

In l'ideé de gouvernance appliquée aux risques

REVUE DROIT ET PATRIMOINE

N°124
Mars 2004

pp.85-89

L'idée de gouvernance appliquée aux risques



Par Marie-Anne
Frison-Moche,
Professeure à
l'Institut
d'études
politiques
de Paris,

Directeur du Forum
de la régulation

L'idée d'une « gouvernance des risques » est nouvelle en ce qu'elle exprime la conscience qu'il ne suffit pas d'ordonner pour que le risque s'efface, ce qui fait reculer l'ordre traditionnel du politique, mais qu'on peut néanmoins limiter le risque, le conduire. L'évolution sociale assigne au droit cet objectif prométhéen, par des règles techniques conçues au plus près des foyers de risque, et prend celui-ci comme objet direct et abstrait, ainsi que le montre la nouvelle « Chambre du risque » de la Cour de cassation.

La « gouvernance des risques » l'expression est devenue commune, elle demeure pourtant étonnante, voire paradoxale. La difficulté vient non pas tant du côté des risques que du côté de cette idée de « gouvernance ». Si le terme de « risque » est familier à la langue française dont la langue juridique se dé-



gage, la « gouvernance » est un néologisme dans lequel certains suspectent le Cheval de Troie d'une pensée étrangère.

En droit, la notion de risque est plus familière parce qu'elle est persistante. Même si l'on est passé du risque naturel au risque technologique, c'est toujours l'idée d'une machine dont le mouvement, et les déraillements, nous dépassent (1). La nouveauté vient plutôt du fait que le droit se chargeait traditionnellement du risque personnel, de soi à soi, de soi à l'autre (2), principalement par le contrat et la responsabilité, mais laissait en dehors de lui et de ses instruments le risque de système, dont le risque climatique est la plus ancienne manifestation. Le droit ne peut ni provoquer ni enrayer la pluie, et si digues et systèmes d'irrigation peuvent être construits, ce n'était pas comme conséquences d'une prescription juridique mais par décision autonome. La prudence traditionnelle du droit l'avait conduit à pousser l'événement de force majeure hors des obligations contractuelles, comme le cataclysme

ou la guerre sont hors de la prévision juridique, notamment celle de l'assurance, et de l'art du droit.

Le souci nouveau de traiter juridiquement les risques de système, ces risques de déflagration dont l'épidémie comme la crise financière constituent des formes, tient principalement à l'interaction désormais continue entre la part de l'humain et du non-humain dans le fonctionnement du monde. Il demeure certes un effet de nature dans les risques. C'est pourquoi les risques et les peurs sont tou-

notes

(1) Sur ce thème, on peut lire aussi bien des essais, prémonitoires dans le cas des écrits de Jacques Ellul (v. principalement *Le système technique*, Calman-Lévy, 1977), des thèses (plus particulièrement S. Aboudrar, *Responsabilité et sujet. Pour une responsabilité personnelle objective*, Institut universitaire européen de Florence, 2002) ou des travaux collectifs (v. par ex., M.-A. Frison-Roche, *La prise en charge par le droit des systèmes à risques, observations récapitulatives*, in *Le droit face à l'exigence contemporaine de sécurité*, (sous dir. de J. Mestre) PUAM, 2000, p. 259-282).

(2) Origine même de la théorie du risque en droit de la responsabilité.

jours liés par la part de mystère que le risque suggère. Mais aujourd'hui, la peur du risque tient presque à l'inverse, c'est-à-dire à la conscience que l'être humain, par ses constructions, ses inventions, a sa part dans les dangers, qu'ils ne lui sont plus extérieurs. Le risque confronte alors l'être humain à un immaîtrisable dans lequel il a sa part, une part qui lui est désormais à la fois obscure et fondue avec d'autres mécanismes que des décisions et des actions. Puisque l'humain est dans le risque, lequel cesse de lui être extérieur sous la figure de la fatalité, la société hausse son ambition et l'affiche : le risque doit être organisé. Cette organisation, méthodologiquement inversée lorsqu'il s'agit de poser les modalités techniques – et non morales – de l'action en cas d'absence de connaissance, sort le droit de l'indifférence dans lequel il demeurerait à l'égard des fatalités collectives. Le droit devient ce qui « gouverne » les risques parce que la place du gouvernement proprement dit, c'est-à-dire de la décision politique, est aujourd'hui déniée.

I - LA GOUVERNANCE DES RISQUES ENTRE-DEUX DE L'INDIFFÉRENCE JURIDIQUE ET DE LA DÉCISION POLITIQUE

Cette ambition de « gouverner les risques » paraît démesurée puisque non seulement la technique des hommes prétend dominer la nature mais encore le droit ferait que l'homme n'en paye pas le prix, c'est-à-dire ne subisse pas la catastrophe. Le principe de précaution illustre cette conception prométhéenne du droit. Gouverner l'immaîtrisable, l'homme ne s'est jamais fait autant d'illusions sur sa puissance exercée sur le monde.

L'idée de gouvernance, le vocabulaire même de « gouvernance » prend ici son intérêt par rapport à la notion et au terme classique de « gouverne-

ment ». Le gouvernement renvoie à l'idée qu'une personne, une institution, un processus, une loi – pas nécessairement juridique, il peut s'agir aussi d'une loi physique ou d'une loi de causalité sociologique au sens où l'entendait Montesquieu – puisse disposer de l'objet sur lequel porte le gouvernement, cet objet pouvant être des espaces, des personnes et des choses. Le propriétaire gouverne. Le maître gouverne. Le gouvernement au sens traditionnel suppose un assujettissement, quelle que soit la voie de celui-ci, l'obligation ou la séduction par exemple.

La « gouvernance » est une notion distincte, inventée parce que cette relation descendante d'assujettissement ne fonctionne plus aussi bien. On évoque ainsi la « gouvernance des marchés » pour indiquer qu'on ne peut ordonner aux marchés, notamment pas le pouvoir politique, mais qu'on peut influencer sur eux. L'objet de la gouvernance est l'entre-deux entre l'ingouvernable et l'assujetti (3).

Cela est nettement exprimé par l'expression de « *corporate governance* » parce que les dirigeants sociaux et les actionnaires ne sont, ni dans un sens ni dans l'autre, assujettis les uns aux autres (4). L'idée est encore saisie dans la notion de « gouvernance financière mondiale », parce que les forces des mouvements économiques globaux ne peuvent être saisies hiérarchiquement, notamment du fait de l'absence d'un gouvernement politique mondial (5). Donc, il y a gouvernance lorsqu'il y a de l'immaîtrisable dans l'objet sur lequel porte cet exercice, ainsi par nature inaccessible au gouvernement au sens traditionnel du terme, et que néanmoins une volonté d'influer est reliée par les instruments traditionnels du pouvoir, notamment le droit.

Le risque individuel relève des outils classiques du droit, notamment l'assurance et la responsabilité individuelle, mais le risque collectif relève de la logique de gouvernance. Un

risque est collectif soit parce qu'il est né du collectif, par exemple d'une technologie partagée par un grand nombre comme l'informatique, soit parce qu'il explose sur du collectif, à travers un dommage partagé par un grand nombre, par exemple dans le cas de variations climatiques. Le plus souvent, les deux collectifs se rejoignent, comme on peut le constater lorsqu'un virus informatique est relayé par Internet.

Dans ce sens, la gouvernance des risques, si elle ne relève pas d'un ordre de gouvernement, se rapproche beaucoup des politiques publiques dans la nouvelle définition que celles-ci peuvent recevoir comme une façon d'exercer une action publique d'incitation et d'influence en partenariat étroit avec les personnes qui en sont l'objet (6). Ce lien très fort entre gouvernance des risques et politique publique s'exprime dans la notion familière de « politique pénale » dont il est demeuré acquis qu'on la laisse au ministre de la Justice alors même qu'on refuse à celui-ci de donner des ordres à une magistrature indépendante (7).

La gouvernance des risques consiste alors à demander aux pouvoirs publics et aux dirigeants des entreprises, c'est-à-dire à ceux qui disposent d'un pouvoir d'organisation à défaut de disposer d'un pouvoir d'émettre des ordres purs et simples, d'établir des

notes

(3) Au regard de l'évolution du droit de la famille depuis la disparition de la puissance paternelle, l'idée de gouvernance serait aussi assez adéquate pour exprimer le type de pouvoir que les parents exercent désormais sur les enfants.

(4) V., par ex., A. Couret, Le gouvernement d'entreprise, la *corporate governance*, D. 1995, chr., p. 163.

(5) V., par ex., La gouvernance financière mondiale, Rev. économie financière, 2003, n° 70.

(6) V., par ex., Ch.-A. Morand, Le droit néo-moderne des politiques publiques, LGDJ, coll. « Droit et société », 1999.

(7) La politique pénale est d'ailleurs, comme la gouvernance des risques, imprégnée de techniques non juridiques, la criminologie par exemple. V. J. Vérin, Pour une nouvelle politique pénale, LGDJ, coll. « Droit et société », 1994.

pare-feux techniques (surtout pour les risques systémiques, dont la réalisation réside dans la propagation), ou des procédures qui font prendre les risques à leur propre piège. Explicite-tons ce dernier point.

En effet, la gouvernance des risques consiste à pénétrer dans chacun des risques pour essayer de lui donner une réponse de l'intérieur. C'est pourquoi la gouvernance ne se fait plus sans les experts, c'est-à-dire ceux qui connaissent les objets de l'intérieur, ceux qui peuvent soupçonner ce fameux « diable dans la bouteille » par lequel la doctrine désigna la façon dont la jurisprudence avait utilisé le droit de la responsabilité pour imputer l'obligation de réparer le dommage né d'un risque logé dans la chose même.

La meilleure connaissance du diable dans la bouteille et la prévention de son explosion s'opèrent grâce à la technique, l'on demande donc à celle-ci de progresser pour parer de l'intérieur ce risque. Cela peut s'opérer soit par un effet de nature, conception optimiste des choses selon laquelle les difficultés engendrées par la science se résolvent par la science, en matière biotechnologique par exemple, de la même façon que les soucis causés par la technique seraient ultérieurement et tout naturellement apaisés par elle.

Ainsi, la gouvernance des risques, non seulement se fait au plus près de ceux-ci, mais il est encore tentant d'affirmer que la gouvernance optimale des risques est celle menée à l'intérieur même de l'objet. Par exemple, la gouvernance des risques systémiques financiers se ferait au plus près et au mieux à l'intérieur même du système financier, notamment par la prise en charge directe de la gouvernance des risques systémiques par les intermédiaires financiers eux-mêmes.

Si l'on adopte cette conception, la gouvernance la plus immédiate des risques prendra alors la forme de l'autorégulation, l'autorégulation visant

exactement ce qui se gouverne de l'intérieur. Plus encore, cette autorégulation implique nécessairement la déontologie, car, par excellence, la morale est ce qui gouverne de l'intérieur, soit à l'intérieur des consciences, soit à l'intérieur des professions lorsqu'il s'agit d'une morale collective (8). Ainsi, les marchés seraient d'autant mieux protégés des risques qu'ils seraient gouvernés de l'intérieur. Si l'on trouve quelque objection à l'autorégulation des risques par les acteurs eux-mêmes, notamment en raison des conflits d'intérêts, on confiera alors la gestion des risques à une autorité de régulation, en ce que celle-ci est au plus près des marchés et de ses intervenants, davantage que ne l'est un gouvernement traditionnel. Ce lien entre régulation de marché et gouvernance des risques se construit plus solidement chaque jour (9). Les mécanismes sont de plus en plus imprégnés de droit mais celui-ci paraît affecté, presque confus, de cette nouvelle ambition de gouvernance des risques qu'on lui fait porter.

II - LA PART DU DROIT DANS LA GOUVERNANCE DES RISQUES

Si, d'une part, l'on exprime quelque doute sur la capacité de l'autorégulation à gouverner les risques, qu'il s'agisse de la régulation des risques techniques par la technique ou de la régulation des risques de marchés par les acteurs, on en revient au droit (10). Le droit ne peut plus demeurer à l'extérieur de ces foyers de risques que peuvent être les produits, les marchés, ou les opérateurs.

C'est pourquoi les réglementations s'infiltrèrent dans les objets et non seulement reprennent au plus près les caractéristiques techniques de ceux-ci, dans une complexité des textes qui effraie même le juriste, mais encore elles refaçonnent les objets techniques, par exemple par des normes de sécurité posées *a priori*. Plus que jamais, normes techniques et pres-

criptions juridiques sont proches (11). Ainsi, la norme de sécurité est intégrée dans l'objet, en devient l'accessoire nécessaire, de la même façon que l'information qui doit être donnée sur l'objet est intégrée dans la circulation de celui-ci. Ces deux modes de gouvernance des risques, passant par l'exigence dans la constitution de l'objet ou par l'accompagnement dans le maniement de celui-ci (par l'information donnée à l'usager), sont aujourd'hui fortement portés par le droit.

Le droit, par les obligations de sécurité technique ou les informations sur la composition et le mode d'emploi, est devenu une part du produit technique même, afin d'en limiter les risques de l'intérieur. L'observation analogue peut être faite à propos des marchés, dont les récentes crises ont révélé non pas tant l'importance des risques — par exemple le risque de faillite des emprunteurs —, mais l'aptitude des opérateurs à dissimuler l'existence de ces risques. Dès lors, si le marché financier fonctionne sur la prise de risques, son efficacité suppose une information sur ceux-ci, et l'on peut considérer que la loi nord-américaine *Sarbanes-Oxley* et la loi de Sécurité financière sont des modes législatifs de gouvernance des risques (12).

notes

(8) Sous l'angle économique, v E. Brousseau, Les marchés peuvent-ils s'autoréguler ?, in Concurrence et régulation des marchés, Cahiers Français, mars-avr. 2003, n° 313, p. 64 à 70. Sous l'angle juridique, v. D. Gutmann, L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique, in L'obligation, Dalloz, coll. « Archives de philosophie du droit », 2000, t. 44, p. 115 à 127.

(9) Régulation, risque et crise, Forum de la régulation, à paraître. V. aussi Les nouveaux champs de la régulation, in La régulation : nouveaux modes ? nouveaux territoires ?, ENA, à paraître.

(10) Ce doute est exprimé par le législateur lui-même. V. P. Clément, Gouvernement d'entreprise : liberté, transparence, responsabilité. De l'autorégulation à la loi, *Rapp.AN* n° 1270, 2 déc. 2003, « sur la réforme du droit des sociétés ».

(11) V. la thèse de référence d'A. Penneau, Règles de l'art et normes techniques, LGDJ, 1989.

D'une façon plus générale, si l'on espère que le droit participe plus efficacement à la gouvernance des risques, cela nécessite un nouveau rapport au temps. En effet, le risque est une réalité qui se développe essentiellement dans le temps, avec la difficulté liée au fait qu'on maîtrise mal le déploiement du risque puisque celui-ci relève du temps futur. On se souvient de la difficulté pour le droit d'imputer à l'un ou l'autre les « risques de développement ».

Il faut donc, dans le temps de la prévention, gouverner une réalité non encore advenue, comme il faudra, dans le temps de la réparation, reconstituer un développement des risques qui est demeuré longtemps caché. L'organisation d'un futur incertain est périlleuse et les comptes d'un passé souterrain sont difficiles à établir. Cette dernière considération explique que la reconstitution des enchaînements par le droit de la responsabilité donne moins de place à la causalité adéquate, laquelle exprime

une conception classique de l'action humaine, et accueille de plus en plus la théorie de l'équivalence des conditions, correspondant plus à l'idée d'un déploiement des risques, né des interactions malheureuses de multiples mouvements.

Plus encore, non seulement la façon d'appliquer le droit est influencée par cette conscience de la façon dont se déploient ces risques, mais encore, si l'on estime que le droit doit gouverner les risques, il doit alors adopter une conception plus abstraite de l'objet du droit, c'est-à-dire ne plus considérer *les* risques mais *le* risque, l'élevant ainsi au statut d'une catégorie juridique. Le droit prend alors le risque comme objet direct, en tant que tel, c'est-à-dire qu'il ne prend plus en considération cette dimension multiple de risques variés qui demeure dans le contrat, la responsabilité, l'assurance, la direction d'entreprise, etc., mais qu'il extrait le risque pour en faire un objet autonome.

L'initiative du Premier président Guy Canivet de promouvoir une « Chambre du risque » dans la Cour de cassation (13), non seulement correspond à cette extraction du risque comme objet direct du droit, mais encore constitue le meilleur exemple d'une « gouvernance » des risques, car il s'agit d'établir une cohérence d'interprétation des règles juridiques en intégrant les interférences concrètes de différents mécanismes agissant sur le risque. En effet, de cette chambre de la Cour sortiront les interprétations juridiques non seulement cohérentes mais encore corrélées, du droit de l'assurance, du droit des accidents, du droit de la responsabilité et du droit de la protection sociale. Cette interférence relevée depuis des décennies entre les diffé-

notes

(12) Dans cette perspective, v. R. Routier, De nouvelles pistes pour la gouvernance ?, Bull. July 2003, § 129.

(13) F. Ewald, La chambre du risque, Les Échos, 21 oct. 2003.

LamyDOC.com

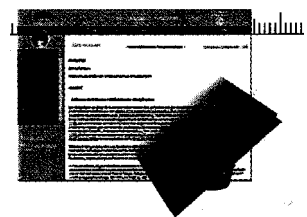
Des dossiers complets sur le thème de votre choix.

Société par actions simplifiée, Clause de non-concurrence, OGM, ... quel que soit votre domaine d'activité, **le dossier dont vous avez précisément besoin est là !**

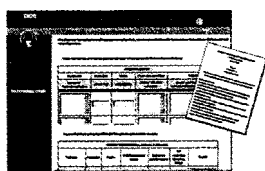
Exhaustif, votre dossier thématique en ligne est composé **d'extraits de publications Lamy** (ouvrages, articles de presse...), avec lien hypertexte sur les textes officiels et la jurisprudence.

Vous pouvez très rapidement imprimer ou enregistrer votre dossier!

UN DOSSIER GRATUIT vous attend sur www.lamydoc.com !



Un service de recherche documentaire à votre disposition !



Vous recherchez un texte de loi, une directive communautaire, un arrêt de la Cour de Cassation ou du Conseil d'État... Vous disposez des références précises de ce texte...

Contactez-nous et recevez par e-mail, télécopie ou courrier, **le texte intégral des documents demandés.**

Lamy

Pour toute information ou commande
i/indigot : 08 08 00

LAMY S.A., S.A. au capital de 1 800 000 Euros - RCS Paris B 305 254 161 - LAMY S.A. est une société du groupe Wolters Kluwer France

rents corps de règles (14) se cristallise enfin institutionnellement et exprime un souci de gouvernance, ici particulièrement légitime puisque la Cour de cassation a pour mission de préserver l'unité d'interprétation du droit, ce à quoi elle veille d'autant plus qu'elle considère les effets des solutions les unes sur les autres.

Une fois posée cette importance grandissante du droit dans la gouvernance des risques, deux soupçons radicaux viennent à l'esprit. En effet, le droit est-il le bon instrument pour gouverner les risques collectifs et immaîtrisés ? Le droit, instrument de sagesse et d'équilibre entre les intérêts, dont le premier mérite est d'éviter les injustices trop graves et non de faire régner et de construire des systèmes de justice absolue à l'abri de tout inattendu, n'est-il pas tiré hors de lui-même par une telle ambition ?

Si la gouvernance des risques est affaire de connaissance, le règne des experts n'est pas celui du droit. Si la gouvernance des risques est affaire de gestion à long terme de politiques publiques, le droit n'est pas non plus le bon support. Si, second soupçon, le droit se trompe alors de scène, c'est lui-même qui engendre des risques, nés de ce déphasage. Qui gouvernera les risques nés d'un droit inadéquat à l'ambition qu'on lui impose ?

Si le droit, devenu complexe, évolutif et exigeant afin de s'adapter à ces missions de réguler les objets, les espaces et les intervenants de l'intérieur, devient à son tour « ingouvernable », la difficulté ainsi engendrée dans le droit lui-même peut recevoir deux types de solutions. En premier lieu, l'on peut souhaiter un retour en arrière, une acceptation retrouvée de la fatalité, et de l'indifférence du droit à son propos, un renouveau de la puissance proprement politique de gouvernement, par l'instauration d'organes politiques transnationaux. Par ce retour de l'histoire, les risques collectifs et non maîtrisés se partageraient de nouveau entre la nature et le gouvernement.

Mais il est difficile de l'imaginer, tout autant parce que les premières pierres de ces organes politiques transnationaux ne sont pas même encore visibles et parce qu'une évolution sociale dont il faut prendre acte exclut qu'on ramène à un extérieur, par exemple Dieu, la cause et les effets des catastrophes. S'il en est ainsi, la solution est alors d'appliquer au droit lui-même les principes méthodologiques de la gouvernance des risques. L'intériorisation de la gouvernance dans l'objet même vaut alors aussi pour le droit.

Le risque juridique consiste dans son incertitude, son incohérence, son inconséquence, bref ses défauts de système engendrant un risque collectif et immaîtrisé. Comme pour le risque technologique ou le risque informationnel, c'est souvent la crise, par exemple sous la forme d'un procès qui n'aurait pas dû avoir lieu, qui révèle le risque du droit. Ce risque juridique peut être gouverné comme le serait un risque d'un autre type, à travers notamment le recours à l'assurance juridique (15), mais il s'agit d'une solution individuelle pour un risque juridique couru par chacun. Si l'on s'attache au risque juridique systémique, dont chacun souffre potentiellement, c'est au système juridique lui-même de le gouverner. Comment le faire ?

Là aussi, une alternative se présente. L'on peut songer à revenir à un droit plus sûr de l'intérieur, par exemple en défendant davantage la hiérarchie des normes, d'une part (16) – pour savoir qui commande dans l'ordre du droit –, et en soignant la précision des prescriptions, d'autre part – pour savoir ce que l'on commande. On remarquera que le principe de précaution, pour l'instant, ne correspond nettement à aucune de ces exigences simples.

CONCLUSION

Le danger de la gouvernance des risques, c'est son revers même. Par l'intériorisation de la gestion du risque dans l'objet qui produit le risque, par

la crainte et la peur dont on accepte le primat, on en perd ce qui faisait l'âme du gouvernement, c'est-à-dire la décision, en tant que celle-ci est prise de risque et engagement net pour soi et pour autrui dans le futur. La gouvernance des risques est une incitation à ne pas décider, à décider de ne pas décider, à agir en expert et en contrôleur sans prendre en poigne les systèmes. La tentation est d'autant plus forte que celui qui cherche, informe, contrôle et ne prend pas de risque, a pour récompense son irresponsabilité. C'est vrai pour la *corporate governance*, la loi *Sarbanes-Oxley* incitant les mandataires sociaux à contrôler les contrôles, à recompter les comptes, à informer sur les informations, et peu à diriger. C'est vrai pour les organes politiques, incités par les experts à confondre les rôles. Or une société ne peut se passer de décisions.

Mais l'on observe par ailleurs que le juge décide de plus en plus, constat de fait mais également de droit, par le développement de la juridiction des référés ou l'attribution de nouveaux pouvoirs, l'injonction par exemple. Ce juge, souhaité par Pierre Drai, « *qui toujours décide* » (17), devient omniprésent. Le problème n'est pas en soi car la conception française traditionnelle d'un juge effacé n'est plus adaptée. La difficulté tient à ce que celui-ci pourrait bientôt être le seul à exercer l'art de la décision. Voulo-nous que les choix collectifs pour le futur soient opérés par les juges ?

notes

(14) V., par ex., R. Savatier, Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, LGDJ, 1945.

(15) Dans cette perspective, A. Rials, L'accès à la justice, PUF, coll. « Que sais-je ? », Ire éd., 1993.

(16) V., par ex., Th. Tuot, La sauvegarde et l'adaptation de la hiérarchie des normes en matière de régulation, in Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Presses de Sciences Po/Daloz, sous presse.

(17) P. Drai, Pour un juge qui toujours décide, Gaz. Pal. 1987, 2, doct., p. 512.