

LES **CAHIERS** DU
CRJFC

CENTRE DE RECHERCHES JURIDIQUES DE L'UNIVERSITÉ DE FRANCHE-COMTÉ

01

AVRIL 2020

Sommaire

<i>Avant-propos</i>	5
Henri Bouillon, <i>La contraction des conditions de la responsabilité administrative</i>	7
Muriel Guerrin, <i>L'égalité salariale, la preuve et le juge</i>	23
Eric Sottas, <i>Initiative populaire fédérale « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement »</i>	33
Laurent Kondratuk, <i>Disputer, codifier, coder</i>	61

Avant-propos

Les présents *Cahiers du CRJFC* sont une publication en ligne des conférences et des articles des membres du CRJFC qui n'ont pas été soumis à des revues à comité de lecture, ou qui sont originaux. La publication de numéros thématiques pourrait également être envisagée.

Une collection « Les Travaux » qui publie des mémoires et rapports de stage des M2 juridiques de l'Université de Franche-Comté est aussi consultable sur le site du CRJFC¹. Ainsi, sont publiés, pour l'année universitaire 2018-2019, les mémoires et rapport de stage de Ariane Conus², de Sylvia Dorothée Ouédraogo³ et de Julie Reszka⁴.

¹ Rubrique « Masters » puis « Mémoires et rapports ».

² *La conciliation judiciaire*. Mémoire de recherche sous la direction de Catherine Tirvaudey (M2 « Justice, procès, procédures. Droit privé appliqué »), 148 p.

³ *La justiciabilité du pacte international relatif aux droits économiques et socio-culturels au regard de son protocole facultatif de 2008*. Mémoire de recherche sous la direction de Leila Lankarani (M2 « Administration publique. Protection des droits fondamentaux et des libertés »), 126 p.

⁴ *La comparution immédiate : entre efficacité procédurale et protection des droits de la défense*. Rapport de stage au TGI de Lons-le Saunier, sous la direction de Béatrice Lapérou-Schneider (M2 « Justice, procès, procédures. Contentieux »), 106 p.

La *contraction* des conditions de la responsabilité administrative

Henri Bouillon

*Maître de conférences à l'Université de Bourgogne Franche-Comté,
CRJFC, UFR STGI*

A priori opaque, l'idée de *contraction* des conditions de la responsabilité doit être définie pour commencer.

Les conditions de la responsabilité administrative *conditionnent* l'engagement de la responsabilité de la personne publique. Au fondement de cette responsabilité de nature civile, il y a un *dommage*, ainsi que le *fait générateur* de ce dommage. Ces deux éléments sont liés entre eux par le *lien de causalité* : le dommage découle du fait générateur. Ces deux éléments sont en outre attachés chacun à un sujet de droit : le dommage est rapporté, par un lien de causalité, à un *préjudice* subi par la victime, car le dommage est un fait objectif, tandis que le préjudice regroupe « les diverses conséquences découlant du dommage à l'égard de la victime de celui-ci »¹ ; quant au fait dommageable, il est imputé à son auteur par un lien d'imputabilité. Enfin, pour déterminer sur qui pèsera l'obligation de réparer le préjudice subi, il est nécessaire d'imputer la réparation du préjudice à un responsable juridique (*imputation*), le plus souvent l'auteur du fait générateur.

Par l'idée de « contraction »², on désigne le fait que, en raison d'une atteinte à un droit fondamental, le juge postule la faute de l'administration, présume à la fois un préjudice et le lien de

¹ Francis-Paul Bénéît, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », *JCP G*, 1957, I, 1351, §13.

² Christophe Quézel-Ambrunaz, « La contraction des conditions de la responsabilité civile en cas d'atteinte à un droit fondamental », *RDLF*, 2012, chron. n° 27.

causalité avec la faute et, enfin, en déduit l'indemnisation de la victime. « En cas de violation d'une liberté protégée ou de discrimination, les juges font automatiquement découler de cette atteinte à la fois la faute, le préjudice et le lien de causalité »³. De même, alors que c'est habituellement par le lien de causalité que le juge détermine l'imputabilité du fait dommageable à une autorité administrative et lui impute la réparation du préjudice⁴, c'est ici de la violation du droit fondamental que s'infèrent l'imputabilité et l'imputation : établir l'atteinte portée à ce droit permet d'en dénoncer l'auteur, celui dont l'action est à l'origine de l'atteinte (imputabilité), et de désigner le patrimoine responsable (imputation). Il y a donc réduction des conditions de la responsabilité à l'atteinte : de l'atteinte à un droit fondamental résultent la faute (fait générateur), le dommage et son imputabilité, le préjudice et l'imputation de sa réparation, ainsi que le lien de causalité entre ces éléments. La *contraction* tend ainsi à « ramener toutes les conditions de la responsabilité civile, en cas d'atteinte à un droit fondamental, à une seule : l'atteinte. En effet, l'atteinte est à la fois fait générateur et dommage (elle est l'action d'atteindre et son résultat). Elle regroupe donc également les exigences de faute et d'illicéité, dans ce contexte. Le lien de causalité ne saurait subsister, puisque les termes qu'il met en relation se confondent »⁵.

Une telle technique est favorable à la victime, en ce qu'elle allège la charge de la preuve qui pèse sur elle : elle la dispense de démontrer le préjudice et d'établir nettement le lien de causalité. Une telle solution peut se prévaloir d'une solide justification pratique dans des hypothèses où le préjudice, notamment moral, est difficile, voire impossible à établir, tout en étant très probable. On ne doit néanmoins pas se dissimuler que, outre le fait que ce mécanisme heurte « l'orthodoxie du contentieux de la

³ Anne Jacquemet-Gauché, « Responsabilité et préjudice », *Dr. adm.*, 2018, n° 8-9, art. 2, p. 17.

⁴ Sur la justification de cette affirmation, voir : Henri Bouillon, « La revalorisation de l'imputabilité et de l'imputation en droit de la responsabilité administrative », *Revue juridique de l'ouest*, 2017, n°1, p. 7.

⁵ Christophe Quézel-Ambrunaz, *art. préc.*

responsabilité »⁶, il pourrait s'avérer excessivement défavorable à la personne publique dont la responsabilité est recherchée, notamment dans les cas où l'atteinte à un droit fondamental ne résulte pas d'un acte délibéré de l'administration. Ainsi de la réparation du préjudice moral lorsqu'il est porté atteinte à la dignité d'un détenu à raison des conditions de détention auxquelles, en raison de la surpopulation carcérale notamment, l'administration ne peut pas toujours remédier.

Ce grave inconvénient justifie sans doute que ce mécanisme soit encore réservé à quelques hypothèses extrêmement circonscrites. Il n'en reste pas moins qu'il témoigne de la place éminente désormais reconnue aux droits fondamentaux dans le système juridique, en droit de la responsabilité administrative comme ailleurs, avec tous les avantages et inconvénients qui sont ceux de cette suréminence. Ici, démontrer l'atteinte à un droit fondamental suffit à engager la responsabilité de la personne publique (I), dans la mesure où le préjudice et le lien de causalité sont présumés (II). Aussi l'analyse de ce mécanisme de *contraction* paraît-elle féconde, car il y a fort à parier qu'il va gagner en ampleur.

I – l'atteinte à un droit fondamental, condition unique d'engagement de la responsabilité

Dans l'hypothèse de *contraction*, les conditions de la responsabilité se cristallisent autour de l'atteinte à un droit fondamental. « C'est bien le caractère fondamental des intérêts en cause qui justifie le traitement particulier apporté, c'est-à-dire la *contraction*. »⁷ Pour que ce mécanisme puisse jouer, il faut qu'existe un droit fondamental et qu'il soit lésé (A), lésion qui

⁶ « Présumer le lien de causalité ou le préjudice heurte, dans un cas comme dans l'autre, l'orthodoxie du contentieux de la responsabilité ». - Caroline Lantero, « Le recours banalisé aux présomptions dans le contentieux de la responsabilité », *AJDA*, 2018, p. 2067.

⁷ Christophe Quézel-Ambrunaz, *art. préc.*

constitue ou révèle une faute de l'administration (B).

A – La lésion d'un droit fondamental

Puisque la *contraction* se justifie par l'atteinte à un droit fondamental, la première condition est qu'il y ait un droit fondamental, la seconde étant logiquement qu'il soit lésé.

En premier lieu, il faut d'une part qu'un droit puisse être reconnu au requérant qui revendique la qualité de victime d'un préjudice. Parfois, comme on le sait, le juge dénie l'existence d'un droit. Il juge par exemple que l'absence d'un procès pénal en raison du suicide du coupable n'engendre pas un préjudice donnant droit à indemnisation, car les ayants-droits de la victime du crime ne sont privés « d'aucun droit propre » (CE, ass., 19 juillet 2011, *Begniz*, n° 335625). D'autre part, et c'est là ce qui circonscrit plus précisément ce mécanisme de *contraction*, ce droit doit être considéré comme fondamental. Les difficultés commencent ici à poindre, tant la notion est difficile à circonscrire. S'il y a aujourd'hui beaucoup de droits fondamentaux, le Conseil d'État, en l'état actuel du droit, ne fait jouer la *contraction* que pour de très rares droits fondamentaux : celui qui a donné lieu à la jurisprudence la plus abondante est la dignité des détenus (CE, sect., 6 décembre 2013, *Thévenot*, n° 363290), mais on usera ultérieurement d'autres exemples.

En second lieu, l'atteinte invoquée au droit fondamental doit être démontrée. Par exemple, le juge administratif s'assure, au regard des faits établis, de la réalité de l'atteinte à la dignité alléguée par le détenu (CAA Versailles, 24 juillet 2018, *M. B... A...*, n°16VE02129). Le Conseil d'État a ainsi pu constater, « d'une part, qu'en dépit de la sur-occupation des cellules successivement occupées par le requérant, celui-ci n'avait jamais bénéficié d'un espace individuel inférieur à trois mètres carrés et, d'autre part, que dix-sept des dix-huit cellules qu'il a occupées avaient fait l'objet de travaux récents de rénovation, qui ont notamment permis de réaliser un cloisonnement partiel des toilettes » (CE, 13

janvier 2017, *M. Cédric C.*, n° 389711, point 5) ; sur ce point, l'atteinte à sa dignité n'est pas caractérisée. En revanche, le fait qu'il ait été démontré que le détenu a été placé, même pour une durée de quinze jours, dans une cellule ne répondant pas aux conditions posées par la jurisprudence *Thévenot* constitue une atteinte à sa dignité (point 6). La victime n'est pas exonérée de toute preuve à apporter : elle doit démontrer la réalité de la lésion de son droit fondamental.

Il ne faudrait toutefois pas se méprendre. Ainsi exposées, ces conditions semblent particulièrement accueillantes et semblent recouvrir toutes les hypothèses où la preuve de la lésion d'un droit fondamental pourrait être rapportée. En réalité, comme nous l'avons indiqué, ce mécanisme ne joue que pour un nombre très restreint de droits fondamentaux. Or il est absolument impossible de déterminer si le juge se fonde sur d'autres critères que l'opportunité pour décider quel droit fondamental mérite de bénéficier de ce mécanisme de *contraction*. Ce pouvoir discrétionnaire du juge entend sans doute préserver les intérêts légitimes de l'administration, qui seraient gravement remis en cause si tout droit fondamental (et on sait le nombre que le droit contemporain en consacre) pouvait profiter de cette technique. Ce pouvoir discrétionnaire est toutefois problématique, tant au regard des pouvoirs que s'octroie le juge que de la systématisation doctrinale de cette jurisprudence.

L'atteinte à un droit fondamental – certains, à tout le moins – enclenche la *contraction* des conditions de la responsabilité, car elle constitue ou révèle une faute de la personne publique.

B – Une atteinte constituant ou révélant une faute

L'atteinte à ce droit fondamental constitue en elle-même ou révèle par elle-même une faute de l'administration de nature à engager sa responsabilité. Bien sûr, toute atteinte à un droit fondamental ne s'identifie pas nécessairement comme une faute.

Certaines atteintes sont parfaitement légales, et donc non fautives : il en est ainsi des atteintes justifiées par la protection de l'ordre public, par le bon fonctionnement du service public, par la conciliation de plusieurs droits fondamentaux, etc. Toute atteinte ne saurait s'analyser comme une faute. Pour que le phénomène de *contraction* soit à l'œuvre, il faut néanmoins que l'atteinte au droit fondamental soit fautive.

Deux hypothèses peuvent alors être distinguées :

Dans une première série d'hypothèses, l'atteinte constitue par elle-même une faute de l'administration : l'atteinte *est* une faute. L'action ou l'inaction administrative est fautive parce qu'elle viole le droit fondamental : la faute de l'administration est précisément constituée par la méconnaissance de l'obligation qui lui est faite de respecter le droit fondamental (obligation implicitement corrélative à tout droit subjectif). Ainsi de l'atteinte au droit d'auteur, qui caractérise en elle-même une violation de l'obligation de respecter ce droit et, donc, une faute de l'administration (CE, 27 avril 2011, *Fedida*, n° 314577).

Dans d'autres hypothèses en revanche, l'atteinte *est produite* par une faute. L'action ou l'inaction administrative est fautive parce qu'elle viole une obligation juridique quelconque (faute) ; et cette méconnaissance du droit objectif emporte dans son sillage lésion d'un droit fondamental. La violation du droit fondamental *révèle* une faute antérieure de l'administration, qui a provoqué ou laissé prospérer cette violation. La jurisprudence *Thévenot*, confirmée sur ce point par les arrêts ultérieurs, indique en ce sens que « les conditions de détention qui porteraient atteinte à la dignité humaine, appréciée à l'aune de ces critères et à la lumière des dispositions du Code de procédure pénale, [...] révéleraient l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique ». Le verbe « révéler » est... révélateur. L'atteinte au droit fondamental dévoile une faute de l'administration pénitentiaire, qui n'a pas organisé des conditions de détention conformes aux obligations qui résultent pour elle de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, du Code de procédure pénale et de l'article 22 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, cités par les arrêts : ce sont

bien ces conditions de détention qui sont analysées en tant qu'elles montrent le non-respect du droit par l'administration et qu'elles engendrent la lésion du droit fondamental. « Le juge met en place une sorte de présomption de faute à partir du moment où une atteinte à la dignité est constatée, indépendamment de l'intention fautive de l'administration pénitentiaire. Il s'agit dès lors de sanctionner une carence objective, un dysfonctionnement du service public pénitentiaire et non un comportement fautif de l'administration relevant d'une appréciation subjective. »⁸ Il semble ainsi s'instaurer une espèce de responsabilité objective.

La différence avec la première hypothèse est que la faute se distingue formellement de l'atteinte : l'atteinte n'est pas la faute, elle n'en est que la conséquence, même si c'est elle qui la *fait apparaître*. Toutefois, la différence entre les deux hypothèses est sans effet sur la charge de la preuve : même lorsque l'atteinte et la faute paraissent formellement dissociables, la faute n'a pas à être prouvée indépendamment de l'atteinte au droit fondamental, puisqu'elle est *révélée* par cette atteinte, et donc déduite par le juge de cette atteinte ; établir cette dernière suffit donc à démontrer la faute au contentieux.

Lorsqu'elle est illégale, l'atteinte au droit fondamental caractérise ou révèle ainsi une faute de l'administration de nature à engager sa responsabilité. De ce premier constat résulte l'aménagement des autres conditions de la responsabilité, aménagement qui consiste essentiellement à présumer le préjudice et le lien de causalité.

⁸ Julia Schmitz, « Responsabilité de l'État en raison des conditions de détentions. Note sous CE, 13 janvier 2017 », *AJDA*, 2017, n° 11, pp. 637-643, p. 641.

II – une présomption de préjudice et de lien de causalité

Si l'assimilation entre lésion d'un droit fondamental et faute de l'administration pose relativement peu de difficultés, dans la mesure où la violation d'un droit ou la méconnaissance d'une obligation est une illégalité, et donc une faute, l'intérêt du phénomène de *contraction* réside plutôt dans les aménagements des autres conditions de la responsabilité.

L'effet le plus remarquable de ce mécanisme est que le préjudice est présumé, ce qui épargne en conséquence à la victime la démonstration du lien de causalité. D'une part, l'atteinte au droit fondamental suffit à établir un préjudice, sans que le préjudice doive être démontré par la victime. C'est là une notable nouveauté, comme le relève Christine Paillard : « Le mécanisme présomptif qui jusque-là concernait uniquement la faute et le lien causal gagne progressivement le préjudice. Se détectent en effet dans la jurisprudence administrative récente quelques hypothèses de présomptions de préjudice explicites dont le dénominateur commun se situe invariablement dans l'atteinte illicite aux libertés fondamentales. Plus précisément, certaines atteintes illicites aux droits et libertés fondamentaux sont de nature à ouvrir un droit à réparation sans que les victimes aient besoin de rapporter la preuve d'un préjudice. »⁹ D'autre part, la preuve du lien de causalité devient à son tour superflue, puisque la présomption de préjudice conduit à considérer que l'atteinte est, du seul fait de sa réalisation, la *cause* d'un préjudice : le lien de causalité est ainsi présumé avec le préjudice.

La *contraction* – et le terme doit selon nous être réservé à cette hypothèse pour rester pertinent – implique donc une présomption de préjudice, du fait de l'atteinte à un droit fondamental. « La seule atteinte objective au droit en cause ferait donc présumer tant la faute que le préjudice. »¹⁰ Le préjudice est

⁹ Christine Paillard, « Droits fondamentaux et présomption de préjudice en droit de la responsabilité administrative », *RDLF*, 2013, chron. n°16.

¹⁰ Xavier Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, PUF, 2018, p. 222.

donc caractérisé par cette atteinte : c'est tout le sens de cette présomption posée par la jurisprudence (A) et qu'il convient d'analyser soigneusement (B).

A – L'existence de la présomption de préjudice

Cette présomption de préjudice du fait de l'atteinte à un droit fondamental résulte de la jurisprudence. Quelques exemples l'illustrent, étant entendu qu'ils sont peu nombreux.

Ainsi de l'atteinte à la dignité des personnes détenues du fait des conditions de leur détention. Un arrêt *M. Cédric C.* (CE, 13 janvier 2017, n° 389711) précise que « seules des conditions de détention qui porteraient atteinte à la dignité humaine [...] révèlent l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique. Une telle atteinte, si elle est caractérisée, est de nature à engendrer, par elle-même, un préjudice moral pour la personne qui en est la victime ». (point 3 ; cf. antérieurement : CE, 5 juin 2015, *M. A.*, n° 370896) L'arrêt ajoute, à propos de l'imputation de la réparation, que cette atteinte constitue « un préjudice moral qu'il incombe à l'État de réparer » (point 6). Le préjudice moral et sa réparation se déduisent automatiquement de l'atteinte à la dignité humaine. Dans un autre arrêt, le Conseil d'État a même insisté sur l'absence de démonstration à faire du préjudice, en précisant que le préjudice caractérisé par l'atteinte à la dignité constitue « un préjudice moral indemnisable sans qu'il appartienne à M. A... d'en établir l'existence » (CE, 2 décembre 2015, n° 371944, point 4). Il est clair que cette présomption de préjudice singularise ce mécanisme de *contraction* dans la mesure où, en d'autres circonstances, il appartient en principe à la victime d'un préjudice d'en apporter la preuve, l'absence d'une telle preuve étant relevé d'office par le juge. Un arrêt du 16 mars 2018 (CE, 16 mars 2018, *M. B.*, n° 407857) met bien en évidence le traitement différencié, quant à l'établissement du préjudice, qui résulte de l'atteinte à un droit fondamental. Après avoir admis la faute de l'administration qui avait adopté, lors de l'extraction médicale d'un détenu et

pendant son séjour dans un établissement hospitalier, des mesures de sécurité disproportionnées à sa dangerosité et au risque d'évasion qu'il représente, le juge précise qu'« un préjudice moral ne saurait être constitué de ce seul fait pour le détenu concerné, à qui il appartient, dès lors, d'en justifier la réalité » ; le caractère réel du préjudice doit en principe être établi. Mais « il en va cependant différemment en cas d'atteinte à la dignité de l'intéressé qui, lorsqu'elle est caractérisée, est de nature à engendrer, par elle-même, un tel préjudice ». (point 7)

Le même constat peut être fait à propos du préjudice résultant de la violation du droit d'un justiciable à voir sa requête traitée par le juge dans un délai raisonnable (CE, 28 juin 2002, *Magiera*, n° 239575). L'arrêt *Blin* (CE, 19 octobre 2007, n° 296529) pose ici une présomption réfragable de préjudice résultant de l'atteinte à ce droit : « la durée excessive d'une procédure résultant du dépassement du délai raisonnable pour juger l'affaire est présumée entraîner, par elle-même, un préjudice moral dépassant les préoccupations habituellement causées par un procès, sauf circonstances particulières en démontrant l'absence ».

Autre illustration de ce phénomène, où la présomption de préjudice apparaît avec flagrance, est le cas de l'atteinte au droit d'auteur. Selon l'arrêt *Fedida* (CE, 27 avril 2011, n° 314577), « cette atteinte [au droit d'auteur] constitue en elle-même le préjudice dont les requérants sont fondés à demander réparation ». Le préjudice est enfermé dans l'atteinte au droit d'auteur et il se déduit donc mécaniquement de cette atteinte fautive.

Enfin, on peut citer l'exemple du « préjudice d'impréparation » en cas de défaut d'information du patient. En 2012, ne se plaçant plus sur le seul terrain de la perte de chance qui implique qu'un dommage corporel s'ajoute au défaut d'information (CE, sect., 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, n° 181899), le Conseil d'État va reconnaître un préjudice autonome pour le patient résultant de l'*impréparation psychologique* qui résulte de la violation de son droit d'information (CE, 10 octobre 2012, *Beaupère*, n° 350426). Le juge consacre ce faisant « un nouveau chef de préjudice, dit "d'impréparation", se cumulant

avec la perte de chance. Cette nouvelle approche arrive à point nommé, contribuant non seulement, à assurer une meilleure réparation du préjudice causé et à donner toute son effectivité au droit à l'information »¹¹. Or, et c'est pour nous tout l'intérêt de cette jurisprudence, le Conseil admet que ce *préjudice d'impréparation* doit être présumé : « la souffrance morale qu'il [le patient] a endurée lorsqu'il a découvert, sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention doit, quant à elle, être présumée » (CE, 16 juin 2016, *Hospices civils de Lyon*, n° 382479, point 3).

Dans tous ces arrêts, « l'analyse de la condition du préjudice disparaît ainsi. Certes, le préjudice existe nécessairement au vu des faits et de leur gravité, mais il ne constitue plus un objet de l'analyse »¹². Le préjudice est bel et bien présumé.

B – L'analyse de la présomption de préjudice

L'idée de *contraction* ici décrite induit donc une imbrication, pour ne pas dire une assimilation, entre l'atteinte au droit fondamental, la faute (fait dommageable), le dommage et le préjudice qui en résulte pour la victime et qui est présumé.

D'une part, « le dommage et le fait dommageable se mêlent dans la notion d'atteinte »¹³. Il n'y a plus à distinguer le fait générateur (la faute) et le dommage lui-même, puisque c'est l'atteinte au droit fondamental qui enferme à la fois l'un et l'autre. La lésion du droit fondamental, qui est l'atteinte juridique (fautive car illicite), inclut le dommage, qui est l'atteinte en fait. Cette technique, en effet, « consiste à inférer (l'on n'ose parler de présomption, tant la méthode recèle plus d'artificialité encore que la présomption) l'existence du dommage, c'est-à-dire de l'atteinte

¹¹ Danièle Cristol, « Défaut d'information dans les établissements publics de santé : une nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel », *RDSS*, 2013, p. 92.

¹² Anne Jacquemet-Gauché, *art. préc.*, p. 17.

¹³ Christophe Quézel-Ambrunaz, *art. préc.*

en fait, à partir de l'illicéité, autrement dit à partir de l'appréciation juridique de ladite atteinte»¹⁴. Il en résulte logiquement que, puisqu'il y a *contraction* entre fait générateur et dommage, la nécessité de démontrer la causalité entre eux disparaît.

D'autre part, le dommage et le préjudice sont inextricables, puisqu'ils résident tous deux dans l'atteinte au droit fondamental. En effet, dans l'hypothèse de *contraction*, le dommage est une atteinte à un droit, c'est-à-dire à un intérêt juridiquement protégé puisqu'un droit subjectif se définit ainsi. Le dommage – l'atteinte à un droit (fondamental) – emporte donc *ipso facto* lésion des intérêts (fondamentaux) de la victime. Il caractérise ce faisant un préjudice propre à la victime, puisque le préjudice s'appréhende lui-même comme « la lésion d'un intérêt légitime, juridiquement protégé »¹⁵. Dommage et préjudice se confondent. Et, à nouveau, le lien de causalité entre dommage et préjudice s'efface, puisqu'ils ne sont pas dissociés.

Ainsi circonscrit, ce phénomène de *contraction* soulève problèmes et questions.

Le problème de cette présomption de préjudice est de laisser dans l'ombre le point de savoir si l'engagement de la responsabilité est justifié en l'espèce : comment être certain que le préjudice – indemnisé, car présumé – méritait de l'être ? Rappelons que les personnes publiques ne doivent pas être condamnées à payer des sommes qu'elles ne doivent pas (CE, sect., 19 mars 1971, *Mergui*, n° 79962). Ce principe justifie, si besoin était, la nécessité que la victime établisse la réalité de son préjudice. En l'espèce, la charge de la preuve disparaît. Comment, alors, être sûr que la présomption de préjudice va permettre l'indemnisation d'un préjudice réel et certain ? Lorsque les propriétaires d'un terrain occupé irrégulièrement, et auxquels le concours de la force publique a été refusé, obtiennent la somme de 10 000 euros pour leur souffrance morale, alors qu'ils n'en ont pas

¹⁴ Christophe Quézel-Ambrunaz, *art. préc.*.

¹⁵ Henri Mazeaud, « La lésion d'un "intérêt légitime juridiquement protégé", condition de la responsabilité civile », *Dalloz*, 1954, chron. VIII, p. 39.

rapporté la preuve (CE, 7 octobre 2013, *Époux Cerci*, n° 351368, point 3), comment s'assurer que le préjudice moral est réel et certain et que la personne publique n'est pas condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas ? Indémontrable, ce type de préjudice moral est nimbé d'incertitude, ce qui justifie d'ailleurs le recours à la présomption ; mais cette incertitude explique aussi la prudence du juge à consacrer ce genre de présomption de préjudice.

Certes, dans la plupart des hypothèses illustrant la *contraction*, il est peu douteux que l'atteinte au droit qui est relevée entraîne un préjudice : ainsi des conditions de détention particulièrement difficiles. Mais c'est alors l'évaluation du préjudice lui-même qui est difficile. Même si le préjudice paraît évident, comment en faire une exacte appréciation ? Comment soupeser la valeur monétaire d'une atteinte aux droits fondamentaux ?

Le problème a d'abord une dimension pratique. « L'impossibilité de déterminer avec une précision suffisante l'étendue d'un dommage de l'esprit suppose, dans une conception réaliste, de toujours sous-évaluer ou surévaluer l'indemnisation. Ce n'est satisfaisant ni pour les victimes, dont on comprend qu'elles attachent un meilleur prix à leur peine, ni pour l'administration, qui méconnaîtrait l'interdiction des libéralités en indemnisant trop un préjudice. »¹⁶ L'administration risque d'être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas. Et pour la victime elle-même, ce mécanisme, pourtant censé lui être favorable, n'est pas sans danger. Étant objective, cette responsabilité et la présomption de préjudice qu'elle pose marginalisent pour ainsi dire l'analyse concrète de sa situation : le risque est alors que le juge considère que toute atteinte à la dignité du détenu (par exemple) mérite telle indemnisation, toujours la même pour tout détenu ; il est alors à craindre une indemnisation forfaitaire, qui ne couvre pas l'intégralité du préjudice. « Le fait de considérer que le préjudice est automatiquement constitué pourrait être une limite à

¹⁶ Sébastien Hourson, « L'indemnisation de la douleur morale », *AJDA*, 2018, p. 2062.

l'indemnisation : des éléments objectifs vont prévaloir, sans que le juge ne cherche plus à savoir si telle victime a, par exemple, subi un préjudice plus important qu'une autre. Ne risque-t-on pas d'en arriver à une fixation quasi automatique du préjudice ou à une forfaitisation de l'indemnisation faisant *in fine* obstacle à une réparation intégrale du préjudice ? »¹⁷ Pour tempérer cette crainte, on doit cependant relever que le juge prend soin d'apprécier la situation individuelle de chaque détenu en tenant compte des circonstances de l'espèce ; le risque n'en est pas moins réel maintenant que la jurisprudence, plus fournie, permet de dégager une *grille tarifaire* des préjudices indemnisables et de dispenser le juge d'une appréciation casuistique.

Le problème a aussi une face théorique : il met en lumière la *mercantilisation* des droits fondamentaux, dans la mesure où ceux-ci possèdent désormais une valeur monétaire correspondant à l'indemnisation à laquelle leur violation ouvre droit. Pourtant, il est bien certain que, de même que les larmes, la dignité de la personne ne se monnaie pas. Il y a là une dérive inquiétante du contentieux.

Cette présomption soulève enfin deux questions.

Premièrement, la présomption de préjudice est-elle réfragable ou non ? Selon l'arrêt *Blin*, la présomption de préjudice qui pèse sur l'administration en cas de violation du délai de jugement raisonnable est réfragable : ce délai excessif constitue par lui-même un préjudice, « sauf circonstances particulières en démontrant l'absence ». Faut-il en déduire, par un raisonnement *a contrario*, que l'absence de cette mention dans les autres arrêts induit que la présomption est irréfragable ? Cette conclusion est d'autant plus justifiée que l'on voit mal comment la personne publique pourrait renverser la présomption dans les autres hypothèses évoquées. En cas d'atteinte à la dignité d'un détenu du fait de ses conditions de détention, il est impossible à l'administration de démontrer l'absence de préjudice : si l'atteinte est caractérisée, le préjudice s'en déduit mécaniquement. La présomption de préjudice paraît bien irréfragable. Mais on ne

¹⁷ Anne Jacquemet-Gauché, *art. préc.*, p. 18.

saurait affirmer trop péremptoirement cette conclusion.

Secondement, le Conseil d'État qualifie ce préjudice de préjudice moral, tant pour les conditions de détention contraires à la dignité humaine (CE, 2 décembre 2015, préc., point 2 ; CE, 13 janvier 2017, *M. Cédric C.*, préc., point 3) que pour la durée excessive d'une procédure juridictionnelle (CE, 19 octobre 2007, *Blin*, préc.), ou de souffrance morale pour le préjudice d'impréparation du patient (CE, 16 juin 2016, *Hospices civils de Lyon*, préc.). En renvoyant à l'impact psychologique de l'atteinte au droit fondamental, cette qualification paraît être la seule à même de convenir en l'espèce¹⁸. Mais « la dénomination de préjudice moral n'est peut-être pas apte à recouvrir tout à fait le préjudice particulier qui naît de l'atteinte à un droit fondamental. Inventons-en une... »¹⁹

¹⁸ « Parce qu'elle possède les qualités d'abstraction et de plasticité nécessaires, la catégorie de préjudice moral est, au fond, la seule susceptible d'embrasser toutes les hypothèses dans lesquelles l'existence du préjudice est déduite de celle de la faute. Les solutions examinées pourraient donc être comprises de la manière suivante : certaines fautes entraînent nécessairement un dommage qui emporte lui-même *a minima* un préjudice moral que le juge ne peut laisser sans réparation ». - Laurene Gratton, « Le dommage déduit de la faute », *RTD. Civ.*, 2013, p. 275.

¹⁹ Nathalie Albert-Moretti, « Les présomptions de préjudice », *Dr. adm.*, 2018, n° 8-9, art. 9, p. 56.

L'égalité salariale, la preuve et le juge

Muriel Guerrin

*Maître de conférences à l'Université de Bourgogne Franche-Comté
CRJFC, UFR STGI*

Fondements de l'égalité

L'article 23.2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame que « tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal ». Dépourvu d'effet direct, ce texte trouve néanmoins écho dans l'article 141 du Traité CE et dans la directive du 5 juillet 2006¹. Si donc, conformément au principe de liberté contractuelle, l'employeur est théoriquement libre quant à la fixation des salaires, il ne peut traiter différemment des salariés placés dans une situation identique. En France, le principe d'une égale rémunération entre les femmes et les hommes est inscrit dans la loi depuis 1972, sans qu'une égalité réelle n'existe, puisque la loi du 5 septembre 2018 a encore dû renforcer les obligations des entreprises sur ce point². Dans les branches et les entreprises, il existe des obligations de négocier en la matière. Mais la règle de l'égalité de rémunération hommes-femmes n'est qu'une application de la règle plus générale « à travail égal, salaire égal », dégagée en 1996 dans l'arrêt Ponsolle³. La jurisprudence en a déduit un principe général

¹ Dir. 2006/54/CE du 5 juill. 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail.

² V. art. L. 1142-7 et s. nvx du c. trav., qui réitèrent la menace de sanctions financières contre les entreprises.

³ Soc. 29 oct. 1996, arrêt *Ponsolle*, n° 92-43.680, D. 1998, somm. p. 259, Dr. soc. 1996. 1013 : reflet du renforcement des droits fondamentaux dans l'entreprise, cet arrêt a exigé la justification de chaque disparité.

d'égalité de traitement entre tous les salariés⁴. Dans le code du travail, on retrouve l'exigence d'égalité dans des cas particuliers⁵, l'art. L. 2271-1-8⁶ érigeant en « principes » aussi bien l'égalité salariale, que l'égalité hommes-femmes et l'égalité de traitement. Ces principes ont donc valeur législative. Cependant, l'essentiel de la construction est jurisprudentielle.

Égalité et non-discrimination

La DUDH elle-même associe égalité et non-discrimination. Leur régime est pourtant différent : la preuve d'une inégalité suppose une comparaison, ce qui n'est pas nécessaire pour prouver une discrimination. En outre, l'interdiction des discriminations est fondée sur l'usage de certains critères, alors que l'égalité s'applique indépendamment du motif de la différence. Et il peut y avoir discrimination sans inégalité salariale. Or les juges entretiennent la confusion, en invoquant soit l'un, soit l'autre des principes, voire en les conjuguant.

Contrôle du juge

Il en résulte un contentieux nourri et évolutif, dont on retient que le principe d'égalité de traitement n'est pas absolu : de nombreuses différences peuvent être justifiées par des raisons objectives, contrôlées par les juges du fond. On distingue en

⁴ Soc. 30 janv. 2008, n° 06-46.447, JCP S 2008. 1274.

⁵ Par ex. : Art. L. 3221-2, pour l'égalité de rémunération femmes-hommes. – Art. L. 3123-5, al. 3, pour la proportionnalité de rémunération entre les salariés à temps partiel et les salariés à temps plein. – Art. L. 1242-15, pour l'égalité de rémunération entre les salariés titulaires d'un CDD et ceux bénéficiant d'un CDI.

⁶ Art. L. 2271-1 du c. trav. : « La Commission nationale de la négociation collective [...] est chargée : [...] 8° De suivre annuellement l'application dans les conventions collectives du principe “à travail égal salaire égal”, du principe de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et du principe d'égalité de traitement [...] ».

réalité deux types de contrôle : un contrôle renforcé lorsque la différence est instituée par l'employeur, qui doit alors se justifier (1), et un contrôle allégé lorsque la différence est instituée par accord collectif, ce qui emporte présomption de justification dans certains cas (2). Pour la Cour de cassation, le principe d'égalité doit être respecté. Mais il ressort globalement de sa jurisprudence, sous l'angle de la charge de la preuve, une approche favorable aux entreprises.

1. Différences instituées unilatéralement par l'employeur

Régime probatoire

Le principe « à travail égal, salaire égal » interdit à l'employeur de traiter différemment, au regard de l'octroi d'un avantage, des salariés placés dans une situation identique⁷. Les différences sont donc soumises à l'appréciation du juge, qui doit en contrôler concrètement la pertinence. Au plan probatoire, le salarié qui invoque une inégalité et qui démontre accomplir un travail « égal » ou de « valeur égale », bénéficiait d'une présomption d'inégalité reconnue par la jurisprudence en 2004⁸ : comme en matière de discrimination, il lui appartenait seulement de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité, pour des fonctions identiques ou comparables ; puis l'employeur devait se justifier objectivement. Par faveur pour le salarié, qui n'avait qu'à prouver une identité de fonctions, le contrôle du juge était axé sur la justification objective de la différence par l'employeur.

⁷ V. pour une application récente : CA Aix-en-Provence, 5 avr. 2019, n°2019/149.

⁸ Soc. 28 sept. 2004, n° 03-41.825, D. 2004. 2624, Dr. soc. 2004. 1144.

Évolution jurisprudentielle

Le contrôle semble aujourd'hui davantage axé sur l'identité de situation, que le salarié doit démontrer et à défaut de laquelle le principe d'égalité ne s'applique pas. De fait, la jurisprudence a progressivement étendu les obligations probatoires du salarié. D'abord, les juges exigent qu'il établisse au moins la matérialité des faits : le salarié doit convaincre le juge de leur pertinence et supporte donc le risque de l'allégation⁹. Ensuite, la Cour de cassation semble lui imposer, depuis 2018, de démontrer l'identité de situation avec ceux auxquels il se compare¹⁰ : à défaut, l'employeur n'a pas à se justifier.

Situation identique

Au-delà de l'accomplissement d'un travail de « valeur égale », le salarié doit aujourd'hui prouver qu'il est placé dans une situation identique ou similaire à ceux auxquels il se compare. Or il est plus difficile de prouver une identité de situation qu'une identité de fonctions : le salarié doit en effet, non seulement prouver qu'il exerce les mêmes fonctions, mais aussi qu'il a la même maîtrise de son poste¹¹. Jusque là, la charge de la preuve de la différence de maîtrise reposait sur l'employeur. C'est désormais au salarié qu'il incombe de fournir des éléments sur la valeur respective du travail, ce qui paraît très sévère. Afin d'éviter une interprétation trop restrictive du travail de « valeur égale », l'art. L. 3221-4 c. trav. l'a défini¹². Les juges doivent donc procéder

⁹ Soc. 13 fév. 2002, n° 00-40.912 ; Soc. 20 oct. 2010, n° 08-19.748 ; Soc. 30 mai 2012, n° 11-11.387.

¹⁰ Soc. 4 avr. 2018, n° 17-11.814, 16-27.703 et s., Dr. soc. 2018. 471.

¹¹ Soc. 4 avr. 2018, n° 16-27.703, préc.

¹² Art. L. 3221-4 du c. trav. : « Sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse ».

à une analyse comparée des fonctions et des responsabilités de chacun tout au long de la carrière.

Périmètre de la comparaison

Un salarié peut se comparer aux salariés de son entreprise¹³, mais pas à ceux du groupe auquel elle appartient¹⁴. S'il appartient à un établissement, il peut se comparer aux salariés des autres établissements¹⁵. Concrètement, la comparaison se fait en fonction de l'objet de l'avantage considéré : le principe d'égalité s'applique à tous les éléments de salaire, mais la jurisprudence distingue selon qu'il s'agit d'un élément de rémunération en lien direct avec le travail, ou d'un avantage spécifique non directement lié au travail.

Rémunération

Si la différence concerne un élément de rémunération versé en contrepartie directe du travail, la Cour de cassation raisonne sur l'identité de situation du point de vue de la relation de travail (de ses spécificités et de ses contraintes). Dans ce cas, la seule différence de catégorie professionnelle (cadres/non-cadres, par exemple) implique une différence de situation qui justifie une différence de traitement, sauf à prouver que l'avantage n'a aucun lien avec le travail¹⁶. On en déduit qu'on ne peut se comparer qu'aux salariés de sa catégorie.

¹³ Soc. 6 juill. 2005, n° 03-43.074.

¹⁴ Soc. 9 oct. 2013, n° 12-16.664 et 12-16.907 ; Soc. 16 sept. 2015, n° 13-28.415.

¹⁵ Soc. 21 janv. 2009, n° 07-43.452, Dr. soc. 2009. 399.

¹⁶ Soc. 26 sept. 2018, n° 17-15.101, JCP S 2018. 1337, pour une prime de 13^e mois : cadres et non-cadres ne sont pas dans une situation identique au regard de cette prime, liée au travail. – Cette solution surprend, car la jurisprudence estime habituellement qu'un 13^e mois ne constitue pas la contrepartie du travail (Soc. 19 déc. 1979, n° 78-13.940 ; Soc. 18 mars 2015, n° 13-17.442).

Avantages spécifiques

En revanche, pour les autres avantages (comme des tickets-restaurant), une comparaison avec d'autres catégories est possible, puisqu'*a priori*, au regard de ce type d'avantages, tous les salariés sont dans la même situation : la seule appartenance à une catégorie ne suffit pas pour justifier une différence de situation¹⁷. Une différence d'établissement¹⁸ ou de statut juridique ne suffit pas non plus, en soi. Ainsi des salariés peuvent-ils se comparer à des fonctionnaires, s'ils sont placés dans la même situation au regard de l'avantage consenti : à l'employeur de justifier objectivement la différence¹⁹.

Justification des différences

Si le salarié parvient à prouver une différence de traitement et une identité de situation, l'employeur doit se justifier par des raisons objectives et pertinentes. Dans ce cas, la Cour de cassation exige des juges du fond un contrôle strict des raisons invoquées. Parmi ces raisons, les juges admettent, par exemple : l'ancienneté²⁰, les diplômes²¹, des sujétions particulières²² ou la disparité du coût de la vie d'un établissement à un autre²³. De

¹⁷ Soc. 6 mars 2007, n° 04-42.080 ; Soc. 4 juin 2014, n° 12-23.759.

¹⁸ Soc. 29 nov. 2009, RJS 2010, n° 152.

¹⁹ Ass. Plén. 27 fév. 2009, n° 08-40.059 ; Soc. 12 juin 2013, n° 12-17.273 ; Soc. 28 nov. 2018, n° 17-20.007.

²⁰ Soc. 21 janv. 2009, n° 07-40.609, à condition que l'ancienneté ne soit pas déjà prise en compte par une prime.

²¹ Soc. 16 déc. 2008, n° 07-42.107, à condition que les diplômes soient de niveaux différents.

²² Soc. 12 juill. 2017, n° 16-19.710.

²³ Soc. 14 sept. 2016, n° 15-11.386, pour un établissement situé en Île-de-France et un autre à Douai.

même, l'application de la loi permet à elle seule de justifier une différence²⁴.

Recul du principe d'égalité

Pour échapper au contrôle de justification, les employeurs ont tout intérêt à contester l'identité de situation : conformément au droit commun, les salariés doivent aujourd'hui convaincre les juges par des éléments concrets²⁵. Ces derniers disposent d'une large marge d'appréciation et, dans la mesure où deux situations sont toujours différentes d'un certain point de vue, le principe d'égalité s'en trouve réduit. On observe la même tendance s'agissant des différences instituées par conventions ou accords collectifs de travail.

2. Différences instituées par voie conventionnelle

Évolution jurisprudentielle

L'intensité du contrôle du juge sur les différences négociées a évolué. Après avoir refusé leur contrôle sauf abus, la Cour de cassation avait opéré un revirement avec l'arrêt *Pain* en 2009, décidant au contraire que les partenaires sociaux devaient justifier objectivement les inégalités catégorielles et interprétant restrictivement les motifs pertinents²⁶. Il en était résulté des situations de blocage du dialogue social, dans certains secteurs où

²⁴ Par exemple, en cas de transfert légal et de mise en cause, ou de dénonciation d'un accord collectif, les salariés engagés avant l'opération conservent leurs avantages antérieurs, dont les salariés engagés après ne bénéficient pas : cette différence est justifiée par l'application de la loi, qui vient compenser le préjudice issu de la suppression de l'accord qui instituait ces avantages (v. art. L. 2261-13 et L. 2261-14, c. trav.).

²⁵ Soc. 28 mars 2018, n° 16-19.260 ; Soc. 11 juill. 2018, n° 17-14.132.

²⁶ Soc. 1^{er} juill. 2009, arrêt *Pain*, n° 07-42.675, JCP S 2009. 1451.

les avantages accordés aux uns devaient nécessairement bénéficier aux autres. Dès lors et face au renforcement de la représentativité syndicale voulu par le législateur, la Cour a atténué sa position²⁷, pour finalement poser en 2015 une présomption simple de justification des différences, entre catégories professionnelles, opérées par voie conventionnelle²⁸.

Présomption de justification

Pour la chambre sociale, le principe d'égalité s'applique sans conteste aux partenaires sociaux. Mais elle limite fortement la portée de cette règle, en affirmant que certaines différences établies par voie conventionnelle sont présumées justifiées. On en revient donc au droit commun : la charge de la preuve pèse sur le demandeur (le salarié), qui doit tenter de démontrer que la différence de traitement est « étrangère à toute considération de nature professionnelle ». En pratique, la présomption de justification paraît très difficile à renverser et conduit à diminuer le contrôle du juge. Elle est néanmoins conforme à l'évolution issue des ordonnances du 22 septembre 2017²⁹.

Domaine de la présomption

Il ne s'agit pas pour autant d'une présomption générale : elle ne concerne que des cas particuliers. La chambre sociale l'a récemment affirmé, invoquant le droit de l'Union et considérant qu'un accord collectif n'est pas, en soi, de nature à justifier une différence de traitement³⁰. De fait, dans un contexte de

²⁷ Soc. 8 juin 2011, n° 10-14.725, D. 2011. 1565.

²⁸ Soc. 27 janv. 2015, n° 13-14.773, 13-22.179 et 13-25.437, JCP S 2015. 1054 ; Soc. 8 juin 2016, n° 15-11.324.

²⁹ Art. L. 2262-13 du c. trav., ayant créé une présomption de conformité des conventions collectives à la loi.

³⁰ Soc. 3 avr. 2019, n° 17-11.970, JCP S 2019, Act. 150, estimant qu'une différence de traitement fondée uniquement sur la date de présence sur un site ne saurait être présumée justifiée.

sauvegarde de l'emploi, les partenaires sociaux peuvent être tentés d'instituer des différences. Dès lors, la Haute juridiction vient limiter le champ d'application de la présomption aux espèces déjà jugées. Aujourd'hui, en plus des différences catégorielles, la présomption de justification s'applique dans deux cas : entre salariés exerçant, dans la même catégorie, des fonctions différentes³¹, et entre salariés de la même entreprise mais d'établissements différents, que la différence soit instituée par accord d'établissement³² ou d'entreprise³³. Dans les autres cas, la différence doit être objectivement justifiée³⁴. Incontestablement néanmoins, les différences négociées en sortent sécurisées.

Transfert conventionnel

Un accord collectif prévoyant le maintien, aux salariés transférés, de leur rémunération antérieure, peut engendrer une disparité vis-à-vis des autres salariés. Pour la Cour de cassation, le seul transfert ne justifiait pas l'inégalité³⁵. Désormais, elle décide au contraire qu'en soi, il justifie la différence car il repose sur des considérations de nature professionnelle³⁶. La contestation devient presque impossible. Pour autant, cette solution rejoint l'art. L. 1224-3-2 c. trav. issu des ordonnances de 2017, qui écarte l'application du principe d'égalité dans ce cas.

³¹ Soc. 26 avr. 2017, n°15-23.968, pour une indemnité de repas plus élevée pour certains cadres amenés à exposer des frais plus importants dans le cadre de leurs fonctions.

³² Soc. 3 nov. 2016, n°15-18.444, D. 2016. 2286 ; Soc. 12 oct. 2017, n°15-29.520.

³³ Soc. 4 oct. 2017, n°16-17.517, D. 2017. 1981.

³⁴ V. déjà : Soc. 13 déc. 2017, n° 16-12.397, D. 2018. 14, ayant écarté la présomption, pour une différence de traitement fondée sur un motif de discrimination spécifique, en l'occurrence le degré d'implication dans une grève.

³⁵ Soc. 15 janv. 2014, n° 12-25.402 ; Soc. 16 sept. 2015, n°13-26.788.

³⁶ Soc. 30 nov. 2017, n° 16-20.532s., JCP S 2018. 1023 ; Soc. 30 mai 2018, n°17-12.782.

Conclusion

Le principe « à travail égal, salaire égal » reste un principe contrôlé par le juge. Mais pour les salariés, la preuve d'une inégalité est compliquée. Si la différence est instituée par l'employeur et qu'est surmonté le débat sur l'identité de situation, les juges admettent largement les justifications. Quant aux différences voulues par les partenaires sociaux, elles peuvent être présumées justifiées.

Initiative populaire fédérale « Entreprises responsables – pour protéger l’être humain et l’environnement »¹

Eric Sottas

*Membre du Comité de l’Initiative, ancien Secrétaire général
de l’Organisation Mondiale contre la Torture*

Lente émergence d’une conception holistique des droits de l’homme

L’initiative populaire constitutionnelle pour des entreprises responsables respectueuses des droits de l’homme et de l’environnement constitue, pour la Suisse, une étape importante d’un mouvement mondial transformant, peu à peu depuis les années 1960, l’ordre politique et juridique, tant au niveau de chaque nation que dans le cadre des institutions internationales. C’est au cours de cette décennie, marquée par la décolonisation et par la prise de conscience de la multiplicité des facteurs garantissant la dignité de toute personne que s’affirma une nouvelle approche des droits de l’homme reflétée dans les deux grands pactes adoptés par les Nations Unies en 1966 : le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte relatif aux droits civils et politiques.

Si ce progrès doit être salué comme une avancée majeure, il ne doit pas nous faire perdre de vue certaines limites. La notion de droits de l’homme est comprise comme conférant à L’État une obligation d’en assurer le respect, obligation qui était conçue le

¹ Version écrite d’une conférence prononcée lors de la journée d’étude « Le juge et les droits de l’homme », dirigée par Damienne Bonnamy, Besançon, 28 mars 2019.

plus souvent restrictivement comme une abstention de transgression de la part de l'État et de ses agents. On notera que les traités précisent que pour établir que l'on est en présence d'une violation à un droit de l'homme, il convient de démontrer que l'auteur est un agent de l'État ou qu'il agit avec le consentement d'un agent de l'État (Convention contre la torture article premier).

Par ailleurs les différentes catégories de droits ne jouissaient pas, lors de l'entrée en vigueur de ces deux instruments majeurs, d'un statut identique. En ce qui concerne les droits économiques sociaux et culturels (DESC), certains auteurs les ont qualifiés de droits « programmatiques » laissant entendre que leur exigibilité ne saurait être du même niveau que celle des droits civils et politiques. De fait certains éléments semblent confirmer ce point de vue. En comparant les articles 2 des deux pactes on remarquera que pour les DESC, l'État partie s'engage (certes au maximum de ses ressources disponibles) « [...] en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte [...] » (article 2.2), alors que dans le cadre des droits civils et politiques l'État doit garantir et faire respecter les droits stipulés dans le pacte (art 2).

On notera aussi qu'à la date de l'adoption de deux pactes – le 16 décembre 1966 - l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait également un Protocole facultatif se rapportant au [seul] Pacte international relatif aux droits civils et politiques, donnant compétence au Comité des droits de l'homme de recevoir et d'examiner des communications émanant d'individus. Ces plaintes contre l'État, car c'est de cela qu'il s'agit, devaient émaner d'individus relevant de la juridiction de l'État mis en cause et cet État devait être à la fois partie au Pacte et à son Protocole. Une telle possibilité n'était même pas envisagée pour les DESC, renforçant le sentiment que leur exigibilité n'était pas avérée au niveau international.

L'absence d'un tel mécanisme non seulement privait la victime de faire reconnaître par le système international la violation qu'elle avait subie et d'exiger réparation, mais elle ne permettait pas de mettre en cause les auteurs directs des

violations, dont certaines entreprises, ni d'établir les raisons qui empêchaient l'État de prendre toute mesure pour les prévenir, les faire cesser et éviter leur répétition comme l'obligation lui en incombe.

Mesures volontaires insuffisantes en Suisse

Dans les années 70, les organisations suisses d'entraide, de défense des droits de l'homme et de protection de l'environnement sont devenues de plus en plus précises dans leurs dénonciations de cas concrets d'exploitation de la faiblesse des populations des États du Sud ou des pays émergents souvent incapables de faire valoir leurs droits, ainsi que d'incidents révélateurs du laxisme, voire de la corruption des autorités des pays concernés. En 1974, une étude anglaise « Le tueur de bébés », - mettait en cause Nestlé et sa politique commerciale agressive de promotion du lait en poudre pour remplacer l'allaitement maternel dénonçant les conséquences catastrophiques sur la santé des nourrissons dans les pays les plus pauvres. Un collectif d'ONG suisses traduisit le document en allemand et en français ce qui conduisit la société de Vevey à poursuivre ces organisations devant les tribunaux. Même si Nestlé obtint gain de cause sur le fond, les témoignages, les considérations du juge et ses recommandations à la société de revoir sa politique de marketing provoquèrent un important dégât d'image incitant Nestlé à prendre des mesures volontaires pour corriger les pratiques mises en lumière lors du procès.

Depuis les entreprises suisses et leurs différentes sociétés faitières mettent en avant leurs politiques volontaires de réglementation et leurs efforts de transparence. Toutefois, selon une étude publiée en 2016 par l'Action de Carême et Pain pour le Prochain - deux des principales œuvres d'entraide et d'aide au développement - sur les 200 plus grandes entreprises suisses 61% n'avaient toujours ni code de conduite, ni politique de droits de l'homme ou ne communiquaient rien à ce sujet. Seules 11% d'entre elles avaient commencé à mettre en pratique les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme adoptés par les Nations Unies en 2011.

Mondialisation accélérée des grandes entreprises suisses

La Suisse, bien qu'un petit pays à l'échelle du monde, compte 1 500 multinationales et 580 000 PME se classant au 20^e rang des économies mondiales. Ses principales multinationales se caractérisent par un déséquilibre croissant entre des taux particulièrement élevés d'activité hors des frontières du pays et un très faible pourcentage de production dans le pays du siège ce qui se traduit, en termes d'emplois, par un profond déséquilibre entre le personnel actif en Suisse et celui employé sur le terrain.

Les 11 groupes économiques suisses présentant les taux d'emplois les plus élevés occupaient à fin 2016 un total de 2 581 599 personnes, dont 2 044 079 à l'étranger contre 537 520 en Suisse. A noter que pour six de ces multinationales, le rapport entre travailleurs à l'étranger et employés en Suisse est encore plus déséquilibré. Nestlé *alimentation* (96.9% contre 3.1%); Glencore *matières premières* (99.5% contre 0.5%); ABB *technologies énergétiques et automation* (99.3 % contre 0.7%); SGS *vérification, contrôle et certification* (99,6% contre 0,4%); Lafarge Holcim *construction* (98,5% contre 0,5%) et Kühne Nagel *transport notamment maritime* (99.5% contre 0,5%).

Il convient de relever qu'au cours des années 2012 à 2016 ces 11 entreprises ont créé 51,6% d'emplois additionnels à l'étranger contre 8,6% d'emplois supplémentaires en Suisse accentuant leur présence hors des frontières du pays où elles ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal.

Activités dans les filières à risques et volume d'incidents dénoncés

Selon le **Business & Human Rights Resource Centre**, une organisation à but non lucratif enregistrée en Angleterre qui analyse les incidences sur les droits de l'homme de plusieurs milliers d'entreprises en se basant sur les violations rapportées

par des ONG et des médias, la Suisse occupe le 9^{ème} rang pour le nombre de cas documentés et même le 5^{ème} si l'on rapporte les cas au PIB national.

Nombre d'incidents signalés durant la dernière décennie ayant entraîné de graves conséquences sont survenus dans les filières dites à risques. Nous en signalons quelques-uns à titre illustratif.

Glencore - un important acteur dans le secteur des matières premières - a été mis en cause dans le cadre de ses activités notamment en RDC et en Colombie. Il lui est reproché, outre l'exploitation de mines dans une réserve de chasse où une telle exploitation est interdite, des pollutions massives de l'eau avec des taux de concentration du cuivre 6 fois supérieurs aux normes de l'OMS et de cobalt 53 fois supérieurs à ces mêmes normes, rendant cette eau impropre non seulement à la consommation des familles, mais également à l'arrosage de leurs lopins de terre, sans mentionner de nombreuses atteintes à la santé et l'exploitation du travail des enfants.

Au Sri-Lanka, la société Palla & Co, sous-traitant de **Bata** société suisse, a refusé de payer à ses ouvriers des montants dus sur leurs salaires arguant de difficultés financières. Ne parvenant pas à un accord avec les syndicats, la société Palla a licencié 15 dirigeants/es syndicalistes avant de limoger 179 travailleurs/euses syndiqués/ées. Cette société aurait également établi une liste noire de ses ex-employés incitant les autres entreprises à ne pas les engager, violant gravement les normes internationales du travail. Bata, acquéreur principal de la production de Palla, n'est pas intervenu.

Syngenta continue de commercialiser le Paraquat dans plusieurs pays en développement, alors que ce pesticide, à effet herbicide, est interdit en Suisse depuis 1989 et dans l'Union Européenne depuis 2007 en raison de sa toxicité élevée. Face aux cas documentés d'empoisonnements en lien avec l'utilisation de ce produit, la société Syngenta prétend que la responsabilité de ces atteintes à la santé des utilisateurs leur est imputable en premier chef car ils ne prennent pas les mesures de protection recommandées lors de l'épandage du produit.

Les sociétés **Roche et Novartis** ont été mises en cause en raison d'essais cliniques pour de nouveaux médicaments testés sur des personnes dans des pays du Sud ou des pays émergents où la régulation moins rigoureuse et les contrôles plus laxistes permettent de ne pas respecter les standards éthiques internationaux. Dans certains cas l'absence de demande de consentement et le manque de compensation financière en cas d'effets secondaires graves ont été rapportés.

Toujours dans les filières à risques on mentionnera des entreprises comme **Metalor** ou **Valcambi** mises en cause, pour la première au Pérou dans le cadre d'opérations alléguées de blanchiment en lien avec des trafiquants d'or et, pour la seconde, au Togo - d'où elle importe d'importantes quantités d'or alors que ce pays n'en produit pas. Il s'agit en fait d'or provenant du Burkina Faso extrait par des enfants dans des conditions inacceptables.

Dans un autre secteur **Neosoft AG**, société informatique - un des rares fabricants suisses de technologie de surveillance haut de gamme - a formé et équipé d'appareils permettant de détecter les téléphones portables (notamment ceux utilisés par les opposants) une unité paramilitaire - le Rapid Action Battalion du Bangladesh - responsable depuis 2004 de plus de 700 assassinats et d'enlèvements de nombreux membres de l'opposition.

Ces quelques cas, cités dans le matériel d'information de la campagne de l'initiative, démontrent si besoin était que les mesures volontaires - par ailleurs peu nombreuses comme indiqué ci-dessus - n'offrent pas de garanties suffisantes pour répondre aux atteintes et à leur gravité d'où la nécessité d'élaborer une législation protectrice des droits de l'homme et de l'environnement.

Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies de 2011- Controverse sur la nécessité de légiférer au plan national.

Ces Principes se basent sur trois piliers :

-Le premier concerne les **obligations de l'État** qui doit **protéger** les droits de l'homme contre les atteintes commises non seulement par les agents publics, mais également par des individus et, c'est-là l'élément essentiel des Principes, par des entreprises.

-Le deuxième a trait à la **prévention** et concerne l'obligation des entreprises de respecter les droits de l'homme notamment en exerçant une **diligence raisonnable**.

-Quant au troisième il traite de la **réparation** et stipule que les États doivent s'assurer que les victimes de violations aient **accès à des voies de recours** appropriées et efficaces

Une des originalités de ce cadre de références réside dans le fait qu'il repose pour partie sur des instruments de droit international juridiquement contraignants tels que: la Charte internationale des droits de l'homme et les traités qui en découlent; les huit conventions fondamentales de l'OIT concernant 1) le travail forcé - Convention 29; 2) la liberté syndicale – Convention 87; 3) le droit d'organisation et de négociation collective – Convention 98; 4) l'abolition du travail forcé – Convention 105; 5) l'égalité de rémunération hommes/femmes - Convention 100; 6) la discrimination en matière d'emploi – Convention 111; 7) l'âge minimum en matière d'emploi – Convention 138; 8) l'interdiction des pires formes de travail des enfants – Convention 182.) et, par ailleurs, sur des normes internationales de soft law telles que les principes directeurs de l'OCDE, les normes de l'OMS, les concepts du Programme des Nations Unies pour l'Environnement ainsi que d'autres standards non étatiques pertinents en la matière.

Cette combinaison de normes fait des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies un instrument destiné à fournir aux États une orientation

pour des règles cohérentes protégeant les droits de l'homme et clarifiant la responsabilité des entreprises.

En décembre 2012, le Conseil national (Chambre du peuple) a accepté un postulat intitulé « Une stratégie Ruggie pour la Suisse » chargeant le Conseil fédéral (Gouvernement de la Confédération) de soumettre à l'Assemblée fédérale (réunion des deux chambres), un Plan d'Action nationale en matière d'économie et de droits de l'homme. Le plan ne fut finalement publié que quatre ans plus tard, en décembre 2016. Il se contente de présenter les règles existantes et renonce à l'introduction de règles contraignantes. On mentionnera comme une des rares mesures contraignantes la loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger de 2013. Cette loi met en œuvre le document de Montreux de 2008 : elle oblige les entreprises de sécurité privées ayant un lien suffisant avec la Suisse (par exemple un siège en Suisse) de respecter le Code de conduite international des entreprises de sécurité privées à l'étranger et notamment les droits de l'homme indépendamment de la situation juridique dans l'État concerné.

Une réglementation exigée par la société civile

En 2012, 50 ONG ont déposé une pétition intitulée « Droit sans frontières », munie de 135 000 signatures, récoltées en sept mois. Cette pétition demandait au Conseil fédéral et au Parlement

- 1) de s'assurer que les sociétés domiciliées en Suisse soient **obligées** de respecter les droits de l'homme et l'environnement partout dans le monde,
- 2) que les éventuelles victimes de violations à ces droits puissent accéder à des voies de recours en Suisse, quel que soit le lieu de la commission.

Les Chambres fédérales, considérant la pétition comme excessive, la rejetèrent, mais suite au débat suscité, tant le Conseil national (Chambre du peuple) que le Conseil des États

(Chambre des cantons) convinrent de la nécessité de poursuivre l'étude de cette proposition.

Un rapport a alors été demandé par le Conseil national au Conseil fédéral sur le premier volet de la pétition « Droit sans frontières », à savoir celui consacré à la prévention. Le rapport publié en mai 2014 reconnaît l'existence d'un problème et présente certaines suggestions sur la possibilité d'ancrer dans le droit suisse une obligation de diligence des entreprises dans le domaine des droits de l'homme et de l'environnement. En mars 2015 le Conseil national se prononçait même en faveur de l'introduction d'un tel devoir grâce à la voix prépondérante de son président, (91 voix contre 90). Sous pression d'Economiesuisse (organisation faîtière des entreprises), de l'UDC (Union démocratique du centre - parti nationaliste) et du PDC (parti démocrate-chrétien) un nouvel examen était accepté et un deuxième vote organisé moins de deux heures après le précédent. Lors de ce deuxième scrutin la proposition devait être rejetée par 95 voix contre 86.

En novembre 2014 le Conseil des États demandait à son tour un rapport mais sur le deuxième volet de la pétition « Droit sans frontières », volet concernant la réparation. Il s'agissait d'examiner les voies judiciaires et non judiciaires adoptées par d'autres États. Cette même année, dans une déclaration à la CNUCED, la Conseillère fédérale Simoneta Somaruga - Ministre de la Justice et Vice Présidente de la Confédération - affirmait « dans les pays en développement riches en matières premières, il ne faut s'attendre à aucune amélioration tant que les victimes de graves violations n'auront pas accès aux tribunaux dans les pays industrialisés ».

Pourtant, en conclusion de l'étude sur la réparation présentée en septembre 2018, le Conseil fédéral déclarait « [l'étude] montre que les mécanismes en Suisse sont relativement suffisamment développés : en comparaison internationale, la Suisse n'est ni à la pointe ni à la traîne. » Dès lors le gouvernement estimait qu'il devait continuer à suivre de manière attentive la dynamique de ces évolutions afin de pouvoir réagir aux développements internationaux et aux tendances émergentes,

tout en veillant à ne pas créer de désavantages pour la Suisse en comparaison internationale.

Les refus successifs du gouvernement – prises de position du Conseil fédéral - et l'attitude des deux chambres renonçant à prendre une initiative en vue de doter la Suisse d'une législation du type de celle proposée par la pétition « Droit sans frontières » ne permettaient plus d'envisager une solution parlementaire. Il ne restait donc que la voie de l'initiative populaire.

Mécanismes de démocratie directe

Dans le système suisse, il existe - aux niveaux communal, cantonal et fédéral - deux mécanismes de démocratie directe (ou semi-directe) à ne pas confondre, ce d'autant plus que selon les développements du traitement de l'initiative pour des multinationales responsables le recours au référendum est envisagé :

Le *référendum populaire*, qui, comme son nom l'indique, est la soumission au peuple d'un acte législatif, - loi, arrêté, traité international - qui n'entrera en vigueur qu'une fois entériné par un vote populaire. On distingue le référendum obligatoire du référendum facultatif. Dans le premier cas, une fois la décision adoptée au niveau parlementaire, elle doit obligatoirement être soumise au peuple (par exemple modification de la Constitution), dans le second cas (référendum facultatif) le vote n'aura lieu que si, dans le délai prévu, la décision est contestée par le nombre requis de citoyen/nes.

L'*initiative populaire*, à la différence du référendum, n'a pas pour but de confirmer ou de contester les actes adoptés par le pouvoir législatif, mais de suppléer à la volonté du parlement de légiférer sur une matière dans le sens souhaité par un groupe de citoyens, en appelant directement le peuple à se prononcer sur un projet de loi ou un article constitutionnel préparé par ce groupe. Aux plans communal et cantonal, l'initiative populaire peut être législative ou constitutionnelle, alors qu'au plan fédéral elle ne peut être que constitutionnelle. Le nombre de signatures requis et

le délai fixé pour les collecter sont fonction de la taille du corps électoral concerné et des dispositions fédérales et cantonales en la matière.

L'initiative populaire constitutionnelle fédérale, comme celle dont le texte est examiné ci-après, permet à des citoyens/nes de constituer un comité composé de 7 à 35 membres, responsable de la rédaction et de la présentation d'un projet d'article constitutionnel. Une fois déposé le texte de l'initiative, un délai est donné pour rassembler les signatures nécessaires afin de le soumettre au peuple. Au niveau fédéral il faut 100 000 signatures rassemblées en un maximum de 18 mois.

Les listes de signatures remises à la Chancellerie fédérale dûment validées, le Conseil fédéral, le Conseil national et le Conseil des États sont appelés à prendre position sur l'objet proposé à l'approbation du peuple. Plusieurs possibilités sont ouvertes : un soutien se traduisant par une recommandation d'accepter l'initiative ; un rejet mettant en garde contre les dangers de la proposition soumise et invitant à voter contre et enfin un rejet accompagné d'un contre-projet direct (article constitutionnel sur la même question mais avec un libellé différent), ou un contre-projet indirect (loi / amendement(s) législatif(s) reprenant certains éléments du texte de l'initiative). En cas de contre-projet le Comité d'initiative peut, s'il estime que le contre-projet atteint l'essentiel du but recherché, retirer l'initiative.

Texte de l'initiative « Entreprises responsables » et commentaires clarifiant certains éléments de l'article constitutionnel proposé.

Le texte de l'initiative pour des entreprises responsables propose de modifier la Constitution en introduisant un article 101a. Le choix de placer l'article immédiatement après l'article 101 consacré à la Politique économique extérieure s'explique par le fait que ce texte constitutionnel vise en premier lieu les activités, à l'étranger, des entreprises suisses en lien avec les droits de l'homme et l'environnement.

Cette modification de la Constitution a pour but de doter la Confédération d'un cadre ancrant les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme dans le droit positif suisse.

Principe général

101a 1

Responsabilité des entreprises

La Confédération prend des mesures pour que l'économie respecte davantage les droits de l'homme et l'environnement.

La rédaction du principe général clarifie qu'il n'est pas donné seulement **compétence** à la Confédération mais qu'il lui est **fait obligation** de prendre des mesures pour que les entreprises suisses respectent davantage les droits de l'homme et de l'environnement.

De ce fait les mesures à prendre s'inscrivent dans **tous** les domaines du droit et ne se limitent pas à celles prévues dans le texte de l'initiative.

Champ d'application

101a 2

La loi règle les obligations des entreprises qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal en Suisse, conformément aux principes suivants :

La première phrase définit le champ d'application personnel : elle se réfère aux **entreprises** comprises comme tout acteur qui poursuit un but ou une activité commerciale et qui peut être rendu légalement responsable en son nom en Suisse. La forme juridique de l'entreprise ne joue aucun rôle. La FIFA ou le CIO par exemple entrent dans cette catégorie.

Le champ d'application matériel repose sur les règles de droit international privé contenues dans la Convention de Lugano

(Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) qui fondent la compétence judiciaire en matière internationale des tribunaux suisses sur les entreprises qui ont en Suisse soit :

- leur siège statutaire (découle des statuts) ;
- leur administration centrale (on entend par là le lieu où les décisions se prennent et d'où la société est dirigée) ;
- un établissement principal (on entend un centre d'activités effectif ou un lieu qui regroupe des ressources importantes tant en matériel qu'en personnel. Une entreprise peut avoir plusieurs établissements principaux.)

Droit applicable

101a 2a

Les entreprises doivent respecter également à l'étranger les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales ;

Elles doivent veiller à ce que ces droits et ces normes soient également respectés par les entreprises qu'elles contrôlent ;

Les rapports effectifs déterminent si une entreprise en contrôle une autre ; un contrôle peut de fait également être exercé par le biais d'un pouvoir économique.

Comme déjà mentionné, l'obligation des États dans le domaine des droits de l'homme ne comprend pas seulement une obligation de s'abstenir de porter atteinte, mais également un devoir de protéger les individus contre des atteintes commises **par** des personnes privées c'est-à-dire également des entreprises.

Selon les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies (principe 12) les droits de l'homme internationalement reconnus comprennent au moins la Charte internationale de droits de l'homme (Déclaration universelle, les deux pactes et protocoles pertinents) et les huit conventions fondamentales de l'OIT.

Par normes environnementales internationales on entend les normes qui ont été élaborées en-dehors des processus législatifs nationaux, entre autres :

- dans le cadre du droit international public (par exemple le Protocole de Montréal sur la protection de la couche d'ozone ou la Convention de Bâle sur les mouvements transfrontières des déchets dangereux) ;

- au sein des organisations internationales (par exemple les principes directeurs de l'OCDE, les standards de développement durable de l'Internationale Finance Corporation ou les valeurs limites d'émissions de l'OMS) ;

- enfin des standards d'instances privées (normes ISO ou d'autres standards non-étatiques comme ceux élaborés par l'Extractive Industries Transparency Initiative, la Better Gold Initiative ou la Good Agricultural Practice).

Les normes environnementales internationales jouent un rôle fondamental, tant dans la prévention d'atteintes imminentes que dans la cessation d'atteintes existantes, en plus de la réparation du dommage. L'initiative confie le soin au législateur d'établir ce qui a valeur de norme environnementale internationale.

En ce qui concerne les entreprises contrôlées, outre les filiales de multinationales, le texte inclut des rapports effectifs se traduisant par un contrôle d'une société par une autre et un contrôle exercé par le biais d'un pouvoir économique. Dans certains cas, une société peut en contrôler une autre, en dehors de sa constellation propre, par le biais d'un contrôle économique. Par exemple une société suisse qui serait l'unique acquéreur de la production d'un sous-traitant exercerait de fait un contrôle au même titre que s'il s'agissait d'une de ses filiales. Les tribunaux devront au cas par cas examiner et déterminer si un tel rapport existe.

Devoir de diligence raisonnable

101a 2b

Les entreprises sont tenues de faire preuve d'une diligence raisonnable; elles doivent notamment examiner quelles sont les répercussions effectives et potentielles sur les droits de l'homme internationalement reconnus et sur l'environnement, prendre des mesures appropriées en vue de prévenir toute violation des droits de l'homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales, mettre fin aux violations existantes et rendre compte des mesures prises; ces obligations s'appliquent aux entreprises contrôlées ainsi qu'à l'ensemble des relations d'affaires; l'étendue de cette diligence raisonnable est fonction des risques s'agissant des droits de l'homme et de l'environnement; lorsqu'il règle l'obligation de diligence raisonnable, le législateur tient compte des besoins des petites et moyennes entreprises qui ne présentent de tels risques que dans une moindre mesure ;

Le devoir de diligence raisonnable, reprend les éléments des Principes directeurs des Nations Unies (Principe 17) et de l'OCDE à savoir : l'identification des risques, la prise de mesures et le rendu des comptes (Principe 17b). Cela implique un examen complet des répercussions effectives et potentielles portant prioritairement sur les incidences négatives sur les droits de l'homme et l'environnement, causées par l'entreprise (ou auxquelles elle a contribué) ou découlant de ses activités (Principe 17a).

Cet examen est basé sur les risques et doit s'effectuer le plus tôt possible. La diligence raisonnable a pour but dès le premier stade d'éliminer ou atténuer les risques identifiés et elle doit aussi s'exercer en permanence. L'examen concret de la situation des droits de l'homme doit permettre d'identifier certains risques spécifiques que l'activité de l'entreprise pourraient aggraver, l'examen doit également identifier les individus et populations à risques. Cet examen doit se fonder sur une information suffisante c'est-à-dire basée sur des contributions internes et externes, en consultant des experts indépendants et les victimes potentielles.

Les mesures que l'entreprise doit prendre en fonction de cet examen suppose que toutes les incidences et les mesures prises ou à prendre pour les atténuer ou y remédier soient assignées au niveau et à la fonction appropriée au sein de l'entreprise. En ce qui concerne les incidences potentielles elles devraient être empêchées ou atténuées par les mesures prises, alors que celles qui sont effectives devraient faire l'objet de mesures correctives. Réparation (Principe 19).

Les mesures appropriées varieront selon que l'entreprise est à l'origine, contribue ou qu'elle est impliquée dans les incidences concernées. Elles seront aussi fonction de l'influence de l'entreprise dans la situation concrète. Si l'entreprise n'a pas le pouvoir de faire cesser les abus elle devrait mettre un terme à la relation.

Le contrôle de l'efficacité des mesures prises devrait se fonder sur des indicateurs qualitatifs et quantitatifs appropriés alors qu'un système et des mécanismes de réclamation devraient permettre de recueillir l'avis des personnes directement touchées. Le rendu des comptes sur les mesures prises doit être communiqué en externe. Les entreprises présentant des risques graves doivent faire connaître officiellement la manière dont elles y font face. Une vérification indépendante permettrait de renforcer la crédibilité du processus (Principe 21).

Les PME ne seraient en principe pas concernées par l'initiative en raison des faibles risques qu'elles représentent. Toutefois il convient d'évaluer au cas par cas celles qui présentent des hauts risques en raison de leur domaine d'activité et de les traiter en fonction des risques qu'elles représentent comme les autres multinationales.

Examen de la diligence raisonnable au regard du droit de la responsabilité extracontractuelle

L'initiative tend à introduire un devoir d'agir et poursuit une approche basée sur le risque. Cette approche implique l'existence d'une faute au sens de la responsabilité délictuelle. Un devoir de

diligence est un standard objectif qui fonde la responsabilité délictuelle lorsque 1) le risque associé au comportement était prévisible par l'auteur du dommage et que 2) ce dernier n'a pas pris les mesures nécessaires pour empêcher le dommage de se réaliser.

Selon la conception du droit positif suisse et au niveau international, la faute ne doit pas nécessairement être déterminée sur la base d'un standard défini dans des normes juridiquement contraignantes, mais peut aussi être déterminée au regard d'un standard de diligence inscrit dans des normes de soft law. Il en résulte que le devoir de diligence défini dans les Principes directeurs des Nations Unies, repris par l'initiative, représente un guide international pour déterminer si une entreprise a commis une faute en droit de responsabilité délictuelle.

Les initiants comprennent la notion de diligence raisonnable comme une obligation légale d'agir.

La responsabilité civile

Un dommage peut 1) résulter des activités propres de l'entreprise ou 2) de son implication à travers une relation d'affaires avec un autre acteur qui est l'auteur du dommage.

Dans le premier cas l'activité propre d'une entreprise telle que définie par les Principes directeurs des Nations Unies correspond à la norme de base de l'article 41 du Code suisse des obligations (CO). L'alinéa 2 de la disposition constitutionnelle concrétise l'essentiel des Principes directeurs des Nations Unies relatifs à la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme et le devoir de diligence qui en découle. Ces éléments recouvrent deux conditions de la responsabilité en droit suisse : l'illicéité et la faute. L'entreprise peut causer le dommage en tant qu'auteur principal, ou contribuer au dommage en tant qu'instigateur ou complice de l'acte illicite d'un tiers. Ce peut être le cas par exemple d'une entreprise qui, par ses exigences excessives et les conditions déloyales qu'elle impose à un

fournisseur, pousse ce dernier à violer les normes du travail afin de le satisfaire.

Dans le deuxième cas, si une entreprise suisse contracte un fournisseur qui ne respecte pas les normes de l'OIT et qu'elle n'exerce pas une pression directe ou indirecte pour l'amener à respecter les dites normes, il y a certes une relation d'affaires avec un partenaire qui est liée à l'atteinte, mais il n'existe pas une contribution causale et négligente de l'entreprise suisse en lien avec l'atteinte. La responsabilité pour faute ne s'applique donc pas.

Responsabilité pour les dommages causés par des entreprises contrôlées.

101a 2c

les entreprises sont également responsables du dommage causé par les entreprises qu'elles contrôlent lorsque celles-ci violent des droits de l'homme internationalement reconnus ou des normes environnementales internationales dans l'accomplissement de leur activité; elles ne le sont pas au sens de la présente disposition si elles prouvent qu'elles ont fait preuve de toute la diligence prévue à la let. b pour prévenir le dommage ou que leur diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire ;

Inspiré de l'article 55 CO, concernant la responsabilité de l'employeur, cette disposition envisage le cas où une entreprise est contrôlée par une entreprise « suisse » au sens du texte de l'initiative. Elle prévoit la responsabilité de l'entreprise contrôlant aux conditions suivantes :

- L'entreprise A contrôle l'entreprise B (relation de subordination) ;
- L'entreprise B provoque 1) de manière causale et 2) illicite un dommage en tant qu'auxiliaire ;
- Le dommage est causé dans l'accomplissement de l'activité (lien fonctionnel) ;

- L'entreprise A ne parvient pas à apporter la preuve de sa diligence.

La preuve de la diligence doit être apportée - dans le choix de l'auxiliaire - dans l'instruction de cet auxiliaire - dans la supervision de l'auxiliaire et - dans l'organisation appropriée de l'entreprise.

Contrairement aux arguments de certains représentants d'entreprises qui prétendent qu'il y a renversement de la charge de la preuve, la mesure est équilibrée car elle se limite à la relation de contrôle.

Par ailleurs si elle confère la charge de la preuve à l'entreprise contrôleuse en ce qui concerne la diligence exercée, il appartient au demandeur d'apporter la preuve du contrôle de fait, de l'acte illicite de l'entreprise contrôlée, ainsi que du lien de causalité entre l'acte dommageable et le dommage.

Elle n'étend pas le devoir de surveillance des organes dirigeants en droit des sociétés et elle est conforme à son but.

101a 2d

les dispositions édictées sur la base des principes définis aux let. a à c valent indépendamment du droit désigné par le droit international privé.

Les règles de droit international conduisent en règle générale à l'application du droit de l'État dans lequel le résultat du dommage s'est produit. Mais il arrive que le droit de l'État ne garantisse pas un recours approprié en cas de violations aux droits de l'homme et le demandeur se retrouve sans moyen efficace de demander une réparation effective. Raison pour laquelle l'initiative prévoit l'introduction d'une norme d'application immédiate ou « disposition impérative » au sens de l'article 18 de la loi fédérale sur le droit international privé.

Développements depuis le lancement de l'initiative

Soumise en janvier 2015, l'initiative a été validée en avril de la même année, date marquant le début du délai pour la récolte de signatures. Suite au dépôt à la Chancellerie fédérale des paraphes requis (octobre 2016), l'initiative a officiellement été déclarée comme ayant abouti (novembre 2016). À partir de cette date, et avant de la soumettre au peuple, tant le Conseil fédéral que les deux chambres sont amenés à faire connaître leur position.

En septembre 2017, le Conseil fédéral, dans son message sur l'initiative a déclaré qu'il reconnaissait que les violations des droits de l'homme commises par des multinationales suisses représentaient un problème, toutefois il a estimé que le texte proposé allait trop loin. Il a rappelé sa position concernant les mesures volontaires considérant qu'elles constituaient une voie pouvant conduire à l'instauration d'un meilleur respect des droits de l'homme par les entreprises impliquées. Il a conclu son message en invitant la population à rejeter l'article constitutionnel proposé et ne lui a opposé aucun contre-projet.

La Commission des affaires juridiques du Conseil national a pour sa part opté, après quelques hésitations, pour la rédaction d'un contre-projet indirect, consistant en des modifications de lois pour introduire des éléments essentiels de l'initiative, en limitant toutefois les aspects suscitant les plus fortes oppositions. D'intenses échanges ont eu lieu entre les milieux de l'économie, les représentants du Comité de l'initiative et les parlementaires. L'enjeu étant de trouver un compromis qui puisse satisfaire toutes les parties.

Dans certains secteurs de l'économie, les dirigeants de grandes entreprises internationales sont conscients qu'une réglementation est inévitable et qu'il convient de se montrer réaliste. Le précédent de la fin du secret bancaire est là pour rappeler les risques d'une attitude rigide, aveugle et sourde face aux changements et aux pressions internationales. Des acteurs majeurs de l'économie ont estimé que, plutôt que de courir le risque de voir adopter une réforme constitutionnelle, il valait

mieux promouvoir un contre-projet indirect qui pourrait être acceptable pour les initiants et les inciter à retirer leur initiative.

Pour les partisans de l'initiative, le contre-projet indirect présente d'indéniables désavantages. En renonçant à un article constitutionnel unique, clair et cohérent au profit d'un patchwork de mesures disséminées dans différentes lois ne court-on pas le risque d'un affaiblissement de la portée de la réforme envisagée ? Ce d'autant plus que le contre-projet proposé oblige à des concessions importantes par rapport au texte de l'initiative.

Mais certains éléments doivent également être considérés. Tout d'abord en termes de délais, en cas d'accord sur le contre-projet et de retrait de l'initiative, les réformes proposées seraient moins ambitieuses mais les modifications législatives pourraient être approuvées rapidement, ce qui permettrait aux victimes d'accéder aux tribunaux suisses dans un avenir beaucoup plus rapproché. Même en cas de victoire de l'initiative, il ne faut pas perdre de vue que le vote par le peuple n'interviendra pas avant au moins une année et qu'ensuite les négociations et l'approbation des lois d'application entraîneront de nouveaux retards.

En outre, et même si depuis de longs mois les sondages donnent une large avance à l'initiative, une défaite lors de la votation ne peut pas être complètement écartée. Les ressources mobilisables par les parties en présence ne sont pas comparables. Certes le Comité de l'initiative peut compter sur plus de 110 organisations de la société civile (dont des organisations d'entrepreneurs) et plus de 60 comités de campagne déjà actifs, mais les milieux d'affaires disposent de sources de financement très supérieures à celles des initiants. Si un renversement de tendance est hautement improbable, l'exigence en matière de modification de la Constitution d'obtenir la double majorité (peuple et cantons) peut réserver de mauvaises surprises, comme une nette majorité populaire en faveur du oui, contrée par une très faible majorité de petits cantons où le non l'emporte.

Après examen approfondi et une large consultation avec les organisations appuyant l'initiative, le Comité a fixé les lignes rouges qu'il entendait ne pas franchir. Sur cette base il a négocié un accord avec la Commission des affaires juridiques du Conseil

national s'engageant à retirer son initiative à condition que le texte convenu du contre-projet ne soit pas altéré lors des débats dans le cadre du plenum du Conseil national, ni par le Conseil des États au cours de la navette qu'il devait effectuer entre les deux chambres. En outre le retrait de l'initiative par le Comité ne deviendrait effectif qu'après l'échéance référendaire courant dès l'adoption des changements législatifs adoptés par le parlement.

Les principales différences entre le texte de l'initiative et le contre-projet

- Alors que l'initiative prévoit que les entreprises peuvent être tenues pour responsables des violations aux droits de l'homme internationalement reconnus et aux normes environnementales internationales, tant à l'étranger qu'en Suisse, le contre-projet limite cette obligation aux dispositions contraignantes des traités ratifiés par la Suisse

- le devoir de diligence prévu dans le texte de l'initiative ancre dans le droit suisse les principes directeurs de l'ONU et ceux de l'OCDE. Il implique un examen des risques pour les droits de l'homme et l'environnement, l'adoption de mesures et des rapports qui doivent être accessibles au public. Il inclut toute la chaîne d'approvisionnement. Dans le contre-projet le devoir de diligence est maintenu, mais il est tempéré par le principe de l'adéquation et les mesures à celles dépendant des possibilités d'influence.

- l'initiative concerne les multinationales et certaines PME actives dans les secteurs à risques. Dans le contre-projet seules les multinationales dépassant une des deux valeurs suivantes sont concernées 1) total au bilan 40 millions de francs 2) chiffre d'affaires 80 millions 3) total des effectifs du personnel 500 emplois à plein temps ; par ailleurs des exceptions pour les multinationales à risques particulièrement faible sont prévues

- l'initiative prévoit que la responsabilité de la multinationale suisse est engagée par une violation de droit commise par une de ses filiales ou par une des entreprises qu'elle contrôle économiquement. Le contre-projet lui limite la responsabilité aux

entreprises sur lesquelles la multinationale exerce un contrôle juridique effectif, excluant le contrôle par le biais économique.

- En ce qui concerne les cas pour lesquels une multinationale suisse voit sa responsabilité engagée par une filiale ou une entreprise contrôlée, l'initiative détermine qu'il peut s'agir d'une violation aux droits de l'homme ou une atteinte aux standards environnementaux internationaux. Le contre-projet lui limite la portée aux violations aux droits de l'homme et aux standards environnementaux internationaux ratifiés par la Suisse et de surcroît restreint cette portée uniquement aux cas d'atteintes à la vie à l'intégrité corporelle ou à la propriété.

- L'initiative prévoit que les multinationales peuvent se libérer de leur responsabilité uniquement en démontrant qu'elles ont rempli leur devoir de diligence conformément à la loi. Le contre-projet pour sa part maintient la possibilité de la libération de la responsabilité par la preuve d'avoir rempli le devoir de diligence, mais ajoute une seconde option consistant en la démonstration que la société ayant son siège en Suisse n'avait aucune influence sur le comportement de la filiale.

Le Conseil national a adopté la version définitive du contre-projet le 14 juin 2018 par une nette majorité de 121 contre 73 et - les deux chambres devant aboutir à une solution commune - il l'a transmise au Conseil des États pour un premier examen. La Commission des affaires juridiques des États a présenté en janvier 2019 des propositions d'amendements au contre-projet dépassant la ligne rouge fixée par le Comité d'initiative. En proposant notamment d'introduire un principe de subsidiarité quant à la saisine des tribunaux suisses. Un tel principe est certes communément appliqué, par exemple dans le cadre des organes de traités des Nations Unies, mais dans un contexte très différent. Dans ce cas la procédure a pour but de dénoncer et faire reconnaître une violation commise par l'État partie au traité par un Comité d'experts indépendants, eux-mêmes élus et reconnus par les États parties au dit traité, en vue d'en assurer la bonne application.

Il est évident que son application dans le cadre prévu par l'initiative aboutirait à des difficultés politiques insurmontables et

empêcherait le justiciable de faire valoir ses droits, alors que le but est justement de permettre à la victime de disposer d'une voie de recours efficace. En effet comment imaginer qu'un justiciable, qui ne peut obtenir justice dans son pays, se voit contraint d'épuiser les voies de recours internes avant de s'adresser à la justice suisse. Le ferait-il qu'il placerait le tribunal suisse dans une situation impossible l'amenant, soit à déjuger la justice locale ayant statué en dernière instance, soit le conduisant à admettre qu'il n'existe pas de voie de recours efficace au niveau de la justice locale.

Finalement, sous pression d'Economiesuisse, le Conseil des États a refusé le 12 mars 2019 l'entrée en matière sur le contre-projet du Conseil national et l'a renvoyé au Conseil national. En avril 2019, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé par 15 voix contre 10 de maintenir son Contre-projet.

En principe la navette entre les Chambres doit se poursuivre pour éliminer les divergences, mais en l'occurrence la distance entre les positions est telle et les députés étant soumis à réélection en octobre prochain, qu'il est peut vraisemblable que nous assistions à une solution avant l'automne. Quatre scénarios sont envisageables :

- les chambres parviennent à un accord sur un projet acceptable pour les initiants qui retirent leur initiative. Adopté par le parlement et - en l'absence de référendum populaire - les modifications aux lois prévues dans le contre-projet entrent en force ;

- suite à l'adoption par le parlement du contre-projet un groupe de citoyens provoque un référendum. L'initiative n'étant pas retirée les deux textes sont soumis au peuple qui a le choix entre l'article de l'initiative constitutionnelle, le contre-projet ou le maintien du statu quo ;

- les chambres s'accordent sur un texte qui n'est pas acceptable pour les initiants qui maintiennent leur initiative. Dans un tel cas le texte de l'initiative et le contre-projet indirect sont soumis au peuple avec le même éventail de possibilités que dans le deuxième scénario ;

- les chambres ne s'accordent pas sur un contre-projet, seule l'initiative est soumise au peuple.

Il est bien trop tôt pour augurer du résultat final, mais en tout état de cause la question est devenue un thème national largement débattu au sein de la population qui continuera de faire pression pour une solution équitable et exigera un meilleur contrôle judiciaire des activités des grandes entreprises en dehors des frontières nationales. Quelle que soit la forme de cette solution, le rôle du juge prendra une nouvelle dimension. Ses décisions contribueront à la nécessaire construction d'un système juridique transfrontière protégeant l'homme, sa dignité, ses droits et son environnement permettant ainsi, espérons-le, de dépasser le modèle de mondialisation issu de la dérégulation et dominé par quelques acteurs économiques, refusant toute réglementation et aveugles aux dangers que court la société mondiale faute de systèmes et de mécanismes protégeant efficacement les droits de l'homme et l'environnement.

Bibliographie complémentaire

Association initiative multinationales responsables, *Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement »*, Berne, 2017, 59 p.

BIT, *Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, Genève, 2016, 84 p.

Annexe 1
RESPONSABILITÉ Articles CO

Art. 41 A. Principes généraux / I. Conditions de la responsabilité

A. Principes généraux

I. Conditions de la responsabilité

¹ Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.

² Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer.

Art. 55 C. Responsabilité de l'employeur

C. Responsabilité de l'employeur

¹ L'employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire.¹

² L'employeur a son recours contre la personne qui a causé le préjudice, en tant qu'elle est responsable du dommage.

¹ Nouvelle teneur selon le ch. II art. 1 ch. 2 de la LF du 25 juin 1971, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1972. Voir aussi les disp. fin. et trans. tit. X à la fin du texte.

Annexes 2

**TEXTE DE L'INITIATIVE : MULTINATIONALES RESPECTUEUSES
DES DROITS DE L'HOMME
ET DE L'ENVIRONNEMENT**

Art. 101a Responsabilité des entreprises

¹ La Confédération prend des mesures pour que l'économie respecte davantage les droits de l'homme et l'environnement.

² La loi règle les obligations des entreprises qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal en Suisse, conformément aux principes suivants :

- a. les entreprises doivent respecter également à l'étranger les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales; elles doivent veiller à ce que ces droits et ces normes soient également respectés par les entreprises qu'elles contrôlent; les rapports

effectifs déterminent si une entreprise en contrôle une autre; un contrôle peut de fait également être exercé par le biais d'un pouvoir économique;

b. les entreprises sont tenues de faire preuve d'une diligence raisonnable; elles doivent notamment examiner quelles sont les répercussions effectives et potentielles sur les droits de l'homme internationalement reconnus et sur l'environnement, prendre des mesures appropriées en vue de prévenir toute violation des droits de l'homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales, mettre fin aux violations existantes et rendre compte des mesures prises; ces obligations s'appliquent aux entreprises contrôlées ainsi qu'à l'ensemble des relations d'affaires; l'étendue de cette diligence raisonnable est fonction des risques s'agissant des droits de l'homme et de l'environnement; lorsqu'il règle l'obligation de diligence raisonnable, le législateur tient compte des besoins des petites et moyennes entreprises qui ne présentent de tels risques que dans une moindre mesure;

c. les entreprises sont également responsables du dommage causé par les entreprises qu'elles contrôlent lorsque celles-ci violent des droits de l'homme internationalement reconnus ou des normes environnementales internationales dans l'accomplissement de leur activité; elles ne le sont pas au sens de la présente disposition si elles prouvent qu'elles ont fait preuve de toute la diligence prévue à la let. b pour prévenir le dommage ou que leur diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire;

d. les dispositions édictées sur la base des principes définis aux let. a à c valent indépendamment du droit désigné par le droit international privé.

Disputer, codifier, coder¹

Laurent Kondratuk

Ingénieur de recherche, Université de Franche-Comté

« Jacques Grunenbaum – « Mais qu'il ne soit plus question de revenir à l'artisanat médiéval !

Michel Villey - Vous préférez les grandes usines qui fabriquent de la science en conserves ? »²

L'échange tonique cité en exergue entre un étudiant (Jacques Grunenbaum), et un professeur d'histoire et de philosophie du droit (Michel Villey), est issu d'un cours sur la crise universitaire datant de juin 1968. Si l'échange concerne l'enseignement du droit, il pourrait s'appliquer au droit, dans son ensemble, surtout lorsqu'il est question du Moyen Âge, période de grande perméabilité entre les disciplines. Ces quelques lignes ramassent le débat qui oppose, peut-être encore aujourd'hui, les tenants d'une alliance du droit et des sciences d'un côté, et les dialecticiens, de l'autre.

Le propos nous semble avoir quelque pertinence pour le thème que nous souhaiterions aborder. Afin de rendre compte du rapport que la justice et le droit entretiennent au digital et à son ancêtre la cybernétique, il y aurait lieu de travailler sur les strates ou sur ce qui soutient notre objet dans une dimension historique. L'intitulé de notre contribution vise à les résumer. Nous commencerons par opérer un retour à la période à laquelle Grunenbaum et Villey font référence. Ce moment clef, ou révolutionnaire, est à chercher dans le passage de la dialectique

¹ Intervention orale, 1^{re} journée des doctorants du CRJFC « Justice et nouvelles technologies », Université de Franche-Comté, 28 juin 2018.

² Michel Villey, « Un cours sur les philosophies du droit de l'Université », *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, 1969, p. 299.

médiévale (c'est-à-dire la pratique de la *disputatio*) au discours logico-rhétorique de la Renaissance. C'est en tout cas là que nous poserons notre point de départ. Nous évoquerons ensuite le processus de systématisation moderne du droit (*disputer-codifier*). Pour enfin nous intéresser à la réception de l'informatique dans les sciences juridiques, en donnant quelques exemples entre les années 1950 et 1980 (*coder*).

Disputer - codifier

La démarche dialectique, qui parcourt toute la théologie et les deux droits (romain et canonique), à partir du XII^e siècle, est très ritualisée. La boîte à outils est composée d'une part des *rationes* dialectiques (ou arguments) majoritairement extraites de l'*Organon* d'Aristote et, d'autre part, des *auctoritates* (autorités) à savoir les écrits des anciens (philosophes et Docteurs de l'Église). La méthode, quant à elle, de ce qu'on nomme la *disputatio* (la dispute) répond à un schéma inflexible durant près de quatre siècles du *pro/contra/determinatio* : « le maître pose une question ; un étudiant répond à cette question en débroussaillant le terrain : c'est le *respondens* ; puis un autre étudiant s'oppose à ce premier en apportant des arguments contraires : c'est l'*opponens*. Enfin, le maître intervient pour donner sa *solutio*, sa détermination magistrale »³, qui vient trancher ou avancer la plus grande plausibilité entre les opinions émises.

Voici donc en quoi consiste l'artisanat médiéval : les *questiones disputatae* sont la méthode des juristes, canonistes (Gratien) et théologiens (Pierre Abélard, Pierre Lombard, Albert le Grand, Thomas d'Aquin) que viennent compléter les gloses marginales qui fournissent quant à elles des éclaircissements d'ordre grammatical : il s'agit d'un savant dosage entre le recours aux autorités et l'art de la dispute. L'artisanat médiéval est notre point de départ car il paraît constituer le modèle, par excellence,

³ Béatrice Périgot, « Antécédences : de la *disputatio* médiévale au débat humaniste », *Memini. Travaux et documents*, 11, 2007, p. 43-61 (ici p. 46).

du travail universitaire et n'est pas sans rappeler celui du juge.

Ce qui peut être vu comme un âge d'or du droit s'interrompt au XVI^e siècle avec cette première révolution qu'est l'émergence du discours logico-rhétorique. Ainsi, on rencontre dès le milieu du XVI^e siècle des ouvrages de droit romain et de droit canonique qui rompent radicalement avec le Moyen Âge et induisent une autre manière de faire du droit : un droit qu'on ne discute pas, et qu'on ne dispute plus.

Parmi ces ouvrages, nous pourrions citer les *Institutiones iuris canonici* de Giovan Paolo Lancellotti (1563), un manuel de droit canonique qui ambitionne de relater l'ensemble de la discipline de l'Église catholique. Les dispositions y sont rédigées de manière concise et ne sont pas une reformulation d'*auctoritates*. Ces mêmes dispositions, à l'instar de la grammaire de Pierre de La Ramée à la même époque, sont translittérables sous forme d'arborescences, appelées également tables à accolades (v. tableaux, annexes 1 et 2). Enfin, elles ne sont pas glosées comme pouvaient l'être les traités juridiques médiévaux⁴.

Qu'induit ce type d'ouvrage ? Le fait, tout d'abord, que la disposition juridique ne reprenne pas les *auctoritates* (« Augustin dit que... », « Bartole dit que... »), ouvre la voie à l'anonymisation des sources. C'est-à-dire que la disposition est donnée sur un mode décontextualisé : l'auteur en ne disant pas « d'où il parle » sépare le lecteur de la tradition juridique, philosophique, voire théologique qui la fonde. Ensuite, la translittération des dispositions sous forme d'arborescence en tant que procédé rhétorique, peut donner à croire que l'ensemble serait cohérent, complet, disons logique, alors même qu'il ne s'agit que d'une méthode mnémotechnique d'apprentissage du droit⁵. Enfin, écarter la glose, c'est écarter le débat conduit par les

⁴ Laurent Kondratuk, « L'introduction de la masse *personae-res-actiones* dans la science canonique (XVI^e siècle) », *Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance*, t. 76, Droz, 2014, p. 433-449. [disponible au téléchargement : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01488282>]

⁵ L'hypothèse avait été évoquée, notamment pour la *Iuris universi distributio* de Jean Bodin, que les arborescences étaient placardées sur les murs de la faculté de droit.

universitaires autour du mot, de la règle ou d'un cas : la disposition juridique est désormais donnée comme indiscutable.

Nous connaissons l'ensemble de ces résultats qui sont autant de « lieux de transgressions » ou pathologies pour certains, vertus pour d'autres, des systématisations juridiques, de nos codes en particulier⁶.

À ces aspects formels, adjoignons deux conséquences. D'une part le droit mis en système est *autoréférent*, c'est-à-dire qu'il peut ne plus référer à un ordre surnaturel, à des références morales et religieuses, mais provenir du législateur seul qui, traduit Pierre Legendre, « a tous les droits dans l'archive de sa poitrine » (« *Omnia iura habet in scrinio pectoris sui* »)⁷ : le législateur est la source de la loi, ce qui rend pensable une « rationalisation » du droit. D'autre part le détenteur du pouvoir législatif s'arroge l'exclusivité de l'interprétation, toute opinion dissidente ou toute volonté de s'écarter de la loi, de la loi seule, pourrait être sanctionnée. En bref, le législateur est désormais le médiateur unique de la vérité juridique, reposant sur la raison.

Le juriste humaniste, au XVI^e siècle, n'a rien à envier au juriste cartésien qui lui succède. Il use d'une méthode pseudo-logique à laquelle le juriste cartésien ajoute l'approche mathématique et la « foi » en la raison, faisant dire à certains philosophes qu'existerait un « axe La Ramée-Descartes »⁸. La dynamique de systématisation du droit se poursuit en Europe durant les XVII^e et XVIII^e siècles, sous l'influence de l'École du droit naturel et des gens (Pufendorf, Grotius, Leibniz, Domat)⁹. Le

⁶ Sur les caractères des codifications juridiques, voir Gérard Timsit, « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », *Droits. Revue Française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 24/1, 1996, p. 83-93 ; ou encore Michel van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, 254 p.

⁷ Pierre Legendre, *Leçons VI. Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Fayard, 1992, p. 241.

⁸ André Robinet, *Aux sources de l'esprit cartésien. L'axe La Ramée-Descartes de la Dialectique de 1555 aux Regulæ*, Vrin, 1996, 316 p.

⁹ Pour la systématisation du droit à partir de René Descartes : André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, LGDJ, 1969, VII + 326 p. ; Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003,

mouvement de systématisation, s'il rencontre des détracteurs (Friedrich Carl von Savigny, Rudolph Sohm) finit par s'imposer avec pour points d'orgue les codifications napoléoniennes, allemandes (*Bürgerliches Gesetzbuch*, 1900) et de l'Église catholique (*Codex iuris canonici*, 1917). La crainte d'un positivisme normativiste en tant qu'obligation de s'en tenir à la loi édictée par le législateur (qui pouvait lui-même fantasmer la complétude de son système)¹⁰, demeure toutefois atténuée par l'action du juge.

Coder

Le passage de la société de la dispute à celle de la codification a eu un impact sur l'édition et l'interprétation de la loi. Le droit, en se déployant aujourd'hui dans la société du codage, est confronté à une deuxième révolution, sorte de seconde strate de dépossession, qui touche non plus les modalités d'édition de la norme mais laisse entrevoir une nouvelle manière de rendre la justice.

Norbert Wiener, mathématicien, a théorisé durant la Seconde Guerre mondiale la cybernétique, ancêtre de l'intelligence artificielle. La cybernétique, mot dérivé du grec *kubernetes* qui désigne le pilote de navire, celui qui est au gouvernail, est, si l'on devait s'essayer à une définition, la science qui étudie les messages et vise à faciliter la communication « entre l'homme et les machines, entre les machines et l'homme, et entre la machine et la machine qui sont appelés à jouer un rôle

p. 489s. ; Francesco Piro, « *Logica ad moralia applicata*. Sur la genèse du projet leibnizien d'une nouvelle logique et ses sources juridiques », *Dix-septième siècle*, 279, 2018, p. 245-262.

¹⁰ On évoquera la formule explicite attribuée au cardinal Pietro Gasparri, qui dirigea les travaux de codification du droit canonique (1904-1917) : « *Quod non est in Codice, non est in Mundo* » (« ce qui n'est pas dans le Code n'est pas dans le monde/n'existe pas »).

sans cesse croissant »¹¹, écrit Wiener en 1954. La cybernétique a des applications pratiques pour des robots qui sauront corriger les trajectoires de leur mouvement grâce à des capteurs, afin d'atteindre l'objectif aux essais suivants¹². Elle est aussi évoquée s'agissant des machines à jouer aux échecs, qui adapteraient les coups en fonction des statistiques enregistrées¹³. Nous imaginons combien cette dernière application pouvait intéresser le juriste puisque nous ne sommes pas si éloignés que cela de la justice prédictive.

L'intérêt des juristes pour l'informatique et les pistes de réflexion de la cybernétique ne sont pas d'abord liés à une volonté de maîtrise ou d'anticipation de la décision de justice. Le juriste, dans un premier temps, veut simplement se repérer à l'intérieur d'un corpus jurisprudentiel, faute de pouvoir en canaliser le flot.

Plusieurs initiatives sont prises dans les années 1960 d'utilisation de l'informatique pour le traitement documentaire, pour la constitution de thésaurus et de banques de données. En France, le juriste Pierre Catala et l'informaticien Jean Falgouettes, créent en 1966 l'Institut de recherches et d'études pour le traitement de l'informatique juridique (IRETIJ, à Montpellier). Cet institut associé au CNRS, développe un thésaurus s'appuyant sur des arrêts de la Cour de cassation. Le matériel initial est un ordinateur IBM 360/40 de 64 Ko de mémoire, muni de 3 lecteurs de disques, d'un lecteur de cartes perforées et d'une imprimante. Ce système devait initialement permettre l'interrogation de documents représentant les arrêts rendus pendant 10 ans par les chambres civiles de la Cour de cassation, soit environ 30.000 documents¹⁴. L'IRETIJ développa

¹¹ Norbert Wiener, *Cybernétique et société. L'usage humain des êtres humains*, 10-18, 1962, 250 p. [édition originale : *Cybernetics and Society*, 1954].

¹² Exemple est donné d'une machine permettant d'assister une personne atteinte de tremblements en raison de la maladie de Parkinson : *Idem*, p. 206-211.

¹³ *Idem*, p. 220-225. On pourra encore se reporter à l'article de Jean Moretti, « La révolution cybernétique », *Études*, t. 284, février 1955, p. 195-208.

¹⁴ Bernard Filiatre, « Le système informatique de l'IRETIJ », *Revue juridique Thémis*, 11/1-2, 1976, p. 137. ; Pierre Catala, « Place et rôle de l'IRETIJ dans la communauté nationale et internationale », *Informatica e diritto*, 2, 1984, p. 7-

une activité de constitution de banque de données et d'un lexique, mais passa également des conventions avec le Ministère de la justice durant les années 1970 afin de constituer des tables d'aide à la décision (dans le domaine du droit de la nationalité) (v. tableau en annexe 3).

C'est toutefois en Amérique du nord que l'usage de l'informatique trouve le plus grand nombre d'applications. La Société québécoise d'information juridique (SOQUIJ) développe un système de repérage et une banque de données (DATUM) à partir de 1968, non plus d'abstracts (comme ce pouvait être le cas en France) mais du texte intégral. La SOQUIJ est également sollicitée par le Ministère de la justice canadien pour aider à réduire les délais d'accès à la justice et réorganiser les services des juridictions.

La prédiction des décisions judiciaires est l'autre versant de l'intérêt du juriste pour l'informatique et la cybernétique. C'est celui qui fait le plus débat aujourd'hui tant le traitement documentaire, compte tenu de l'explosion de la numérisation des sources, nous est devenu familier. Les premiers travaux de « justice prédictive », par l'étude des précédents¹⁵, datent de l'immédiat après-guerre, et sont contemporains de ceux des cybernéticiens. Ils visent alors à étudier le corpus des décisions de la Cour Suprême des États-Unis, en mettant en lumière les attitudes de vote des juges à des fins d'anticipation (Schubert, 1965). Évoquées plus haut, les machines à jouer aux échecs sont analysées par des chercheurs de Pittsburgh au début des années 1960 : « dans le domaine du jeu d'échecs, les grands-maîtres doivent leur grande puissance non pas à une facilité quelconque de tout calculer à l'avance, ce qui est rigoureusement exclu dans le temps disponible, mais plutôt à leur faculté de voir très

44 ; Pour le Québec, on consultera Jean Goulet, « L'informatique juridique : en progression vers un processus d'intelligence artificielle », *Les Cahiers de droit*, 21, 1980, p. 615-671.

¹⁵ Irving Kayton, « L'ordinateur à la recherche des précédents. Pourquoi, comment et vers quoi », *Revue internationale de droit comparé*, 20/4, 1968, p. 647-663 [traduction de l'article : « Retrieving Case Law by Computer : Fact, Fiction and Future », *George Washington Law Review*, 35/1, 1966].

rapidement la similitude entre la situation sur l'échiquier et une configuration qu'ils connaissent déjà et dont ils ont analysé les points forts et faibles. Pour être efficace, un grand-maitre doit ainsi maîtriser des dizaines de milliers de "patterns" ou structures. Ces structures sont emmagasinées dans la mémoire humaine, non pas comme de simples énumérations de la position des pièces, mais plutôt par les relations entre les pièces, c'est-à-dire leurs mouvements possibles et les pressions qu'on pourrait ainsi exercer sur l'adversaire »¹⁶.

S'appuyant sur ces exemples Ejan Mackaay s'interrogeait en 1976 du possible devenir de la justice, en des propos proches de ceux tenus aujourd'hui. Ces recherches nous amènent dit Mackaay « au seuil d'une ère où l'on mettra les juges à la retraite et laissera aux machines le travail fastidieux de rendre des décisions. Finie enfin la subjectivité, l'incohérence, l'incertitude ». Et de poursuivre... « même s'il était possible de construire une machine, un programme imitant d'une manière réaliste une portion importante de notre pensée, il serait injustifiable de lui confier certaines tâches dont il serait en apparence capable »¹⁷.

Conclusion

Nous avons débuté notre propos avec Michel Villey, le positionnant dans un débat opposant les aristotélo-thomistes aux scientifiques, à la veille de la société de la codification. Nous avons ensuite choisi quelques exemples d'applications de l'informatique au droit. Faire l'histoire du droit et de son rapport à la science et à la technique pourrait se résumer à une dépossession, fantasmée ou bien réelle. Les juristes, devant la codification hier, devant le super ordinateur aujourd'hui, craignent autant que s'éclipse leur expertise que leur pouvoir d'engendrement du droit... Tout le

¹⁶ Ejan Mackaay, « La logique du flou en droit : une réflexion sur les recherches sur la "prédiction des décisions judiciaires", *Revue juridique Thémis*, 11, 1976, p. 210-211.

¹⁷ *Idem*, p. 239.

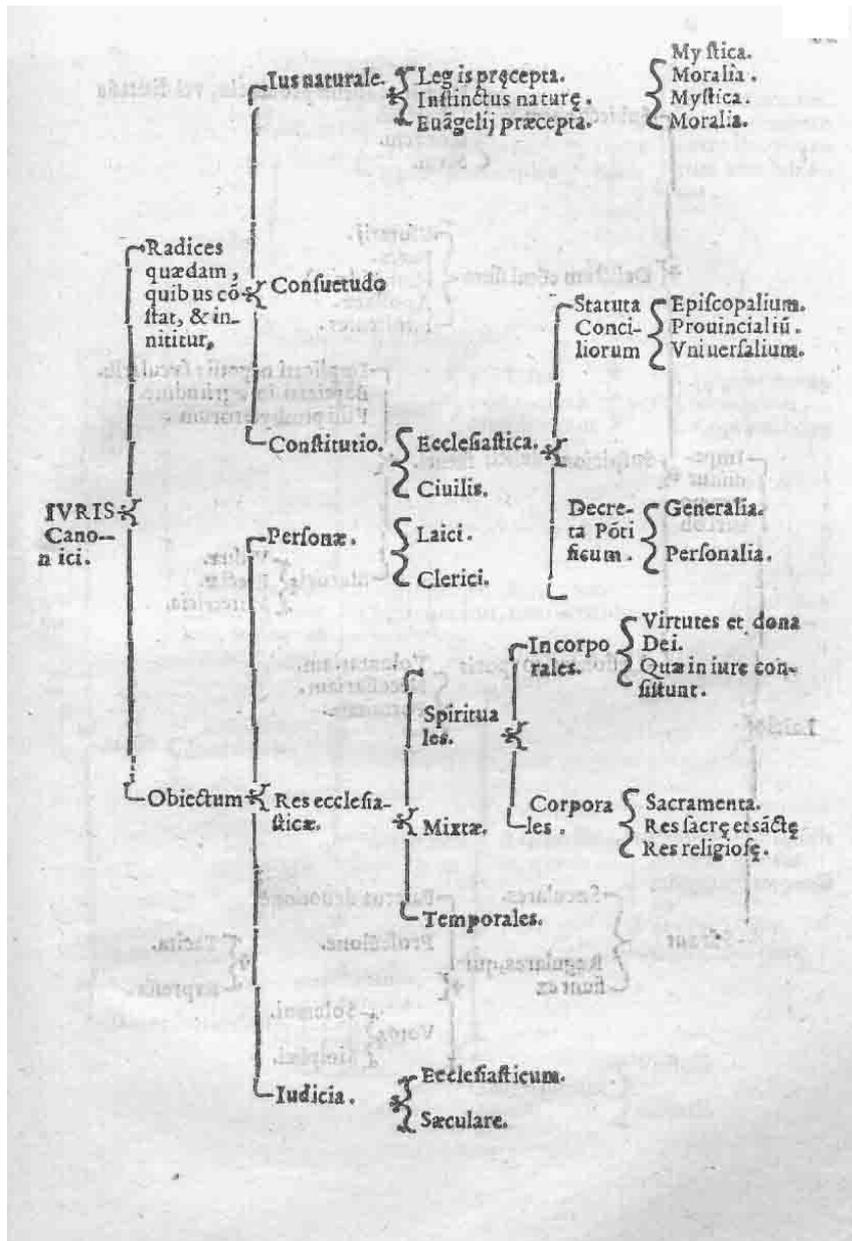
théâtre judiciaire s'en trouve secoué : le procès « classique » introduit du Tiers dans le conflit car il implique une chaîne d'interlocuteurs durant la procédure, jusqu'au verdict et au-delà, s'il y a appel du jugement. La médiation introduit du Tiers, garant de l'entrée en dialogue des parties. La justice digitale peut n'être qu'une aide à la décision pour le Tiers juge, elle contient intrinsèquement toutes les qualités et caractéristiques lui permettant de se passer d'un être humain, dès lors que la machine est programmée et fonctionnelle.

Je conclurai, comme une manière de boucler la boucle, avec une citation extraite de l'ouvrage de Lewis Mumford, *Les transformations de l'homme*, publié en 1956, qui s'inscrit dans la vague des ouvrages philosophiques catastrophistes d'un Gunther Anders ou littéraires d'Aldous Huxley, Isaac Asimov ou George Orwell : « Plus nous avançons dans la voie posthistorique, dit Mumford, plus nous trouvons d'ironiques confirmations de la stupidité et de la fausseté de son projet humain. Deux siècles d'inventions et d'organisation mécanique ont déjà eu pour effet de créer des organisations qui fonctionnent automatiquement, avec un minimum d'intervention humaine active. Au contraire de la civilisation, qui a ses débuts avait besoin pour se constituer de l'impulsion de chefs, ce système automatique fonctionne mieux avec des gens anonymes, sans mérite particulier, qui sont en fait des rouages amovibles et interchangeables : des techniciens et des bureaucrates, experts dans leur secteur restreint, mais dénués de toute compétence dans les arts de la vie, lesquels exigent précisément les aptitudes qu'ils ont efficacement réprimées. Avec le développement à venir des systèmes cybernétiques permettant de prendre des décisions sur des sujets excédant, de par leur complexité ou les séries astronomiques de nombres impliqués, les capacités humaines de patience ou de calcul, l'homme posthistorique est sur le point d'évincer le seul organe humain dont il fasse quelque cas : le lobe frontal de son cerveau. En créant la machine pensante, l'homme a fait le dernier pas vers la soumission à la mécanisation, et son abdication finale devant ce produit de sa propre ingéniosité lui fournira un nouvel objet d'adoration : un dieu cybernétique. Il est vrai que cette nouvelle religion exigera de ses fidèles une foi plus aveugle encore que le

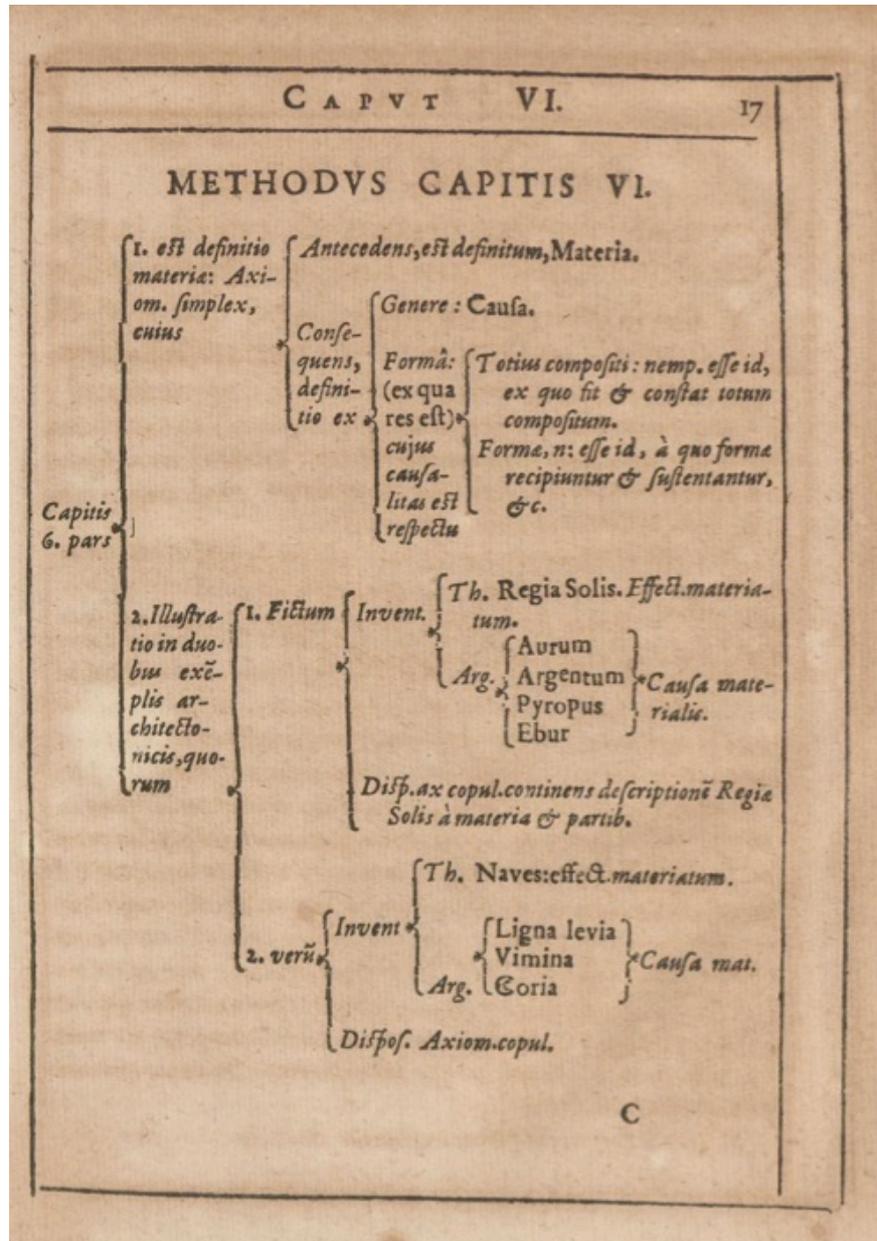
Dieu de l'homme axial : la certitude que ce démiurge mécanique, dont les calculs ne pourront être humainement vérifiés, ne donnera que des réponses correctes... »¹⁸.

¹⁸ Lewis Mumford, *Les transformations de l'homme*, Paris, Éditions de l'encyclopédie des nuisances, 2008, p.173-174. [édition originale, *The Transformations of man*, 1956].

1. Arborescence des *Institutiones iuris canonici* de Lancellotti (milieu du XVI^e siècle)
 [source : Io. Paulo Lancelotto, *Commentarii Institutionum iuris canonici*, IDEM, *Institutiones iuris canonici* [...], Venetiis, Apud Petrum Mariam Bertanum, 1606]

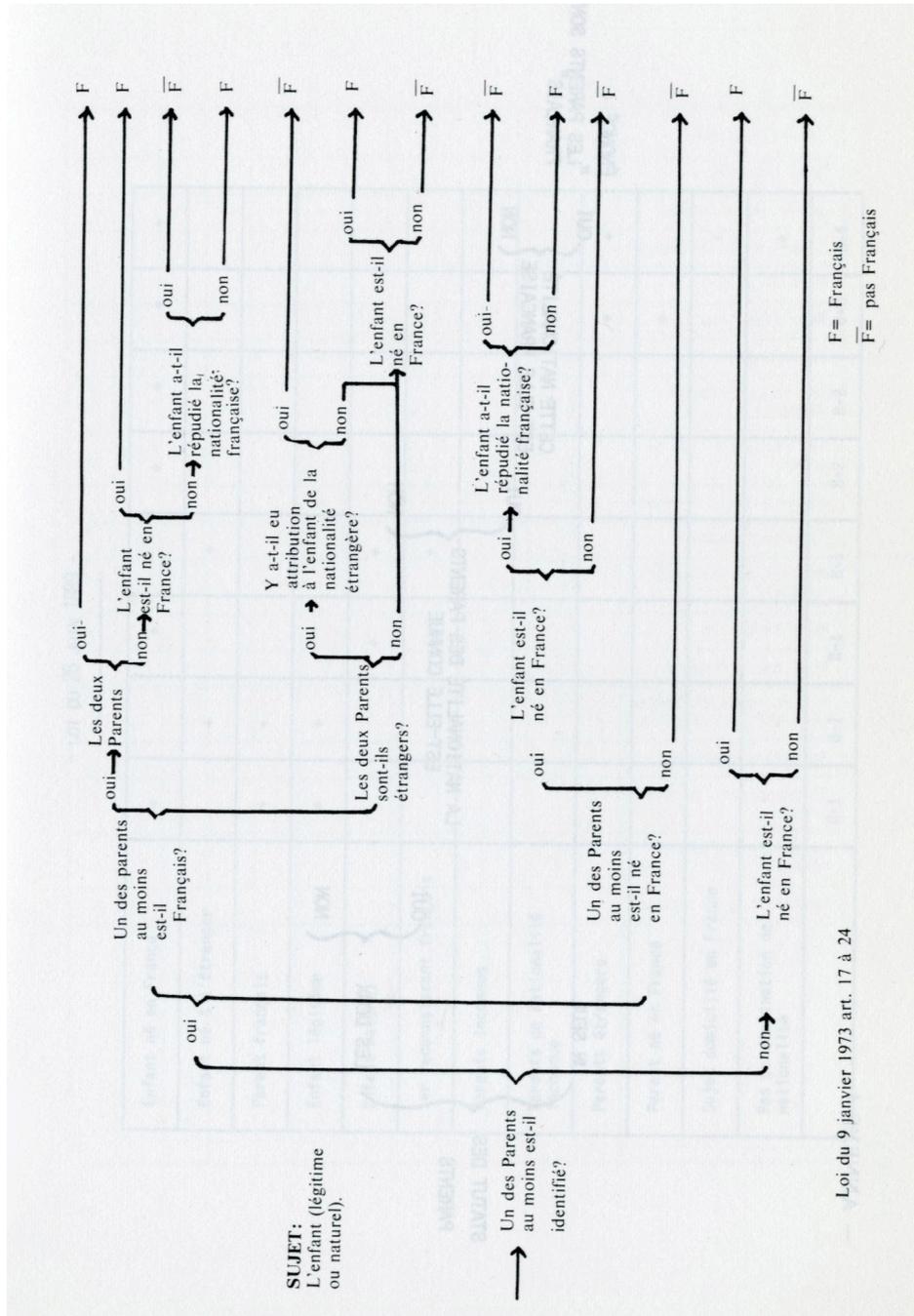


2. Arborecence *Dialectique* de Pierre de La Ramée
 [source : Marci Rutimeieri, *Idea methodica seu analysis logica generalis et specialis praeceptorum et exemplorum dialecticae Petri Rami*, Bernae, 1617, f. 17]



3. Arborescence d'aide à la décision

[Source : Michel Bibent, « L'aide à la décision en droit français de la nationalité », *Revue juridique Thémis*, 11/1-2, 1976, p. 267.]



Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté
45D avenue de l'observatoire - 25030 Besançon Cedex - France
contact-crjfc@univ-fcomte.fr / +33 (0)3 81 66 66 08
<http://crjfc.univ-fcomte.fr>

Direction : Béatrice Lapérou-Schneider
Conception/mise en forme : Laurent Kondratuk



Centre de recherches juridiques
de l'Université de Franche-Comté