennes pratiques. Il faut comprendre qu'on ne peut pas transformer le vivant. Si l'avenir passe par Monsanto, alors on n'en veut pas. » ; « Quand on passe en bio, on a moins de charges. Les raisins ont plus de corps. Plus d'âme. Elles ont plus de vie. On apporte des vignes qui ne sont pas bodybuildées ».

Adopter une pratique plus précautionneuse de l'environnement constitue un puissant moteur pour gagner en autonomie et participer à restaurer un équilibre dans les écosystèmes. Ainsi, ce polycultivateur avoue : *« Avec le semis direct et la rotation de cultures, on essaye de faire baisser les charges. De protéger les sols. De réduire son empreinte écologique. »* Un jeune agriculteur qui vient de reprendre la ferme familiale dit : *« Je fais de la rotation sur les moins bonnes terres. Je m'adapte au climat. De toute manière, on n'a pas le choix. Du blé, de l'orge, pour le début d'été. L'orge, c'est pour l'alimentation des bêtes. J'ai du maïs aussi. Pour les bêtes et pour le grain. J'ai aussi de la vigne que je livre à une cave. C'est pour l'autonomie. Si on est autonome, on n'a pas besoin de complément. Avec la sécheresse, il faut laisser un couvert. Pour garder l'humidité. Et il faut des aliments pour les bêtes, l'hiver ».* Ce besoin de redéfinir de nouveaux espaces de liberté décisionnelle est confirmé par cet autre agriculteur : *« Avec les cultures intermédiaires, l'objectif, c'est de faire du fourrage. Il y a un intérêt agronomique. Et puis, on devient autonome ».* Ces pratiques ont pour objectif de suivre le rythme de la nature ; elles visent à réduire leur dépendance. À ce titre, le changement climatique contribue à la prise de conscience et à la nécessité de coopérer avec la nature pour (re)trouver un équilibre : cette interdépendance s'envisage sous l'angle de la complémentarité des végétaux, d'une succession de floraisons (le noisetier ou l'aulne en février, le lierre en automne) pour donner de la ressource en nectar et en pollen, etc.

Les récits racontent un souhait de composer avec la nature plutôt que lutter contre : *« Il faut planter des arbres. Avec les arbres, on peut gérer le climat. C'est de l'ombre pour les bêtes. Avec l'arbre, on a moins besoin d'irriguer. Et avec la taille des arbres, je nourris mes moutons ».* Cet éleveur bio réintroduit des haies dans son exploitation pour le bien-être de ses bêtes : *« Il s'agit de créer un parcours pour les poulets. La haie forme une protection contre les prédateurs, le vent ou la chaleur et rassure les volatiles. De plus, ils se nourrissent de baies, de vers de terre. Cette alimentation variée améliore la qualité de la viande. [...] Les haies vont attirer des insectes, des oiseaux, favoriser la biodiversité en somme ».*

La question des liens entre agriculture et santé (végétale, animale, humaine) est omniprésente : *« Le semis-direct, c'est bien pour les limaces. Pour la terre, ce n'est pas mal. [...] La rotation des cultures, c'est obligé. Il faut alterner les cultures pour éviter les maladies. La jachère verte, c'est bien pour le sol. » ; « Il faut penser en synergie. Je plante des tournesols pour mes abeilles. Je suis content. Il y a 4/5 abeilles par fleur. Tout le monde pourrait faire ça. »* La nécessité de changer de pratiques est patent dans les discours : *« Passer à une agriculture de conservation pour avoir un sol en bonne santé, qui fonctionne bien. Il faut assurer l'équilibre entre les entrées et les sorties car l'agriculture est capteur et émettrice de carbone, de méthane et d'azote ».* Un viticulteur confie : *« J'ai voulu reproduire dans mes vignes ce qui se passe dans les forêts et qui donne naissance à l'humus. Dans cet objectif, j'ai laissé la prairie s'installer, et conservé ou planté des arbres alentours, ainsi que dans les rangs de vignes : des noyers, des pommiers, des cerisiers, des robiniers adaptés à l'activité des abeilles. Le contrôle de la prairie est assuré par le pâturage des moutons dans la vigne en hiver et sous les arbres fruitiers en été. Ce sont autant d'éléments qui favorisent la biodiversité. Avec ce dispositif, la gestion de*

l'eau est bien meilleure car la forte concurrence que génèrent ces arbres avec la vigne l'oblige à s'enraciner en profondeur ».

Dans notre échantillon, la référence à la santé environnementale est explicite : « *On veut aider les gens à manger sainement.* » ; « *Dans la transition, il faut montrer que la santé des agriculteurs va avec celle des consommateurs.* » ; « *C'est un choix de société. Ou vous voulez une société en bonne santé, ou vous l'empoisonnez avec une nourriture frelatée.* » ; « *Moi, en HVE (Haute Valeur Environnementale), je fais attention. Je préserve la biodiversité.* » ; « *Il faut réensauvager la ferme* ». Au final, les pratiques et les discours s'inscrivent dans une démarche systémique du *One Health* : « l'autre » est à la fois l'arbre qui contribue à capter et assimiler le CO₂, le ver de terre, l'abeille, etc. Nous retrouvons ici l'éthique relationnelle du *care* : « la première obligation liée au *care* est de reconnaître l'importance de ce lien, de prendre au sérieux les besoins d'autrui et d'essayer de formuler, avec lui, le problème moral pour lui trouver les solutions appropriées » (Ibos *et al.*, 2019, p. 71). En définitive, un système alimentaire *care* reconnecte *étroitement* l'homme à la nature par le biais de la santé environnementale. C'est en cela que le *care* « comprend tout ce que nous faisons pour maintenir, perpétuer et réparer notre 'monde' » (Tronto, 2009).

II) Connecter le système alimentaire à la démocratie alimentaire

Ce processus qui fait coexister le système alimentaire et le *care*, obéit au continuum « action – lien – sens » (Bernard, 2014, p. 87). Il construit un narratif autour d'une approche holistique des enjeux sanitaires et environnementaux incluant la santé des animaux, des végétaux et des humains. Ce faisant, la question qui se pose est comment donner « les moyens de renforcer sa capacité d'action, de s'émanciper » (Bacqué, 2005, p. 33). Cette capacité à être ou devenir autonome révèle trois caractères de la vulnérabilité : l'un relatif à la parole, l'autre à l'agir et le dernier à la capacité à se conformer à ses valeurs.

Penser *care* signifie aussi réfléchir en termes de processus et non pas qu'en relations interindividuelles : la structuration des relations conditionne la répartition des responsabilités. Réfléchir global au sens de « comment s'est construit le processus », permet de révéler le fonctionnement de l'organisation, ses limites, ses possibilités et impossibilités et « de prendre la mesure des torts qui sont causés par l'irresponsabilité » (Tronto, 2009, p. 138).

A) Rechercher les liens qui libèrent

Le *care* invite à réfléchir à la vulnérabilité du consommateur au même titre qu'à celle du producteur, à tout ce qui est indispensable. Aussi, penser *care* un système alimentaire signifie tout d'abord en définir l'espace afin de pouvoir imaginer le contenu d'une politique du *care* : en ce sens, pour passer de la prise de conscience au « faire le *care* », il est tout aussi nécessaire de « dire le *care* » afin de porter une voix pour une nouvelle voie, que d'être en capacité de donner ou recevoir du *care*. Il est ici moins question de justice distributive (de compensation, de réparation) que de justice procédurale. Cette dernière se déploie autour d'un *enabling control*, une aptitude à agir et à choisir qui rejoignent la notion de *capacités* de Sen (2003) pour définir les possibilités offertes à chacun pour réaliser ses propres choix, « *the functionings* » (Ballet *et al.*, 2013, p. 28).

Cette recherche de performativité dessine à la fois les actions et manières de « prendre soin » (des humains et non-humains) en interrogeant comment les rapports entre *care* et espace permettent de répondre à cette demande de justice environnementale. Ces espaces peuvent être des circuits courts, des coopératives, des AMAP, des chantiers de plantations participatifs, de l'écotourisme, un magasin à la ferme, etc. Ils ont vocation à mettre *durablement* en réseau, à créer de l'entraide dans la production alimentaire. En substance, une politique publique inspirée du *care* permet à chacun de faire entendre son altérité, d'être entendu, accueilli, reconnu : il ne suffit pas de distribuer des aides monétaires ou alimentaires, encore faut-il favoriser l'agentivité des personnes en leur offrant la possibilité de se réappropriier le système alimentaire, en leur permettant l'accessibilité. Cette dernière s'envisage comme une possibilité offerte pour se (re)construire des repères, « habiter un espace ». Concrètement, cette hospitalité pour *leur* singularité vise, par exemple pour le consommateur, à agir sur les conditions pour être en capacité de cuisiner, d'appartenir à un réseau alimentaire, de jardiner ou de participer à un potager collectif.

Pour l'agriculteur, les questionnements autour de la bonne conduite, des gestes à adopter se traduisent par une recomposition des modes d'apprentissage au profit de démarches *bottom up*. Ainsi, cet apiculteur bio confie : « A l'OPABA, on se retrouve une fois par an. Avec les autres apiculteurs bio. On organise un voyage chaque année ». Cet éleveur-cultivateur avoue : « Avant, on me disait comment doser et quand traiter. Maintenant, je regarde mes plantes pousser ». Ce jeune viticulteur en conversion confirme : « Les échanges avec les autres viticulteurs bio sont importants. On est rassurés. On partage les mêmes problèmes. Il y a de la solidarité. C'est très agréable de parler avec les collègues ». Cette volonté de partager, d'expérimenter, de découvrir, d'apprendre le geste qui permet de prendre soin, de se réapproprier un savoir-faire ou d'appartenir à un collectif, une communauté est souvent évoquée. Ce besoin de passer de la prise de conscience au déploiement de nouvelles pratiques se traduit par une demande de connaissances « actionnables » (Argyris, 1995), de relations avec des pairs. En ce sens, la transition se caractérise par une forte dimension pragmatique via des partages d'expériences concrètes, des expérimentations dans les parcelles avec des résultats en co-construction (Compagnone, 2014). Elle confère aussi une véritable reconnaissance de l'expertise de l'agriculteur. Mais aussi, elle s'attache à une connaissance locale, spatialisée qui se concentre sur la singularité des lieux, du contexte, de la situation. L'éthique du *care* est aussi une « éthique de la reconnaissance » qui sait écouter des voix tirées de la vie ordinaire et de l'expérience. La révolution épistémologique sous-jacente est similaire aux processus de mise en visibilité de « savoirs situés » (Conein, 1990 ; Ibos et al., 2019) qui ont vocation à circuler entre pairs.

En effet, le paysan se définit comme un « travailleur du vivant » où l'écoute est primordiale. La connaissance du milieu s'assimile à un savoir local non standardisé qui permet de « faire avec » la nature, au gré des saisons. Il est d'ailleurs assez évocateur que les jeunes s'inspirent plus volontiers du grand-père. Remettre en cause le modèle paternel tout en s'insérant dans la filiation à travers les pratiques du grand-père facilite la rupture et introduit une dynamique de « continuité-discontinuité » dans l'histoire familiale. Cette déconstruction est d'autant plus facile lorsque les critiques se focalisent sur les effets pervers de la PAC et de la mondialisation. Des jeunes en formation expliquent : « Je m'inspire beaucoup de mon grand-père. Lui n'a jamais compris pourquoi il fallait acheter des produits de synthèse. Il pouvait s'en passer. » ; « Le grand-père faisait de l'association de plantes. Le père apprenait les phyto, les traitements,

les fongicides. » ; « J'ai converti le domaine familial en agriculture biologique. Avant le changement générationnel, tout le travail était mécanique. Aujourd'hui, tout se fait à la main. Je me suis inspiré de mon grand-père ». En définitive, il y a ici une volonté manifeste de préserver ces savoirs locaux, contextualisés en laissant une trace, une mémoire des savoirs d'antan (Erné-Heintz, 2024).

B) L'existence d'un triptyque fonctionnel

Le système alimentaire réconcilie l'homme avec « une nature matérielle dont nous faisons partie, avec laquelle nous sommes en relations d'interdépendance, et dont nous sommes à la fois responsables et agents de transformations » (Laugier, 2015, p.148). L'objectif est de lier la graine au compost, l'amont et l'aval du processus de production dans le but de (re)créer des relations de proximité, un attachement, une dignité, un respect. Les exemples de pratiques attentives envers les animaux ou pour soigner le sol sont multiples et se traduisent parfois par l'usage de qualificatifs relevant du registre du *care* : l'affection, un sentiment de responsabilité : « *La terre ne nous appartient pas, nous la transmettons. » ; « Produire autrement, c'est limiter les effets négatifs sur le sol. C'est penser à l'environnement. C'est penser à la qualité de l'eau. C'est mieux comprendre comment fonctionne le sol. Produire autrement, c'est ne pas détruire la terre pour la transmettre aux générations d'après. » ; « Nous ne sommes que les dépositaires. » ; « Le sol obéit aux lois de la vie. Je ne suis pas propriétaire de la terre. Je ne dois pas agir comme un exploitant ou un mineur. Sinon je suis perdant. J'ai besoin de la terre car c'est ma matière première. » Les récits s'inscrivent clairement dans l'esprit d'une responsabilité relationnelle.*

L'une des valeurs centrales qui se dégage est le travail de la terre et le lien qui les unit à la nature. Les discours sont chargés d'affects : « *On est tous lié à la terre. On n'oublie pas les racines » ; « On est des nouveaux paysans. On n'a pas d'autres choix que de revenir aux sources. Notre micro ferme est centrée sur l'élevage (bio évidemment) de cochons et de volailles. Faire de la vente directe, de la permaculture, du circulaire. Prendre la nature comme modèle. » ; « Quand on passe en bio, il y a plus de vie. Les vignes se comportent autrement. Elles sont vivantes. » ; « Il faut prendre du temps pour aller dans le champ. Observer ce qui se passe. Je réapprends le cycle naturel des adventices. On accompagne la nature. » ; « On est dans le vivant, des gardiens du vivant. » ; « L'aventure du vivant. Ça résume bien notre métier. Le vivant, on y est tous les jours. La terre, c'est comme l'amour d'un couple. Ça se gère, ça s'entretient et ça se récolte. » ; « Tout est vivant dans le sol. Le végétal, l'animal, il y a un effet de symbiose. Ce qui nous oblige à être davantage observateurs. On ne peut qu'apprendre ainsi. Mais ça demande du temps, de l'observation, et de la délicatesse. La théorie et la technique ne suffisent pas. C'est toute une philosophie. » ; « On avait oublié qu'elle [la nature] était vivante. Avec les champs de maïs, la terre est craquelée. Il faut arrêter de faire du maïs ».*

Le processus d'autonomisation se veut formel et symétrique, émancipateur (fig. 1). Telle est d'ailleurs l'ambition d'un rapport sénatorial (2022) plaidant en faveur d'une Sécurité Sociale de l'Alimentation qui combinerait à la fois des objectifs de résilience et de précarité alimentaire mais aussi de souveraineté alimentaire. Citons à ce titre, le projet d'association « Pour une mutuelle de l'alimentation Alsace⁴ » qui ambitionne de rendre accessible une nourriture sans pesticides tout en assurant des revenus aux producteurs ; l'objectif affiché est

⁴Le paiement d'une cotisation donne droit à l'achat de produits conventionnés chez des distributeurs agréés.

de relier l'assiette du mangeur aux champs du producteur. Les individus ont alors conscience que leurs actions s'insèrent dans des socio-systèmes et réseaux. Les interdépendances sont envisagées positivement et donnent du sens à un échange. L'objectif est de recomposer un ensemble de relations pour donner du sens à des actions quotidiennes comme cultiver, cuisiner, manger.

C'est donc aussi un changement d'échelle : passer du macrocosme au microscope, de la planète au jardin au profit d'une « micropolitique du proche » (Paperman, citée par Ibos *et al.*, 2019, p. 49). En ce sens, « le privé est aussi politique » (Ibos *et al.*, 2019, p. 49). Lorsque Tronto se réfère à « ce monde », elle questionne les actions qui nous permettent de « soutenir la vie », qui sont « nécessaires à notre vie, non seulement dans sa dimension biologique, mais aussi dans sa dimension formelle » (Ibos *et al.*, 2019, p. 68). Le *care* permet alors de se « réapproprier dans le temps présent pour nourrir un futur désirable » (Paturel et Ramel, 2017).

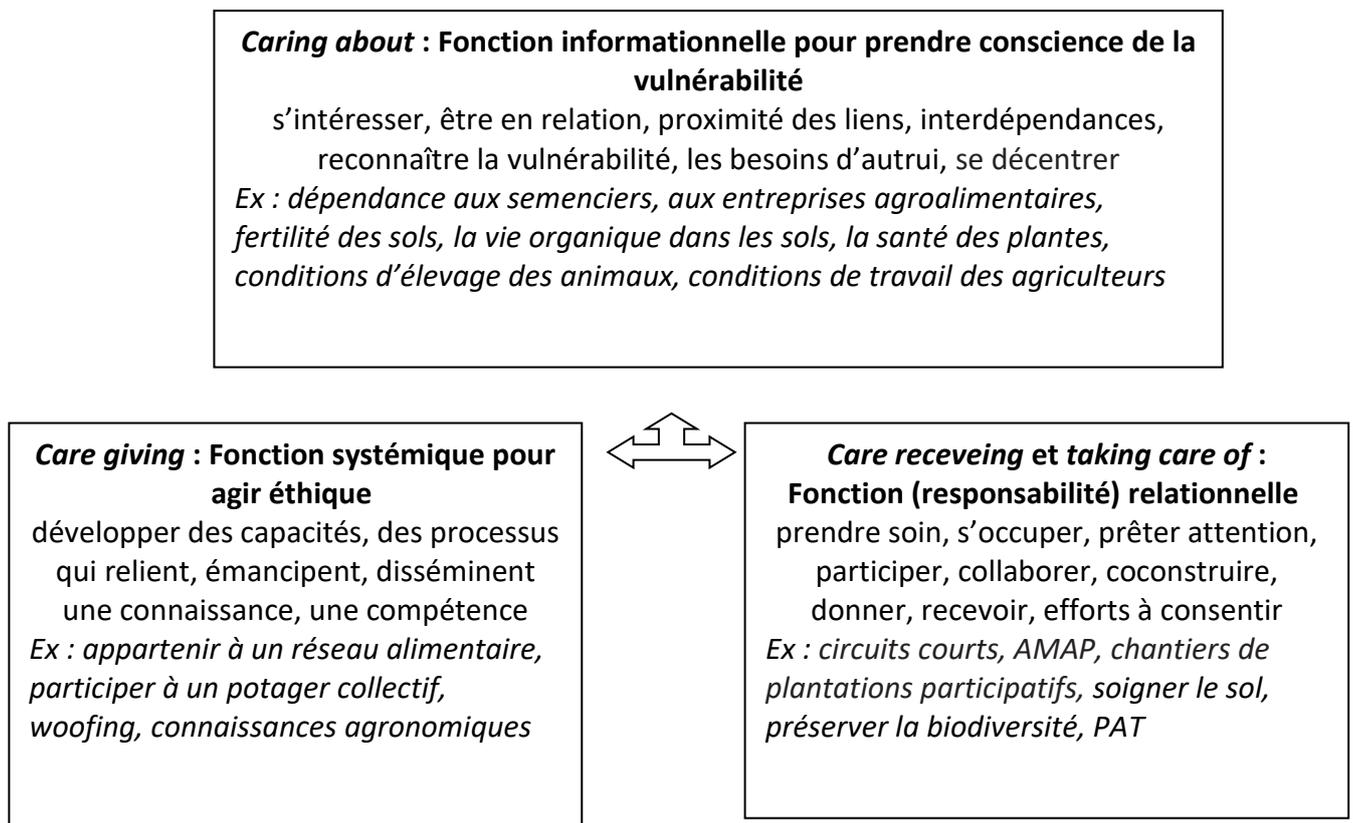
Ce processus de recomposition est ontologique grâce au sens donné aux interrelations (assurer l'autonomie et la qualité de vie au travail des agriculteurs tout en luttant contre la précarité alimentaire des consommateurs) ; il est épistémique par la proximité à un lieu (appartenir à un réseau, participer à un potager collectif) ou un savoir-faire (savoir cuisiner, les connaissances agronomiques) ; il est axiologique par l'affirmation d'une valeur « santé environnementale » ou par les modalités de partage des efforts à consentir. Ce système alimentaire se conjugue conjointement avec un objectif de démocratie alimentaire de sorte que les deux se déclinent autour d'un triptyque (fig. 1) : i) une fonction informationnelle pour prendre conscience (*caring about*), reconnaître des vulnérabilités et des interdépendances car ces dernières créent ii) une fonction (responsabilité) relationnelle (*care recieving et taking care of*) qui permet d'être en cohérence avec iii) une éthique de *care* (fonction systémique) pour agir éthique (*care giving*).

Ces trois éléments donnent naissance à « des sujets démocratiques » (Laugier, 2015 ; Talpin, 2013). Le système alimentaire devient un lieu d'apprentissages collectifs heuristiques de la relation entre les êtres humains et les écosystèmes. Citons les fermes écoles ou fermes pilotes, les systèmes de parrainage autour de collectifs ou les living-labs pour les agriculteurs, véritables laboratoires d'expérimentations en situation réelle. Et aussi, permettre à ceux qui ont peur de s'engager d'être rassurés sur certaines gestions des rotations ou d'un « faire autrement », « de passer à l'acte », d'« être connecté ». Les jardins familiaux obéissent également à cette recherche de lien. Ainsi, certains jardiniers soulignent : « *une envie d'agir* » ; « *apprendre à mettre les mains dans la terre, pour revenir à l'essentiel* » « *Pour la convivialité et parce qu'on est entouré de plein de gens. C'est animé et pratique quand on a besoin de conseils.* » ; « *On voit du monde et puis on sait ce qu'on a dans notre assiette.* » ; « *C'est que du plaisir. Les enfants apprennent à jardiner. Ça les responsabilise. [...] On a une quinzaine de variétés de légumes et de fruits. De quoi remplir le frigo, bocaux et congélateurs.* » ; « *C'est notre havre de paix. Un bien précieux. Je ne le lâcherai pas.* » ; « *C'est l'esprit de famille des jardins* ».

Faire soi-même signifie (comme pour l'agriculteur) réduire sa dépendance : autonomisation et émancipation vont de pair. L'ambition est de « reprendre la main sur les systèmes alimentaires » (Paturel et Ramel, 2017). Ces mouvements s'inspirent de l'esprit de David

Holmgren, l'un des fondateurs de la permaculture : produire où les habitants vivent et disposent d'espaces cultivables. Aussi, « le potentiel politique de l'éthique du *care* tient à ce que celle-ci fasse dépendre le changement social de la participation pratique et affective des personnes impliquées dans une situation » (Ibos *et al.*, 2019, p. 48). Il s'agit ici de « réparer notre "monde", en sorte que nous puissions y vivre aussi bien que possible » (Tronto, 2009, p. 244).

Figure 1 : Connecter *care* le système alimentaire avec une démocratie alimentaire



Conclusions

A travers l'exemple du système alimentaire, nous avons tenté de montrer que le *care* ne se limite pas au domaine domestique ou familial mais qu'il suscite aussi une réflexion autour d'une gestion partagée des ressources et des liens avec le système alimentaire. Le *care* est ce qui nous lie à notre monde, au monde qui nous entoure. Agir éthique, c'est en prendre soin. Autrement dit, l'éthique du *care*, c'est se demander ce que je fais de ma dépendance au monde pour le rendre vivable ; c'est assumer ses dépendances. Mais pour ce faire, encore faut-il prendre conscience – « se décentrer » – et être en capacité d'assumer ces responsabilités communes mais différenciées. C'est pourquoi, le *care* permet de mieux comprendre l'autre et la manière dont la société s'organise en détaillant les infrastructures matérielles, les liens (ou rencontres) qui aliènent ou soumettent afin de mettre en évidence tout ce qui est vulnérable et digne de connaissance et de reconnaissance.

Bibliographie

C. Argyris, *Savoir pour agir*, Paris Interéditions, 1995.

F. Bernard, « Imaginaire, participation, engagement et *empowerment* : Des notions pour penser la relation entre risques et changements », *Communication & Organisation*, 45/1, 2014, p.87-98.

H. Bacqué, « L'intraduisible notion d'*empowerment* vu au fil des politiques urbaines américaines », *Territoires*, n°460, 2005, p.33.

J. Ballet, J.-M. Koffi, J. Pelenc, « Environment, Justice and the Capability Approach », *Ecological Economics* », 85/1, 2013, p. 28-34.

M.-A. Charles, C. Delpierre, B. Bréant, « Le concept des origines développementales de la santé. Evolution sur trois décennies », *Med Science*, Paris, 32(1), 2016, p.15-20.

C. Compagnone, C. Lamine, & L. Dupré, « La production et la circulation des connaissances en agriculture interrogées par l'agro-écologie : De l'ancien et du nouveau », *Revue d'anthropologie des connaissances*, 2018, 12(2), p. 111-138.

C. Compagnone, « Les viticulteurs bourguignons et le respect de l'environnement. Réseaux de dialogues professionnels et dynamique de changement », *Revue française de sociologie*, 55(2), 2014, p. 319-358.

B. Conein, « Cognition situé et coordination de l'action : la cuisine dans tous ses états », *Réseaux*, 43, 1990, p. 99-110.

V. Erné-Heintz, « *Promotion d'une agriculture soucieuse de santé environnementale. Enjeux nouveaux et innovations locales* », DREAL, Grand Est, 2019, <http://www.grand-est.prse.fr/promouvoir-une-production-agricole-soucieuse-de-a160.html>

V. Erné-Heintz, « Entre tradition et modernité, une transition agricole porteuse d'héritages et d'expériences ou comment mettre en champs une créativité soucieuse de durabilité », *L'interculturalité au service des transitions. Repenser la vie et l'éducation de l'humain en Anthropocène*, sous la direction de Chalmel L. et Herrmann-Israel A., éd. Peter Lang, 2024, p. 40-48.

C. Gautier, J. Valluy, « Générations futures et intérêt général. Éléments de réflexion à partir du débat sur le développement durable », *Politix*, vol.11, n°42, 1998, p. 7-36.

C. Ibos, A. Damamme, P. Molinier, P. Paperman, *Vers une société du care : Une politique de l'attention*. Le Cavalier Bleu, 2019.

C. Lamine, Y. Chiffolleau, « Reconnecter agriculture et alimentation dans les territoires : dynamiques et défis », *Pour*, 215, 2012, p. 85-92.

- B. Latour, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, La Découverte, « Poche / Sciences humaines et sociales », 2006.
- C. Larrère, « Care et environnement : la montagne et le jardin », in S. Laugier, *Tous vulnérables ? Le care, les animaux et l'environnement*, Paris, ed. Payot, 2012, p. 233-262.
- S. Laugier, (éd.) *Tous vulnérables ? Le care, les animaux et l'environnement*, Paris, Payot, 2012.
- S. Laugier, « Care, environnement et éthique globale », *Cahiers du genre*, 2(59), Ed. Associations Féminin Masculin Recherches, 2015, p. 127-152.
- D. Paturel et M. Ramel, « Ethique du care et démocratie alimentaire : les enjeux du droit à une alimentation durable », *Revue française d'éthique appliquée*, 2017, 2(4), p. 49-60.
- E. Petit, « Ethique du care et comportement pro-environnemental », *Revue d'économie politique*, 124, 2014, p. 243-267.
- E. Pulcini, « Assujetties au don, sujets de don. Réflexions sur le don et le sujet féminin », *Revue du Mauss*, 25, 2005, p. 325-338.
- E. Pulcini, « Donner le care », *Revue du Mauss*, 39, 2012, p. 49-66.
- J. Talpin, « Former des sujets démocratiques : Les effets de la participation sur les individus », *Idées économiques et sociales*, 173 (3), 2013, p. 17-24.
- A. Sen, *Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté* (M. Bessières, trad.), Paris : Odile Jacob, 2003, (Ouvrage original publié en 1999 sous le titre *Development as freedom*. Oxford : Oxford University Press).
- J. Tronto, *Un monde vulnérable. Pour une politique du care*. La Découverte, Paris, 2009.
- J. Tronto, *Le risque ou le care ?* Presses Universitaires de France, Paris, 2012.

La gestion des risques environnementaux par la personne morale : le succès en demi-teinte de la convention judiciaire d'intérêt public environnemental

Sandie LACROIX-DE SOUSA

Maître de conférences HDR, Université d'Orléans
Centre de Recherche Juridique Pothier (UR 1212)

Résumé : Outil inspiré des « *deferred prosecution agreements* » caractéristiques de la compliance dans le secteur bancaire et financier, la convention judiciaire d'intérêt public a récemment été transposée dans le secteur environnemental. Le dispositif conçu comme une mesure alternative aux poursuites permet aux personnes morales pénalement mises en cause pour des infractions environnementales de conclure une convention avec le parquet par laquelle elles reconnaissent les faits reprochés et s'engagent non seulement à verser une amende d'intérêt public mais également à mettre en place un certain nombre d'obligations en fonction du risque environnemental lié à leur activité. A l'analyse, les montants des amendes d'intérêt public environnemental restent actuellement très faibles par rapport à celles versées dans le cadre de CJIP du secteur bancaire et financier et les CJIPe peinent à s'imposer dans les pratiques des juridictions. Plusieurs pistes peuvent être proposées pour les renforcer parmi lesquelles un meilleur accompagnement des magistrats pour favoriser leur mise en place, la consécration d'un régulateur et d'un parquet environnemental ou encore l'association des élus locaux au titre de leurs prérogatives d'officier de police judiciaire.

Mots-clés : compliance, environnement, convention, intérêt public environnemental

Abstract: *Inspired by the "deferred prosecution agreements" characteristic of compliance in the banking and financial sector, the judicial public interest agreement has recently been transposed to the environmental sector. Designed as an alternative to prosecution, this mechanism enables legal entities charged with environmental offences to enter into an agreement with the public prosecutor's office, whereby they acknowledge the charges and undertake not only to pay a public interest fine, but also to implement a certain number of obligations based on the environmental risk associated with their activity. On analysis, the amounts of environmental public interest fines are currently very low compared with those paid under banking and financial sector CJIPs, and CJIPes are struggling to establish themselves in the practices of the courts. A number of avenues could be explored to strengthen the system, including better support for magistrates to encourage their implementation, the creation of an environmental regulator and public prosecutor's office, and the involvement of local elected representatives as part of their prerogatives as judicial police officers.*

Keywords: *compliance, environment, judicial agreement, environmental public interest*

Responsabilisation des acteurs économiques. Parmi les courants qui traversent aujourd'hui le droit économique, la *compliance* occupe une place de choix¹. Née aux États-Unis dans les années 1970, dans le secteur bancaire et financier, elle est habituellement présentée comme « *l'ensemble des dispositifs mis en œuvre par l'entreprise qui permettent d'assurer l'adéquation des comportements aux normes juridiques et éthiques qui lui sont applicables* »². Fondée sur l'idée d'autorégulation, elle vise à responsabiliser les acteurs économiques et tend à internaliser au sein des entreprises des buts considérés comme « monumentaux » que les États, seuls, de manière verticale, ne peuvent atteindre³. Dans cette catégorie suprême, des « *buts monumentaux* » se retrouvent, entre autres : la lutte contre la corruption, la lutte

¹M.-A. Frison-Roche, « La *compliance* », in *Le droit économique au XXIème siècle. Notions et enjeux*, dir. J.-B. Racine, LGDJ-Lextenso, 2020, p. 97.

²D. Tricot, in A. Gaudemet, *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 8.

³M.-A. Frison-Roche, *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, 2022 ; « Du droit de la régulation au droit de la *compliance* », in *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017, p. 6.

contre l'évasion fiscale, la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, la protection des données personnelles ou encore la préservation de la planète⁴.

Mouvement d'internalisation. Pour comprendre la culture et les mécanismes de la *compliance*, l'analogie avec l'écologie peut d'ailleurs être adoptée. À l'évidence, la planète ne saurait être plus propre sans un changement profond des comportements individuels tels que trier ses déchets, ne rien jeter par terre, éteindre les appareils électriques... De la même manière, la société ne saurait être plus éthique sans un effort spécifique et ajusté de chaque acteur économique. Afin de lutter efficacement contre le travail des enfants, contre les pratiques anticoncurrentielles, contre la corruption transnationale, il est indispensable d'impliquer tous les acteurs économiques, privés comme publics ainsi que tous les maillons de leur organisation, depuis les instances dirigeantes jusqu'aux salariés, aux fournisseurs ou aux sous-traitants⁵. La vigilance devient, de la sorte, l'affaire de tous⁶. C'est la raison pour laquelle le législateur propose ou impose parfois aux entreprises - multinationales, mais aussi petites et moyennes entreprises ou entreprises de taille intermédiaire⁷ - de mettre en place, en interne, des « programmes de conformité ». Ces « programmes de conformité » constituent « l'illustration tangible de stratégies de gouvernance volontaristes, par lesquelles les acteurs économiques expriment leur détermination non seulement à assurer la conformité de leur comportement aux règles de droit, mais également à prévenir les risques d'infraction à ces règles et à y faire face sans attendre lorsque l'infraction n'a pu être évitée »⁸.

Compliance environnementale. En matière environnementale, les études relatives à la *compliance* sont encore peu nombreuses. Le Code de la *compliance*, récemment publié en France⁹, ne consacre ainsi aucune entrée dédiée à l'environnement. Il comprend un ensemble de textes relatifs à l'*antitrust*, au blanchiment, à la corruption, au devoir de vigilance, aux droits humains, aux lanceurs d'alerte, aux sanctions économiques et aux embargos ; mais aucune disposition relative à l'environnement n'y figure. Pourtant, la Commission européenne s'est expressément prononcée en faveur du « développement d'actions pour améliorer et développer la compliance environnementale »¹⁰. Fidèle à la théorie de la gestion des risques, la « compliance environnementale » vise à intégrer les risques environnementaux dans la gestion même des entreprises, au titre des décisions stratégiques. Inévitablement, la concrétisation d'un risque environnemental emporte en effet pour la personne morale des conséquences financières, des déficits d'image, des pertes de marché voire des *boycotts* de produits, susceptibles de fragiliser lourdement la pérennité de l'organisation¹¹.

Plus largement, le défi du « développement durable » qui, selon les termes du rapport *Brundtland*, rédigé en 1987, par la Commission mondiale de l'environnement et du développement de l'Organisation des Nations Unies, implique de « s'efforcer de répondre aux

⁴S. Lacroix-de Sousa, « La *compliance* environnementale en quête de consolidation », in *La durabilité saisie par le droit*, Mare et Martin, 2023, p. 169.

⁵S. Lacroix-De Sousa, « La *compliance* au service de la lutte anti-blanchiment : enjeux et limites pour les établissements bancaires », *Revue du GRASCO*, janv. 2021, n°32, p. 44.

⁶L. d'Ambrosio, « Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuité et ruptures », *Droit et société* 2020/3, n°106, p. 633.

⁷B. Cazeneuve, « La compliance, facteur de protection et de compétitivité des entreprises françaises », *La revue des juristes de Sciences po*, janv. 2019, n°16, p. 26.

⁸Autorité de la concurrence, Document-cadre du 11 octobre 2021 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/conformite_nouveau%20doc_cadre_0.pdf

⁹Code de la *compliance*, annoté par M.-E. BOURSIER, W. FEUGERE, Dalloz, 1^{ère} éd., 2021.

¹⁰Com. 18,1, 2018.

¹¹B. Parance, « Une illustration d'une démarche de *compliance* en droit de l'environnement : le cas Michelin devant le Point de contact national France », in *Compliance : l'Entreprise, le Régulateur et le Juge*, Dalloz, 2018, p. 91.

besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de satisfaire les leurs »¹² nécessite un engagement et une mobilisation urgente, impérative et vigoureuse de l'ensemble des acteurs économiques. Les « *piliers* » et « *principes fondamentaux* » du développement durable, formulés dans le rapport, visent en pratique à faire en sorte que celui qui abîme, dégrade et pollue, répare¹³. Ils s'inscrivent en totale contradiction avec la société de consommation actuelle marquée, à l'opposé, par un fort individualisme. C'est pourquoi, pour tendre vers une société plus durable afin de préserver la planète et ses ressources, le système socio-économique doit rapidement évoluer et plus encore, les modèles juridiques classiques doivent également être repensés. La *compliance* participe de ce renouveau.

« Outils » de la *compliance*. Au titre des outils - présentés comme des « marqueurs » de la *compliance* – qui figurent en droit français dans la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite loi « Sapin II » se trouvent notamment l'élaboration d'un « code de conduite », la mise en place d'un « dispositif d'alerte interne », l'établissement d'une « cartographie des risques », (article 17) ou encore « la convention judiciaire d'intérêt public » désignée en pratique par le sigle CJIP (article 22). Cette dernière est présentée comme un « *outil de maîtrise du risque pénal* » à disposition des entreprises souhaitant transiger pour des faits de délinquance économique et financière¹⁴.

Convention judiciaire d'intérêt public. Cette CJIP est directement inspirée des « *deferred prosecution agreements* »¹⁵ anglo-américains redoutés et redoutables en raison de leur application extraterritoriale¹⁶. Que l'on songe ici à l'amende de 772 millions de dollars infligée au groupe français *Alstom* par les autorités américaines pour des faits de corruption internationale ! Les critiques relatives à la pratique de ces « *deals of justice* » laissant les entreprises françaises particulièrement démunies et se traduisant par des atteintes économiques très graves ont été vives et nombreuses. Il existe en effet un risque important d'instrumentalisation de ces procédures pour affaiblir les entreprises avant un rachat, par exemple, ou pour s'approprier certaines informations ou leur interdire certains marchés. La consécration de la CJIP en droit pénal français ne s'est donc pas faite sans heurts¹⁷.

Techniquement, la CJIP s'inscrit – aux côtés de la composition pénale¹⁸, de la transaction pénale¹⁹ ou de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)²⁰ - dans « *un climat d'efficacité transactionnelle* »²¹. Placée sous le contrôle de l'Agence Française Anticorruption (AFA), elle constitue un instrument transactionnel permettant à une personne morale, sous certaines conditions, de négocier avec le ministère public le paiement d'une

¹²A. Aknin, « Environnement et développement – quelques réflexions autour du concept de « développement durable » », in *Développement durable ? Doctrine, pratiques, évaluations*, IRD éd., 2002, p. 51.

¹³J. Boissonade, « Le développement durable face à ses épreuves », *Espaces et Sociétés* 2011/4, n°147, p. 57.

¹⁴M. Galli, « Une justice pénale propre aux personnes morales – Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, Dalloz, 2018/2, p. 359.

¹⁵DPA ; littéralement, « accords de poursuite différée ».

¹⁶« Sur la coordination d'accords transactionnels avec des autorités étrangères », *Rev. crit. DIP*, 2020/3, p. 627.

¹⁷E. Vergès, « La procédure pénale hybride. À propos de la convention judiciaire d'intérêt public issue de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », *RSC* 2017/3, p. 579.

¹⁸Article 41-2 du Code de procédure pénale ; elle n'est ouverte qu'aux personnes physiques et pour des infractions punies d'un maximum de 5 ans d'emprisonnement.

¹⁹Article 41-1 du Code de procédure pénale ; elle n'est applicable qu'aux infractions punies d'un maximum d'un an d'emprisonnement et ne donne lieu à aucune inscription au casier judiciaire.

²⁰Articles 495-7 et suivants du Code de procédure pénale.

²¹L. Rousseau et M. Méric, « Les inconvénients de la justice négociée en matière de criminalité financière », *Dalloz actualité*, 2 juin 2020.

amende et/ou la mise en place d'un programme de conformité en échange de l'extinction des poursuites, sans aucune reconnaissance de culpabilité de sa part. Cherchant à préserver les impératifs de compétitivité dans un contexte international offensif à l'encontre des entreprises européennes et françaises²², la CJIP ne fait d'ailleurs l'objet pour les personnes morales d'aucune inscription au bulletin n°1 du casier judiciaire évitant de la sorte des exclusions de marchés à l'international²³.

Succès de la CJIP dans le secteur financier. En matière de lutte contre la corruption, depuis l'entrée en vigueur de la loi « Sapin II », plus d'une vingtaine de CJIP mettant en cause de grands noms du secteur économique (*HSBC, Airbus, Bolloré, LVMH...*) ont déjà été rendues : quinze par le Parquet National Financier (PNF) et sept par d'autres parquets ; principalement pour corruption et fraude fiscale pour un montant total d'amendes versées au Trésor de plus de cinq milliards d'euros²⁴. La première a été conclue, le 30 octobre 2017, au cours d'une information judiciaire entre le PNF et une filiale suisse de la banque HSBC - *HSBC Private Bank Suisse SA* - à propos de faits de blanchiment aggravé de fraude fiscale et de démarchage bancaire et financier illicite. Dans cette affaire, la banque a accepté d'être sanctionnée par une amende d'intérêt public de 157 975 422 euros et par la réparation du préjudice subi par la victime de 142 024 578 euros. En 2020, la société *Airbus* poursuivie pour corruption d'agents publics à l'étranger, abus de biens sociaux, faux et usages de faux par le PNF, s'est engagée à payer sous dix jours une amende d'intérêt public de 2,1 milliards d'euros et à faire évaluer par l'AFA son dispositif de conformité. À la fin de l'année 2021, la société *LVMH* dans le cadre d'une CJIP s'est encore engagée à payer une amende d'intérêt public portée à 0,02% de son chiffre d'affaires dans l'affaire impliquant l'ancien directeur du renseignement intérieur, Bernard *Squarcini*, pour des chefs de trafic d'influence, de recel et d'autres infractions connexes. En décembre 2023, ce sont encore trois CJIP qui ont été conclues entre le Procureur de la République de Marseille et une société du groupe *Omnium Développement* pour des faits de corruption active d'une personne chargée d'une mission de service public, trafic d'influence actif sur une personne chargée d'une mission de service public, recel de favoritisme et recel de prise illégale d'intérêts avec une amende d'intérêt public d'un montant de 1 700 000 euros.

Mesure alternative aux poursuites. Face aux critiques dénonçant un outil permettant aux personnes morales fraudeuses « *d'acheter leur innocence* » et introduisant une « *logique d'arrangements* » dans la procédure judiciaire française, certains ont pu rétorquer qu'il s'agissait plutôt d'« *un outil de résolution pragmatique des affaires de corruption des personnes morales, qui ne parvenaient pas à être condamnées pour corruption* », d'« *un outil qui a permis à la France de gagner en présence et en reconnaissance dans l'espace judiciaire international* », d'« *un outil apportant une réponse pénale négociée* »²⁵. Synthétiquement, il s'agit de permettre au procureur de la République de transiger - sous le contrôle du juge - avec une personne morale mise en cause, contre l'engagement de cette dernière à respecter un certain nombre d'obligations. Si ces obligations sont respectées, le procès pénal est évité. La CJIP rejoint de la sorte la liste des mesures alternatives aux poursuites du droit français.

²²Rapport Gauvain, « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale », 26 juin 2019.

²³F. Stasiak, « La privatisation de la lutte contre la corruption », *Droit pénal* n°6, juin 2019, dossier 2.

²⁴Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, ministère de la Justice, 16 janvier 2023.

²⁵J.-Fr. Bonhert, *Lexbase*, 15 déc. 2022.

Création de la CJIFE. Présentée comme un mécanisme transactionnel apportant une réponse judiciaire mieux acceptée par les parties et surtout plus rapide et plus efficace, la CJIP a ensuite été étendue par le législateur à la matière environnementale. C'est plus précisément la loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spéciale qui est venue consacrer le dispositif également abrégé sous le sigle « CJIFE » pour Convention Judiciaire d'Intérêt Public Environnemental. L'adjectif « *environnemental* » est usuellement décliné au féminin mais en réalité, il vise plus « *l'intérêt public* » que « *la convention* », c'est pourquoi, le masculin sera préféré dans la présente contribution.

Figurant désormais aux articles 41-1-3 et 180-3 du Code de procédure pénale, elle concerne les délits prévus par le Code de l'environnement et les infractions connexes applicables aux infractions punies d'une peine n'excédant pas deux ans d'emprisonnement. En substance, le dispositif envisagé offre à une personne morale pénalement mise en cause – mais non encore poursuivie – la possibilité de conclure avec le ministère public une convention aux termes de laquelle elle reconnaît les faits d'atteinte à l'ordre public environnemental qui lui sont reprochés comme la dégradation du milieu, le non-respect d'une norme environnementale, par exemple. L'article 41-1-3 du Code de procédure pénale prévoit que, par la CJIFE, la personne morale peut s'engager à une ou plusieurs des obligations suffisantes : « 1) verser une amende d'intérêt public au Trésor public dont le montant devra être fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, pouvant aller jusqu'à 30% du chiffre d'affaires annuel de la personne morale signataire ; 2) mettre en œuvre un programme de mise en conformité d'une durée maximale de trois ans, sous le contrôle, selon les cas, de l'AFA ou des services chargés de l'environnement ; 3) la réparation du préjudice causé à la victime ou du préjudice écologique ».

CJIFE et *care*. En pratique, que penser de cette transposition à la matière environnementale d'un dispositif conçu initialement pour la matière économique et financière ? L'outil de droit économique est-il pareillement adapté au droit de l'environnement ? Constitue-t-il un mécanisme efficace permettant de mieux gérer le risque environnemental des personnes morales ?

Notion protéiforme au centre de plusieurs études multidisciplinaires, voire transdisciplinaires, le « *care* » invite étymologiquement à « *s'occuper de* », « *faire attention à* », « *prendre soin de* »²⁶. Comme la *compliance*, l'anglicisme intrigue et/ou irrite et bien sûr, il n'en existe pas de définition unique. Il s'en dégage néanmoins assez nettement une énergie, une impulsion, un élan tourné vers l'autre et en ce sens la philosophe Cynthia Fleury affirme que le *care* désigne « *une manière d'habiter le monde en se souciant des autres* »²⁷. Qu'elle prenne place dans le secteur bancaire et financier ou dans le secteur environnemental, la *compliance* est animée d'un mouvement pareillement dynamique et constitue une manière d'inviter ou de contraindre les personnes morales qui dirigent le monde économiquement à s'engager dans le *care*. Mais avec quelle authenticité et quelle efficacité ? L'étude du dispositif de CJIFE illustre bien les limites de la transposition d'outils juridiques - ou plus précisément judiciaires - pensés pour un secteur économique déterminé à un autre. Il est ici proposé de revenir sur la

²⁶Dans l'étymologie de *care*, on retrouve *caru*, *cearu* qui signifie soins, souffrance, douleur, chagrin ; V. P. Molinier, *Le care monde, Trois essais de psychologie morale*, ENS éditions, 2018, p. 4.

²⁷C. FLEURY, *Le soin est un humanisme*, Gallimard, 2019, p. 14.

consécration (I) puis sur les limites (II) de cette transposition de la CJIP de la matière financière à la matière environnementale.

I) La consécration de la CJIP en matière environnementale

Justice environnementale négociée. Face à un contentieux environnemental, technique et ardu, la CJIPE a pu être présentée comme le mécanisme emblématique de « *la justice environnementale négociée* » selon les termes de François Molins, ancien procureur général près la Cour de cassation et fervent défenseur de l'accroissement des pouvoirs des juges en matière environnementale²⁸. Le dispositif peut être largement utilisé au bénéfice des personnes morales mises en causes « *pour un ou plusieurs délits prévus par le code de l'environnement* » ainsi que « *pour des infractions connexes* »²⁹. Le ministère a explicité les cas dans lesquels la proposition d'une CJIPE est recommandée. La circulaire du 11 mai 2021 visant à consolider le rôle de la justice en matière environnementale³⁰ indique que la convention « *vient pallier l'absence de dispositif transactionnel permettant un traitement efficace et rapide des procédures ouvertes pour des atteintes graves à l'environnement* » par rapport à la transaction pénale, jugée plus adaptée « *aux infractions de faible gravité* ». Plus précisément, le ministère recommande d'apprécier l'opportunité de mise en œuvre d'une CJIPE en considération des critères suivants : « *les antécédents de la personne morale ; le caractère spontané de la révélation des faits ; le degré de coopération en vue de la régularisation de la situation et/ou de la réparation du préjudice écologique* ».

Prémices. Les deux premières CJIPE ont été signées, en 2021, à l'initiative du parquet du tribunal judiciaire du Puy-en-Velay, dans des affaires environnementales plutôt ordinaires aux enjeux financiers très limités. Dans la première affaire, la personne morale était une usine de traitement des eaux de la commune de Monistrol-sur-Loire mise en cause pour « *déversement par personne morale de substances nuisibles dans les eaux souterraines, superficielles ou de la mer* »³¹. Plus précisément, était en cause le déversement d'un produit toxique pour les organismes aquatiques - le permanganate de potassium - dans le ruisseau de Chabannes, à Monistrol-sur-Loire, en mars 2021. Cette pollution ayant contaminé plus d'un kilomètre de cours d'eau n'était pas la première infraction à l'initiative de l'usine, en réalité. En novembre 2020, la même structure avait déjà déversé accidentellement 50 000 litres de lait de chaux dans ce même cours d'eau. Au terme de cette CJIPE, l'usine de traitement des eaux s'est ainsi engagée à verser au Trésor public une amende de 5000 euros et à mettre en œuvre un programme de mise en conformité « *avec la pose dans un délai de 6 mois d'un portillon d'accès à la vanne du bassin de décantation, permettant l'intervention à toute heure des services de secours* ». Elle a par ailleurs accepté de réparer le préjudice environnemental et piscicole au bénéfice de la Fédération Départementale de Pêche de la Haute-Loire et de l'Association Agréée de Pêche et de Protection du Milieu Aquatique, évalué chacun à 2150 euros.

Quelques mois plus tard, une autre CJIPE était signée par les services du même parquet dans une affaire présentant des faits similaires. Le 18 février 2022, le Tribunal judiciaire du Puy-en-Velay validait une seconde CJIPE conclue entre le procureur de la République et un

²⁸Fr. Molins, « Droit pénal de l'environnement : on a une immense marge de progression », *Droit de l'environnement*, déc. 2022, n°317.

²⁹Article 41-1-3 du code de procédure pénale.

³⁰Circulaire n°2021-02 /G3-11/05/2021.

³¹Convention judiciaire d'intérêt public en matière d'environnement validée le 4 mars 2022 par le Président du Tribunal Judiciaire du Puy-en-Velay ; G. Poissonier, « Pollution des eaux : conclusion des premières CJIP environnement en France », *Dr. pénal* 2022/4, p. 39.

Groupement Agricole d'Exploitation en Commun (GAEC) pour déversement en eau douce de substances nuisibles³². Cette CJIFE faisait suite à une enquête préliminaire ouverte en 2021 et confiée à l'Office Français de la Biodiversité (OFB) pour « *rejet par une personne morale en eau douce d'une substance nuisible aux poissons ou à sa valeur nutritionnelle* ». L'affaire concernait plus exactement le déversement dans la Sérigoule de lisier émanant de l'exploitation agricole. À l'issue de cette CJIFE, le GAEC s'engageait au paiement d'une amende d'intérêt public de 1000 euros et acceptait de s'astreindre à un programme de mise en conformité d'une durée de 30 mois sous le contrôle des services compétents du ministère de l'environnement. Il était par ailleurs condamné à réparer le préjudice environnemental et piscicole évalué à hauteur de 23 000 euros au bénéfice de la Fédération départementale de pêche et de protection du milieu aquatique, dans un délai de 6 mois.

Efficacité. Ces deux premières CJIFE ont eu l'intérêt de mettre en lumière les bénéfices du dispositif transactionnel en matière environnementale. Manifestement, le mécanisme se singularise par sa célérité et les mesures de remise en l'état interviennent ici dans de brefs délais. Par ailleurs, les décisions étant rendues par la juridiction pénale, elles sont symboliquement plus dissuasives que celles prononcées par le juge administratif, habituellement compétent pour le contentieux environnemental. Surtout, les sanctions font l'objet d'une négociation avec les personnes morales ayant commis des infractions environnementales. Elles ont donc plus de chance d'être comprises, acceptées et exécutées par elles. L'idée de cette CJIFE est donc non seulement de permettre aux acteurs économiques de faire face sans attendre lorsque l'infraction environnementale n'a pu être évitée, mais encore de changer durablement leurs comportements. C'est un des intérêts majeurs des procédures pénales reposant sur le « *plea bargaining* », élément fondamental de la procédure pénale en Angleterre et au Pays de Galles, au Canada et aux États-Unis, mais également reconnues en Espagne, en Italie et au Portugal depuis les années 1980 et s'imposant en France depuis la loi n°99-515 du 23 juin 1999 créant la procédure de composition pénale³³.

Pragmatisme. Tirer les conséquences juridiques de la reconnaissance par l'auteur d'infractions environnementales répond à des considérations de bon sens et s'inscrit dans une démarche de pragmatisme et d'efficacité. L'entreprise poursuivie pour ces manquements au droit de l'environnement commence ainsi à faire amende honorable avant d'être condamnée en reconnaissant les faits qu'elle a commis et en acceptant de les réparer. La visée éducative est assumée et semble en parfaite adéquation avec les spécificités de la matière environnementale. Changer les comportements sur la durée passe également par des réponses judiciaires appropriées et pédagogiques. Pourtant, le dispositif de la CJIFE peine, en pratique, à s'imposer et suscite encore des réserves, voire des inquiétudes.

Incitation à un recours plus massif aux CJIFE. Face au très faible succès de la CJIFE, la circulaire de politique pénale en matière de justice pénale environnementale du 9 octobre 2023 a finalement admis que son recours était également adapté « *aux atteintes graves à l'environnement* » ainsi qu'« *aux affaires dont le ressort géographique est limité et sans technicité particulière* ». Elle confirme en revanche que la CJIFE reste réservée au primodélinquant alors que l'engagement des poursuites doit être privilégié « *en cas de*

³²Convention judiciaire d'intérêt public en matière d'environnement validée le 18 février 2022 par le Président du Tribunal Judiciaire du Puy-en-Velay.

³³Fr. Molins, « Plaidoyer pour le plaider coupable : des vertus d'une peine négociée », *AJ pénal* 2003, 61.

réitération de faits graves afin de donner toute sa dimension dissuasive à la condamnation publique recherchée ».

À l'analyse, depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020, peu de CJIPE ont été négociées et signées. Répertoriées sur le site du ministère de la Justice, on en dénombre une quinzaine : huit CJIPE conclues pour des cas de pollution accidentelles de cours d'eau dans le cadre de l'exploitation d'une installation, avec le plus souvent négligence caractérisée de l'exploitant ; deux CJIPE pour des destructions de haies en bordure de parcelles agricoles ; deux CJIPE relatives à des pollutions de l'air par des navires ; deux CJIPE sur des infractions aux règles encadrant l'activité des zoos ; une CJIPE sur des travaux réalisés dans un étang classé en zone Natura 2000. Les amendes d'intérêt public prononcées sont de montants faibles voire dérisoires : 3000 euros, 7500 euros ; 42000 euros... bien loin des sommes retenues dans le secteur bancaire et financier. Dans certains cas, la personne morale a même été avertie par les services préfectoraux, voire mise en demeure d'agir avant que l'atteinte à l'environnement ne survienne.

Cadre procédural. S'agissant de la procédure, elle demeure assez simple et efficace. Rappelons ici qu'elle ne vise que les personnes morales et non les personnes physiques. Le point de départ réside dans la décision du procureur de la République de proposer la CJIP à la personne morale mise en cause. Cette opportunité laissée au ministère public permet sans nul doute d'expliquer aujourd'hui son utilisation limitée, à quelques juridictions. Concrètement, les représentants légaux de la personne morale peuvent décider ou non de signer la convention. S'ils acceptent, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal judiciaire aux fins de validation de la convention. Après une audience publique au cours de laquelle les parties, et le cas échéant la victime, sont entendues, le président du tribunal judiciaire valide ou non la convention par une ordonnance insusceptible de recours. En cas de validation de la convention, la personne morale dispose d'un délai de dix jours pour se rétracter et la rétractation emporte la caducité de la convention. En l'absence de rétractation, le procureur de la République informe le public de la CJIPE par établissement d'un communiqué de presse et l'ordonnance est publiée sur les sites internet des ministères de la Justice et de l'Environnement ainsi que sur celui de la commune du lieu de l'infraction.

Obligations à la charge des personnes morales. Plusieurs obligations sont susceptibles d'être proposées par le procureur de la République dans le cadre de cette CJIPE. D'une part, il peut condamner la personne morale ayant manqué à ses obligations environnementales au paiement d'une amende d'intérêt public versée au Trésor. L'amende peut atteindre 30% du chiffre d'affaires moyen annuel et son versement peut être échelonné ; selon un échéancier fixé par le procureur de la République sur une période qui ne peut être supérieure à un an. D'autre part, le procureur de la République peut condamner la personne morale mise en cause au versement de dommages-intérêts à la victime si elle est identifiée voire à la réparation du préjudice écologique. Enfin, il peut également condamner la personne morale défaillante à la mise en place d'un programme de conformité visant à régulariser sa situation au regard du risque environnemental lié à son activité. Ce programme est circonscrit à une durée maximale fixée à trois ans.

Précisions réglementaires. Dans l'objectif d'inciter à la conclusion plus massive et régulière de CJIPE, la circulaire du 9 octobre 2023 est venue apporter quelques précisions sur les

finalités différentes de ces obligations. Il y est ainsi précisé que l'amende est « *une sanction autonome* » dont le montant doit être fixé sans tenir compte des frais de réparation, des préjudices personnels et du préjudice écologique résultant de l'infraction et que son montant doit prendre en considération les « *profits obtenus par la personne morale grâce au comportement* ». Les mesures ordonnées doivent permettre une « *remise en l'état de l'environnement* » et l'efficacité des mesures doit être « *vérifiée, en articulation avec les éventuelles actions administratives* ».

II) Les limites de la transposition de la CJIP à la matière environnementale

Justice à deux vitesses. Dès les travaux parlementaires, le mécanisme de la CJIPE a fait l'objet de vives critiques de la part de certaines associations comme *Sherpa* ou *Anticor* au motif qu'il constituerait un instrument stratégique placé au service d'entreprises économiquement puissantes. Partant, il leur assurerait une totale impunité en leur offrant la possibilité de payer après avoir fraudé³⁴. Il a ainsi été dénoncé une CJIP instaurant « *une justice à deux vitesses dans laquelle les entreprises achètent leur innocence pour les infractions les plus graves, sans voie de recours possible pour les victimes dont la place est limitée* »³⁵. À l'examen, les limites du dispositif sont plurielles.

Opacité de la procédure. Il est, tout d'abord, possible de relever le caractère opaque de la procédure. Si le Code de procédure pénale prévoit expressément que les CJIPE sont rendues publiques, l'ensemble des débats et des discussions qui entourent les négociations entre le procureur de la République et les personnes morales mises en cause demeurent, à l'inverse, couverts par le secret de la « *transaction* ». De cette absence de débat public – pourtant caractéristique du procès pénal – peut découler l'impossibilité pour le reste de la société d'identifier les mauvaises pratiques environnementales des entreprises. De la même manière, il est à craindre que la personne morale peine à prendre la véritable mesure des atteintes portées à l'environnement comme elle peut y être invitée à l'occasion d'un véritable procès avec une audience ouverte au public.

Risques de généralisation. Est également dénoncé le champ d'application particulièrement large de la CJIPE qui risque d'aboutir à une généralisation de cette justice négociée. Initialement conçue comme une procédure exceptionnelle et dérogatoire, réservée aux affaires particulièrement complexes impliquant une répartition du préjudice écologique et requérant une expertise spécifique, la CJIPE est en réalité appliquée à des affaires très banales de pollution des eaux comme en témoignent les toutes premières initiées par le parquet du Puy-en-Velay.

Montant anormalement faible des amendes d'intérêt public environnemental. Surtout, sur le plan économique, le montant très faible des amendes négociées par les personnes morales ayant manqué à leurs obligations environnementales retient l'attention. Les montants d'amende d'intérêt public de quelques milliers d'euros sont en disproportion manifeste avec l'ampleur de l'atteinte à l'environnement telle que décrite par le parquet dans les CJIPE et avec l'amende encourue. Dans la toute première CJIPE initiée par le procureur de la République du Puy-en-Velay, l'usine de traitement des eaux avait déjà commis des faits de

³⁴W. Feugère, *Mener une enquête interne*, éd. Législatives, 2020.

³⁵Association SHERPA, tribune parue dans le Monde 8 décembre 2020 « la responsabilité environnementale ne se négocie pas !

pollution six mois plus tôt, sans être jugée pour cela. La condamnation à une amende de 5 000 euros et à la mise en place d'un plan interne de conformité, pour une récidive, est loin d'être dissuasive. La situation est d'autant plus critiquable que l'urgence écologique et climatique incite, à l'opposé, au prononcé de sanctions plus sévères. À titre de comparaison, le délit de pollution des eaux prévu à l'article L. 216-6 Code de l'environnement est puni pour les personnes morales d'une amende dont le montant peut aller jusqu'à 375 000 euros. Il est encore possible de relever que le montant de l'amende s'est limité à 40 000 euros dans la CJIPE conclue avec Nestlé pour une pollution de l'Aisne, alors qu'elle aurait pu atteindre trente pour cent de son chiffre d'affaires moyen annuel de près de deux milliards d'euros soit environ 590 millions d'euros ! Dans la CJIPE conclue pour une destruction d'habitats d'espèces protégées (448 mètres de haies), aucune amende n'a même été infligée... Les résultats sont donc très éloignés des millions d'euros versés par les établissements bancaires dans le cadre de CJIP du secteur financier.

Absence de programme de mise en conformité. Par ailleurs, à l'analyse des CJIPE conclues jusqu'à présent, il est manifeste que régulièrement aucun programme de mise en conformité et aucune mesure de réparation du préjudice écologique n'est adopté. Par exemple, dans les deux CJIPE relatives à la pollution de l'air, il est même indiqué qu'« *au regard de la nature des faits et en l'absence de demandes en ce sens, la réparation du préjudice écologique ou l'indemnisation de victimes apparaît sans objet* ». Et, lorsqu'une somme est allouée au titre du préjudice écologique, aucune méthode de calcul n'est présentée pour expliquer les montants – globalement faibles – qui ont finalement été retenus.

Standardisation des CJIPE. Sur le plan formel, il existe en pratique autant de modèles de CJIPE que de procureurs de la République, ce qui peut expliquer la difficulté pour les parquets de recourir à cet outil. L'obligation de respecter une « CJIPE standardisé » pourrait utilement aider les parquetiers et les contraindre à justifier plus précisément les raisons pour lesquelles ils décident de ne pas retenir une ou plusieurs des obligations susceptibles d'être mises à la charge de la personne morale. En la matière, on pourrait imaginer que le modèle très détaillé, utilisé par le PNF, en matière économique et financière, soit plus largement diffusé voire rendu obligatoire. Au surplus, on ne peut que déplorer qu'actuellement, trop nombreuses soient les CJIPE peu motivées.

Accompagnement des élus locaux. Parmi les pistes d'amélioration, certains soutiennent encore l'idée d'associer plus systématiquement les élus et précisément les maires, à la conclusion des CJIPE : « *associer les maires apparaît aussi essentiel pour identifier les autres victimes des infractions, (...) et notamment les associations locales et recueillir toute information sur l'état initial de l'environnement et les mesures de réparations les plus adaptées* »³⁶. Les communes sont aussi victimes des infractions environnementales commises sur leur territoire et il est vrai que l'on ne peut qu'inciter à un renforcement des relations entre les élus et l'institution judiciaire : échange d'informations, formation, prévention, valorisation du rôle des élus au titre de leurs prérogatives d'officiers de police judiciaire.

Absence de régulateur environnemental. Enfin, la CJIPE conduit également à s'interroger sur les acteurs de cette justice environnementale négociée. La *compliance* repose en effet sur un

³⁶S. Bécue et M. Pitti-Ferrandi, « Bilan de deux ans de CJIPE : une réponse pénale négociée insuffisamment dissuasive en l'état », *Droit de l'environnement*, janv. 2024, n°328.

triptyque « l'Entreprise, le Régulateur et le Juge »³⁷. Or, pour l'heure, en matière environnementale, il n'existe pas de « Régulateur » qui, aux côtés des juges, contrôlerait l'efficacité des dispositifs internes de conformité mis en place par les entreprises. Dans le secteur bancaire et financier au sein duquel la CJIP s'est développée, il existe plusieurs superviseurs dont la puissance n'est plus à démontrer. L'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR) en droit de la concurrence, l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) en droit des marchés financiers, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) en matière de protection des données personnelles sont autant d'autorités administratives disposant de pouvoirs pour réguler, superviser, informer et protéger dans leur secteur d'activité³⁸. Lorsque c'est nécessaire, ces régulateurs sont même autorisés à contrôler, enquêter et sanctionner. Les condamnations peuvent être particulièrement sévères aussi bien sur le plan financier que sur le plan réputationnel³⁹.

En matière environnementale, il existe bien sûr de très nombreuses organisations internationales dont l'ONU et ses institutions spécialisées, des structures politiques et administratives ainsi que des associations protectrices influentes⁴⁰. Mais ces entités ne sont pas, juridiquement, des régulateurs dotés de pouvoirs de contrôle leur permettant de vérifier la réalité et l'efficacité des mécanismes mis en place par l'entreprise elle-même pour prévenir et détecter les risques environnementaux. Ces organisations de défense des intérêts de la planète sont trop nombreuses, trop peu coordonnées, trop peu autonomes pour être réellement efficaces. Il manque encore, à l'échelle nationale, un régulateur environnemental, unique, doté d'une gouvernance stable et transparente, chargé de diligenter des contrôles sur place et sur pièces et habilité à prononcer des sanctions dissuasives pour les acteurs économiques.

Formation des magistrats. Quant aux juges, la CJIP leur confère un rôle essentiel⁴¹. Or, aujourd'hui, ils souffrent d'un manque cruel de moyens humains et financiers ; et leur formation à la matière environnementale, particulièrement technique et ardue nécessiterait d'être approfondie. À l'examen, il est fréquent, de constater dans les dossiers environnementaux que des qualifications juridiques qui auraient pu être envisagées ne le sont pas. À l'instar du Parquet National Financier, précisément créé pour lutter contre la corruption, un Parquet National Environnemental pourrait être instauré pour améliorer l'efficacité de l'action judiciaire en matière de lutte contre les infractions au droit de l'environnement.

Défi du *care*. En conclusion, la transposition de la CJIP de droit bancaire et financier à la matière environnementale est un signe positif et concret de l'essor du *care* par les acteurs économiques. L'internalisation du « *but monumental* » qu'est la préservation de la planète et de ses ressources au sein des personnes morales est incontestablement en marche. Mais pour que la culture *care* porte ses fruits durablement, emprunter les outils du droit financier ne suffit pas, il convient encore d'en préciser juridiquement les méthodes et d'en former les

³⁷M.-A. Frison-Roche, « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la *compliance* par ces trois personnages », in *Compliance : l'Entreprise, le Régulateur et le Juge*, Dalloz, 2018, p. 1 ; J.-Ch. RODA, « La *compliance* en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », in *Compliance : l'Entreprise, le Régulateur et le Juge*, Dalloz, 2018, p. 251.

³⁸B. de Juvigny, « La *compliance*, bras armé de la régulation », in *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017, p. 17.

³⁹M. Galland, « Le contrôle par le régulateur de l'effectivité des instruments de *compliance* mis en place par l'entreprise », in *Les outils de la compliance*, Dalloz, 2021, p. 195.

⁴⁰R. Romi, G. Audrain-Demey, B. Lormeteau, *Droit de l'environnement et du développement durable*, LGDJ-Lextenso, 2021, 11^{ème} éd., n°127.

⁴¹H. Causse, « La *compliance* : par et au-delà de la formation juridique classique », in *Les outils de la compliance*, Dalloz, 2021, p. 215.

acteurs. Les universitaires, chercheurs en Droit par leur aptitude à penser le Droit et à le transmettre, ont évidemment un rôle décisif à jouer pour relever ses défis !

Résilience et *Care* : Des synergies positives ?

Florence RUDOLF

Professeure des universités, INSA Strasbourg, UR 7309,
Clim'Ability Care, Interreg VI, 2023-2026

Résumé : L'article interroge les vertus de l'alliance de deux traditions, celles des sciences du risque, aux foisonnantes inspirations cognitives sur la durée, et la non moins stimulante dynamique issue des travaux « récents » consacrés au *care*. À l'image de l'adaptation qui privée de l'atténuation des gaz à effet de serre engage les sociétés dans des chemins non soutenables et contribue à la reproduction d'une modernité hors sol, notre réflexion s'organise autour de l'hypothèse selon laquelle la résilience climatique serait plus assurée, robuste et cohérente lorsqu'elle s'adosse à l'éthique du *care* que lorsqu'elle ne prend pas compte des signes faibles, des marges et des « invisibles » et « sans voix », comme les non humains.

Mots-clés : risque, vulnérabilité, résilience, *care*, modernisation écologique

Abstract: *This article examines the virtues of combining two traditions, those of the risk sciences, with their abundant cognitive inspirations over the long term, and the no less stimulating dynamics of 'recent' work on care. In the same way that adaptation, which is deprived of greenhouse gas mitigation, takes societies down unsustainable paths and contributes to the reproduction of an out-of-ground modernity, our reflection is organized around the hypothesis that climate resilience is more assured, robust and coherent when it is based on the ethic of care than when it does not take into account the weak signs, the margins and the 'invisible' and 'voiceless', such as non-humans.*

Keywords: *risk, vulnerability, resilience, care, ecological modernization*

L'objet de cet article est l'exploration des relations entre l'éthique du *care* et la construction de stratégies de résilience à différentes échelles territoriales en réponse aux défis du dérèglement climatique. Cette réflexion s'inscrit dans une rétrospective sur plusieurs années de recherche action dans le cadre des programmes Interreg V et VI du Rhin supérieur. À ce jour, nous en sommes au troisième projet d'accompagnement, acculturation des entreprises au changement climatique. Projet après projet, nous avons élargi notre focale. Avec Clim'Ability (2016-2019), le premier projet, nous avons procédé à des entretiens individuels auprès de PME/PMI issues de différents secteurs d'activités afin d'appréhender leur conscience et leur connaissance des risques climatiques pour leur activité. Cette investigation devait servir la conception d'outils de diagnostics conviviaux en libre accès permettant une diffusion élargie des enjeux du dérèglement climatique pour le Rhin supérieur. Avec le deuxième projet Clim'Ability Design (2019-2023), nous avons élargi la focale selon une logique d'écologie industrielle. Dans cette perspective, nous avons mis davantage l'accent sur l'identification des vulnérabilités associées aux sites industriels et à l'exploration de différentes solutions. Cette investigation a permis de mettre à l'honneur les compétences des architectes-urbanistes par des propositions en termes d'aménagement. Avec le troisième projet, Clim'Ability Care (2023-2026), nous avons encore élargi notre focale en mettant l'accent sur des logiques territoriales. Ces dernières se nouent autour de relations multi-acteurs, multi-compétences. Les entreprises figurent toujours au cœur de nos préoccupations, mais à titre de publics spécifiques auprès d'autres acteurs engagés sur un territoire commun. Cette ouverture à un territoire invite davantage à l'étude des formes de gouvernance et à travers elles à une réflexion sur les relations entre l'élaboration de chemins de résilience et le *care*.

S'interroger sur les liens entre la résilience territoriale et le *care* a de quoi surprendre au premier abord sinon qu'un tel rapprochement entérine l'actualité du *care*. L'étonnement tient à la filiation respective des deux concepts qui appartiennent à des paradigmes, des cultures et des imaginaires théoriques distincts, dont les recoupements ne s'imposent pas *a priori*. La résilience s'inscrit dans une longue histoire des sciences faite de rebondissements au gré des accidents, catastrophes et crises qui jalonnent la consolidation d'un domaine épistémique consacré aux risques. De la définition des risques comme la rencontre entre des aléas et des enjeux humains à l'appréhension de « trajectoires » de résilience territoriale est une affaire complexe en raison des rétroactions entre les différentes variables, dimensions et grandeurs qui participent de ces dynamiques. Le *care*, de son côté, a débuté sa carrière récemment, sur un mode assez mineur, circonscrit au soin et à la distribution sociale, éminemment genrée, de dispositions éthiques aux retombées pratiques. Ce n'est que progressivement et sur la base de critiques entre pairs, dans le respect de la déontologie scientifique et de l'avancée des connaissances, que le *care* s'est progressivement affranchi de sa situation de niche pour s'inviter dans l'ensemble des études et travaux qui interrogent des postures éthiques et sociales. Le *care* a donc gagné une transversalité qui justifie de l'inscrire dans les boucles de rétroaction qui définissent les risques par rapport auxquelles les chemins de résilience se positionnent.

L'intérêt pour un tel entrecroisement se justifie d'autant plus qu'en gagnant en sophistication et en complexité le risque s'est enrichi d'une dimension culturelle qui confère aux sociétés une part de responsabilité dans les enjeux qu'elles affrontent (Beck, 2001). Selon cette proposition, qui attribue une responsabilité aux collectifs dans la formation des risques qu'ils rencontrent, ces derniers se distinguent des dangers par leur insertion dans des chaînes de décisions, même non intentionnelles, qui forment des séries en cascade. Contrairement aux dangers qui ne peuvent incomber aux sociétés (un astéroïde tombe sur un coin de la planète), les risques sont l'expression de croyances, de valeurs, de choix de développement, etc. Selon cette distinction, les probabilités pour que des aléas rencontrent certains enjeux humains ne sont pas totalement fortuits (Luhmann, 1991, Zehetmair, 2012). On en déduira que les relations de cause à effet, selon des boucles de rétroactions multiples, plaident en faveur de l'adoption du paradigme de cultures du risque. Cette proposition permet de questionner comment des dispositions pour le *care* pourraient atténuer, voire neutraliser, des situations à risque et *a contrario* comment leur absence pourrait les exacerber. Elle servira de cadre à l'élaboration de chemins de résilience climatique et permettra, plus précisément, de construire l'hypothèse selon laquelle la diffusion et l'adoption d'une éthique du *care* profiteraient au développement de la résilience sociétale.

Pour témoigner de l'intérêt d'une telle construction théorico-méthodologique, il convient de rappeler brièvement comment nous nous situons par rapport aux travaux consacrés aux risques ainsi qu'au *care*. Ce positionnement, nécessairement issu d'une sélection, tant l'état de l'art consacré aux risques est riche, devrait nous permettre de vérifier comment la diffusion d'une éthique du *care* dans l'élaboration de stratégies de résilience climatique peut faire la différence avec une indifférence à son égard (« care »). Ce constat sera adossé à des retours de recherche et d'expériences et plus particulièrement à un approfondissement des ressorts dont les sociétés (territoires) disposent en matière de résilience. Ces leviers seront appréhendés à partir du concept de vulnérabilité climatique et sociale.

I) Détour théorique par les concepts de risque et de *care*

Comme nous le précisons ci-dessus, la consolidation du concept de risque s'organise autour d'un ensemble de notions, dont la vulnérabilité et la résilience, qui offre une prise intéressante pour l'exploration de la manière dont le *care* peut s'inviter dans cette tradition intellectuelle. Selon une première approche, désormais classique, les risques sont définis comme l'impact d'un aléa - qui se produit en un « instant t » -, sur un territoire donné. Les risques, qui sont appréhendés en termes de probabilités, sont fonction de l'impact d'un aléa sur un territoire. Leur gravité est indissociable de l'importance accordée aux cibles altérées par la survenue d'un aléa. Il s'ensuit que les dégâts constatés ne sont pas suffisants pour qualifier un risque, encore faut-il tenir compte des valeurs qu'une société accorde aux populations, infrastructures, écosystèmes, etc., touchés. Pour exemple, un séisme qui se produit dans un désert n'aura pas les mêmes répercussions qu'un séisme qui se produit sur une métropole. La qualification d'un risque peut donc fonctionner *a contrario* comme un indicateur de la valeur accordée à différents territoires, fonctions, populations, etc. Ces premières notions fondamentales pour configurer un risque ont été enrichies par d'autres. C'est ainsi que les notions de sensibilité et de vulnérabilité se sont imposées.

La sensibilité à un aléa d'un territoire est l'expression de la vulnérabilité d'une population, d'activités, de biens, d'écosystèmes, etc., à ce dernier. « *By vulnerability we mean the characteristics of a person or a group and their situation that influence their capacity to anticipate, cope with, resist and recover from the impact of a natural hazard (an external natural event or process)* » (Blaikie/Cannon/Davis et al. 1994 :9) cité par Swen Zehetmair, 2012, 70 :274. Cette définition sert d'introduction à la résilience. Cette dernière pouvant être appréhendée comme la capacité à apprendre de pannes, accidents et catastrophes. Si la vulnérabilité est l'expression de la capacité d'une organisation à anticiper les conséquences du changement climatique sur son activité – chaîne de valeur comprise – la résilience correspond à la capacité à faire face à des situations critiques. La résilience est évaluée à l'aptitude d'une organisation à réagir à une situation de crise, à se relever et à apprendre de cette expérience. La résilience procède de compétences cognitives, matérielles, pratiques, techniques, etc., qui rétroagissent sur les formes de vulnérabilité d'un territoire, ces dernières pouvant être associées à différents facteurs agissants (Rudolf, Di Nardo, 2015 ; Rudolf, 2016). L'identification de ces derniers offrant une prise pour l'imbrication entre résilience et *care*.

Les travaux consacrés au *care* sont indissociables de la notion de genre, du moins dans leur genèse et premier temps de réception et de diffusion. Cet ancrage va peu à peu s'émanciper de son contexte de production pour se hausser à une compétence sociale à vocation générale. Consécutivement à l'essai de Carol Gilligan, le *care* est identifié à une sensibilité et à des compétences associées au soin, davantage distribuées parmi les femmes que les hommes (Gilligan, 2008). Cette configuration du *care* profitait dans un premier temps à sa naturalisation, justifiant à son tour discrimination et stigmatisation. Selon cette essentialisation, le *care* qui relèverait certes de bons sentiments souffrirait d'un défaut de réalisme, apanage du féminin. Un deuxième inconvénient de cette approche asymétrique des compétences sociales tient à la vision des rapports sociaux et de la justice sociale qu'elle promeut. Selon cette lecture, l'action du *care* – qui permet de rectifier ces asymétries - ne s'avérerait indispensable qu'en raison de la vulnérabilité de certains membres de la société. Le *care* ne correspondrait pas, en d'autres termes, à un travail social nécessaire à la production

de la société dans son ensemble et au maintien d'une solidarité consubstantielle à la vie en société, il serait occasionné par la faiblesse de certains. Selon cette interprétation, la faiblesse des uns, voire leur mauvaise disposition, engendrerait des coûts sociaux injustifiés¹. Cette lecture à teneur essentialiste a fait l'objet d'analyses critiques offrant la possibilité de défendre une autre vision de la société, selon laquelle tout un chacun et chacune connaît des formes de vulnérabilité biographiques, non indépendantes de structures sociales et de situations conjoncturelles, dont des conditions biologiques (Tronto, 1993 ; Pappermann, 2010). Un des principaux atouts de cette interprétation alternative tient à sa capacité à rendre compte de l'universalité du *care* et à l'intérêt de cultiver, par conséquent, les dispositions nécessaires à son épanouissement. Selon cette proposition, le *care* serait non seulement transgenre, mais il désignerait une disposition socialement nécessaire et universelle, indispensable au maintien des sociétés. À ce titre, il justifie d'être cultivé pour l'ensemble de la société.

La réception critique des premiers travaux sur le *care* a permis, pour résumer, de dépasser une approche restrictive de la notion selon laquelle les compétences associées au *care* seraient genrées en raison des soins que les femmes dispenseraient aux nouveaux nés et aux aînés. Leur extension ou généralisation résultant davantage d'une anomalie que d'un progrès en société, dans la mesure où elle serait l'expression de la faiblesse non justifiée de certains et certaines. On retrouve à l'œuvre dans ce raisonnement les ingrédients de la mentalité autoritaire telle qu'étudiée par l'école de Francfort dans les années 1925. Selon cette lecture, le *care* ne saurait définir une disposition transversale que les sociétés devraient cultiver, mais devrait être strictement réservé, au contraire, à certains cas, biologiquement fondés, que les femmes par définition seraient habilitées à accompagner. La mobilisation d'analyses sociologiques et de théories critiques permet de combattre l'illusion selon laquelle les qualités des membres d'une société seraient dissociées de leurs conditions d'existence.

Cette reformulation du *care* permet d'assumer qu'aucune société ne peut se targuer de mettre ses membres à l'abri d'imprévus fâcheux. Face à ce constat, la perspective d'une prise en charge par d'autres s'impose comme un principe fondamental, constitutif de toute société. Le sens de la solidarité ne saurait être l'unique apanage des femmes, mais de toute personne en responsabilité. Pour paraphraser le raisonnement d'Émile Durkheim, sociologue de la solidarité sociale, dans le *Suicide*, le capitaine du navire qui sombre, va mettre tout en œuvre pour sauver l'ensemble des passagers et de son équipage (Durkheim, 2007). *Voire*, il finira par se laisser sombrer avec son navire au nom de l'honneur, selon les codes de sa corporation ou de son métier, notamment... Ce témoignage justifie, s'il le fallait, que le *care* n'est pas une disposition genrée, mais qu'elle doit davantage être comprise comme un attribut de la responsabilité sociale, socialement distribuée selon différents codes culturels. Ainsi le *care* se doit d'être débarrassé de son halo strictement maternant.

Pour un élargissement de cette notion à l'ensemble des relations sociales, il convient de l'extraire des relations maternantes pour la restituer dans une approche plus holiste, de type systémique ou autre, pour bien saisir la dimension sociale de la vulnérabilité. Nous sommes tous et toutes adossés à des systèmes de prises en charge (services publics), des réseaux d'affinités et des liens de toutes sortes qui participent de la société providence. À cet égard,

¹Penser aux discours qui stigmatisent les chômeurs, les malades, etc., qui n'auraient pas pris les bonnes dispositions, en raison d'un défaut de maturité et de responsabilité, notamment.

le *care* relève de la solidarité sociale, dont nous profitons toutes et tous. L'approche systémique, globalisante, permet d'aller jusqu'à avancer que ceux et celles qui en apparence se passent fort bien de relations de *care*, s'avèrent à l'examen ceux et celles qui en profitent le plus et en ont le plus profité en raison des nombreux avantages systémiques dont ils ont bénéficié. Les vulnérables selon cette approche hériteraient davantage de leurs handicaps d'un déficit systémique que de leur propre fait (paresse, désinvolture, etc.).

L'approche holiste relativise les lectures privilégiant la part des individus sur celle du système et des réseaux. Elle profite à un recalibrage des qualités des individus par l'identification des structures sociales qui y ont contribué. Selon cette lecture aucune compétence, habileté, qualité, etc., ne sauraient s'extraire totalement de l'arrière-plan social qui les a bercées. Cette reconnaissance de notre dépendance aux autres, à des institutions, etc., correspond de fait à une reconnaissance de l'interdépendance humaine, qu'on pourra élargir, dans une perspective écologique, à l'interdépendance avec le vivant en général. Ce positionnement déconstruit la figure du *self made man* ou *woman* qui n'aurait des comptes à rendre qu'à elle-même et lui-même, que ce soit sur le plan de ses succès (et de ses échecs, plus souvent invisibilisés !).

Ce narratif contribue à une inversion des valeurs dominantes de l'individualisme cultivées par nos sociétés néo-libérales. On comprend mieux comment la reconnaissance du *care*, comme fonction sociale primaire, consubstantielle au fonctionnement « normal » des sociétés, bouleverse profondément les représentations dominantes des sociétés néolibérales. Le retour de la solidarité, par le *care*, comme fondement sans lequel aucune société ne serait possible, nous paraît très instructif et fort à propos dans le contexte des risques globaux. Ce retour entre parfaitement en résonance avec les risques auxquels l'humanité s'expose et entraîne nombre d'écosystèmes, d'habitats et d'espèces. Dans ce moment historique, le retour de ce principe « désuet » de solidarité qui s'impose au XIX^e siècle en réponse au capitalisme sauvage notamment (Habermas, 1973) et qui sera mis à mal par le retour du néolibéralisme, trouve un caractère innovant par l'élargissement de la société aux non humains. Le collectif pour lequel il convient d'être solidaire à l'âge de l'atome (Giddens, 1994) et de l'anthropocène (Beau, Larrère, 2018) ne saurait se limiter aux humains, mais se doit d'inclure les non humains (Descola, 2005 ; Latour, 2006). Les non humains entendus comme écosystèmes notamment, font désormais partie de ce collectif qu'il convient de ménager dans la perspective d'un « développement durable ».

II) Résilience et formes de vulnérabilité sociales

Comme nous l'avons vu précédemment, la résilience se construit à partir de l'identification de formes de vulnérabilité résultant de configurations d'acteurs, de territoires, d'activités, etc., engagées dans la production de ressources, de biens, ou de compétences (Rudolf, 2012 ; 2015). À l'instar de l'éthique du *care* revisitée, qui invite à s'extraire d'une approche essentialiste (maternante) et par conséquent asymétrique - il y aurait d'un côté des faibles et des forts ou pour reprendre les termes de Boltanski et Thévenot (1991) dans l'économie des grandeurs des grands et des petits -, nous avançons que la mise en perspective systémique ou par l'acteur réseau de la résilience offre un gain d'intelligibilité et d'opérationnalité incontestables. Cette proposition inspire le deuxième temps de notre article : elle sous-tend enfin l'hypothèse selon laquelle une organisation sera d'autant plus résiliente qu'elle

renouera avec une éthique du *care* au sens élargi que nous privilégions. Tout comme la mal adaptation qui peut renforcer les causes du changement climatique par un défaut d'intégration, la résilience n'échappe pas au risque de conduire à des formes délétères susceptibles de renforcer des formes de vulnérabilité, que ce soit directement ou de manière différée, à différentes échelles. Une démarche de résilience serait d'autant plus aboutie, solide et robuste, par conséquent, qu'elle se construirait selon une éthique du *care*, c'est-à-dire en veillant à ne pas fragiliser certains postes, acteurs, activités, etc.

Ce gain opérationnel s'illustrera par la mise en action d'une grille d'analyse des formes de vulnérabilité sociale établie à partir de fondamentaux systémiques adossés à la sociologie de Niklas Luhmann élargie aux théories de la gouvernance. Selon l'approche luhmanienne, les événements naturels ne peuvent directement impacter la société sinon sous la forme de destructions qui altèrent les communications sociales. Dans le contexte du dérèglement climatique, la part des aléas climatiques demeure cruciale, mais à titre de déclencheurs et révélateurs de structures, de conjonctures, de compétences sociales, de cadres cognitifs et moraux, etc., qui « mis bout à bout » participent de ce que tant l'état de l'art scientifique que le savoir commun qualifient de cultures du risque.

Dans un article paru dans *Raumforschung und Raumordnung*, Swen Zehetmair, un spécialiste de Luhmann, propose une typologie à partir des différents médiums de communication indispensables à la continuité du système général de la société. Cette différenciation permet d'envisager différentes formes de vulnérabilités sociales. L'intérêt de cette proposition est d'entrer dans le vif des stratégies de résilience climatiques à partir de différents types de vulnérabilités sociales. La déclinaison proposée s'organise autour de quatre types de destructions susceptibles de nuire au fonctionnement « normal » de la société dans son ensemble. Cette approche permet de comprendre comment procèdent les effets cascade dans l'analyse des risques en mettant en évidence la succession d'altérations – de différents ordres matériels versus communicationnels -, à partir de la survenue d'aléas climatiques. L'altération des conditions matérielles de la société permet de comprendre comment les systèmes de la société sont impactés par des événements qui ne sont pas sociaux par définition même s'il n'est pas exclu que leur survenue soit influencée par des modes de vie spécifiques, associés à la production de GES dans le cas du dérèglement climatique notamment. La typologie permet d'observer la vulnérabilité sociétale à partir d'enjeux sociétaux avant tout et non en référence aux chocs environnementaux déclenchant des effets en cascades. Elle se décline comme suit :

En référence à la formulation de Luhmann selon laquelle seules les communications sociales communiquent (Luhmann, 1984 ; Rudolf, 1994), le **premier type de vulnérabilité sociétale** constitue un cas limite de la vulnérabilité sociale **par destruction des soubassements de la communication sociale** consécutive à un aléa climatique. Cette situation est avérée lorsque la communication est interrompue en raison de la destruction psychobiologique des soubassements de la communication, à l'occasion de l'éradication d'une population par exemple.

Le **deuxième type de vulnérabilité sociale** procède de la destruction technique et matérielle des soubassements de la communication. Contrairement au premier type, cette forme de destruction est assez classique et fréquente : elle s'impose toutes les fois qu'une

infrastructure de communication (voies, corridors fluviaux, maritimes ou aériens, etc.) est endommagée. « *The technical developments of modern society have additionally produce a series of further technical distribution media, all of which serve either the spoken or the written word: printing, telephone, radio, television, and the internet as the latest of these technical achievements. All these modern distribution media are dependent on material conditions for their functionality: (...)* » (Zehetmair, op. cit.: 277).

Le **troisième type de vulnérabilité sociale** procède de l'endommagement de l'environnement social d'un système de la société. Il décrit une situation dans laquelle une organisation sociale, notamment les premiers secours, les urgences hospitalières, la défense, etc., sont entravés par la déficience d'un autre système de la société qui bien que non directement concerné est impliqué dans le fonctionnement de ces organisations. « *Modern society is particularly characterized by its differentiation into numerous autopoietic systems on all system levels. These numerous social systems cannot, however, be integrated or controlled. While society as a whole is dependent on the functionality of all social systems, there is nonetheless no integrating central unit in modern society (see Willke 1983 ; Willke 1992). At the same time the individual social systems are dependent on the performance of other social systems, that is, from their respective intra-societal environments. Thus, it is not possible for any organization, emergency response authority, hospital or school to cope without economic operations (...)* The necessity of an operative electricity network has already been mentioned. Here economic organizations are also involved and provides services for almost all other social systems. The third form of societal vulnerability thus describes the failure of societal services required by other systems, which can lead to the endangering of existence and thus may in some cases mean that communicative connections are no longer possible » (Zehetmair, op. cit.: 278).

Le **dernier type de vulnérabilité sociale** procède de la déficience d'un système social et s'intéresse au cas où un système en particulier serait impacté par un aléa (climatique ou autre). « *The fourth form of societal vulnerability describes the risk that system-internal issues lead to connecting communications being unable to occur, and that thus the operative mode and ability of the system to perform are impaired. (...) When a natural catastrophe leads to a situation where an emergency response authority can no longer deal with the catastrophe (e.g. the US FEMA in the early phase of the Hurricane Katrina with the devastating consequences especially in New Orleans in August September 2005), flood warnings fail to reach the right people in time and in some cases contradictory forecasts are made by state authorities (as, for example, during August 2002 floods in Sachsen, Germany), then these are primarily system-internal risks that make the social system susceptible and thus vulnerable. (...) At the same time the failure or impaired of the system can endanger other social systems » (Zehetmair, op. cit.: 278).*

L'avantage de cette grille est de permettre de préciser selon quelles modalités et logiques systémiques des formes de vulnérabilités sociales se mettent en place, s'installent et s'organisent consécutivement à un aléa climatique. Elle servira de point d'appui à une réflexion sur l'élaboration de stratégies de résilience climatique.

III) Opérationnalité du modèle

Les retours d'expérience enregistrés sur plusieurs années d'enquête auprès des PME/PMI à l'échelle du Rhin supérieur dans le cadre des projets Clim'Ability, Clim'Ability Design et Clim'Ability Care permettent une mise à l'épreuve des quatre types de vulnérabilité sociale, définis ci-dessus, dans l'élaboration d'une stratégie de résilience.

Si la sensibilité de l'activité des entreprises du Rhin supérieur à des aléas météorologiques et climatiques constitue un passage obligé de l'identification de leur vulnérabilité potentielle aux conséquences du dérèglement climatique, leur vulnérabilité sociale procède d'une fonction complexe faisant intervenir de nombreuses variables, dont leur positionnement dans l'économie territoriale du Rhin supérieur (Averbeck & al., 2019).

Pour illustrer cette proposition, nous prenons comme exemple les vulnérabilités associées au cycle de l'eau des PME/PMI, qui se déclinent de multiples manières. Parmi les retours d'expériences dont nous disposons, on distingue :

- les entreprises dont les matières premières sont dépendantes de la pluviométrie saisonnière ;
- les entreprises dont les process industriels dépendent de la fourniture et de la qualité de l'eau ;
- les entreprises dont la logistique est suspendue au transport fluvial et au tirant d'eau ;
- les entreprises dont les services dépendent de la pluviométrie saisonnière ;
- etc.

Cette liste non exhaustive témoigne de l'importance de l'état de la ressource en eau dans le fonctionnement de la vie économique à l'échelle du Rhin supérieur. Cette dernière intervenant à tous les niveaux de la fonctionnalité des entreprises, elle intègre quasi l'ensemble des entreprises rencontrées et des secteurs d'activités significatifs de l'économie régionale. Cette observation est d'autant plus significative du point de vue des vulnérabilités climatiques associées à la ressource en eau que la région se qualifie pour sa situation exceptionnelle en matière d'accès à cette ressource, le Rhin supérieur étant situé sur la plus grande nappe phréatique d'Europe. Pour autant, cette situation d'exception n'exclut pas des stress hydriques associés à des événements climatiques tels des inondations ou des épisodes de vagues de chaleur et de sécheresse. Ainsi, outre que les entreprises sont vulnérables aux variations de la quantité d'eau (pluviométrie), elles s'avèrent également dépendantes des températures saisonnières, ces dernières ayant une répercussion sur la ressource en eau.

À ce premier constat, il convient d'ajouter qu'à ce stade de l'inventaire des inconforts et dégâts éventuels associés à des aléas climatiques, les vulnérabilités constatées sont avant tout matérielles et non communicationnelles. L'ensemble de nos retours d'expériences témoignent d'une dépendance matérielle davantage que communicationnelle. On pourrait démultiplier ces exemples, on serait toujours confronté à des situations de stress matériel. Il s'agit donc bien de risques associés à la rareté des ressources en raison de leur dénaturation, destruction, épuisement, etc. Les vulnérabilités associées pouvant être qualifiées en conséquence de vulnérabilités adossées à la finitude du monde, soit de vulnérabilités matérielles plutôt que sociales. Cette observation justifie-t-elle pour autant la réfutation de l'approche systémique ? Pas nécessairement. L'étude des stratégies d'adaptation au stress

climatique, voire l'élaboration de chemins de résilience en réponse à ces limites planétaires, témoigne de l'intérêt de mobiliser les ressources systémiques. Les types de vulnérabilité sociétales, décrites précédemment, vont servir à l'identification de formes de résilience (et de cultures du risque). Ils invitent à raisonner comme suit : face à un stress matériel d'origine climatique de quels ressorts les organisations sociales disposent-elles pour infléchir une situation critique, sortir d'une impasse ? Les réponses envisagées sont nécessairement sociétales et communicationnelles. Elles rendent compte des leviers que les sociétés peuvent actionner.

Ce constat invite pour conclure à se tourner vers les théories de la gouvernance. Contrairement à l'analyse de la vulnérabilité d'un territoire consécutivement à un choc, l'engagement d'un territoire dans une nouvelle aventure de « développement », son inscription sur une nouvelle page de son histoire nécessite d'autres aptitudes qu'une simple adaptation. Il lui faut être en mesure d'imaginer d'autres possibles, narrations, récits d'une part, et d'engager différentes catégories d'actions – des actions tactiques aux actions transformantes en passant par des actions stratégiques (Gobert, Rudolf, 2022) -, susceptibles de concrétiser ces visions d'autre part. Les succès enregistrés par certains territoires contrairement à d'autres ont beaucoup intéressé les scientifiques qui les ont associés à des configurations, conjonctures, héritages les dotant de ressources dont d'autres ne bénéficient pas. L'auteur évoque à ce propos les « industrial districts » (Marshall 1920 ; Pyke et al. 1990), les « Innovative milieus » (GREMI 1986), Clusters (Porter 1998), The « creative class » (Florida 2002), etc., pour rendre compte d'une « mayonnaise » qui confère à des collectifs faits d'assemblages entre humains et non humains l'aptitude à se réorganiser de manière à surmonter des goulots d'étranglements d'ordre matériels.

C'est à Crawford Stanley Holling que revient *in fine* la palme dans ce domaine en raison de la lecture processuelle et dynamique qu'il fait de ces cas particuliers. Selon lui, de telles performances relèvent d'une forme de « mayonnaise stabilisée » procédant d'un « compromis paradoxal », selon les termes de Boltanski et Thévenot (Boltanski, Thévenot, 1991). L'expression de « faire monde » à partir d'actions réciproques permanentes entre différents acteurs et actants peut également entrer en résonance avec cette interprétation des conditions de félicité de la résilience climatique. « *Holling describes complex adaptative systems of people and nature as being self-organized with a few critical processes creating and maintaining this self-organization. Such system of nature, humans, combined human-nature systems, or social-ecological systems can be perceived as being 'interlinked in never-ending adaptative cycles of growth, accumulation, restructuring, and renewal'* (Holling 2001 :392). *Accumulation and transformation of resources alternates with phases creating opportunities for innovation. Understanding these cycles, their temporal and spatial scales, as well as the relevant frames of reference would help to 'identify the points at which a system is capable of accepting positive change and the points where it is vulnerable*», T. Lang, 2012, 70(4): 287.

Selon cette analyse prêtée à Holling, la résilience est fonction de la vulnérabilité d'un système à des chocs extérieurs (1), à son aptitude à se contrôler (2) et à son aptitude à imaginer des futurs (3)². « *High resilience would allow for tests of novel combinations that trigger innovation and adaptation. Holling sees this as particularly true if controllability is slow and high resilience*

²Ces deux dernières aptitudes étant fonction de la communication.

allows for the recombination of elements in the system because the costs of failure are low »
T. Lang, *op. cit.*: 287.

Les différentes enquêtes menées à propos des vulnérabilités de la filière bois dans le cadre des projets Clim'Ability, depuis 2017, témoignent de la portée heuristique de cette approche (Gobert & al ; 2017). À l'instar de l'ensemble des activités économiques du Rhin supérieur, la filière forêt-bois souffre de l'irrégularité de la pluviométrie saisonnière associée à l'augmentation des températures. Ce tableau engendre des effets en cascade qui participent de la fragilisation des écosystèmes forestiers et des différents débouchés de la filière forêt-bois sans omettre l'impact sur l'économie touristique de moyenne montagne. Si les perturbations du cycle de l'eau, en association à l'augmentation des températures saisonnières, n'ont pas des retombées identiques sur l'ensemble des activités, elles s'avèrent suffisamment transversales pour mobiliser l'ensemble des acteurs de la filière ainsi qu'en témoignent l'organisation des assises de la forêt, depuis 2021. Ces assises, qui s'emploient à poser des diagnostics de vulnérabilité, font écho à l'exploration de chemins de résilience concertés. Si on ne peut parler à ce jour d'orientations clairement partagées par l'ensemble des acteurs, force est de constater l'émergence de pistes de réflexion parmi lesquelles la relocalisation de la filière semble trouver un écho favorable auprès de nombreux acteurs, dont les parcs naturels régionaux.

L'atout de l'option de la relocalisation repose sur les promesses de synergies positives qu'elle véhicule de l'amont vers l'aval de la filière et par conséquent sur un saut qualitatif de l'intégration de la filière. Le narratif s'organise schématiquement de la manière suivante : La régulation de la logique économique extractive profite à la capture de la valeur sur le territoire qui se décline tant comme valeur économique que comme compétences cognitives, immatérielles et matérielles aux retombées positives (essor de l'économie régionale, recul de l'exode rural, etc.) pour les communautés et les territoires. Si le narratif a désormais gagné en consistance et en attractivité, il demeure cependant exposé à l'épreuve de sa transposition effective sur les territoires. La relocalisation de la filière étant tributaire des ressorts sociétaux et systémiques de ces derniers (Rudolf, Gobert, 2018).

Pour exemple des enjeux auxquels l'élaboration de chemins de résilience se heurte quand bien même un grand nombre d'acteurs adhèrent au récit, l'enquête effectuée auprès du PNR des Vosges du Nord, entre 2017 et 2019, a révélé qu'un des maillons faibles de la filière parmi d'autres reposait sur les scieries (Rudolf & al., 2019). Entre les scieries qui ont entamé leur modernisation dans les années 80, voire avant, et les scieries qui ne l'ont pas entamée, quels enseignements pour l'adaptation de la filière forêt-bois ? Les scieries qui se sont positionnées sur le marché mondial et participent à la fuite de la valeur sont peu enclines à s'engager dans des circuits courts. Elles illustrent les effets de capture associés à la dépendance au sentier. L'adhésion à une stratégie de résilience par la relocalisation équivaut pour elles à des pertes (investissements non rentabilisés suivis de nouveaux investissements). Le jeu n'en vaut pas la chandelle. À l'inverse, les scieries qui ne se sont pas qualifiées sur le marché mondial, c'est-à-dire qui n'ont pas entamé leur modernisation du « premier ordre », type trente glorieuses, pourraient profiter de ce « retard » pour se positionner sur des marchés locaux. Elles trouveraient de la sorte de nouveaux débouchés dans lesquels elles pourraient s'engager sans regret. Cette stratégie est malheureusement souvent fragilisée en raison de l'état de ces organisations (cultures d'entreprises, compétences du personnel, vieillissement, etc.). Ce

retour d'expérience témoigne de ce que les chemins de résilience sont suspendus pour finir à de très rares cas. « *In contrast, with low resilience or vulnerability at multiple scales, revolutionary transformations would be quite rare due to the nested character of sets of adaptive cycles. A combination of separate developments would have to coincide, i. e. there would be a need for the recombination and inventions to occur simultaneously in order to open windows for fundamental new opportunities* »(Holling 2001 :404), Lang, op. cit..

Conclusion

Œuvrer à une reconnaissance de l'éthique du *care* dans les travaux consacrés aux risques et à leur gestion au même titre que d'autres considérations comme l'étude des aléas, des infrastructures critiques, etc., en vigueur sur un territoire donné c'est défendre une symétrie entre causes matérielles et immatérielles. Cette distinction qui actualise les débats entre matérialisme et symbolisme plaide pour une égale agentivité de principe entre des variables tangibles comme le PIB, la démographie, etc., et le type de leadership des responsables politiques, entrepreneurs et ou associatifs à l'échelle d'un territoire. Selon cette interprétation qui accorde une place à la culture dans la production des risques, les dispositions éthiques, dont le *care*, trouvent toutes leur place. À l'instar de Max Weber qui rendait compte de la manière dont les croyances religieuses avaient pu accompagner l'essor d'un matérialisme favorable au capitalisme (Weber, 1964), la diffusion du *care* par-delà le genre pourrait-elle contribuer à des rapports entre humains et non humains plus enclins à l'adoption de chemins de résilience favorables à la transition écologique ?

Bibliographie

Averbeck P., Frör O., Gartizer N., Lützel N., Rudolf F., 2019, « Climate change preparedness of enterprises in the Upper Rhine region from a business perspective- A multidisciplinary, transboundary analysis », *Nachhaltigkeits Management Forum*, 27, 83-93.

Boltanski, Thévenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1991
Descola P., 2005, *Par-delà nature et culture*, Gallimard.

Émile Durkheim, 2007, *Le Suicide : Étude de sociologie*, Paris : PUF, collection « Quadrige/Grands textes » ([ISBN 978-2-13-056330-3](https://doi.org/10.3917/9782130563303))

Giddens A., 1994, *Les conséquences de la modernité*, Paris : L'Harmattan

Gilligan C., 2008, *Une voix différente, Pour une éthique du care*, Traduction revue par Vanessa Nurock, Paris : Champs Flammarion.

Gobert J., Rudolf F., 2022, Rhine low water crisis: From individual adaptation possibilities to strategical pathways, *Frontiers in Climate, Sec. Climate Risk Management*, Volume 4 – Available from: <https://doi.org/10.3389/fclim.2022.1045466>

Gobert J., Rudolf F., Kudriavtsev A., Averbek P., 2017, « L'adaptation des entreprises au changement climatique. Questionnements théoriques et opérationnels », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande* [online], 49 (2): 491–504, available at: DOI : 10.4000/Allemagne.606

Habermas J., 1973, *La technique et la science comme « Idéologie »*, Paris : Gallimard.

Lang T., 2012, How do cities and regions adapt to socio-economic crisis? Towards an institutionalist approach to urban and regional resilience, *Raumforschung und Raumordnung*, RuR [Internet], 70(4): 285-291. Available from: <https://rur.oekom.de/index.php/rur/article/view/813>

Latour B., 2006, *Changer de société, refaire de la sociologie*, Paris : La Découverte

Luhmann N., *Soziale Systeme*, 1984, Frankfurt/Main: Suhrkamp. Luhmann N., 2010, *Systèmes sociaux – esquisse d'une théorie générale*, Québec, Presses de l'Université Laval.

Rudolf F., Gobert J., Averbek A., 2019, « Adaptation to Climate Change as a Challenge for Sustainability Management in the Forestry and Timber Sector », Hamman P. & Vuilleumier S. (eds.), *Sustainability Research in the Upper Rhine Region. Concepts and Case Studies*, Presses Universitaires de Strasbourg.

Rudolf F., Gobert J., 2018, « Les espaces ruraux : entre dépendance et autonomie des métropoles - Le cas du PNR des Vosges du Nord », in Ricard D., Woessner R. (dir.), *La France rurale*, Atlande.

Rudolf F. (éds.), 2016, « Risques, dangers, vulnérabilités et résilience », *Les villes à la croisée des stratégies globales et locales des enjeux climatiques*, Québec, Les presses de l'Université Laval.

Rudolf F., 2015, « Les enjeux de la territorialisation des changements climatiques: les épreuves de la montée en compétence des entreprises à travers l'exemple alsacien », *Pollution atmosphérique* [online], 225, available at: <http://lodel.irevues.inist.fr/pollution-atmospherique/index.php?id=4842>.

Rudolf F., Di Nardo M., 2015, « La Société vulnérable , un ouvrage précurseur, entre politique des risques et résilience », Barré R., Lavoux T., Piveteau V. (éds.), *Un demi-siècle d'environnement entre science, politique et prospective*. En l'honneur de Jacques Theys, Paris: Editions Quae-NSS.

Rudolf F., 2012, « La réception territoriale du changement climatique ou comment le changement climatique contribue à l'émergence de territoires et de politiques climatiques spécifiques », *VertigO, La revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 12 (<http://vertigo.revues.org/11825>)

Rudolf F., 1994, « Niklas Luhmann : une théorie de la vie adaptée à la société », *Sociétés*, 43.

Tronto J., 1993, *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethic of Care*, New-York, Londres : Routledge. Traduction par Maury Hervé, 2009, *Un Monde vulnérable. Pour une politique du care*, Paris : La Découverte.

Paperman P., 2010/2, « Éthique du care. Un changement de regard sur la vulnérabilité », *Gérontologie et société*, (vol. 33 / n° 133), p. 51-61. DOI : 10.3917/g.s.133.0051. URL : <https://www.cairn.info/revue-gerontologie-et-societe1-2010-2-page-51.htm>

Weber M., 1964, *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris: Plon

Zehetmair S., 2012, Societal Aspects of Vulnerability to Natural Hazards, *Raumforschung und Raumordnung*, RuR [Internet], 70(4): 273-284. Available from <https://rur.oekom.de/index.php/rur/article/view/812>

Qu'est-ce que la vulnérabilité (pour toi)¹ ?

Nathalie DION

Maître de conférences HDR, Université d'Orléans
Centre de Recherche Juridique Pothier (UR 1212)

Résumé : Qu'est-ce que la vulnérabilité (pour toi) ? Complexe, vaste et sociétale, la thématique de la vulnérabilité présente, en ce siècle de profondes transformations, une particulière acuité au regard du droit. D'abord, parce que la vulnérabilité concerne, aujourd'hui, certaines situations personnelles spécifiques, notamment celle du majeur protégé, du résident d'Ehpad, ou de l'utilisateur des services publics. Ensuite, parce qu'elle risque, demain, de devenir sociale, voire d'atteindre le vivant tout entier et notre futur commun. Aussi, en raison de l'ampleur des enjeux de l'époque, la vulnérabilité suppose-t-elle une réflexion pluridisciplinaire : par le droit et au-delà du droit. C'est l'orientation que, sans prétention d'exhaustivité et dans une certaine subjectivité assumée, le présent éclairage entend proposer.

Mots-clés : vulnérabilité, vulnérabilité sociale, Ehpad, majeur protégé, service public, vivant

Abstract: *What does vulnerability mean (to you)? Complex, vast and societal, the theme of vulnerability presents, in this century of profound change, a particular acuteness with regard to the law. Firstly, because vulnerability concerns certain specific personal situations, notably that of the protected adult, the Ehpad resident, or the user of public services. Secondly, because it is likely to become, in the coming years, a social issue, affecting all living beings, and our common future. Given the scale of the issues at stake, vulnerability calls for a multi-disciplinary approach, both within and beyond the law. Without claiming to be exhaustive, this is the orientation that the present study aims to take, with a certain assumed subjectivity.*

Keywords: *vulnerability, social vulnerability, assisted living facility, protected adult, public service, living*

« [...] le verbe de ton visage
qui rend la vie vivable
vaillante et vulnérable [...] »
Zéno Bianu²

Vaste sujet que celui de la vulnérabilité ! Complexe, pluridisciplinaire, sociétal et, en ce XXI^e siècle de profondes transformations, d'une parfaite actualité.

Tandis que je me risquais à en synthétiser en quelques pages les contours, une conversation avec une amie m'intrigua quelque peu, m'amenant à revisiter ma représentation première de la vulnérabilité. Devant mes interrogations, Clara B. – laquelle préfère garder par discrétion l'anonymat – eut la gentillesse de m'adresser les jours suivants par courriel son éclairage à la fois objectif et subjectif.

J'ai été sensible à sa façon de penser différemment, que j'ai reçue comme un moyen de remédier à une certaine indifférence. Et comme une source d'apprentissage.

Avec son accord, j'ai alors eu l'élan de vous transmettre ce point de vue singulier.

¹Cet article s'inscrit dans la série de nouvelles « Qu'est-ce que le droit (pour toi) ? », *Recueil Dalloz*, Point de vue, 8 sept. 2022, n° 30, p. 1520 s., « Qu'est-ce que l'accélération (pour toi) ? », *Recueil Dalloz*, Point de vue, 30 mars 2023, n° 12, p. 605 s., « Qu'est-ce que la RSE (pour toi) ? », *Dalloz Etudiant Actualité*, 11 oct. 2023.

²*Infiniment proche et Le désespoir n'existe pas*, Gallimard, Poésie, 2016, p. 229.

Le voici donc :

« Certains jours, la vie me confronte à un visage émouvant, une situation bouleversante. Je n'ai pas loin à aller. Mon immeuble parisien suffit. Par la fenêtre, j'aperçois parfois, au premier étage, Claudia déambuler, flottante, dans sa chambre, son casque anti-bruit enfoncé sur sa chevelure brune. Deux étages plus haut, je distingue dans la pénombre – il ne sort plus guère – M. Volodyr, assis des heures durant sur son fauteuil.

Des vulnérables. Oui, c'est le mot qui me vient à l'esprit lorsque je pense à eux. Mais que recouvre ce terme ?

En raison de ma formation de juriste et d'universitaire – nul n'est parfait –, je décide d'en savoir davantage.

Étymologiquement, selon le *Dictionnaire historique de la langue française*, l'adjectif « vulnérable » est emprunté à *vulnerabilis* « qui peut être blessé » ; il dérive de *vulnus* « blessure, plaie », employé aussi au figuré. Le *Dictionnaire Le Robert* en ligne indique : « qui peut être blessé, frappé par un mal physique » et, au figuré, « facilement atteint ».

Je trouve une définition juridique du terme « vulnérabilité » (le fait d'être vulnérable) dans le *Vocabulaire Capitant* : « situation d'une personne en état de faiblesse en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique, ou encore d'un état de grossesse ». La vulnérabilité, est-il précisé, « constitue en droit pénal une circonstance aggravante de l'infraction »³.

Ainsi, la vulnérabilité signifierait courir le risque d'être blessé physiquement, psychologiquement, ou encore économiquement, socialement (en subissant une atteinte à ses biens ou en étant écarté de la société), et donc d'être exposé aux agressions.

Ce n'est pas rien, d'être vulnérable... Or, au regard de notre condition humaine, temporelle et incertaine, nous le sommes *tous*, universellement.

La notion de vulnérabilité a fait l'objet, en particulier depuis les années 1980, d'un travail d'élaboration théorique. Emmanuel Levinas s'est interrogé sur celle propre au visage, « [...] exposé, menacé, comme nous invitait à un acte de violence »⁴ et Paul Ricœur sur « l'autrui vulnérable »⁵. Dans le fil de la pensée de la psychologue et philosophe Carol Gilligan et de son ouvrage pionnier *In a Different Voice*, s'est développé, dans un contexte néo-libéral, l'important courant philosophique nord-américain de l'éthique du *care*.

« [...] Les difficultés qu'éprouvent les femmes à se conformer aux modèles établis de développement humain indiquent peut-être qu'il existe un problème de représentation, une conception incomplète de la condition humaine, un oubli d'un certain nombre de vérités concernant la vie [...]. »⁶

Care que l'on peut entendre, dans l'acception large de la politologue Joan Tronto, comme « [...] une activité générique qui comprend tout ce que nous faisons pour maintenir, perpétuer

³V. aussi C. pén., art. 222-4.

⁴E. Levinas, *Éthique et infini*, Fayard, 1984, p. 80.

⁵P. Ricœur, *Le Juste*, éd. Esprit, 1995, p. 62 : « [...] c'est de l'autre dont j'ai la charge que je suis responsable [...] » ; *Soi-même comme un autre*, Seuil, Essais, 1990, p. 22 s. (sur « Le Cogito brisé ») ; C. Sautereau, « Subjectivité et vulnérabilité chez Ricœur et Levinas », *Études ricœuriennes/Ricœur Studies*, vol. 4, n° 2, 2013, p. 8 s.

⁶C. Gilligan, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, 1982, trad. *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, Flammarion, Champs Essais [1986], 2019, p. 8 ; R. E. Goodin, *Protecting the Vulnerable. A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, The University Of Chicago Press, 1985.

et réparer notre “monde”, de sorte que nous puissions y vivre aussi bien que possible [...] »⁷. Il s’agit d’une activité humaine pour laquelle la demande de reconnaissance est croissante et indispensable au fonctionnement de la société : de notre naissance à notre fin de vie, nous avons en réalité tous besoin de *care*, et donc de personnes soutenantes, prenant soin de nous.

Depuis les années 2000 et la généralisation des risques liés à la modernisation⁸ s’est imposée la nécessité de penser une éthique à destination des plus vulnérables⁹. Une réflexion sur la sollicitude, l’attention à l’autre, à soi, et sur le « bien-vivre » émerge, ainsi qu’une compréhension de la vulnérabilité en lien avec la souffrance (dans la capacité à être blessé) et avec la résilience (dans la capacité à être touché). La succession de crises devenues un état permanent et « sans fin »¹⁰, l’accélération sociale¹¹, l’individualisme et la recherche de performance donnent également au questionnement sur la vulnérabilité contemporaine une acuité particulière. L’on comprendra sans peine que l’ampleur d’une telle thématique n’ait pas échappé au champ du droit¹².

Pour ma part, deux interrogations m’interpellent. Que m’évoque la vulnérabilité dans le contexte de l’époque ? Comment serait-elle amenée à évoluer ? Toutefois, la complexité, la réalité sociétale, à la fois collective et intime, voire l’extension du champ de la vulnérabilité m’invitent à me concentrer sur certains de ses aspects, et à circonscrire ma réflexion. Ainsi, sans prétention d’exhaustivité, je présenterai, au regard du droit, mon point de vue d’abord sur quelques situations de vulnérabilité aujourd’hui (I) puis sur quelques risques de vulnérabilité demain (II).

I) Quelques situations de vulnérabilité au regard du droit, aujourd’hui

La lampe qu’allume dans sa chambre en cette fin d’après-midi l’aide à domicile de M. Volodyr m’amène, par association d’idées, à considérer la vulnérabilité aujourd’hui du majeur protégé, du résident d’Ehpad et de l’usager des services publics.

Vulnérabilité du majeur protégé. Une première information m’est donnée par le Code civil : « Toute personne dans l’impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d’une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l’expression de sa volonté, peut bénéficier d’une mesure de protection juridique [...] »¹³ Ma voisine Claudia, la trentaine, souffre d’une maladie neurologique et vit au domicile de ses parents. Et je sais M. Volodyr, très âgé et veuf, rongé

⁷J. Tronto, *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*, 1993, trad. *Un monde vulnérable. Pour une politique du care*, La Découverte, 2009. Sur son approche des métiers et activités du *care*, insuffisamment valorisés : « La vulnérabilité est-elle une faiblesse ? », 28 nov. 2022, www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/avec-philosophie/le-care-est-il-genre-1726440. F. Brugère, L’éthique du « care », PUF, coll. « Que sais-je ? », 2021.

⁸U. Beck, *La société du risque. Sur la voie d’une autre modernité*, Flammarion, Champs Essais, 2001, p. 65 s.

⁹« La vulnérabilité est-elle une faiblesse ? », 28 nov. 2022, www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/serie-sommes-nous-tous-vulnerables, préc. (F. Brugère).

¹⁰M. Revault d’Allonnes, *La crise sans fin. Essai sur l’expérience moderne du temps*, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2012, p. 10 s.

¹¹H. Rosa, *Aliénation et accélération. Vers une théorie critique de la modernité tardive*, La Découverte [2012], 2014, p. 13 s.

¹²V. notamment S. Prétot, F. Bellivier, E. Jeuland, X. Lagarde, C. Vernières (dir.), *Penser le droit des majeurs vulnérables*, Programme de recherche 2023-2024, Universités Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Clermont-Auvergne, et IRJS ; S. Le Normand-Cailière, S. Mauclair (dir.), *Vulnérabilité et entreprise*, colloque Université d’Orléans, 10 nov. 2023 ; J. Dugne, *La vulnérabilité de la personne majeure. Essai en droit privé* (Préf. Fr. Vialla), Dalloz, 2022 ; Fr. Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000.

¹³C. civ., art. 425 al. 1^{er}.

par un épuisement physique et mental progressif. Ce sont des majeurs vulnérables dont l'état nécessite une protection particulière¹⁴.

Au XX^e siècle, je m'en souviens, la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 réformant le droit des incapables majeurs avait défini et organisé des mesures de protection judiciaire : la tutelle (la représentation continue dans les actes de la vie civile par un tuteur), la curatelle (le contrôle dans les actes les plus graves par un curateur) et la sauvegarde de justice (de courte durée avec une représentation restreinte à certains actes de la vie courante). Une terminologie courtoise derrière laquelle se dessinait toutefois une certaine mise à l'écart par le droit¹⁵.

Au XXI^e siècle naissant, en raison de la plus grande visibilité du handicap, de l'évolution des traitements psychiatriques, de l'augmentation de l'espérance de vie, et du développement de la maladie d'Alzheimer, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est intervenue pour réformer la protection juridique des majeurs. Elle prévoit notamment que « la mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité [...] ; elle [...] est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé [...] »¹⁶. La protection doit être la moins contraignante possible. La plus sévère, la tutelle, « [...] n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle », précédemment évoquées, « ne peuvent assurer une protection suffisante »¹⁷.

Par ailleurs, depuis la loi du 16 février 2015¹⁸, la mesure de protection allégée qu'est l'habilitation familiale (une expression à la fois mystérieuse et gratifiante) permet au proche du majeur, avec autorisation du juge, de le représenter et de passer certains actes en son nom afin de préserver ses intérêts. Et le Code pénal sanctionne de « [...] trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse [...] », notamment de la particulière vulnérabilité d'un majeur protégé pour le conduire « [...] à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables »¹⁹. Désormais, précise la loi n° 2024-420 du 10 mai 2024, « lorsque l'infraction est commise par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende »²⁰. Afin de réprimer les dérives thérapeutiques, la même loi crée également un délit de placement ou maintien dans un état de sujétion psychologique ou physique, avec des peines aggravées lorsqu'il est commis sur un majeur protégé²¹.

À cet objectif de protection s'ajoute celui de préserver l'autonomie du majeur protégé. Grâce au mandat de protection future introduit par la loi précitée du 5 mars 2007, celui-ci peut désigner à l'avance – délicate démarche – le mandataire chargé de le représenter s'il n'était plus en mesure de pourvoir seul à ses intérêts²². La loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015

¹⁴G. Raoul-Cormeil, « Le droit de la protection des majeurs », chap. 14, in B. Teyssié (dir.), *Les métamorphoses du droit des personnes*, LexisNexis, 2023, p. 301 s.

¹⁵J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Rép. du not. Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 37.

¹⁶C. civ., art. 428.

¹⁷C. civ., art. 440.

¹⁸L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ; Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015 ; C. civ., art. 494-1 s.

¹⁹C. pén., art. 223-15-2 mod. L. n° 2023-22 du 24 janv. 2023 : les peines ont été portées à sept ans d'emprisonnement et à un million d'euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée.

²⁰C. pén., art. 223-15-2.

²¹C. pén., art. 223-15-3. La loi du 10 mai 2024 instaure également un délit de provocation à l'abandon ou à l'abstention de soins ainsi qu'un délit à l'adoption de pratiques risquées pour la santé : C. pén., art. 223-1-2.

²²C. civ., art. 477 s. S. Prétot, « Développer le mandat de protection future », *Solution Notaire Hebdo*, n° 38, 2022, p. 21 s.

relative à l'adaptation de la société au vieillissement a pris des mesures pour favoriser son maintien à domicile. Et la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice lui a accordé le droit d'exercer personnellement son droit de vote²³. Et celui de se marier (en informant préalablement du projet de mariage la personne chargée de la mesure de protection)²⁴.

Ce double objectif de protection et d'autonomie me semble louable quoique... paradoxal. Comment établir « la juste distance » formulée par Paul Ricœur²⁵ ? Toutefois, je le reconnais, la prise en compte de la vulnérabilité du majeur protégé, avec les risques de déchéance, de dépendance et d'indignité associés, s'avère complexe. Sans parler du risque d'atteinte aux libertés souligné par le Doyen Carbonnier :

« [...] La garantie suprême de la liberté civile paraît bien être dans ce délicat équilibre de pouvoirs entre le familial, le médical et le judiciaire [...]. »²⁶

En effet, le sujet est pluridisciplinaire. Et à dire vrai, sociétal, car économique, social, politique, éthique. Selon l'Union nationale des associations familiales, près d'un million de personnes bénéficiaient en 2023 d'une mesure de protection juridique ; un nombre en constante augmentation²⁷.

Assurément, Claudia et M. Volodyr ne sont pas seuls.

Et il est probable que leur situation les conduise un jour à résider dans un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

Vulnérabilité du résident d'Ehpad. Je pense à leur sort dans un tel établissement. L'article 459-2 du Code civil affirme que « la personne protégée choisit le lieu de sa résidence ». Est-ce réellement le cas ? Et ce lieu privilégiera-t-il la qualité relationnelle ? Ou plutôt les critères quantitatifs, bref la maximisation des marges et le rationnement de la nourriture et des soins d'hygiène ? En clair, combien de fois par semaine Claudia et M. Volodyr seront-ils lavés ? Mais puis-je vraiment me contenter d'observer leur vulnérabilité de loin, en quelque sorte en surplomb ? Avec un regard distancié et extérieur ? En réalité, nous courons tous le risque de la perte d'autonomie et celui de nous retrouver d'ici quelques années (Occidentaux aisés, j'entends) au fond d'un lit semblable au leur. Avec, alors, beaucoup en commun.

Une telle vie n'est pas un long fleuve tranquille... On se souvient, lors de la pandémie de Covid-19, des mesures très restrictives prises dans les Ehpad pour préserver la santé des résidents, considérés, à juste titre, comme particulièrement vulnérables. Un objectif légitime, mais la crise sanitaire a pointé l'équilibre tensionnel entre recherche de sécurité et préservation des libertés.

Certaines améliorations semblent prévues par la loi « Bien vieillir » n° 2024-317 du 8 avril 2024. Citons-en quelques-unes. Les personnes hébergées en Ehpad se voient reconnaître un droit de visite quotidien de toute personne qu'elles consentent à recevoir, sans information

²³C. élect., art. L.72-1.

²⁴C. civ., art. 460.

²⁵E. Boubliil, « Instaurer "la juste distance". Autonomie, justice et vulnérabilité dans la pensée de Paul Ricœur », *Études ricœuriennes/Ricœur Studies*, vol. 6, n° 2, 2015, p. 13 s.

²⁶*Essais sur les lois, op. cit.*, p. 36.

²⁷www.unaf.fr/protection-juridique-des-majeurs/2024.

préalable de l'établissement²⁸. Leur droit d'accueillir leur animal de compagnie est également garanti, sous certaines réserves²⁹. Et une cellule de recueil et de traitement des alertes en cas de maltraitance de personnes âgées ou handicapées vulnérables est instituée au niveau départemental³⁰.

Les vulnérables des Ehpad sont aussi très concernés par l'actuel débat relatif à l'évolution de la législation sur la fin de vie. La loi Claeys-Leonetti n° 2016-87 du 2 février 2016 a ouvert la possibilité d'accéder, sous certaines conditions, à une sédation profonde et continue jusqu'au décès³¹. Alors que les centres de soins palliatifs sont encore en nombre notablement insuffisant et inégalement répartis sur le territoire³², un projet de loi présenté en avril 2024 au Conseil des ministres a prévu l'élargissement du concept de soins palliatifs à celui de soins d'accompagnement, la création de maisons d'accompagnement pour les personnes en fin de vie et leur entourage. Il ouvre aussi l'accès à une aide à mourir, sous diverses exigences, pour les personnes atteintes d'une maladie grave et incurable avec un pronostic vital engagé à court ou à moyen terme³³.

Ajoutons que, par ailleurs, une personne résidant en Ehpad fait, chaque jour, face à la fois à sa propre vulnérabilité et à un personnel soignant qui, même s'il tente de faire de son mieux, souffre trop souvent des carences organisationnelles de son établissement et du système de santé dans son ensemble (pénurie, épuisement du personnel, rotations incessantes, etc.). Une souffrance accentuée par les difficultés du *dirty care* décrites par la philosophe et psychanalyste Cynthia Fleury dans son essai *La clinique de la dignité*, notamment :

« [...] la dépendance grandissante, l'intimité de l'autre, le non-consentement aux soins, autrement dit tous ces points limites où le sujet est extrêmement vulnérable et [qui] provoque [nt] également, par identification, un sentiment de vulnérabilité et de honte chez celui censé porter le "soin" » [...].
« Humaniser la relation avec celui que l'on juge trop vulnérable [...] représente un coût psychique non négligeable pour celui qui porte le soin [...] »³⁴

Comment garantir le droit de Claudia et de M. Volodyr d'être respectés ? Comment leur éviter de subir l'inévitable maltraitance³⁵ engendrée par la dangereuse financiarisation du grand âge et l'implacable logique d'hyperrentabilité ?

Une maltraitance qui affecte d'ailleurs également de manière plus insidieuse certains usagers des services publics.

²⁸CASF, art. L. 311-5-2 ; CSP, art. L. 1112-2-1.

²⁹CASF, art. L. 311-9-1 (sous réserve de la capacité des établissements à assurer les besoins physiologiques, comportementaux et médicaux de l'animal et dans le respect de conditions d'hygiène et de sécurité).

³⁰CASF, art. L. 119-2 ; CSP, art. L. 1432-1-4°.

³¹CSP, art. L. 1110-5-2 s. ; A. Cheynet de Beaupré, *Trajectoires* 02, 2023 : www.youtube.com/watch?v=UaZ5EuPFi5Q.

³²A. Maad, « Fin de vie : malgré le développement des soins palliatifs, les inégalités d'accès persistent en France », *Le Monde*, 13 mars 2024 : « Alors que les Français vivent de plus en plus âgés, et avec des pathologies multiples, seul un tiers des malades qui en auraient besoin a accès aux soins palliatifs [...] Vingt [départements] en sont encore dépourvus. »

La loi du 8 avril 2024 préc. reconnaît un droit absolu de recevoir une visite quotidienne aux personnes en fin de vie ou en soins palliatifs : CSP, art. L. 1112-4.

³³L. Clavreul, B. Jérôme, « C. Vautrin dévoile le plan "soins palliatifs" du gouvernement », *Le Monde*, 7-8 avr. 2024, p. 7 ; www.vie-publique.fr/loi/293752-fin-de-vie-projet-de-loi-soins-palliatifs-aide-mourir-pour-malades.

³⁴C. Fleury, *La clinique de la dignité*, Seuil, coll. « Le compte à rebours », 2023, p. 55-56 : un coût psychique en termes de temps, d'écoute, de toucher, ou encore de présence sensible.

³⁵À titre d'exemple, v. le livre-enquête V. Castanet, *Les fossoyeurs*, Poche, 2023.

Vulnérabilité de l'utilisateur des services publics. Le champ de la vulnérabilité relève des actions du Défenseur des droits, cette autorité constitutionnelle indépendante, chargée de veiller au respect des droits et libertés et, en particulier, à la défense des droits des usagers des services publics³⁶. Claire Hédon, l'actuelle Défenseuse des droits, dénonçait pourtant en 2023 une « maltraitance institutionnelle » qu'elle définit comme :

« [...] l'incapacité des institutions nationales et internationales à répondre de manière appropriée aux besoins des personnes en situation de pauvreté, ce qui conduit à les ignorer, à les humilier et à leur nuire [...] »³⁷.

Au titre de ces moyens d'action, le Défenseur des droits procède notamment à l'étude et au traitement des demandes individuelles adressées à l'institution. Or, plus des trois quarts des réclamations, observe Claire Hédon :

« [...] mettent en cause *la relation* avec l'administration ou l'organisme de service public avant même les atteintes aux droits sur le fond de la réglementation. Ce sont généralement les mêmes difficultés qui sont relevées : absence d'écoute et de prise en considération des arguments, délais de réponse excessifs, absence de réponse, défaut d'information. Les personnes qui nous saisissent partagent presque toutes, avant tout, un besoin d'être écoutées, prises en considération, respectées [...] »³⁸.

Une situation tensionnelle heureusement atténuée par le dialogue que favorise l'expérimentation de la médiation préalable obligatoire³⁹ :

« [...] deux tiers des réclamants étaient satisfaits de la procédure, quand bien même seulement un tiers avait obtenu gain de cause sur le fond. L'autre tiers était également satisfait d'avoir simplement obtenu une explication du rejet de leur demande [...] »⁴⁰.

Hélas, la dématérialisation croissante des démarches augmente cette « maltraitance institutionnelle » avec, précise Claire Hédon, « un glissement dangereux du principe d'adaptabilité, qui devient une qualité attendue de l'utilisateur, plutôt qu'une exigence qui incombe au service »⁴¹. Pour accéder à ses droits, non seulement l'utilisateur n'est plus en relation avec une personne, mais doit, de surcroît, se former au numérique, être capable d'entrer dans les cases des sites web ou d'une application numérique, s'adapter aux conditions de l'administration.

³⁶Const. 4 oct. 1958, art. 71-1. Elle intervient également dans la défense et la promotion des droits de l'enfant, la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité, le respect de la déontologie par les professionnels de la sécurité, l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte : www.defenseurdesdroits.fr.

³⁷Cl. Hédon, « La dignité au regard des droits » in C. Fleury, *La clinique de la dignité*, op. cit., p. 144.

³⁸*Idem*, p. 142-143.

³⁹La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et son décret d'application n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile ont imposé pour des litiges spécifiques (demandes en paiement d'une somme n'excédant pas 5000 euros et actions relatives à certains troubles de voisinage) un recours à la médiation avant de saisir le juge. L'article 750-1 du CPC instaurant l'obligation de tentative de résolution amiable (annulé par le Conseil d'État en sept. 2022) a été rétabli par le décret n° 2023-357 du 11 mai 2023. N. Dion, *De la médiation*, 2^e éd., Mare & Martin, coll. « Libre Droit », 2018.

⁴⁰Cl. Hédon, « La dignité au regard des droits », art. préc., p. 143.

⁴¹*Idem*, p. 145.

À l'évidence, l'injonction de s'adapter, dont on sait par ailleurs qu'elle malmène nos rythmes cognitifs, familiaux et sociaux⁴², est brutale pour des usagers vulnérables tels Claudia et M. Volodyr, pour la personne en fracture numérique, ou encore pour celle en situation de pauvreté. La loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 a d'ailleurs fait de « la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique », et donc d'une situation de précarité sociale, un nouveau critère de discrimination prohibé en droit français⁴³.

Dans cette première partie, j'ai choisi de concentrer mon propos sur une approche de la vulnérabilité essentiellement circonscrite au présent et à des situations spécifiques. Pourtant, le contexte de l'époque me conduit à élargir ma perception et à envisager dans une seconde partie, prospective celle-ci, quelques risques de vulnérabilité au regard du droit.

II) Quelques risques de vulnérabilité au regard du droit, demain

Au cours de mon cheminement, de mes lectures et observations quotidiennes, je finis par me demander si la vulnérabilité ne risque pas, demain, de devenir sociale, voire d'atteindre le vivant tout entier et notre futur.

Risque de vulnérabilité sociale ? Dans *La société du risque*, le sociologue allemand Ulrich Beck affirme que :

« [...] Dans la modernité avancée, la production sociale de richesses est systématiquement corrélée à la production sociale des risques [...]. »⁴⁴

et souligne la survenance d'une « globalisation des risques civilisationnels »⁴⁵. Rappelons que l'ouvrage est publié en 1986, l'année de la catastrophe nucléaire de Tchernobyl. Il est traduit en français en 2001, période durant laquelle surviennent les attentats du 11 septembre, lesquels actualisent le risque terroriste et, aux États-Unis, une grande vulnérabilité collective. Depuis lors, la sphère des risques est en constante expansion dans les champs les plus divers : risque alimentaire, sanitaire, bancaire, sanitaire, environnemental, migratoire, etc.

Et c'est dans une réalité crue que m'apparaît, par fragments, avec ces tentes grises sous les ponts de la capitale – je n'ai pas loin à aller – le risque consécutif de vulnérabilité sociale. Une famille de réfugiés afghans, à Paris, l'éprouvera certainement davantage qu'une famille française appartenant à la classe moyenne⁴⁶. Car, si nous sommes tous vulnérables, certains le sont davantage que d'autres. On le dit trop rarement, des conditions de vie dégradées accentuent notre vulnérabilité. Au XIX^e siècle, dans *Les Misérables*⁴⁷, l'émouvante Fantine la ressent tragiquement, comme d'autres femmes encore actuellement :

⁴²B. Stiegler, « *Il faut s'adapter* ». *Sur un nouvel impératif politique*, Gallimard, 2019, p. 271 s.

⁴³C. pén., art. 225-1 ; C. trav., L. 1132-1 (v. aussi l'art. L. 1133-6 autorisant une différence de traitement précisément fondée sur cette vulnérabilité économique).

⁴⁴*Idem*, p. 35.

⁴⁵U. Beck, *La société du risque*, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁶Sur une vulnérabilité inégalement partagée face à la vie et la mort (en raison notamment de facteurs socio-économiques, de discriminations, de manque d'estime de soi, d'attention et de disparités de santé), « La vulnérabilité est-elle une faiblesse ? », 29 nov. 2022, www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/avec-philosophie/que-devons-nous-aux-plus-vulnerables-4695503 (D. Fassin).

⁴⁷V. Hugo, *Les Misérables*, 1862.

« [...] À l'échelle du monde, [elles] sont bien plus pauvres que les hommes ; elles font l'objet de violences partout, de conduites ou de mœurs qui les infériorisent ; elles sont parfois exclues du marché du travail et soumises à des pratiques de soin non ou mal rémunérées [...]. La place des femmes est toujours soumise à des empêchements, des moindres réalisations, les tâches considérées comme typiquement féminines sont dévaluées [...]. »⁴⁸

J'ai bien en mémoire quelques avancées de la reconnaissance juridique internationale de la vulnérabilité humaine : la Convention relative aux droits de l'enfant (1989) et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006). À dire vrai, celles-ci me paraissent encore limitées alors qu'en ce XXI^e siècle traversé par de nombreuses lignes de fracture, le risque de devenir socialement vulnérable atteint potentiellement un nombre croissant d'êtres humains.

À ce stade, j'aimerais toutefois évoquer, avec Claudia, M. Volodyr et leurs proches, ces pratiques sociales valorisant le partage et porteuses d'une possible réduction des inégalités économiques, environnementales, et donc des formes de vulnérabilité. Théorisés par l'économiste américaine Elinor Ostrom dans son ouvrage *Governing the Commons*⁴⁹, les communs se définissent comme « [...] des ensembles de ressources en accès partagé et collectivement gouvernées par une structure de gouvernance assurant une distribution des droits et obligations entre les participants [...] »⁵⁰. Aux communs fonciers naturels s'ajoutent les communs nouveaux, informationnels (comme l'encyclopédie en ligne Wikipédia) ou encore urbains (tels les jardins partagés⁵¹). Et chacun connaît le développement des vélos et voitures en usage ou accès individuels successifs, et l'existence de l'habitat participatif. La lecture du *Dictionnaire des biens communs* dirigé par Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld conduit ainsi à revisiter certaines valeurs fondatrices des sociétés contemporaines, en particulier le rôle de la propriété :

« [...] des sociétés assises sur la propriété des biens laisseraient place à celles de l'accès aux utilités de ces mêmes biens, sans passer par la propriété ou en dépit d'un droit de propriété s'exerçant sur eux. [...]. En définitive, au côté d'une "économie de marchandises" se serait développée celle de la "fonctionnalité", au sein de laquelle on recherche directement la "fonction" du bien et non le bien lui-même [...] »⁵².

Là encore, je m'interroge. À l'évidence, la vulnérabilité est intrinsèque à la condition humaine. Mais l'humain est-il la seule espèce vulnérable ? Signe que ma sensibilité, comme celle de nombreuses personnes, a évolué, j'en viens à apprivoiser l'idée que la vulnérabilité, demain, ne serait pas exclusivement humaine, sociale, mais concernerait le vivant dans son ensemble.

Risque de vulnérabilité du vivant ? Ce risque de vulnérabilité du vivant, je le perçois au regard de la vulnérabilité d'autres espèces que l'humain. Évidemment, je pense à la maltraitance des animaux d'élevage, à la disparition des espèces sauvages. Cet ours sur son fragment de

⁴⁸C. Gilligan, *Une voix différente*, op. cit., Cinq questions à F. Brugère, p. VI.

⁴⁹E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.

⁵⁰B. Coriat, « Communs (approche économique) » in M. Cornu, F. Orsi, et J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, coll. « Quadrige », 2017, p. 267 s.

⁵¹N. Dion, « En clair-obscur, le jardin partagé urbain » in G. Goffaux Callebaut (dir.), *Droit(s) et Jardin*, Mare & Martin, coll. « Libre Droit », 2021, p. 217 s.

⁵²J. Rochfeld, « Accès (Enjeux théoriques) » in M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 7-9.

banquise à la dérive est-il vulnérable ? Oui, selon le *Dictionnaire Le Robert*, dans lequel je lis à l'entrée Vulnérable : « espèce (animale) menacée d'extinction à l'état sauvage ». Pour l'heure, l'article 514-15 du Code civil affirme que les « animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité » et « [...] soumis au régime des biens ».

Je pousse plus loin la réflexion et l'extension possible du concept de vulnérabilité. Ces chênes en situation de stress hydrique, ces arbres menacés par la déforestation, ou encore ce fleuve envahi de déchets sont-ils vulnérables ?

Me revient en mémoire le naufrage du pétrolier *Erika* et l'admission par le jugement du 16 janvier 2008 du tribunal de grande instance de Paris de la réparation du préjudice écologique. Un préjudice qui a fait l'objet d'une consécration à l'article 1246 du Code civil⁵³ par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité de la nature et des paysages.

Une évolution est en cours sur le plan international. L'idée d'une nature sujet de droit⁵⁴ a en effet pris dans certains États une forme juridique. Ainsi, la Constitution de l'Équateur a intégré, en 2008, un chapitre relatif aux droits de la nature⁵⁵. La Bolivie a adopté, en 2010, la loi n° 071 sur les droits de la Terre Mère et, en 2012, la loi-cadre n° 300 de la Terre-Mère et du développement pour vivre bien. Un tribunal argentin a reconnu, en 2014, la qualité de « personne non humaine » et le droit de vivre en liberté dans un sanctuaire à une orang-outan (résidant jusqu'alors dans un zoo de Buenos Aires). En 2017, le Parlement a reconnu en Nouvelle-Zélande la personnalité juridique du fleuve Whanganui, tandis que la Haute Cour de l'Uttarakhand a attribué ce statut notamment au Gange et à la Yamuna⁵⁶. La Cour constitutionnelle d'Équateur a également déclaré en 2021, à propos de la forêt protégée de *Los Cedros*, la pleine force normative des droits de la nature⁵⁷. En 2022, le législateur espagnol a accordé la personnalité juridique à la lagune de la Mar Menor.

Incontestablement, il existe dans le débat international sur la justice climatique un questionnement croissant sur la place et la protection des entités naturelles⁵⁸, en raison des atteintes infligées par l'humain et de la dégradation constante de la biodiversité.

Oui, à mon sens, il y a une réelle pertinence à ce que le juriste du XXI^e siècle étudie avec attention la perspective de l'extension de la notion de vulnérabilité à toutes les espèces vivantes et aux écosystèmes reliés par le risque commun d'un « futur vulnérable ».

⁵³« Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer » ; M. Hautereau-Boutonnet, E. Truilhé (dir.), *Procès et environnement. Quelles actions en justice pour l'environnement ?*, DICE éditions, coll. « Confluence des droits », 2020, doi.org/10.4000/books.dice.9216 [2022].

⁵⁴M.-A. Hermitte, « La nature, sujet de droit ? », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, 2011/1, p. 173 s.

⁵⁵Chap. 7, *Rights of nature*, art. 71 : « La Nature [...] a le droit à ce que l'on respecte intégralement son existence et le maintien et la régénération de ses cycles vitaux, structure, fonctions et processus évolutifs. »

⁵⁶P. Brunet, « Vouloir pour la nature. La représentation juridique des entités naturelles », *Journal of Interdisciplinary History of Ideas*, 2019, vol. 8, Issue 15, Section 2, p. 4 s.

⁵⁷E. Bottini, Cour constitutionnelle d'Équateur, arrêt n° 1149-19-JP/21 du 10 nov. 2021 (Reconnaissance des droits de la nature) in *Chronique de droit constitutionnel comparé*, juil-déc. 2021, Titre VII, n° 8, avr. 2022, p. 155-156 : « la Cour constitutionnelle a confirmé, par des éléments scientifiques, la biodiversité de la forêt de *Los Cedros* et a déclaré que cet écosystème est le détenteur des droits à l'existence des espèces animales et végétales, ainsi qu'au maintien de leurs cycles, structure, fonctions et processus évolutifs ».

⁵⁸J. Rochfeld, *Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Odile Jacob, 2019 ; E. Jeuland, *Theories of legal relations*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2023, p. 239 s. ; E. Jeuland, *processualiste éclairé*, La Grande Bibliothèque, Ecole de de Droit de la Sorbonne/IED, 2023 : <https://www.youtube.com/watch?v=Rtw54ZJ-Y4M> ; P. Brunet, « Vouloir pour la nature. La représentation juridique des entités naturelles », art. préc. ; C. de Toledo (mise en récit), *Le fleuve qui voulait écrire. Les auditions du parlement de Loire*, Ed. Manuella/Les liens qui libèrent, 2021 ; B. Berthelot, « Inhumaine dignité. La charge de la Terre et des vivants », in C. Fleury, *La clinique de la dignité, op. cit.*, p. 161 s.

Sur les entités techniques, F. Defferrard, *Le droit selon Star Trek*, (Préf. E. Jeuland), Mare & Martin, 2015 ; « Vers un statut spécifique de l'être humain ? », *Rec. Dalloz*, 4 juillet 2024, n° 25, p. 1243 s.

Risque d'un « futur vulnérable » ? Différents écrits alertent depuis plusieurs années sur les limites indépassables des ressources planétaires et sur la pression que l'humain, depuis des décennies, impose à l'écosystème terrestre⁵⁹. Avec des phénomènes d'emballement et d'accélération difficiles à anticiper, la vie même risquerait de devenir incertaine, et la vulnérabilité, systémique⁶⁰. Après avoir été prédatrice (le *Dictionnaire historique de la langue française* précise que « vulnérable » est emprunté à *vulnerabilis* : « qui peut être blessé » et... « qui blesse »), une civilisation entière deviendrait-elle vulnérable ?

Et, de fait, les vécus d'effondrement ne sont plus simplement individuels. Dans un monde en tension, fracturé, ils deviennent collectifs, massifs. L'actualité me renvoie quotidiennement des images de groupes humains fuyant un horizon de décharges/montagnes à ciel ouvert⁶¹, de décombres et la cruauté. La violence économique et sociale, les conflits armés et les bouleversements climatiques génèrent une multiplication de déplacements contraints/forcés de populations vulnérables.

Là encore, je quitte ma posture de surplomb. Et si, demain, les quelques objets témoins de mon histoire, mes meubles, mon lieu de vie, disparaissaient, emportés par une tornade ou une bombe, ne serais-je pas, également, contrainte de fuir ? Et vulnérable ? Je crains, hélas, de trop connaître la réponse. Se profile alors en pointillé, devant mes yeux, un possible « futur vulnérable »⁶² fait de frustrations, de restrictions et de renoncements.

J'aimerais dire à Claudia et à M. Volodyr qu'afin de réduire la vulnérabilité, le droit pourrait adopter des mesures associant un ensemble de parties prenantes comme le politique, la santé, la société civile, l'entreprise⁶³. La loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises contient des signaux encourageants. Il est ainsi possible que l'insertion d'une raison d'être dans les statuts⁶⁴ d'une société acte l'incarnation – réelle – par ses acteurs de valeurs de partage ou que leur choix d'opter pour le label de société à mission⁶⁵ les conduise à affecter des profits à des fins humanitaires en vue de réduire la vulnérabilité. Ajoutons la visée sociétale de l'alinéa 2 ajouté à l'article 1833 par la même loi Pacte : « la société doit être gérée dans son intérêt social en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». De même, la *European Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)* applicable depuis le 1^{er} janvier 2024 rend obligatoire pour les entreprises, avec une application progressive et à hauteur de certains seuils, la publication d'un reporting de durabilité et donc d'informations sur leur activité au regard de l'environnement, du social et de la gouvernance⁶⁶.

Enfin, c'est à la qualité de sa législation relative à la prise en charge des plus vulnérables que l'on mesure le degré d'évolution d'une Nation. Aussi, accorder dans les sociétés démocratiques une plus grande place à l'intelligence émotionnelle contribuerait assurément à une meilleure prise en compte de la vulnérabilité. La philosophe américaine Martha Nussbaum propose ainsi d'enseigner à :

⁵⁹V. notamment J. Diamond, *Effondrement. Comment les sociétés décident de leur disparition ou de leur survie*, Gallimard, 2006, p. 21 s. ; P. Servigne, R. Stevens, *Comment tout peut s'effondrer. Petit manuel de collapsologie à l'usage des générations présentes*, Seuil, coll. « Anthropocène », 2015, p. 37 s. ; M. Magny, *L'Anthropocène*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2021.

⁶⁰Sur « l'anthropocène, ou la menace de l'indignité systémique », C. Fleury, *La clinique de la dignité, op. cit.*, p. 76 s.

⁶¹D. Diop, *Le pays de Rêve*, Rageot, 2024, p. 27 s.

⁶²Sur le « devenir-indigne du monde », C. Fleury, *La clinique de la dignité, op. cit.*, p. 75 s.

⁶³A. Gonzague, « Entretien avec F. Brugère », *L'Obs*, n° 3085, 16 nov. 2023, p. 65 : « [...] notre société a besoin d'un État attentif. »

⁶⁴C. civ., art. 1835.

⁶⁵C. com., art. L. 210-10.

⁶⁶Le reporting extra-financier des entreprises européennes porte donc désormais sur les données environnementales (adaptation au changement climatique, biodiversité...), sociales (égalité des chances, conditions de travail et respect des droits humains...), et de gouvernance (rôle des organes d'administration, activités de lobbying...) : entreprendre.service-public.fr/actualites/A16970.

« [...] ne pas avoir honte du besoin et de l'incomplétude, mais à y voir des occasions de coopération et de réciprocité [...] »⁶⁷.

Développer cette culture de la coopération et « une véritable capacité d'attention à autrui » suppose de reconnaître, écrit-elle, qu' :

« [...] un contrôle total n'est ni possible ni souhaitable, que le monde est un endroit où nous avons tous des faiblesses et devons trouver des manières de nous entraider [...] »⁶⁸.

Oui, peut-être que notre capacité à ressentir notre propre vulnérabilité nous rend plus sensibles aux vulnérables.

Ainsi, la vulnérabilité contemporaine nous renvoie à notre vulnérabilité fondamentale : corporelle (nous pouvons tous connaître la perte, la blessure, la maladie), environnementale (notre environnement naturel, économique, social peut accroître notre vulnérabilité) et relationnelle (nous sommes relationnellement dépendants). La vulnérabilité contemporaine pointe également notre douloureuse ambivalence : notre conscience accrue des risques et notre sentiment d'impuissance à maîtriser les bouleversements à venir.

Aussi, en raison de l'ampleur des enjeux de l'époque, la vulnérabilité suppose-t-elle une réflexion pluridisciplinaire : par le droit et au-delà du droit. Car on mesure que pour construire le futur, mener des actions en profondeur, développer des clés d'anticipation des risques, aucune discipline, dont le droit, n'est suffisante en elle-même. Une telle réflexion nous conduira peut-être à dépasser les trop fréquentes injonctions à la performance, à l'adaptation et à l'autonomie, pour envisager le passage (ou le pas Sage) suivant : la reconnaissance, par une Conscience collective plus élevée, de notre vulnérabilité mutuelle, celle, interspèces, des vivants ».

Clara B.

⁶⁷M. Nussbaum, *Les émotions démocratiques. Comment former le citoyen du XXI^e siècle ?*, Flammarion, coll. « Climats », 2011, p. 61.

⁶⁸*Idem*, p. 123.

PARTIE II : *VARIA*

Risques et prescription de l'action publique

Sophie HILDENBRAND

Docteur en droit pénal et sciences criminelles,
ATER à l'Université de Strasbourg, Centre de droit privé fondamental

Résumé : La prescription de l'action publique est une institution loin d'être neutre. Selon les époques, elle a été utilisée soit comme un instrument au service de la clémence, soit d'une répression sans concession. Un double risque lui est ainsi consubstantiel : risque d'une impunité trop importante des auteurs d'infractions ou, à l'inverse, risque de rendre l'acquisition de la prescription trop tardive, qui anéantirait son existence. L'histoire de la prescription et le droit positif montrent qu'elle est passée d'un *générateur* de risque à un *objet* de risque. Il est dès lors temps d'arriver à un juste équilibre des risques en présence. Cet équilibre ne peut être atteint que par une nouvelle réflexion sur les fondements de l'institution même de la prescription. Le droit allemand sert d'inspiration à l'élaboration d'une théorie mixte de la prescription et à la formulation d'une proposition concrète d'évolution du droit français à même de rendre à l'institution ses lettres de noblesse.

Mots-clés : Droit pénal ; procédure pénale ; prescription ; action publique ; risque ; droit criminel.

Abstract: *The statute of limitations is an institution that is far from being neutral. Depending on the era, it has been used either as an instrument of leniency or of uncompromising repression. A double risk is consubstantial with it: a risk of impunity for the perpetrators of offences, or conversely, a risk making its acquisition too late, which would destroy its existence. The history of the statute of limitations and the positive law shows that it has gone from being a risk generator to a risk object. It is therefore time to achieve a balance of risks. This balance can only be achieved by rethinking the foundations of the institution of the statute of limitations. German law serves as an inspiration for the development of a mixed theory of statute of limitations and is used for the concrete formulation of a proposal for the evolution of French law that will be able to restore the institution to its rightful place.*

Keywords: *Criminal law; criminal procedure; statute of limitations; public prosecution; risk; criminal law.*

L'existence de la prescription de l'action publique en droit français suggère que des poursuites pénales éternelles représentent un danger. Quelle autre motivation pourrait inciter un État à restreindre sa propre faculté de punir ceux qui enfreignent ses règles ? L'évolution de l'institution démontre néanmoins que l'affirmation initiale doit être nuancée et qu'une réflexion sur les risques qui entourent l'institution de la prescription est nécessaire¹. La prescription de l'action publique² figure parmi les mécanismes d'extinction de cette action énumérés à l'article 6 du Code de procédure pénale³. Elle a pour conséquence qu'après l'écoulement d'une certaine durée, les poursuites pénales ne sont plus possibles.

Par nature, l'institution de la prescription n'est pas neutre puisque sa simple acquisition empêche toute répression pénale. Elle est un outil de politique criminelle qui fonctionne comme un curseur qui serait placé sur une droite de l'intensité de la répression. D'un côté, si les règles de prescription sont favorables à son acquisition précoce, l'institution apparaît comme un instrument au service d'un droit pénal clément. D'un autre côté, si ses mécanismes

¹Pour la question d'une distinction entre risque et danger en droit pénal, voir : A. Zouhal, *Le risque en droit pénal*, LGDJ, Paris, 2021, pp. 25 ; 26, n°35.

²La prescription de l'action publique doit être distinguée de la prescription de la peine (C. pén., art. 133-2 s.), qui empêche l'exécution de la peine après l'écoulement du délai. Afin de faciliter la lecture, nous n'emploierons que le terme de « prescription » à l'avenir pour désigner la prescription de l'action publique.

³C. proc. pén., art. 6 al. 1^{er} : « L'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée ».

engendrent une durée très longue avant l'extinction de l'action publique, la prescription devient un outil aux mains d'une répression sans concession qui, poussée à l'extrême, peut même entraîner *de facto* sa disparition. De ce fait, la notion de risque lui est consubstantielle. Il se définit comme étant la « *possibilité, [la] probabilité d'un fait, d'un événement considéré comme un mal ou un dommage* »⁴. La prescription peut constituer un mal à deux égards. D'un côté, une prescription acquise trop rapidement pourrait entraîner un désengagement prématuré de l'État dans la poursuite des auteurs d'infractions, alors même que les citoyens lui ont confié une part de leurs libertés pour qu'il les protège⁵. Il n'est donc pas question d'instaurer des délais qui seraient trop brefs. De l'autre côté, il n'est pas plus admissible qu'une imprescriptibilité existe, même si cela ne se produit que *de facto*, car comme nous le verrons, la prescription contribue notamment à l'effectivité du droit à un procès équitable et constitue plus généralement un rouage essentiel de la protection des droits fondamentaux.

Le risque d'impunité comme celui d'une répression excessive, lié à la durée de la prescription, nous amène à repenser aujourd'hui la prescription en droit français⁶. Cet article revient sur la genèse de la prescription, en particulier l'inscription des règles indulgentes du Code d'instruction criminelle en 1808. L'existence de dispositions favorables à l'impunité s'est justifiée grâce à diverses théories. L'évolution ultérieure a toutefois laissé place à des règles de plus en plus enclines à une répression tardive, non seulement grâce à l'utilisation du régime général de prescription, mais aussi par la multiplication des règles dérogatoires plus sévères. Ainsi, il est aujourd'hui essentiel d'interroger le devenir de l'institution de la prescription pour en conclure qu'un renouveau est nécessaire. Pour ce faire une réflexion au cœur de la prescription s'avère indispensable, s'appuyant en partie sur les découvertes de la doctrine allemande. Il en ressort que la prescription comporte à la fois un aspect matériel et procédural. L'institution s'explique d'une part par la théorie de la baisse d'intensité de l'illicéité de l'infraction et d'autre part, par son rôle dans l'effectivité du droit à un procès équitable. À partir de cette réflexion, une proposition de réforme du droit français est formulée.

Puisque le risque est double, il convient d'envisager ses deux faces successivement en montrant dans un premier temps que la prescription a été conçue comme un outil de clémence et a donc entraîné un important risque d'impunité (I). Dans un deuxième temps, la prescription est devenue un instrument au service d'une répression sans concession, ce qui a engendré le risque de sa disparition (II). Une réforme de la prescription s'impose alors afin de parvenir à un équilibre des risques (III).

⁴Définition disponible en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/risque/69557> (consulté le 26 avril 2024).

Pour une définition juridique : « *Événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou la date de cette réalisation ; se dit aussi bien de l'éventualité d'un tel événement en gén., que de l'événement spécifié dont la survenance est envisagée. [...]* ». G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018, pp. 932 ; 933.

⁵Pour l'étude de l'origine de la peine et du droit de punir, voir : C. Beccaria, *Des délits et des peines*. Traduction nouvelle par C. de Planey, Brière, Paris, 1822, pp. 7 et s.

⁶Cet article présente les principaux apports d'une thèse sur la prescription soutenue en septembre 2023 à la suite d'une cotutelle entre les Universités de Strasbourg et Ludwig-Maximilian de Munich. Elle s'est attachée à comparer les droits français et allemand de la prescription de l'action publique sous l'angle de la politique criminelle. La présente contribution se cantonnera à étudier les règles françaises de prescription. Néanmoins, la proposition de réforme énoncée dans la seconde partie de cette contribution a pour assise une partie du droit allemand.

Voir : S. Hildenbrand, *La prescription de l'action publique comme outil de politique criminelle. Étude de droit comparé franco-allemand*. Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2023.

I) La prescription et le risque d'impunité

Très ancienne, la prescription était déjà connue en droit romain⁷ et dans l'ancien droit français⁸. Elle a ensuite été pleinement consacrée dans les codes révolutionnaires⁹ et dans le Code d'instruction criminelle en 1808¹⁰. Le législateur napoléonien a alors concilié certaines règles héritées de l'ancien régime avec d'autres issues des législations de la fin du XVIII^e siècle. Ce compromis a globalement conduit à un système assez favorable aux auteurs d'infractions qui repose sur trois mécanismes classiques.

Tout d'abord, des délais très brefs ont été introduits : un an pour les contraventions, trois ans pour les délits et dix ans pour les crimes. Seuls quelques rares délais spéciaux étaient prévus pour des domaines très particuliers¹¹. Une impunité en résultait finalement assez rapidement.

Ensuite, le point de départ du délai de prescription était assez précoce puisqu'il débutait dès la commission de l'infraction alors que le droit intermédiaire l'avait reculé jusqu'au « *jour où l'existence du crime aura été connue [ou/et] légalement constatée* »¹².

Ces deux mécanismes étaient toutefois insuffisants pour déterminer le moment de l'acquisition de la prescription, car, dès 1808, le législateur a prévu la possibilité de proroger son délai. Le mécanisme utilisé, appelé « *interruption* » faisait repartir le délai de prescription à zéro en cas d'acte d'instruction et de poursuite. Il était par conséquent très puissant, d'autant qu'il pouvait être répété à l'infini¹³. Seule la connaissance de la commission de l'infraction et une bonne gestion par les autorités des actes interruptifs de prescription permettaient de limiter le risque d'impunité.

Si le droit prévoyait rapidement l'impunité par le simple passage du temps, il est crucial de comprendre les raisons de l'existence d'un tel risque. La clé réside dans les fondements de la prescription, qui sont multiples et peuvent être classés en trois catégories¹⁴.

Premièrement, la prescription est traditionnellement justifiée par des fondements dits subjectifs, mettant en avant les conséquences positives qu'elle aurait sur les individus ou la société. Cette catégorie de théories a eu une place particulièrement importante dans l'ancien droit et au début du XIX^e siècle. Une partie de la doctrine admet ainsi la prescription, car l'auteur de l'infraction aurait vécu dans la peur d'être poursuivi durant ce délai et aurait dès lors éprouvé suffisamment de remords durant cette période¹⁵. Le condamner à l'issue d'un long délai reviendrait à le punir une seconde fois¹⁶. Parallèlement, l'auteur de l'infraction changerait avec les années, créant ainsi le risque de punir une personne différente qui s'est

⁷H. Moazzami, *La prescription de l'action pénale en droit français et en droit suisse : étude de droit comparé*, thèse de doctorat, Université de Genève, Montreux, Imprimerie Ganguin & Laubscher S.A., 1952, p. 21.

⁸Voir J. Danet et al., *Prescription, amnistie et grâce en France*, Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2008, pp. 27 et s..

⁹*Loi. Code pénal. Donnée à Paris le 6 octobre 1791*, Paris, imp. de Prault, 1790, pp. 7 ; 8 ; *Code des délits et des peines. Du 3 Brumaire*, Paris, Impr. De la République, 1795, pp. 2 ; 3.

¹⁰Voir : C. inst. crim., art. 637, 638 et 640.

¹¹H. Moazzami, *La prescription de l'action pénale en droit français et en droit suisse : étude de droit comparé*, op. cit., pp. 43 et 134 et s..

¹²Art. 2 du Titre VI du Code pénal de 1791 et art. 9 du Code des délits et des peines du 3 Brumaire An IV.

¹³C. Courtin, « Prescription de l'action publique », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, mars 2019 (actualisation mars 2022), Dalloz, n°129.

¹⁴Les justifications théoriques de la prescription sont très diverses et nous ne pourrions toutes les citer. Nous nous contenterons d'en énoncer un certain nombre qui reflète bien les enjeux qui sous-tendent l'institution.

¹⁵Voir par ex. : P. A. Merlin, « Prescription », *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 9, 3^e éd., Paris, Garnery, 1808, p. 549.

¹⁶C. Hardouin-Le Goff, *L'oubli de l'infraction*, thèse de doctorat, Université Paris II, 2005, Paris, LGDJ, 2008, p. 107, n°211.

déjà amendée¹⁷. Plus généralement, certaines fonctions de la peine seraient déjà accomplies par le simple passage du temps¹⁸.

Deuxièmement, des fondements procéduraux sont régulièrement reconnus à la prescription. Ils peuvent être subdivisés en deux catégories. D'une part, la prescription permettrait de surmonter les difficultés liées à la perte des preuves par le passage du temps¹⁹. Les témoignages deviendraient moins précis ou les preuves s'altéreraient avec le temps. Il serait donc non seulement plus difficile pour le ministère public de prouver la culpabilité, mais aussi pour le mis en cause de préparer une défense efficace. D'autre part, la prescription permettrait de réguler la procédure pénale en sanctionnant l'inertie des autorités de poursuite²⁰ et acterait la renonciation factuelle de l'État aux poursuites²¹. Elle conduirait en outre à une procédure moins lente par la crainte que son acquisition empêche toute action²². Enfin, elle contraindrait les autorités à se concentrer sur les affaires les plus récentes²³.

Troisièmement et dernièrement, la prescription trouve son assise dans les fondements sociologiques²⁴. Avec le temps, le méfait s'effacerait des mémoires et il ne serait alors plus nécessaire de punir l'auteur²⁵. En réponse, la prescription constituerait une forme de pardon²⁶. Enfin, elle évite de raviver de douloureux souvenirs et de perturber une paix sociale rétablie par l'effet du temps²⁷.

L'ensemble de ces arguments plaide en faveur de l'acquisition de la prescription. Cependant, ces règles favorables au défendeur n'ont pas perduré de telle sorte que, depuis le XX^e siècle, le risque de disparition de la prescription s'est progressivement substitué à celui de l'impunité, ce qui est tout aussi problématique.

II) La prescription et le risque de sa disparition

Depuis le XIX^e siècle, les règles de prescription ont subi des changements considérables, notamment par la loi du 27 février 2017²⁸. Les réformes législatives ainsi que les interprétations jurisprudentielles ont eu pour objectif de retarder de plus en plus son acquisition, voire à la rendre impossible. Pour atteindre ce résultat, outre l'utilisation des mécanismes classiques déjà présents dans le Code d'instruction criminelle, le législateur et le

¹⁷G. Tarde, *La philosophie pénale*, Lyon et Paris, A. Storck et G. Masson, 1890, pp. 131 ; 132.

¹⁸L'auteur de l'infraction s'amendrait avec le passage du temps et parallèlement, la prescription éviterait la récidive par la crainte que la nouvelle infraction ne ravive l'ancienne. Enfin, à l'échelle de la société, grâce notamment à des règles de prescription qui ne sont pas trop favorables à l'impunité, il y aurait un effet de prévention générale négative. Voir not. : C. Hardouin Le-Goff, *L'oubli de l'infraction*, *op. cit.*, p. 108, n°214 et s. ; A. Varinard, *La prescription de l'action publique. Sa nature juridique : droit matériel, droit formel, thèse de doctorat*, Université Lyon II, Lyon, Edition de l'A. G. E. L., 1973, p. 10, n°11 ; C. Courtin, « Prescription de l'action publique », *op. cit.*, n°3.

¹⁹Voir par ex. : G. Filangieri, *La science de la législation*, ouvrage traduit de l'italien, d'après l'édition de Naples, de 1784, tome 3, Paris Cuchet, 1787, p. 23.

²⁰C. Courtin, « Présentation générale de la réforme », in J. Brosson, C. Courtin et J.-R. Demarchi (dir.), *La réforme de la prescription pénale*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 15.

²¹Voir not. : M. Royo, *Contribution à l'étude de la prescription de l'action publique*, thèse de doctorat, Université de Toulouse I, 2012, pp. 340 et s., n°223.

²²A. Mihman, *Juger à temps : le juste temps de la réponse pénale*, thèse de doctorat, Université Paris 11, 2007, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 289, n°257.

²³J. Danet, « La prescription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle », *Archives de politique criminelle*, janvier 2006, n°28, pp. 86 ; 87.

²⁴Ce terme est tiré d'un article d'E. Gallardo : E. Gallardo, « L'action publique doit-elle subir les affres du temps ? », in *La prescription en matière pénale*, Lexbase Hebdo édition privée n°686, 2 février 2017, p. 10.

²⁵Voir par ex. : J.-L.-E. Ortolan, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridiction, procédure*, tome 2, 3^e éd., Henri Plon, 1864, p. 318, n°1853.

²⁶M. Royo, *Contribution à l'étude de la prescription de l'action civile*, *op. cit.*, pp. 353 ; 354, n°228.

²⁷Voir par ex. : E. Brun de Villeret, *Traité théorique et pratique de la prescription en matière criminelle*, Paris, A. Durand, 1863, p. 2, n°3.

²⁸Loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, *JORF* n°0050, 28 février 2017.

juge n'ont pas hésité à créer de nouvelles règles pour empêcher le temps de faire son œuvre trop facilement. L'ensemble amène au constat flagrant que l'effet extinctif de la prescription est de plus en plus délicat à acquérir.

Tout d'abord, et il s'agit du mécanisme qui démontre le plus d'hostilité à l'endroit de la prescription, le législateur a créé dès 1964 une imprescriptibilité pour les infractions considérées comme les plus graves²⁹, à savoir les crimes contre l'humanité commis durant la Seconde guerre mondiale³⁰. En 1994, il l'étend dans le Code pénal à tous les crimes contre l'humanité et au génocide³¹.

Ensuite, les délais de prescription ont été considérablement relevés. En 2017, ceux du droit commun ont été portés à six ans pour les délits et vingt ans pour les crimes³². À ceux-là, une multitude de délais spéciaux ont été instaurés durant les dernières décennies dans divers domaines tels que le terrorisme³³, le trafic de stupéfiants³⁴, les disparitions forcées³⁵, les crimes et délits de guerre³⁶ ou encore les infractions commises sur les mineurs³⁷. Les délais des crimes ont été relevés à trente ans, et des délits à dix ans ou même vingt ans³⁸. Même dans le domaine du droit pénal de la presse, où les délais de prescription sont plus courts³⁹, des délais plus longs ont été introduits⁴⁰.

Le point de départ du délai de prescription a également fait l'objet d'adaptations significatives. Premièrement, les juges sont notamment à l'origine de la théorie *contra legem* de l'infraction clandestine, c'est-à-dire qui touche des infractions occultes ou dissimulées. Introduite dans les années 1930⁴¹, elle était initialement appliquée à des infractions économiques⁴² avant d'être étendue à d'autres domaines⁴³. Ce report prétorien du point de départ de la prescription a conduit à ne faire débiter le délai qu'au jour où l'infraction est « *apparu[e] et a pu être constaté[e] dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* »⁴⁴. En 2017, le législateur a finalement consacré cette quasi-imprescriptibilité de fait au nouvel

²⁹En réalité, l'imprescriptibilité n'était pas complètement absente auparavant, mais se limitait au domaine très restreint de la désertion qui s'apparentait à un crime de lèse-patrie. Cette imprescriptibilité n'existe plus aujourd'hui. Voir : C. Hardouin-Le Goff, *L'oubli de l'infraction*, *op. cit.*, p. 440, n°928.

³⁰Loi n°64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, *JORF* n°0303, 29 décembre 1964.

³¹Aujourd'hui, l'article 7 du Code de procédure pénale précise que les infractions mentionnées aux articles 211-1 à 212-3 du Code pénal sont imprescriptibles.

³²C. proc. pén., art. 7 et 8.

³³Introduits par la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *JORF* n°0034, 9 février 1995.

³⁴Introduits par la loi n°87-1157 du 31 décembre 1987 relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modification certaines dispositions du code pénal, *JORF* n°0003, 5 janvier 1988, p. 150.

³⁵Créés par loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JORF* n°0181, 6 août 2013.

³⁶Introduits par la loi n°2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, *JORF* n°0183, 10 août 2010.

³⁷Avant l'introduction d'un délai spécial pour ces infractions, le législateur avait déjà prévu un report du point de départ. Pour le premier délai spécial, voir : Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, *JORF* n°0139, 18 juin 1998.

³⁸Pour plus de précisions, voir : S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 2023, pp. 965 et s., n°1587.

³⁹L'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse prévoit un délai unique de trois mois pour les crimes, délits et contraventions prévues dans cette loi.

⁴⁰C'est le cas en matière de lutte contre le terrorisme ou le racisme par exemple pour lesquels un délai d'un an est prévu (art. 65-3 de la loi du 29 juillet 1881).

⁴¹Cass. crim., 4 janvier 1935, *Gaz. Pal.* 1935 I, 353 ; RSC 1936, 86 (abus de confiance).

⁴²Étaient concernées des infractions comme l'abus de biens sociaux, le favoritisme, la prise illégale d'intérêts, le blanchiment, etc..

⁴³La simulation ou la dissimulation d'enfant ou la fraude au divorce par exemple.

⁴⁴La formulation a pu évoluer. Voir pour cette formulation employée : Cass. crim. 10 août 1981, n°80-93.092, *Bull. crim.* n°244 ; *Rev. Soc.* 1983, 368, note Bouloc, *Gaz. Pal.* 1981, II, 696.

article 9-1 du Code de procédure pénale⁴⁵. On observe cependant de petites avancées telles que l'introduction de la définition des infractions dissimulées et occultes et surtout la mise en place d'un délai butoir⁴⁶.

Secondement, le législateur a également recouru au report du point de départ, notamment pour les infractions commises sur les mineurs. Ainsi, le point de départ des crimes et délits décrits à l'article 706-47 du Code de procédure pénale a été reporté au dix-huitième anniversaire de la victime⁴⁷.

En outre, le mécanisme d'interruption, défini largement par le législateur en 1808, a été interprété de manière répressive par les juges. Au-delà de l'extension de l'acte d'instruction aux actes d'enquête, les juges ont reconnu de manière surprenante le caractère interruptif de certains actes, comme un simple soit-transmis dans l'affaire des disparues de l'Yonne⁴⁸. La création d'une liste d'actes interruptifs de prescription par la réforme du 27 février 2017⁴⁹ avait suscité l'espoir de circonscrire enfin le mécanisme, mais il a été vite dissipé par la Cour de cassation qui a décidé d'en faire une liste non limitative⁵⁰.

De surcroît, de nouveaux mécanismes ont été élaborés. Tout d'abord par les juges, qui ont instauré le mécanisme général de suspension, inconnu dans le Code d'instruction criminelle de 1808. Lorsqu'un obstacle empêche les poursuites ou l'instruction, il gèle le cours du délai de prescription le temps de son existence. Une fois l'obstacle levé, le délai continue à courir. Parallèlement aux obstacles de droit⁵¹, les juges ont reconnu des obstacles de fait, comme la guerre⁵². De manière plus inattendue, ils ont aussi découvert un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites dans l'affaire Cottrez, après la découverte de cadavres de nourrissons dont la naissance et la mort avaient été ignorées de tous⁵³. En 2017, le législateur a consacré le mécanisme à l'article 9-3 du Code de procédure pénale. Cependant, les arrêts récents de la Cour de cassation ont démontré que son application n'a pas été révolutionnée⁵⁴.

⁴⁵C. proc. pén., art. 9-1 : « Le délai de prescription de l'action publique du crime prévu à l'article 214-2 du code pénal, lorsqu'il a conduit à la naissance d'un enfant, court à compter de la majorité de ce dernier.

Par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise.

Est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire.

Est dissimulée l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte ».

⁴⁶On déplore néanmoins que ce délai butoir n'existe que pour les infractions clandestines.

⁴⁷C. proc. pén., art. 7 et 8.

⁴⁸Cass. crim., 20 février 2002, n°01-85.042, *Bull. crim.* n°42, *RSC* 2003, 585, obs. Giudicelli ; *D.* 2002, 1115.

⁴⁹C. proc. pén., art. 9-2.

⁵⁰Cass. crim., 21 janvier 2020, n°19-84.450, *Bull. crim.*, *D.* 2020, 153 ; *RSC* 2020, 113, obs. Delage ; *Dalloz actualité*, 10 fév. 2020, obs. Goetz ; *JCP G* 2020, n°16, 491, note Robert ; *Proc.* 2020, n°4, 74, comm. Chavent-Leclere.

⁵¹C'est le cas par exemple lorsqu'existe une question préjudicielle. Cass. crim., 28 mars 2000, n°99-84.367, *Bull. crim.* 2000, n°139, *RDI* 2000, 619, obs. Roujou de Boubée ; *RSC* 2000, 838, obs. Robert ; *RSC* 2000, 856, obs. Commaret.

⁵²A. Varinard, J. Pradel, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 127, n°31.

⁵³Ass. plén., 7 novembre 2014, n°14-83.739, *Bull. crim. Ass. plén.* n°1, *RSC* 2014, 777, obs. Mayaud ; *D.* 2014, 2498, note Parizot ; *D.* 2014, 2469, obs. Saenko ; *RSC* 2014, 803, note Boccon-Gibod ; *AJ. pén.* 2015, 36, note Darsonville ; *RSC* 2015, 121, obs. Giudicelli ; *D.* 2015, p. 1738, p. 1738, comm. Pradel ; *Dalloz actualité*, 21 novembre 2014, note Fonteix ; *Gaz. Pal.* 2014, n°340, 20 ; note Raschel ; *Gaz. Pal.* 2014, n°324, 25, note Berlaud ; *Dr. fam.* 2015 n°1, 24, comm. Bonfils ; *Proc.* 2014, n°12, 326, comm. Chavent-Leclere ; *Dr. pén.* 2014, n°12, 151, comm. Maron et Haas, *JCP G* 2015, n°3, comm. Lepage.

⁵⁴Voir par ex. : Cass. crim., 21 juin 2023, n°23-80.106, *Bull. crim.*, *RSC* 2023, 589, note Delage ; *RSC* 2023, 791, note Mayaud ; *JCP G* 2024, n°2, doct. Barret. Dans cette affaire, les juges ont retenu un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites dans un cas où des victimes n'avaient pu connaître des infractions sexuelles qu'elles avaient subies, car elles avaient été anesthésiées ou prémédiquées. Il s'agit là d'un obstacle externe à la victime. En revanche, l'amnésie traumatique, qui résulte d'un obstacle interne à la victime n'a jamais permis une suspension de la prescription (Cass. crim., 18 décembre 2013, n°13-81.129, *Dalloz actualité*, 8 janvier 2014, comm. Léna ; *Gaz. Pal.* 2014, n°32, 15, note Raschel). On peut néanmoins considérer qu'elle est en partie prise en compte par le report du point de départ jusqu'à la majorité des victimes (C. proc. pén., art. 7 et 8).

Voir ég. : Cass. crim., 28 novembre 2023, n°23-80.599, *Bull. crim.*, *RSC* 2024, 118, note Delage ; *RSC* 2024, 87, note Mayaud ; *AJ. pén.* 2024, 33, note Thierry ; *Dr. pén.* 2024, n°1, comm. Fournier. Dans la présente affaire, les juges ont retenu classiquement que « ni l'absence de

Enfin, le législateur a été à l'origine en 2021⁵⁵ d'un nouveau mécanisme qui vise à retarder l'acquisition de la prescription, appelé « *prescription glissante* ». Inscrite aux articles 7 et 8 du Code de procédure pénale, elle permet, en cas d'infractions sexuelles sérielles commises sur des mineurs, de reporter la prescription de l'infraction la plus ancienne, jusqu'à la prescription de l'infraction postérieure. En outre, le législateur a instauré une nouvelle hypothèse d'interruption⁵⁶. Ces mécanismes récents, combinés aux délais spéciaux et au report du point de départ, entraînent un risque factuel de disparition de la prescription.

En définitive, une hostilité croissante à l'endroit de la prescription s'est manifestée, ce qui a été confirmé par les réformes les plus récentes. Elle concerne toutes les infractions, mais est spécialement marquée dans certains domaines particuliers de criminalité, dont la liste ne fait que s'allonger.

Cette évolution trouve son origine dans les politiques criminelles répressives qui ont été menées et démontre que les fondements qui justifiaient autrefois la prescription comme un mécanisme de clémence ont perdu une grande partie de leur vigueur. Tous ont été critiqués et aucun aujourd'hui ne convainc pleinement.

Les fondements subjectifs ont été très largement remis en cause. L'idée que l'auteur de l'infraction ressent des remords ou de la peur est considérée comme utopique et ces sentiments ne seraient pas automatiques⁵⁷. De même, l'argument selon lequel les objectifs de la peine seraient atteints par le simple passage du temps suscite des doutes, car il arrive parfois que la peine elle-même ne parvienne pas à les remplir⁵⁸. Ensuite, les fondements procéduraux, en particulier ceux relatifs à la preuve, peinent à convaincre. La disparition de la preuve n'est pas automatique ou peut, au contraire, avoir lieu dès la commission de l'infraction⁵⁹. Par ailleurs, la mémoire pourrait parfois perdurer pendant de longues périodes, tout comme certaines preuves telles les PV. Enfin, le principe *in dubio pro reo* permet déjà de prendre en considération la disparition de la preuve⁶⁰. En outre, l'argument de la sanction de la négligence de l'infraction ne peut convaincre que si les autorités avaient connaissance de l'infraction⁶¹. Il serait par ailleurs illusoire de croire que la prescription accélère la procédure puisque sa durée tend à s'allonger et un délai excessif de procédure peut déjà constituer une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶². Enfin, les

mobile résultant de la personnalité de la victime ni la dissimulation du corps et de la scène de crime ne caractérisent un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites » pouvant entraîner la suspension de la prescription. Dans le même sens : Cass. crim., 13 décembre 2017, n°17-83.330, *Bull. crim.* n°10, *RSC* 2018, 129, note Parizot ; *RSC* 2018, 421, note Mayaud, *D.* 2018, 1611, chron. Pradel ; *Dalloz actualité*, 11 janvier 2018, obs. Morgante ; *AJ pén.* 2018, 97, obs. Lacaze ; *JPC G* 2018, n°07, 177, note Marechal ; *Proc.* 2018, n°2, 59, comm. Chavent-Leclère ; *JCP G* 2018, n°3, p. 46, note Brigant ; *Gaz. Pal.* 2018, n°02, 38, note Berlaud ; *Gaz. Pal.* 2018, n°16, 67, chron. Fourment. La différence avec l'affaire Cottrez précitée est le fait que dans la présente situation, l'on savait très bien que la victime avait disparu. Il n'était donc pas impossible d'effectuer des actes d'enquête.

⁵⁵Loi n°2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JORF* n°0095, 22 avril 2021.

⁵⁶L'article 9-2 C. proc. pén. *in fine* précise que « Le délai de prescription d'un viol, d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle commis sur un mineur est interrompu par l'un des actes ou l'une des décisions mentionnées aux 1° à 4° intervenus dans une procédure dans laquelle est reprochée à la même personne une de ces mêmes infractions commises sur un autre mineur ».

⁵⁷Voir par ex. : J.-L.-E. Ortolan, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridiction, procédure, loc. cit.*, p. 317, n° 1853 ; H. Moazzami, *La prescription de l'action pénale en droit français et en droit suisse : étude de droit comparé, op. cit.*, p. 71.

⁵⁸*Ibid.*, p. 74

⁵⁹Voir not. : A. Sambale, *Die Verjährungsdiskussion im Deutschen Bundestag : ein Beitrag zur juristischen Vergangenheitsbewältigung*, thèse de doctorat, Université de Halle (Saale), 2001, Hamburg, Kovač, 2002, p. 26.

⁶⁰L. Rosengart, *La prescription de l'action publique en droit français et allemand, avec l'examen des récents projets de réforme*, thèse de doctorat, Université de Caen, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936, p. 13.

⁶¹E. Gallardo, « L'action publique doit-elle subir les affres du temps ? », *op. cit.*, p. 11.

⁶²M. Köchel, *Verjährungsbeginn im Wirtschaftsstrafrecht : eine Untersuchung der nachtbestandlichen Unrechtsphase anhand einiger ausgewählter Delikte des Wirtschaftsstrafrechts*, thèse de doctorat, Universität Bayreuth, Berlin, Peter Lang, 2019, p. 38.

fondements sociologiques tels que l'oubli de l'infraction, le pardon, ou l'instauration de la paix sociale par le temps sont vivement critiqués notamment en raison de la place grandissante accordée à la victime ainsi que le développement d'une société hypermnésique et les politiques criminelles sécuritaires.

En conclusion, le risque d'impunité qui a pu exister un temps s'expliquait largement par les fondements traditionnels de la prescription. Or, ces fondements ont progressivement cédé face aux exigences répressives. La prescription est ainsi passée d'un générateur de risque d'impunité à un objet de risque de sa disparition. Cependant, aucune de ces deux situations n'est souhaitable. Seul un équilibre des risques pourra, à l'avenir, satisfaire tous les intérêts contradictoires en cause.

III) La recherche d'un équilibre des risques : la nécessité d'un renouveau de la prescription

L'évolution du droit positif montre que l'institution de la prescription est menacée de disparition. Pourtant, elle demeure indispensable dans notre société démocratique. Seule une réflexion théorique, allant au-delà d'une approche strictement axée sur l'efficacité répressive, permettra sa survie. Dans cette optique, la doctrine allemande est source d'inspiration, car elle a permis de découvrir un nouveau fondement matériel à la prescription. Insuffisant pour assurer sa pérennité, il a toutefois dû être complété par un fondement procédural. Cette nature mixte de la prescription constitue la clé de l'équilibre des risques.

La théorie de la « *décroissance de l'illicéité de l'infraction* » constitue la première étape du fondement mixte, puisant ses origines dans les découvertes du Prof. M. Asholt⁶³, adaptées au droit français. L'illicéité est définie ici comme l'état d'un fait lorsque toutes les conditions requises pour qu'il soit répréhensible sont remplies. Il est alors contraire au droit et constitue une infraction. Cette illicéité n'est pas figée, elle décroît avec le passage du temps. L'illicéité est à son niveau maximal, soit 100%, le jour de la naissance de l'infraction. L'illicéité décroît ensuite invariablement jusqu'au moment où l'État ne poursuit plus par opportunité, assimilant ce moment à une illicéité nulle. Néanmoins, l'infraction ne disparaît jamais entièrement, ce qui explique que le taux d'illicéité n'atteint en réalité jamais 0%. C'est le droit de poursuivre qui disparaît⁶⁴.

Cette décroissance de l'illicéité découle d'un agrégat des fondements traditionnels de la prescription. Par l'accumulation de ces fondements, il se produirait une réduction progressive de l'illicéité, car avec le temps, la probabilité qu'un amas des justifications traditionnelles de la prescription se forme est de plus en plus élevée.

Cette approche purement matérielle se révèle toutefois insuffisante pour atteindre une législation équilibrée en matière de prescription et doit être complétée par une approche procédurale qui prend en compte les exigences du droit à un procès équitable. Pour que ce dernier soit effectif, il ne faut pas que la prescription empêche trop facilement les poursuites, ni que son acquisition soit impossible. Ainsi, le fondement procédural offre un moyen d'atteindre un délai de prescription idéal. Deux aspects doivent être distingués. D'une part, la prescription assure l'égalité des armes, car un délai de prescription excessivement long rend

⁶³Voir sa thèse d'habilitation : M. Asholt, *Verjährung im Strafrecht: Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB*, 1re éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.

⁶⁴Pour un résumé sous forme de formule mathématique, voir S. Hildenbrand, *La prescription de l'action publique comme outil de politique criminelle. Étude de droit comparé franco-allemand*, op. cit., p. 477, n°614.

la défense de plus en plus incertaine en raison du dépérissement des preuves⁶⁵. La prescription incite aussi à signaler rapidement la commission d'infractions aux autorités. En ce sens, elle est bénéfique non seulement pour la société, mais aussi pour la victime⁶⁶. D'autre part, la prescription contribue à garantir un jugement dans un délai raisonnable en introduisant des durées limitées pour les procédures. Elle permet de fixer abstraitement un moment après lequel un délai de jugement deviendrait déraisonnable. Il est toutefois possible qu'il y ait déjà une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme avant l'acquisition de la prescription. Celle-ci serait simplement une présomption irréfragable d'iniquité du procès.

Ces fondements sont complémentaires et indissociables, car l'un justifie l'existence même de la prescription alors que l'autre permet de définir le *quantum* concret. Ensemble, ils permettent une pondération des risques susmentionnés : le risque d'une disparition complète de la prescription est supprimé, car son existence s'impose en raison de la théorie de la baisse d'intensité de l'illicéité de l'infraction. Le risque d'impunité par la prescription est limité, car elle est indispensable au respect des droits fondamentaux de toutes les personnes, même les victimes.

De ce nouveau fondement mixte, des implications pratiques découlent pour les mécanismes de prescription qui suggèrent une réforme du droit français en la matière.

Tout d'abord, la prescription ne peut être infinie que dans des cas très strictement encadrés. L'imprescriptibilité constitue une forme particulière de décroissance de l'illicéité dans la mesure où elle serait si insignifiante que sur une échelle de vie humaine⁶⁷, elle ne pourrait jamais atteindre un niveau suffisamment bas pour justifier l'acquisition de la prescription. L'imprescriptibilité est une fiction d'infinité qui ne concerne que les infractions les plus graves, celles pour lesquelles les fondements de la prescription ne se réalisent que très lentement, c'est-à-dire les infractions dites internationales⁶⁸. Exceptionnellement, l'imprescriptibilité ne contrevient pas au droit à un procès équitable, car, pour ces infractions, les preuves tendent souvent à surgir avec le temps. Compte tenu de leur gravité ainsi que du contexte complexe dans lequel elles sont commises, il est compréhensible que le procès puisse avoir lieu plus tardivement⁶⁹.

Ensuite, la réforme propose des délais de prescription strictement proportionnés à la gravité objective de l'infraction, car plus cette dernière est grave, plus l'illicéité de l'infraction diminue lentement⁷⁰.

Quant au point de départ, la proposition de réforme la fixe au jour de la consommation de l'infraction, car c'est à ce moment que tous les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et que l'acte devient par conséquent illicite. Son taux d'illicéité atteint alors son maximum.

⁶⁵Voir par ex. : R. Esser, « Verjährung der Strafverfolgung - ein Menschenrecht ? », in W. GROPP et A. SINN (dir.), *Die Verjährung als Herausforderung für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen : Entwicklung eines Harmonisierungsvorschlags*, Baden-Baden, Nomos, 2021, p. 50.

⁶⁶J. Danet, « La prescription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle », *op. cit.*, p. 87.

⁶⁷L'illicéité ne pourrait pas être statique, car même pour les infractions les plus graves, même de manière infime, un agrégat des fondements traditionnels de la prescription peut toujours se former.

⁶⁸Pour l'étude de cette notion : M. Bardet, *La notion d'infraction internationale par nature – Essai d'une analyse structurelle*, Préf. A. Gogorza et V. Malabat, Paris, Dalloz, 2022, 579p.

⁶⁹De plus, les autres mécanismes d'extinction de l'action publique constitueront toujours une limite.

⁷⁰Pour un graphique représentant cette courbe, voir : S. Hildenbrand, *La prescription de l'action publique comme outil de politique criminelle. Etude de droit comparé franco-allemand*. *op. cit.*, p. 571, n°725.

Par la suite, l'illicéité ne peut que décroître, ce qui exclut tout report du point de départ, notamment celui introduit pour les infractions clandestines. Le droit à un procès équitable exige aussi que le point de départ ne soit pas trop tardif.

Enfin, l'interruption et la suspension, causes de prorogation de la prescription, constituent toutes deux une altération de la décroissance de l'illicéité. Il est en effet possible que, dans des circonstances particulières, l'agrégat des fondements de la prescription ne puisse se former correctement, ce qui ralentit la courbe de la décroissance de l'illicéité⁷¹. En cas de suspension, c'est-à-dire lorsqu'existe un obstacle et que les autorités ne peuvent agir, l'agrégat des fondements traditionnels ne peut se constituer normalement⁷². Le même phénomène s'applique en cas d'interruption, quand une volonté de poursuivre ou d'enquêter est exprimée. Le fondement mixte justifie aussi l'instauration d'un délai butoir – appelé prescription absolue en droit allemand – car il peut être considéré qu'à un certain moment, l'illicéité est tellement faible que la prescription s'impose. La prescription absolue est également compatible avec le droit à un procès équitable, car elle impose aux autorités d'agir rapidement, les interruptions n'étant pas infinies. Enfin, la théorie de la décroissance de l'illicéité de l'infraction explique que des suspensions *ab initio* soient possibles contrairement aux reports du point de départ. Il est effectivement probable que, dès la consommation de l'infraction, une altération de la décroissance de l'illicéité se produise.

À la lumière de ces conclusions théoriques sur les mécanismes de prescription, une réforme concrète du droit français inspirée par le droit allemand a été proposée. Le principal apport est une modification de l'esprit qui anime la prescription en France : l'importance du droit commun est réaffirmée⁷³ afin que les régimes spéciaux ne redeviennent qu'une exception⁷⁴.

Grâce à cette nouvelle théorie, une forme d'équilibre peut être restaurée entre le risque d'impunité et risque de disparition de la prescription. Elle permet de préserver l'institution de la prescription en droit français et surtout de lui redonner toute sa place, la libérant de son simple rôle d'outil au service de la politique criminelle. Elle parvient au contraire à une pondération entre nécessité de l'État de réprimer les auteurs d'infractions et respect des droits fondamentaux de chacun.

⁷¹Pour des graphiques représentant les courbes de décroissance d'illicéité pour la suspension et l'interruption, voir : *Ibid.*, pp. 592 ; 604, n°753 ; 766.

⁷²L'infraction ne pourra pas tomber dans l'oubli, aucun pardon n'est possible, elles ne peuvent pas être sanctionnées pour leur inaction, etc..

⁷³Tout d'abord, les délais de prescription ont été rationalisés. Ils ont été diversifiés (trois délais pour les crimes, deux pour les délits et un pour les contraventions) et ont pour partie été relevés. Concernant le point de départ de la prescription de droit commun, une modification sémantique a été entreprise : au terme « *commis* » a été substituée la « *consommation* ». Les actes susceptibles d'interrompre la prescription ont été globalement conservés, mais une « prescription absolue » a été introduite. Enfin, pour la suspension, le principal apport est un encadrement drastique des obstacles de fait.

⁷⁴Pour les détails, nous invitons à la lecture de la thèse : S. Hildenbrand, *La prescription de l'action publique comme outil de politique criminelle. Etude de droit comparé franco-allemand*, op. cit., pp. 617 et s., n°782 et s..

Force majeure et obligation de somme d'argent : toujours pas bon ménage ?

Komlanvi Issifou AGBAM

Docteur en Droit privé, Nantes Université, LL.D. Droit,
Université Laval du Canada.

Résumé : La jurisprudence française est, depuis un moment, constante sur l'exclusion systématique des obligations de sommes d'argent du giron de la force majeure. La force majeure perdrait aux yeux des magistrats français, son pouvoir libérateur en face d'un débiteur d'une obligation de somme d'argent victime d'un événement imprévisible et insurmontable. Bien qu'approuvée par la doctrine majoritaire, cette solution est loin de faire l'unanimité. La présente étude vise, tout d'abord, à exposer les différents courants qui s'opposent. Elle vise ensuite, à rechercher si, à travers la crise sanitaire à Covid qui repose inéluctablement le problème, l'exclusion systématique des obligations de somme d'argent du giron de la force majeure ne mérite pas d'être nuancée. L'étude mobilise des arguments tirés de la loi, du droit comparé et des précédents jurisprudentiels français pour plaider en faveur de l'évolution de cette exclusion rigide.

Mots clés : force majeure, obligation pécuniaire, Covid, crise sanitaire

Abstract: French case law has, for some time, been consistent on the systematic exclusion of monetary obligations from the scope of force majeure. In the eyes of French judges, force majeure would lose its liberating power in the face of a debtor of a sum of monetary obligation who is the victim of an unforeseeable and insurmountable event. Although approved by majority of the doctrine, this solution is far from unanimous. This study aims, first of all, to expose the different opposing currents. It aims to investigate whether, through the Covid health crisis which inevitably raises the problem, the systematic exclusion of monetary obligations from the scope of force majeure does not deserve to be relativized. The study mobilizes arguments drawn from the statutory law, comparative law and French jurisprudential precedents to argue in favor of the evolution of this rigid exclusion.

Keywords: force majeure, monetary obligation, Covid, health crisis

Depuis une importante décision rendue le 16 septembre 2014 par la chambre commerciale de la Cour de cassation¹, la jurisprudence française semble constante sur l'exclusion systématique des obligations de sommes d'argent du giron de la force majeure. La motivation de cette exclusion est la suivante : « **le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure** »². La solution est ferme et absolue. Elle signifie que la force majeure perd son pouvoir libérateur (temporaire ou définitif) en face d'un débiteur contractuel d'une obligation de somme d'argent victime d'un événement imprévisible et insurmontable. En d'autres termes, à rebours des autres obligations, l'obligation de payer une somme d'argent n'est pas couverte par la théorie de la force majeure. Cette solution n'a pas cessé d'être recopiée point par point, virgule par virgule tant par les autres formations de la Cour de cassation française que par les juridictions du fond³.

¹Cass.com 16 septembre 2014, n°13-20.306.

²Cass.com 16 septembre 2014, n°13-20.306, *RTD civ.*2014, 890, obs. H. Barbier ; *D.*2014, 2217, note J. François; *RDC.* 2015/1, 27, obs. O. Deshayes.

³CA Paris 12 mai 2021, Pôle 1, ch.3, R.G. n°20/14094; TJ Paris, 20 janvier 2022, n°20/06770; TJ Paris, référés, 17 juillet 2020 n°20/50920, TJ Montpellier, référés, 10 septembre 2020, n°20/30974; TJ. Paris, référé, 26 octobre 2020, n°20/53713 et 20/53713; TJ. Boulogne, référé, 4 novembre 2020, n°20/00205. Voir également Riom, 2 mars 2021, n°20/01418. À l'étranger et en Afrique particulièrement, Voir Cour d'appel de commerce d'Abidjan, arrêt n°505&570/2021 du 29 juillet 2021, « (...) il est de principe et de jurisprudence constante, que le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure ».

Cependant, force est de constater que cette exclusion de la force majeure du giron des obligations monétaires ne fait pas l'unanimité en doctrine française. Les auteurs qui se sont illustrés en défenseurs de cette exclusion soutiennent que l'argent ne se périt pas, et par voie de conséquence, l'exécution de l'obligation de sommes d'argent est toujours possible malgré la survenance d'une force majeure. C'est pourquoi, il serait « inconcevable qu'un débiteur ne puisse payer une somme d'argent en alléguant une impossibilité à se procurer de la monnaie »⁴. Dans la même veine, Dimitri Houtcieff a considéré que l'élection des obligations de sommes d'argent au rang de la force majeure « confinerait (...) à permettre au débiteur d'invoquer sa propre insolvabilité pour échapper au paiement »⁵. Les auteurs qui s'opposent à cette solution, considèrent que l'exclusion des obligations monétaires du périmètre de la force majeure est excessive et « serait purement et simplement *contra legem*, dans la mesure où la Cour de cassation distingue là où la loi ne distingue pas »⁶ ou encore que « l'objet de l'obligation peut être impérissable mais l'obligation de se trouver inexécutée pour cause de force majeure, notamment car le moment, le lieu ou le mode de paiement de l'obligation ne peuvent être observés par le débiteur en raison d'un événement irrésistible, imprévisible et extérieur à sa volonté »⁷.

Toujours à l'encontre de cette solution, il a été soutenu que l'affirmation selon laquelle le débiteur d'une obligation de somme d'argent ne peut s'exonérer en invoquant la force majeure ne serait « exacte que si on la rapporte à la force majeure économique, étant entendu qu'elle vaut alors également pour les obligations monétaires extra-contractuelles. À l'inverse, la force majeure peut jouer en faveur du débiteur de l'obligation monétaire dès lors qu'il n'invoque pas un événement qui l'aurait placé en difficulté économique »⁸.

Sans véritablement prendre position, cette étude vise à rechercher si, à travers les différentes crises que traverse le monde depuis la fin de l'année 2020, cette exclusion systématique des obligations de somme d'argent du giron de la force majeure qui vient d'être réaffirmée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 15 juin 2023⁹ ne mérite pas de connaître une évolution ou du moins, d'être nuancée. Une doctrine autorisée avait déjà tenté de plaider pour une limitation de la portée de cette solution dégagée par la chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁰.

Avec la crise sanitaire induite par la Covid-19, la question a refait inéluctablement surface tant en France que dans les juridictions francophones étrangères notamment au Québec et dans l'espace OHADA. Dans sa décision du 15 juin 2023, la première chambre civile de la Cour de cassation après avoir rappelé *mutatis mutandis* la solution retenue par la chambre commerciale dans sa décision du 16 septembre 2014, précitée, retient que « l'impossibilité d'exercer une activité du fait des mesures gouvernementales prises pour lutter contre la propagation du virus covid-19, ne pouvait exonérer la locataire du paiement des loyers échus

⁴R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, LGDJ, 1992, n° 469.

⁵D. Houtcieff, « Force majeure : contre mauvaise fortune bon cœur ? », *Lexbase Droit privé*, n°916, du 15 septembre 2022.

⁶H. Barbier, « Le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure », *RTD civ.*2014, p.890.

⁷*Ibidem*.

⁸J. François, « Force majeure et exécution d'une obligation monétaire », *D.*2014, p.2217.

⁹Cass.Civ 3^{ème}, 15 juin 2023, n°21-10.119.

¹⁰Y.-M. Laithier, « La force majeure n'est pas une cause d'exonération de l'inexécution des obligations monétaires : le principe et ses limites », *RDC.*2015, p.24, Pour ce dernier, « la règle posée par la chambre commerciale qu'elle est pleinement justifiée mais que sa portée n'est pas illimitée en dépit des apparences ».

pendant le premier et deuxième trimestres 2020 ». Cette décision sera au cœur de cette réflexion.

Les faits de cette affaire sont les suivants : En septembre 2012, un bailleur a donné à bail commercial à la société Appart'City, deux appartements situés dans une résidence de tourisme. En avril 2014, le bailleur a assigné la locataire en paiement d'un arriéré locatif. Le bailleur a étendu en appel, sa demande au titre de l'arriéré locatif, au solde des loyers des premier et deuxième trimestres 2020, alors que les mesures gouvernementales d'interdiction de recevoir du public afin de lutter contre la propagation du virus covid-19, étaient en vigueur.

La Cour d'appel de Grenoble par arrêt du 5 novembre 2020 a condamné la locataire à payer au bailleur les arriérés locatifs des premier et deuxième trimestres 2020. Les juges d'appel ont, en effet, refusé de retenir l'existence d'un cas de force majeure lié à l'épidémie de covid-19, en se bornant à constater **qu'il n'était pas justifié par le locataire de difficultés de trésorerie rendant impossible l'exécution de son obligation de payer les loyers**. Contestant cette décision, la locataire soutient devant les juges de cassation que l'impossibilité pour une société de location touristique d'exercer son activité, en raison des interdictions prononcées par les autorités publiques dans le cadre des mesures sanitaires prises pour la lutte contre la pandémie de covid-19 constitue, un cas de force majeure susceptible de l'exonérer, au moins temporairement, du paiement des loyers. Elle ajoute qu'elle n'avait pas pu se libérer du règlement des loyers litigieux durant la période de confinement, dès lors qu'elle avait subi une perte totale de clientèle, s'apparentant à la perte de la chose due.

Ces différentes argumentations n'ont pas convaincu les juges de cassation. En effet, tout comme les juges d'appel, la troisième chambre civile de la Cour de cassation rejette la qualification de la force majeure. Elle rappelle tout d'abord, que « constitue un cas de force majeure, un événement présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution » avant de préciser ensuite que « l'irrésistibilité n'étant pas caractérisée si l'exécution est seulement rendue plus difficile ou onéreuse » et que « le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure ».

Cette solution emporte deux commentaires. D'une part, sur l'existence ou non de la force majeure découlant des mesures administratives prises pour contenir la pandémie à Covid-19 **(I)** et d'autre part, sur l'exclusion ferme des obligations monétaires du giron de la force majeure **(II)**.

I) Crises sanitaires et force majeure

Il faut rappeler d'entrée de jeu que tout comme n'importe quel événement, aucune crise n'est en soi un cas de force majeure¹¹. La démarche de qualification consistera à vérifier, au cas par cas, si l'événement, à savoir l'épidémie, mais aussi, et surtout, les mesures réglementaires prises pour en limiter sa propagation, présentent ou non les caractères de la force majeure¹². Dans la présente affaire, la Cour de cassation renvoie à une définition de la force majeure

¹¹Sur la question et des exemples de crises pour lesquelles la force majeure a été écartée, voyons, C.-E Bucher, « Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19? », *Contrat-Concurrence-Consommation*, n°4, avril 2020, p.1 et s.

¹²*Ibidem.*, p.1, n°6.

dégagée par l'Assemblée plénière dans sa décision du 14 avril 2006¹³. La démarche ne doit pas étonner dans la mesure où la réforme de 2016 n'est pas applicable à l'espèce. Le contrat étant conclu en 2012, la loi applicable est donc le Code civil de 1804 et ce dernier ne contenait, aucune définition expresse de la force majeure. Il résulte de cette décision de l'Assemblée plénière rappelée par la Cour de cassation dans la présente affaire que : « **constitue un cas de force majeure, un événement présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution** ». Il s'ensuit que, pour que la force majeure soit caractérisée, l'événement doit non seulement être imprévisible au moment de la conclusion du contrat, mais aussi et surtout irrésistible dans son exécution. Le fait imprévisible est généralement celui que le débiteur ou la partie qui l'invoque ne pouvait raisonnablement prévoir dans les circonstances précédant sa réalisation¹⁴. C'est dire qu'il n'y avait, raisonnablement, aucune raison spéciale de penser que cet événement se produirait. Une simple possibilité vague de réalisation ne saurait suffire à exclure l'imprévisibilité¹⁵. En résumé, un événement imprévisible est un événement que l'on ne peut pas prévoir, c'est-à-dire un événement auquel l'on ne peut pas s'attendre. Il y a un standard d'appréciation qui est celui d'un homme raisonnable normalement vigilant et diligent. L'événement imprévisible doit non seulement ne pas avoir été prévu au contrat, mais n'avoir pas été prévisible au moment de sa conclusion.

L'événement doit, ensuite, être irrésistible. L'irrésistibilité signifie que l'événement doit être insurmontable. C'est-à-dire que le débiteur n'a pas pu éviter par des mesures appropriées l'événement lui-même et/ou ses conséquences. La force majeure n'est donc pas caractérisée dès lors que le débiteur peut encore exécuter ses obligations. La jurisprudence est exigeante. L'événement doit, nécessairement, avoir « rendu absolument impossible l'exécution de l'obligation contractée »¹⁶. Dans la présente affaire, la Cour de cassation précise que « l'irrésistibilité n'étant pas caractérisée si l'exécution est seulement rendue plus difficile ou onéreuse ». Elle rappelle ici, la différence théorique entre force majeure et imprévision. En matière d'imprévision, l'exécution de l'obligation n'est pas rendue impossible mais seulement difficile à exécuter¹⁷. Il est constant en doctrine et en jurisprudence que les mesures prises par les autorités gouvernementales pour contenir la propagation de l'épidémie à Covid-19 peuvent recevoir la qualification de la force majeure si les deux conditions évoquées sont réunies. L'article 1218 du Code civil issu de la réforme de 10 février 2016 ne contrarie pas cette définition de la force majeure. Il évoque de manière plus précise les éléments caractéristiques de la force majeure. En effet, il y a force majeure, selon ce texte, « lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ».

Si l'imprévisibilité de l'évènement n'a pas posé de difficultés en l'espèce, tel n'est pas le cas, pour son caractère irrésistible ou insurmontable. Il était question de savoir si les interdictions prononcées par les autorités publiques dans le cadre des mesures sanitaires prises pour la lutte contre la pandémie de covid-19 notamment le décret du 11 mai 2020, modifié le 20 mai

¹³Ass.plén. 14 avril 2006, n°02-11.168. Pour les commentaires de cette décision, voir, P. Jourdain, *D.*2006.1577.

¹⁴Voir en ce sens, J. Heinich, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, thèse préc., note 224, n°168.

¹⁵H., L. et J. Mazeaud, « *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* », t.2, 6^{ème} éd. Montchrestien, 1970, n°690, p.1576.

¹⁶Cass. Soc., 25 février 1954: Bull. civ. IV, n° 107.

¹⁷K. I. Agbam, *Le contrat face à l'imprévision dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne : essai d'une analyse normative socio-économique*, thèse 2023, Nantes Université et Université Laval, p.18 et s.

2020, qui interdisait l'accueil du public dans les résidences de tourisme ont-elles rendu impossible pour le locataire (une société de location touristique) d'exercer son activité? La Cour d'appel sur cette question retient qu'il n'était pas justifié par le locataire de difficultés de trésorerie rendant impossible l'exécution de son obligation de payer les loyers. La solution ne convainc pas. Il revenait au juge de montrer que malgré les mesures sanitaires prises, il était toujours possible pour le locataire de mener ses activités de location touristique. En d'autres termes, si la société Appart'city avait été ou non, dans l'impossibilité d'exercer la moindre activité pendant la période de confinement.

La Cour d'appel a par ailleurs précisé que l'article 10 du décret du 11 mai 2020, modifié le 20 mai 2020, tout en interdisant l'accueil du public dans les résidences de tourisme a prévu une dérogation concernant les personnes qui y élisent domicile. Il s'ensuit que toute activité n'aurait pas été interdite au locataire malgré le confinement. Dit autrement, s'il est démontré que des touristes ont élu domicile pour une quelconque occupation (journalier, hebdomadaire ou encore mensuel) dans l'un des deux appartements dont la Société Appart'city est locataire commerçant, la solution paraît justifiée dans la mesure où l'exécution de son obligation contractuelle envers les touristes est rendue possible malgré les mesures de confinement. Le tribunal judiciaire de Meaux, dans son jugement du 6 avril 2023 a écarté la force majeure du moment où malgré les mesures de restriction, l'exécution du contrat était toujours possible. Il résulte de ce jugement que « la société [preneuse] ne saurait se retrancher derrière la cause exonératoire constituée par la force majeure alors que, aux termes de l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19 et des autres textes réglementaires applicables, les centres commerciaux avaient la faculté sinon l'obligation dans le cadre de leur obligation de délivrance de demeurer ouvert pour permettre notamment la vente à emporter, de telle sorte que rien ne devrait s'opposer à la délivrance matérielle, se manifestant par une ouverture effective des accès aux locaux du preneur »¹⁸.

Le raisonnement a *contrario* conduit à retenir que la solution ne paraît pas fondée lorsque l'exécution du contrat est rendue impossible durant la période de confinement. La Cour de cassation s'est fiée à l'analyse des juges d'appel et ajoute simplement que l'exécution n'est pas rendue impossible par les mesures de confinement édictées, mais seulement plus difficile ou onéreuse. Sur ce point, la décision ne paraît pas discutable dans la mesure où la locataire ne démontre pas comme elle a été invitée, que l'activité qu'elle exerce ne correspond qu'à la location de locaux d'habitation proposés à une clientèle touristique qui n'y élit pas domicile, pour une occupation à la journée, à la semaine ou au mois, comme prévu à l'article R. 321-1 du code du tourisme. Si cette preuve était apportée, la Cour de cassation pouvait-elle, bien qu'on soit en présence d'une obligation de somme d'argent libérer le débiteur pour force majeure? La réponse négative s'impose au regard du principe visé par la troisième chambre civile pour rendre sa décision et c'est ce qui est contestable.

II) L'exclusion systématique des obligations monétaires du giron de la force majeure : une exclusion discutable et à nuancer

Après avoir rappelé dans la présente affaire que « **le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure** », la troisième chambre civile de la Cour de cassation affirme que «

¹⁸Tribunal judiciaire de Meaux, 6 avril 2023.

l'impossibilité d'exercer une activité du fait des mesures gouvernementales prises pour lutter contre la propagation du virus covid-19, ne pouvait exonérer la locataire du paiement des loyers échus pendant les premier et deuxième trimestres 2020 ». La solution revient à dire que même si, aucune dérogation n'était prévue par le décret du 11 mai 2020, modifié le 20 mai 2020, et que les mesures de confinement ont indubitablement empêché la locataire d'exercer ses activités, cette dernière ne peut se prévaloir de la force majeure par ce qu'elle est tenue par une dette monétaire. Cette solution paraît excessive. La solution est discutable et le principe évoqué mérite d'être nuancé. Plusieurs arguments sont en faveur de cette nécessité d'une nuance.

Le premier argument est tiré de la loi. En effet, la loi française ne prévoit pas cette exclusion systématique des obligations monétaires du giron de la force majeure. Ni le Code civil de 1804 ni sa réforme intervenue par voie d'ordonnance de 10 février en 2016 ne contiennent aucune règle tendant à exclure les obligations de somme d'argent du giron de la force majeure. Cette exclusion discutable dégagée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans sa décision du 16 septembre 2014 n'a d'ailleurs, pas été codifiée. L'article 1343 du Code civil issu de la réforme de 2016 prévoit que « [l]e débiteur d'une obligation de somme d'argent se libère par le versement de son montant nominal ». Il n'est pas dit que le débiteur d'une obligation de somme d'argent ne peut pas se libérer s'il a été empêché par un cas de force majeure. Tout au plus, l'article 1218 du Code civil issu de la réforme de 2016 qui définit la force majeure et précise son régime juridique ne prévoit pas cette exclusion. En conséquence, l'exclusion systématique des obligations de sommes d'argent du giron de la force majeure apparaît comme l'a écrit Hugo Barbier « purement et simplement *contra legem* »¹⁹.

Le second argument est tiré des précédents jurisprudentiels français. La Cour de cassation française avait déjà admis à plusieurs reprises qu'une obligation monétaire est couverte par la force majeure. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation a autorisé dans une décision rendue le 6 octobre 1971 que le débiteur d'une obligation de somme d'argent (un employeur) puisse être libéré vis-à-vis de ses employés (non-grévistes) du moment où la contre-prestation n'a pu elle-même être exécutée en raison d'un cas de force majeure (la grève)²⁰. Un arrêt rendu le 17 février 2010 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation illustre tout de même, l'incidence possible de la force majeure sur l'exécution d'une obligation monétaire. La Cour de cassation a admis dans cette affaire que constitue un cas de force majeure l'incident technique dans le système informatique d'une banque en raison duquel le paiement par virement d'un loyer à la date convenue n'a pu avoir lieu et qui s'est produit à une période de l'année pendant laquelle le paiement par un autre moyen avant l'échéance fixée n'était pas possible. Si cette décision n'illustre pas parfaitement la nécessité d'atténuer la règle parce que l'effet de la force majeure dans cette affaire n'était pas de libérer le débiteur de son obligation pécuniaire, mais de justifier son retard des paiements du loyer, elle a le mérite de prouver que l'exclusion systématique de la force majeure du giron des obligations de sommes d'argent à une portée limitée.

Dans une décision significative rendue le 10 février 1998, la première chambre civile a jugé qu'une élève, qui en raison de sa maladie n'était plus en mesure de suivre l'enseignement

¹⁹H. Barbier, « Le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure », *op.cit.*, note 3, p. 890.

²⁰V. Cass. Soc, 6 octobre 1971, Bull. civ. V, n° 542.

donné par l'école dans laquelle elle s'était inscrite, était libérée, au nom de la force majeure, de son obligation de somme d'argent²¹. Sans ambages, la solution signifie que « le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure, bien que la possibilité de payer aille de soi »²².

La première chambre civile de la Cour de cassation française a semblé également, introduire les obligations pécuniaires dans le périmètre de la force majeure lorsqu'elle a décidé dans sa décision du 6 juillet 2022²³ soit une semaine après sa série de décisions rendues le 30 juin 2022 que « le moyen [d'un créancier] qui se prévaut de l'impossibilité pour [un débiteur] de s'exonérer d'une obligation contractuelle monétaire inexécutée en invoquant un cas de force majeure est irrecevable et non fondé ». Dans cette affaire, deux futurs époux avaient conclu en 2019 avec une société un contrat de location d'une salle en vue de célébrer leur mariage prévu pour le mois de juin 2020. Ils ont versé un acompte de 1650 euros. Le contrat contenait une clause qui prévoyait qu'en cas d'annulation de la manifestation par le client, le montant de la location resterait intégralement dû à la société bailleuse, sauf cas de force majeure. En raison de la crise sanitaire liée à la pandémie de la Covid 19, les locataires ont demandé, le 21 avril 2020, le report de la réservation et un mois plus tard, ils ont sollicité la résolution du contrat et la restitution de l'acompte versé en invoquant l'existence d'un cas de force majeure.

Les locataires ont obtenu à l'encontre de la société une ordonnance portant injonction de restitution de l'acompte de 1 650 euros versé. La société s'est opposée à cette restitution. Le tribunal judiciaire prononcera la condamnation de la société à reverser l'acompte perçu au locataire au motif que la progression de la crise sanitaire et l'absence de fin de celle-ci étaient constitutives d'une situation de force majeure de nature à justifier la résolution du contrat.

Contre cette décision, la société s'est pourvue en cassation. Entre autres arguments, elle soutient que si la force majeure permet au débiteur d'une obligation contractuelle d'échapper à sa responsabilité et d'obtenir la résolution du contrat, c'est à la condition qu'elle empêche l'exécution de sa propre obligation. En conséquence, en retenant que « la progression de la crise sanitaire et l'absence de fin de celle-ci » étaient constitutives d'une situation de force majeure de nature à justifier la résolution du contrat et sa condamnation à reverser l'acompte perçu au locataire quand cette situation n'empêchait aucunement ces derniers d'exécuter l'obligation dont ils étaient débiteurs, mais uniquement de profiter de la prestation dont ils étaient créanciers, le tribunal judiciaire a violé l'article 1218 du Code civil issu de l'ordonnance de 2016.

Par ailleurs, elle soutient également que le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure et qu'en retenant que « la progression de la crise sanitaire et l'absence de fin de celle-ci » étaient constitutives d'une situation de force majeure de nature à justifier la résolution du contrat et sa condamnation à verser l'acompte perçu aux locataires quand ces derniers étaient uniquement débiteurs d'une obligation de somme d'argent au titre du solde du prix de la prestation, le tribunal judiciaire a violé l'article 1218 du Code civil. La première

²¹V. Cass. Civ 1^{ère}, 10 févr. 1998, n° 96-13316 : Bull. civ. I, n° 53 ; Contrats, conc., consom. 1998, comm. 70, obs. L. Leveneur.

²²Y.-M. Laithier, « La force majeure n'est pas une cause d'exonération de l'inexécution des obligations monétaires : le principe et ses limites », *op.cit.*, note 10, p.23.

²³Cass.civ. 1^{ère}, 6 juillet 2022, n°21-11 310.

chambre civile de la Cour de cassation française n'a pas été convaincue par les différents arguments de la société demanderesse au pourvoi. Elle a décidé contre tout entendement que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que le tribunal a estimé au vu des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, qu'était caractérisé, un cas de force majeure rendant impossible l'exécution des obligations contractuelles [la progression de la crise sanitaire et l'absence de fin de celle-ci] et justifiant, en application de la clause du contrat, un remboursement de l'acompte versé ».

Voici une décision intéressante, mais en parfaite contradiction avec la série d'arrêts rendus le 30 juin 2022 par la même formation de la Cour de cassation française. Quoi qu'il en soit, cette nouvelle solution nous semble amorcer un changement de cap dans la jurisprudence française²⁴. On peut, néanmoins, se poser la question de savoir si la solution serait autrement en l'absence de la clause résolutoire figurant dans le contrat. En réalité, la solution ne devrait pas changer même en l'absence d'une clause résolutoire dans la mesure où le législateur a prévu dans les dispositions *in fine* de l'article 1218 que lorsque « l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations ». Cette décision de la première chambre civile nous paraît en parfaite harmonie avec l'article 1218 précité et ce texte ne le contredit guère. L'exonération pour force majeure peut se concevoir en présence d'une obligation de sommes d'argent.

Le troisième et dernier argument est tiré du droit comparé. La Cour supérieure du Québec dans une affaire semblable à celle qui est au cœur de la présente réflexion a ordonné la libération du preneur de son obligation de payer le loyer (une obligation de somme d'argent) du moment où le bailleur n'a pas été en mesure de lui procurer la jouissance paisible des lieux loués en raison des mesures prises par le gouvernement pour contenir la propagation de la Covid-19.

Dans cette affaire²⁵, un contrat de bail d'une durée de 5 ans a été conclu entre *Hengyun International Investment Commerce inc.* (le bailleur) et *VitalMaxx Fitness Centre inc.* (le preneur) le 3 novembre 2017. Le contrat de bail portait sur l'exploitation d'une salle d'entraînement de Gym. Suivant faillite du preneur (*VitalMaxx Fitness Centre inc.*), le bail a été transféré à *Québec inc.* Le contrat de bail contient une clause de force majeure qui se lit comme suit :

nonobstant toute disposition contraire du présent bail, si le propriétaire ou le locataire est retardé ou empêché d'exécuter une clause, une obligation ou un acte requis en vertu des présentes en raison d'un cas de force majeure, de grèves, de lock-out, de conflits de travail, d'émeutes, d'accidents, d'incapacité à se procurer des matériaux, de règles, de règlements ou d'ordonnances gouvernementales restrictives, de faillite d'entrepreneurs ou de tout autre événement, de la nature susmentionnée ou non, qui échappe au contrôle raisonnable du propriétaire ou du locataire, selon le cas, l'exécution de cette clause, de cette obligation ou de cet

²⁴La position contraire est défendue par certains auteurs. Voyons par exemple, D. Houtcieff, « Force majeure : contre mauvaise fortune bon cœur ? », *Lexbase Droit privé*, n°916, du 15 septembre 2022. L'auteur considère que « le principe de l'impossibilité de s'exonérer d'une obligation contractuelle monétaire inexécutée en invoquant une force majeure n'est pas remis en cause par la décision rapportée [...] l'obligation monétaire continue aujourd'hui comme demain à résister à la force majeure. Non seulement, la solution contraire confinerait en effet à permettre au débiteur d'invoquer sa propre insolvabilité pour échapper au paiement, mais la prétendue impossibilité de régler la dette monétaire n'est généralement pas absolue : elle est relative à la situation particulière du débiteur ».

²⁵*Hengyun International Investment Commerce Inc.c.* 2020 QCCS 2251.

acte est alors excusée pour la période de retard, et la partie ainsi retardée aura le droit d'exécuter cette clause, cette obligation ou cet acte dans le délai approprié après l'expiration de ce retard, sans être tenue responsable de dommages-intérêts envers l'autre.

Toutefois, les dispositions de la présente section 13.03 ne doivent pas servir à dispenser le locataire du paiement rapide du loyer de base ou du loyer supplémentaire ou de tout autre paiement requis par le présent bail²⁶.

Il ressort de cette clause que le preneur doit payer le loyer de base, le loyer additionnel et tout autre paiement requis en vertu du contrat de bail, et ce, même si le bailleur est empêché d'exécuter l'une de ses obligations en raison de force majeure. Afin de contenir la propagation de l'épidémie à Covid-19, le Gouvernement du Québec a pris plusieurs mesures parmi lesquels le décret du 24 mars 2020²⁷ qui empêchait le preneur d'exploiter le centre. En conséquence, ce dernier allègue qu'elle était exonérée de payer son loyer pendant la période durant laquelle son entreprise a été fermée en raison des décrets gouvernementaux. La Cour décide dans cette affaire que « la Covid-19 et le décret du 24 mars 2020 qui ont contraint le locataire à fermer son centre de conditionnement physique constituent, un cas de force majeure conformément aux dispositions de l'article 1470 du Code civil du Québec[...].En conséquence, le locataire doit être libéré de son obligation de payer le loyer au locateur pour la période de mars à juin 2020 ». Bien plus, elle a considéré que « l'exécution par le propriétaire de son obligation de fournir une jouissance paisible des locaux de mars à juin 2020 n'a pas été retardée ; elle ne peut tout simplement pas être exécutée. Par conséquent, le propriétaire ne peut pas insister sur le paiement du loyer pour cette période et le paragraphe 13.03 du bail ne s'applique pas »²⁸. Le débiteur est, ainsi, libéré de son obligation de paiement de loyer (une obligation monétaire) en présence d'un cas de force majeure caractérisée.

Dans l'espace OHADA²⁹, on peut se référer à la récente décision rendue par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (ci-après CCJA) le 23 décembre 2021³⁰. Dans cette affaire, la CCJA a décidé que « si la pandémie de la Covid-19 présente incontestablement pour la requérante les caractères d'extériorité et d'imprévisibilité, il n'en est pas de même pour le critère d'irrésistibilité qui doit s'apprécier, en matière d'obligation de sommes d'argent, en fonction des difficultés réelles de trésorerie de la débitrice, lesquelles doivent avoir exclusivement pour cause cette pandémie et doivent rendre impossible l'exécution par celle-ci de son obligation de payer ses dettes échues ». La CCJA rejette ainsi la qualification systématique de la Covid-19 comme un cas de force majeure. Elle donne par la suite, une ligne directrice sur l'appréciation des critères de la force majeure s'agissant d'une obligation de paiement de sommes d'argent et ne ferme pas la porte à une exonération du débiteur d'une obligation de somme d'argent si les conditions de la force majeure sont réunies.

²⁶Nos traductions.

²⁷Décret n°223-2020 du 24 mars 2020 concernant l'ordonnance de mesures visant à protéger la santé de la population dans la situation de la pandémie de la Covid-19.

²⁸Paragraphe 106 de la décision. Nos traductions.

²⁹L'OHADA est l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des Affaires. C'est l'intégration juridique la plus aboutie en Afrique.

³⁰Sur cette décision, voir K. Agbam, « Exigibilité d'une créance et mainlevée d'une saisie immobilière en droit OHADA : quand la CCJA sanctionne une juridiction du fond qui ordonne la mainlevée de la saisie en se fondant sur la Covid-19 qu'elle qualifie à tort de force majeure », *ATDA*, n°12, février 2022, p.1 et s.

Au regard de ces développements, il appert qu'il est bien possible que la force majeure libère le débiteur d'une obligation monétaire inexécutée. En conséquence, la formule selon laquelle « le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure » qui ne cesse d'être recopiée mérite une reformulation et le principe nécessite des atténuations. La Cour de cassation française ne doit-elle pas retenir plutôt la formulation suivante : « le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure à moins qu'il organise lui-même sa propre insolvabilité ». Ainsi, seul le débiteur qui organiserait sa propre insolvabilité perdrait le bénéfice d'invoquer la force majeure pour échapper à sa dette monétaire. Espérons que les décisions à venir de la Cour de cassation s'inscrivent dans cette démarche pour une meilleure clarification.

Compte rendu du colloque organisé à Mulhouse le 16 mai 2024, « *Risques & voyages* »

Mustapha Kamel KADIRI

Doctorant en droit

Université de Haute-Alsace (CERDACC- UR 3992)

Le colloque « Risques et voyages » s'est tenu le 16 mai 2024 à Mulhouse, sous la direction scientifique de Madame Marie-France STEINLÉ-FEUEBACH (professeur émérite et membre du CERDACC) et de Éric DESFOUGERES (Maître de conférences HDR à l'Université de Haute-Alsace, membre du CERDACC). Il a réuni des experts, des universitaires et des praticiens, notamment des avocats spécialisés autour de la problématique de la sécurité des voyageurs à l'aune des avancées technologiques, couplées aux mutations géopolitiques mondiales. Les participants ont, tour à tour, fait part de leur approche et de leurs propositions sur les mesures à adopter.

M. **Olivier BECHT**, ancien ministre délégué chargé du Commerce extérieur, de l'attractivité et des Français à l'étranger, Professeur à l'Université de Haute Alsace (membre du CERDACC), nous a fait l'honneur de prononcer les propos d'ouverture. Il a saisi cette opportunité pour présenter le nomadisme moderne et les risques inhérents aux voyages, faisant écho à l'ouvrage de Jacques ATTALI « *L'homme nomade* » qui souligne la « *magie* » ressentie par ceux qui partent à l'aventure. Ces Français nomades sont exposés à une multitude de risques, allant des simples problèmes de santé, aux crises sanitaires mondiales en passant par les conflits géopolitiques et les événements climatiques. Le centre de crise et de soutien du Quai d'Orsay (CDCS) est opérationnel 24h/24, et garant de la sécurité des Français à l'étranger. Il diffuse en continu des recommandations *via* les conseils aux voyageurs (192 fiches mises à jour) et le service *Ariane* permettant de localiser 291.000 inscrits en cas de crise, selon les statistiques de 2023. Ces outils indispensables reflètent l'importance accordée par la France à la protection de ses concitoyens. Il insiste sur le fait que notre pays est, selon lui, celui qui protège le mieux ses ressortissants : français de l'étranger ou français à l'étranger.

Mme le Professeur émérite **Marie France STEINLÉ-FEUEBACH**, est remontée jusqu'au tragique accident aérien du Mont Sainte-Odile, le 20 janvier 1992, qui est à l'origine de la création officielle du CERDACC en 1995, sur une idée de Claude LIENHARD, déjà auteur d'un article « *Pour un droit des catastrophes* », paru au *Recueil Dalloz* la même année. Fait remarquable, dès le 25 janvier 1993, soit cinq jours après la tragédie, le groupe *Air France* annonçait, par voie de presse, sa décision de réparer intégralement les préjudices subis par les victimes, et ce avant même l'établissement des causes de l'accident et des responsabilités. Cette démarche inédite, déconnectant l'indemnisation de la recherche des responsabilités, constituait une véritable révolution, préfigurant ce qui allait suivre dans le traitement des catastrophes aériennes, mais aussi d'autres domaines de transport, notamment la judiciarisation des grandes catastrophes, titre d'un rapport rédigé à la demande du ministère de la Justice, publié aux éditions *Dalloz* en 2015, sous la direction de *Caroline Lacroix* et de la sienne. Elle ne manquait pas de souligner les liens tissés dès le départ avec la Société Française de Droit Aérien et Spatial (SFDAS), partenaire de l'évènement du jour.

Lors de sa présentation, M. **Éric DESFOUGERES**, a resitué l'importance de ce colloque, qui s'inscrit dans un contexte riche en anniversaires marquants pour le droit des transports : célébration du centenaire de la Convention de Bruxelles 1924 sur le transport par mer, du cinquantenaire de la Convention d'Athènes de 1974 sur les passagers maritimes et leurs bagages, des 20 ans du Règlement européen sur la protection des droits des passagers aériens. L'année prochaine s'y ajouteront celui du cinquantenaire de l'Université de Haute Alsace et des 30 ans du CERDACC. Ce dernier est, comme aujourd'hui, capable de réunir des participants à distance et en présentiel, venant de toute la France, sur des thématiques variées, illustrant la richesse des échanges publiés dans les deux publications en ligne du centre la revue mensuelle *Journal des Accidents et Catastrophes* « JAC », et dans la revue biannuelle « *Riseo* ». M. DESFOUGERES a précisé que les Actes de ce colloque seront probablement publiés.

La **première table ronde** de la matinée s'est déroulée sous la présidence du Professeur émérite **Marie France STEINLÉ-FEUERBACH**.

I) « La responsabilité civile liée aux voyages »

M. **Xavier DELPECH**, Professeur associé à Lyon III, Président de la Société Française du Droit Aérien et Spatial (SFDAS), fait d'emblée remarquer que le vocable « voyage », contrairement à celui de « transport », n'appartient pas à la sphère juridique. Il évoque la distinction entre ces deux notions : le transport implique un déplacement par un tiers avec un engin, tandis qu'un voyage peut se faire par ses propres moyens, comme les randonneurs, tel STEVENSON (« *Voyage avec un âne dans les Cévennes* »). Le premier a donné naissance au droit des transports, dont le droit aérien. Ne souhaitant pas traiter du droit commun de la responsabilité liée au voyage, l'intervenant fait alors le choix d'évoquer la responsabilité civile liée à un voyage opéré dans le cadre d'un transport, plus précisément le transport aérien qui présente une originalité marquée. Il constate qu'afin de favoriser le développement de l'aviation commerciale, le transporteur aérien a historiquement bénéficié d'une quasi-irresponsabilité en cas d'accident, pour progressivement être atténuée au profit des passagers, et ce, à la faveur de l'amélioration de la sécurité aérienne. L'amorce de l'évolution de la législation en droit interne (lois de 1924, 1957 et 2021) se retrouvant en droit international (Convention de Varsovie 1929 et Montréal 1999) auquel elle renvoie. Le Professeur DELPECH énumère alors plusieurs exemples de préjudices causés aux passagers, notamment le syndrome dit « de la classe économique » (thrombose veineuse consécutive à l'immobilisation prolongée). Si pour certains, la CJUE a bien établi le lien de causalité entre fait générateur de la responsabilité et préjudice causé, à l'inverse pour d'autres, la Cour de cassation française a rejeté ce lien. Le Professeur DELPECH conclut que le régime de responsabilité dans le transport aérien oscille entre une originalité de présomption de faute et un classicisme sur le lien de causalité et que la responsabilité renforcée du transporteur est contrebalancée par une limitation de responsabilité, principe qualifié de « règle d'or » du transport selon le Doyen RODIERE. Ces deux notions de responsabilité renforcée et de limitation sont, selon lui, indissociables et confèrent une cohérence au régime, participant même au modèle économique des entreprises du transport.

II) « La responsabilité pénale lors d'accidents collectifs liés aux voyages »

Mme **Caroline LACROIX**, Maître de conférences-HDR, Université d'Evry-Val d'Essonne-Paris-Saclay (membre associé du CERDACC), rappelle que lorsqu'un accident impliquant un transport collectif (bateau, avion, etc.) se produit, on parle alors d'un « accident collectif ». Ce terme « accident collectif » est particulièrement utilisé en droit pénal et figure dans le Code de procédure pénale, qui est la seule matière à l'employer. Un accident collectif se caractérise par des circonstances soudaines et imprévisibles et des conséquences graves (des victimes et des dommages) qui soulèvent plusieurs questions juridiques complexes, notamment en matière de qualification des faits, d'établissement des liens de causalité souvent enchevêtrés, d'identification des auteurs et de la pluralité des victimes. En cas d'accident collectif survenant à l'étranger impliquant des victimes françaises, la compétence internationale des juridictions françaises peut être retenue, selon certains critères à savoir la compétence personnelle passive (si la victime est de nationalité française au moment de l'infraction au sens de l'article 113-7 du Code pénal) et la compétence territoriale. En droit interne, l'étendue du pouvoir d'une juridiction donnée de connaître d'un litige relevant de la matière pénale est une compétence en voie de centralisation par le biais de juridictions spécialisées en matière d'accident collectif (ce sont des tribunaux judiciaires de Paris et Marseille qui ont une compétence territoriale étendue pour les affaires relevant du pôle spécialisé en accidents collectifs). Mme LACROIX fait par ailleurs remarquer que suivant les dispositions de l'article 113-8 du Code pénal, la plainte ou la dénonciation ne sont pas obligatoires dans le cas de poursuite pénale au sens de l'article 113-7. La loi du 24 décembre 2020 ne conditionne plus la compétence personnelle passive des pôles à la nécessité d'une plainte de la victime en matière d'accidents collectifs. Elle cite plusieurs exemples d'accidents collectifs à l'étranger impliquant des victimes françaises, comme les catastrophes aériennes de Charm El Cheikh de 2004, et de Maracaibo de 2005, ou encore le naufrage du *Joola* au large du Sénégal en 2002. Elle évoque aussi un accident de l'affaire dite « Cousins d'Amérique » de 2009 impliquant une société française d'organisation de voyages, où la compétence territoriale des juridictions françaises a été retenue. En conclusion, les accidents collectifs, en raison de leur nature particulière, soulèvent des enjeux juridiques complexes nécessitant une qualification ou de protection des droits des victimes.

III) « Les causes exonératoires du transporteur »

Le Professeur **Gaël PIETTE**, Université de Bordeaux, Responsable du Master droit des transports, Directeur-adjoint du Centre de Recherche et de documentation Européennes et Internationales (CRDEI) souligne que ces causes permettent au transporteur d'échapper à sa responsabilité en cas de dommages aux passagers ou aux bagages. L'étude de ces causes implique d'examiner trois régimes juridiques (droit interne français, droit de l'UE et droit international) pour cinq modes de transport (routier, ferroviaire, fluvial, aérien et maritime). Malgré les apparences, cette étude n'est pas évidente en raison de la diversité considérable entre les modes de transport et du fait que certaines causes exonératoires semblent proches, mais différentes en réalité. L'intervenant souligne la diversité évidente entre les modes de transport, considérée comme une richesse qui ne justifie pas d'unifier les causes d'exonération. Le maintien de causes d'exonération distinctes, adaptées à chaque mode, permet de préserver cette richesse, tout en garantissant une protection adéquate aux différentes parties prenantes. Le Professeur PIETTE conclut que la diversité des causes

exonératoires du transporteur constitue une richesse du droit des transports et que pour respecter cette diversité, il convient de ne pas être tenté d'uniformiser ces causes de manière excessive, au risque de perdre la complexité et la spécificité de chaque situation.

La **deuxième table ronde** s'est déroulée sous la présidence de **Madeleine LOBE LOBAS**, Maître de conférences HDR, Université de Haute Alsace (CERDACC).

IV) « Les compétences territoriales en cas d'imprévu lors de voyage à l'étranger »

Dans son intervention M. **Éric DESFOUGERES** estime que les voyageurs cherchent à saisir les juridictions nationales en cas d'accident ou d'incident subis à l'étranger, car attirés par un système judiciaire familial et des indemnisations souvent plus avantageuses. Ce phénomène d'attractivité des tribunaux français découle de dispositions expresses désignant plusieurs *fors* compétents selon le transporteur, le lieu du contrat ou la destination. Les conventions internationales de transport aérien, maritime ou routier offrent ainsi de multiples options de juridictions. Le droit européen (Règlement dit « Bruxelles I » n°44/2001 du 20 décembre 2000 et Règlement dit « Bruxelles I bis » n°1215/2012 du 12 décembre 2012) permet, en outre, aux passagers de saisir le tribunal de leur domicile, souvent celui de leur lieu de départ, renforçant encore l'attractivité des juridictions nationales. Ce cadre juridique favorable est néanmoins parfois remis en cause par certains juges anglo-saxons, arguant de l'exception de « *Forum non-conveniens* » permettant de voir désigner la juridiction la plus appropriée et la présence d'autres défendeurs tels que les constructeurs aéronautiques. La Cour de cassation a ainsi dû réaffirmer, depuis 2006, le caractère impératif et exclusif des règles de compétence fixées par les conventions, déclarant irrecevables les appels en garantie des constructeurs devant les juridictions françaises. Cette jurisprudence vise la sécurité juridique, mais contraint les différentes parties à d'inextricables batailles procédurales, illustrant la complexité de ces contentieux transnationaux liés aux voyages.

V) « La question du *Forum shopping* »

Maître **Laurent CHASSOT**, Docteur en droit, Avocat spécialisé en droit aérien, associé du Cabinet **GBF Avocats** : Zurich et Genève, revient sur la question du « *Forum Shopping* », et plus précisément de « *la compétence ratione loci à l'épreuve du contentieux – dynamique et limites du forum shopping* », concept qui peut être compris de deux manières opposées : soit comme un choix légitime d'une option ouverte par les textes, soit avec une connotation péjorative de vénalité ou d'opportunisme. Les principales motivations des demandeurs dans le cadre du *forum shopping* sont : considérations financières (maximisation des dommages-intérêts obtenus), modalités liées au procès (coûts réduits, rapidité, avantages procéduraux), inconvénients pour les défendeurs (procédures coûteuses, atteinte à l'image) et enfin possibilité de dommages-intérêts punitifs aux États-Unis (cependant exclus par la Convention de Montréal, lorsqu'elle s'applique). La multiplicité des compétences offertes par les textes internationaux, notamment la Convention de Montréal, favorise les pratiques de *forum shopping*. Non contents des multiples options offertes par les instruments de droit des transports, les demandeurs s'ingénient, par divers procédés, à élargir encore ce choix. Parmi les principales stratégies utilisées en vue de créer des compétences supplémentaires, on peut citer : l'utilisation du Règlement « Bruxelles I bis » ou d'autres instruments sur la compétence judiciaire permettant d'actionner des codéfendeurs au même *for*, l'appel en garantie, la

jonction de causes, ou encore l'action civile devant le juge pénal. On peut mentionner encore un procédé indirect, la tactique dite du « *Cheval de Troie* » consistant à assigner un tiers, par exemple le constructeur aérien, en tablant sur un appel en garantie conduisant à l'implication du transporteur. La jurisprudence considère que l'action en garantie échappe à la Convention de Montréal. Dans la jurisprudence française de l'affaire *Airbus Armavia* de 2006, on considère que l'admission de l'appel en garantie d'un constructeur contre un transporteur aérien, échappe à la convention de Montréal et à la limitation par celle-ci des *fors* disponibles. Bien que le *forum shopping* puisse être considéré comme légitime, ses dérives abusives soulèvent des enjeux importants. Face à ces tactiques, les compagnies aériennes tentent de prévenir ce phénomène, avec des moyens limités : contestation de compétence des juridictions saisies, technique de *forum running* pour bloquer d'autres juridictions, invocation de l'exclusivité de la Convention de Montréal au sens de l'article 29 et questionnement sur l'articulation avec le règlement « *Bruxelles I* » au sens de l'article 71. La jurisprudence de la CJUE a apporté une limite à la primauté des conventions antérieures sur le Règlement, ouvrant de nouvelles perspectives dans ce contentieux dynamique et complexe.

La **troisième table ronde** s'est déroulée sous la présidence du Professeur **Régine BATTISTON**, (Université Haute Alsace, Directrice Institut de Recherche en Langue et Littérature Européenne - ILLE).

VI) « L'interprétation du règlement européen par la CJUE en matière de retard aérien »

M. **Pascal DUPONT**, Docteur en droit, Secrétaire général de la SFDAS, membre de l'Académie de l'air et de l'Espace, aborde l'interprétation du règlement UE n°261/2004 du 11 février 2004 par la CJUE en matière de retard aérien, qualifié de « risque temporel ». Une obligation particulière pèse sur le transporteur aérien : la ponctualité qui désigne une obligation de moyens. Le transporteur peut s'exonérer de cette responsabilité s'il prouve qu'il a pris les mesures nécessaires pour éviter le dommage, ou que les prendre était impossible. Pour la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), la convention de Montréal de 1999 et le règlement passagers de 2004 établissent des droits distincts qui relèvent de cadres réglementaires différents (CJUE 9 juillet 2009, *Rehder*, aff. C-204/08). Ainsi, en l'espace de deux décennies, la Cour de Luxembourg s'est livrée à une interprétation extensive de la notion de retard en assimilant un retard important à une annulation (CJUE 19 novembre 2009, *Sturgeon*, aff. C-402/07 et *Böck* C-432/07). Mais le juge européen a aussi retenu une conception restrictive des circonstances exceptionnelles, ce qui limite d'autant les possibilités pour un transporteur aérien de se libérer de ses obligations d'indemnisation et d'assistance du passager en cas de retard. En 2013, le Parlement européen et le Conseil ont élaboré une proposition de règlement modifiant les règlements n° 261/2004 et 2027/97. Cette proposition introduit le droit à une indemnisation en cas de retard important, en relevant de 3 h à 5 h le seuil de déclenchement des mesures mises à la charge des compagnies. Le seuil de déclenchement du droit à une prise en charge qui dépend actuellement de la distance de vol rapporté à des délais de 2, 3 ou 4 heures est ramené à un seuil unique de 2 h. En cas de retard sur l'aire de trafic, les passagers ont le droit de débarquer de l'appareil après cinq heures d'attente. Que faut-il retenir de la notion de retard dans le règlement 261/2004 ? Avant tout un important contentieux : autant le juge européen se montre favorable aux passagers victimes d'un retard, autant il fait preuve d'une interprétation restrictive des circonstances extraordinaires qui peuvent pénaliser les compagnies. Ensuite, un regret dans la mesure où la

proposition de révision du règlement n'a toujours pas été adoptée. Un souhait, enfin, qui est celui que le droit européen de l'aviation civile qui a connu un développement normatif sans précédent, puisse tenir compte davantage des contraintes qui pèsent sur l'entrepreneur de transport aérien. Comme le précise, données techniques à l'appui, Claude GUIBERT, expert aéronautique et ancien Président de la SFDAS, l'exigence de sécurité devrait toujours primer sur l'obligation de ponctualité, même si des progrès considérables ont été réalisés en un siècle, rappelant les débuts du transport aérien après 1945 où la sécurité était alors la préoccupation dominante.

VII) « Regard professionnel sur les procédures d'indemnisation en cas de retards aériens »

Maître **Valérie AUGROS**, Avocate à la Cour, intervenant en Droit du tourisme et Droit aérien, rappelle que face aux retards fréquents dans le transport aérien, la jurisprudence européenne a étendu avec l'arrêt « *Sturgeon* », la protection des passagers issue du Règlement n°261/2004. Ainsi, en cas de retard supérieur à 3 heures, une indemnisation forfaitaire est immédiatement due. Bien que la CJUE réaffirme les droits intangibles des passagers, les compagnies aériennes s'efforcent de s'y conformer non sans difficulté. La question de l'indemnisation comme celle des cas d'exonération ont généré depuis, un contentieux abondant. En France, le passager peut saisir avant tout contentieux, la compagnie d'une demande d'indemnisation soit directement, soit *via* une plateforme internet qu'il aura mandaté à cet effet ; dans ce dernier cas toutefois, la nature juridique de l'acte liant le passager à la plateforme pourra s'avérer ambiguë, retardant l'indemnisation. Il peut également se tourner vers le médiateur de la consommation (par exemple le Médiateur Tourisme et Voyage). En revanche, la saisine de la Direction Générale de l'Aviation Civile (DGAC), voie parfois empruntée par certains passagers, ne constitue pas un outil adéquat pour être indemnisé. En effet, cet organisme ne traite, en application de l'article 16, que des violations du règlement en vue d'éventuelles sanctions. En dernier recours, la voie judiciaire reste ouverte. Pour les litiges inférieurs à 5.000 euros portés devant le tribunal judiciaire, le législateur français a récemment renforcé l'obligation de règlement amiable préalable (article 750-1 C. Pro. Civ), même si certains justiciables tentent déjà d'en minimiser les effets dans le cadre des litiges aériens. Il revient alors aux juridictions nationales de mettre en application la jurisprudence européenne sur les retards aériens. Maître AUGROS souligne que la sécurité dans le transport aérien est une priorité absolue qui doit primer sur la ponctualité, comme l'avait rappelé la CJUE dans l'affaire « *Peskova* » (CJUE, 4 mai 2017, C-315/15). Ce principe devrait prévaloir dans l'appréciation de la notion de « *circonstances extraordinaires* » fréquemment invoquée par les compagnies pour tenter de s'exonérer de leur obligation d'indemnisation. Le contrôle se fait en deux temps : existence avérée de ces circonstances puis vérification que toutes les « *mesures raisonnables* » ont bien été prises par le transporteur. Mais, Maître AUGROS conclut que les tribunaux français font pourtant parfois preuve d'une rigueur extrême dans cette appréciation, reconnaissant l'existence de circonstances extraordinaires tout en estimant que les compagnies n'ont pas pris de « *mesures raisonnables* », pouvant mettre à mal la sécurité du transport aérien.

VIII) « Comparaison sur les modalités d'indemnisation des retards dans les différents modes de transport »

Le Professeur **Loïc GRARD**, Université de Bordeaux, estime que comparer les modalités d'indemnisation des retards en fonction des modes de transport fait inévitablement apparaître des solutions propres à chacun, car le rapport à la ponctualité n'est pas le même selon le marché de la mobilité pris en considération. La législation dans le domaine aérien a été pionnière. En la matière, si l'offre de transport a été stimulée par la libéralisation, encore fallait-il protéger la demande et préserver la qualité des prestations entraînant une demande croissante en faveur d'une législation garantissant aux transportés un ensemble de droits opposables aux transporteurs. Dans cette perspective, le 19 décembre 2011, l'Union européenne a publié la charte des dix droits fondamentaux pour les passagers, dont le quatrième droit pointe l'indemnisation en cas de retard important. Sur ces bases, la question de l'indemnisation, quel que soit le mode de transport, se dédouble entre la réparation des dommages sur la base de la responsabilité contractuelle et la compensation du désagrément sur une base forfaitaire et réglementaire.

Quant au premier aspect, agit d'abord la convention de Montréal, intégrée à l'ordre juridique de l'Union pour l'aérien. Pour le ferroviaire, les règles « européo-internationales » complètent les droits nationaux. Dans les deux cas prévaut une obligation de ponctualité dite de résultat allégée pour une réparation plafonnée. À l'inverse, le maritime et le transport routier relèvent principalement du droit national. Pour le maritime, une obligation de moyen prévaut, fondée sur les règles prioritairement nationales *ad-hoc*. Pour les autocars et autobus, c'est le droit commun qui s'applique avec obligation de résultat de ponctualité, mais uniquement pour les préjudices prévus ou prévisibles.

Concernant l'indemnisation compensatrice pour le désagrément lié au retard excessif, le droit de l'UE prime, avec une harmonisation complète autant que totale pour l'aérien, mais minimale pour le maritime. Dans les deux cas, seul le retard effectif est pris en considération. Le passager aérien bénéficie d'une indemnisation standard et forfaitaire, sur la base d'une interprétation dynamique de la législation européenne par son juge. Pour le maritime, l'indemnisation n'est pas forfaitaire. Elle repose sur un socle compensatoire commun minimal calculé en pourcentage du prix du billet et sur la base d'une méthode de calcul *ad hoc* en cas de retards répétés touchant les abonnés.

Pour le transport roulant, l'harmonisation est incomplète : minimale pour le ferroviaire distinguant retard effectif et prévisible, et subsidiaire pour la route ; domaine où l'emprise du droit de l'Union est moindre. Quant au chemin de fer, doit être distingué ce qui relève du droit de l'Union (TGV *Intercité*) qui prévoit des droits à indemnité tant pour le retard prévisible que le retard effectif et ce qui n'en relève pas (TER et île de France) où prévaut le principe de la décentralisation de la politique indemnitaire sur les collectivités territoriales compétentes, organisatrices du transport. Quant aux bus et car, la législation européenne n'est pas absente. Mais elle limite ses effets aux services réguliers de transport de plus de 250 km, et a ceci d'original qu'elle a mis en place un dispositif fondé sur l'idée de pénalité plus, que de compensation, au sens où elle s'applique au retard au départ uniquement dans le cas où le transporteur n'a pas proposé de solution adaptée à la situation. Rien n'est donc prévu quant aux arrivées tardives à la destination finale contrairement aux autres modes de transport. Il est vrai ce faisant que le marché est très différent. Fondé sur une offre de transport relevant souvent de petites moyennes entreprises, leur imposer une contrainte économique excessive pourrait conduire à un résultat inverse à l'objectif poursuivi. Tout est donc question

d'équilibre. En matière de retard important, le législateur ne saurait rester inactif, mais doit s'inscrire dans une approche pragmatique pour, dans le double respect d'un niveau de sécurité optimal et d'une saine concurrence, protéger effectivement le « transporté » face au « transporteur ».

La **quatrième table ronde** s'est déroulée sous la présidence de **Silvain VERNAZ**, Maître de conférences, Université Haute Alsace (CERDACC).

X) « L'articulation des responsabilités agences de voyages/transporteurs »

Maître **Emmanuelle LLOP**, Avocate à la Cour, expert en Droit du tourisme, aérien et loisirs, souhaite partager son expérience professionnelle par rapport aux contraintes auxquelles sont confrontées en matière de responsabilité les agences de voyages et les opérateurs, notamment en cas de litiges dus aux retards et annulations aériens. Elle souligne les défis d'articuler le Code du tourisme avec le Règlement UE n°261/2004 du 11 février 2004 sur les droits des passagers aériens. Environ 65% des litiges en médiation touristique concernent les modifications et annulations de vols, impactant lourdement l'activité des agences de voyages. La responsabilité de plein droit des agences de voyages s'étend aux dommages liés au manquement à l'obligation de résultat du contrat de voyage. Bien que le Code de tourisme ne mentionne pas « plein droit », les juges retiennent souvent la responsabilité du professionnel sur simple réclamation du consommateur-voyageur. Le voyageur doit prouver les désagréments subis et le lien avec le voyage, mais pas la faute professionnelle. Les professionnels doivent prouver la faute de leurs prestataires. Ils ne peuvent s'exonérer qu'en cas de faute du voyageur, d'un tiers ou de circonstances exceptionnelles et inévitables (article L.211-16 du Code de tourisme), or du fait que ces causes exonératoires sont difficilement prouvées, les professionnels encourent des charges financières lourdes. Les événements comme le volcan islandais et le Covid-19 ont fait peser ce risque uniquement sur les professionnels, les obligeant à rembourser sans récupérer leurs dépenses. Maître LLOP conclut qu'en matière d'indemnisation, le Règlement n°261/2004 et le Code du tourisme semblent difficilement conciliables et qu'une réflexion pour une harmonisation de ces deux textes est nécessaire.

XI) « Le droit de la consommation et les voyageurs »

M. **Marouane RHARTAOUI**, Doctorant à l'université de Haute Alsace (CERDACC), débute son intervention en citant un exemple de deux commentaires faisant suite à une publicité d'une compagnie aérienne, l'un rappelant l'enjeu financier du coût du voyage, l'autre s'interrogeant plutôt sur le modèle de l'avion qui assure le voyage. Le deuxième commentateur est censé savoir que le droit de la consommation permet d'exiger des informations essentielles comme le modèle d'avion, en vertu de l'article L.111-1 du Code de la consommation, à condition de remplir la définition de consommateur dudit article liminaire. En cas d'accident, le Code de la consommation protège mieux que le Code civil le consommateur contre les clauses abusives, notamment les clauses limitatives de responsabilité des transporteurs. Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 11 décembre 2019, a néanmoins écarté le Code de consommation privilégiant le droit européen des transports, limitant ainsi la responsabilité du transporteur. Le droit de la consommation de l'UE, visant un niveau élevé de protection, pourrait s'appliquer pour écarter ces clauses au profit du voyageur-consommateur, mais son application dépendra de l'interprétation qu'adoptera la Cour de

cassation au sujet de la hiérarchie des normes européennes. La question centrale est de savoir si la directive européenne n°93/13/CEE sur les clauses abusives dans les contrats de consommation prime sur le Règlement CE n°1371/2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires. Un revirement de la Cour de cassation, appliquant le niveau de protection élevé requis par les traités primordiaux, est envisageable pour mieux protéger le voyageur-consommateur.

XII) « Rapport de synthèse »

M. **Jérémy HEYMANN**, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III, Président du Centre de Recherche en droit international Privé (CREDIP) présente un rapport de synthèse des différentes interventions sur le thème des « *Risques et Voyages* ». Il rappelle les nombreuses références littéraires les ayant communément parsemées. Il fournit une réflexion approfondie sur la complexité du sujet, soulignant que sa dimension historique, académique et politique requiert une approche pluridisciplinaire. Tout en saluant les organisateurs, il critique subtilement certains aspects comme la surreprésentation du thème aérien. Dans un style riche et imagé, parsemé de métaphores, conférant une dimension artistique à son propos, il met en lumière la question centrale du tourisme de masse standardisé, rendu possible par la forfaitisation, opposé au voyage sur mesure, analysant les implications juridiques et de protection des consommateurs de voyage. Remettant en cause le cadre juridique actuel inadapté, il souligne que le droit civil et pénal trop rigides ne correspondent pas aux besoins d'un secteur réglementant une masse. Il aborde les nouvelles formes de voyages brouillant les frontières des acteurs et nécessitant une réflexion sur le statut juridique des voyageurs-consommateurs. Enfin, il propose une formation novatrice aux risques et enjeux des voyages par le CERDACC pour mieux préparer les voyageurs.

Conclusion

Nous retiendrons que cette manifestation de haut niveau a permis d'aborder, sous tous les angles, les enjeux cruciaux liés aux risques inhérents aux voyages. Les discussions ont mis en lumière la nécessité d'une pensée juridique pour prévenir et gérer les différents types de risques : accidentels, procéduraux, temporels ou contractuels. Des experts juridiques de Droit des transports de renom ont apporté un éclairage précieux sur des thématiques prépondérantes : la responsabilité civile liée aux voyages, les causes exonératoires pour le transporteur, l'indemnisation des retards selon les modes de transport et une synthèse remarquable sur la thématique générale. L'analyse des risques et des modalités de réparation s'est faite dans une optique comparatiste, prenant en compte les spécificités des différents modes de transport (aérien, ferroviaire, routier, fluvial et maritime). Cette approche a permis de mettre en lumière les similitudes et les différences existantes, favorisant une compréhension approfondie des ajustements juridiques et pratiques. Ce colloque aura assurément permis d'entrevoir de nouvelles perspectives d'évolution et d'amélioration des cadres juridiques et procéduraux dans l'optique d'une meilleure prise en compte des enjeux de sécurité et de réparation adéquate des dommages subis lors des voyages. Les initiatives pluridisciplinaires d'experts universitaires, d'avocats spécialistes et praticiens, ont ouvert la voie vers l'émergence de pistes d'amélioration pour une meilleure protection des droits des voyageurs.