

Sous la direction de
Alain Supiot
Mireille Delmas-Marty

Prendre
la responsabilité
au sérieux

puf

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

Prendre la responsabilité au sérieux



ISBN 978-2-13-073259-4

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

© Presses Universitaires de France, 2015

6, avenue Reille, 75014 Paris

REMERCIEMENTS

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

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

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

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

Alain Supiot & Mireille Delmas-Marty

INTRODUCTION

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

par Alain Supiot

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

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

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

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

2. Voir Code civil, art. 1384 à 1386.

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

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

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

Introduction

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

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

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

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

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

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

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

Introduction

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

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

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

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

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

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

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

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

Introduction

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

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

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

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

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

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

Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

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

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

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

Introduction

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

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

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

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

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

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

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

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

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

Introduction

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

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

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

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

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

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

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

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

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

Introduction

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

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

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

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

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

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

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

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

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

Introduction

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

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

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

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

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

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

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

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

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

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

Introduction

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

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

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

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

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

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

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

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

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

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

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

Introduction

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

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

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

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

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

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

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

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

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

Introduction

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

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

1. Sur cette affaire, voir *infra*, Isabelle Daugareilh, chapitre 10, p. xx.
2. Civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, préc.

Prendre la responsabilité au sérieux

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

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

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

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

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

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

Introduction

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

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

LISTE DES SIGLES

ACI	accords-cadres internationaux
APE	Agence américaine de protection de l'environnement, voir <i>EPA</i>
APE	accords de partenariat économique
AT	<i>Alien Tort Statute</i>
BCE	Banque centrale européenne
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)
BINUSIL	Bureau intégré des Nations unies en Sierra Leone
BPM	biens publics mondiaux
BRICS	Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud
CAFE (normes)	<i>Corporate Average Fuel Economy</i>
CAT bonds	obligations catastrophes
CDS	<i>Credit Default Swap</i> (<i>Swaps</i> sur défaillance)
CHSCT	comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
CIL	Correspondant informatique et libertés
CIRDI	Centre international de résolution des différends sur les investissements
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
COP21	Conférence sur le climat à Paris
CSU	couverture sanitaire universelle
DAP	dispositif d'alerte professionnelle
EPA	<i>Environmental Protection Agency</i> , voir APE
ESG (reporting)	<i>Environmental, Social and Governance Report</i>
EU ETS	<i>European Union Emission Trading Scheme</i> , voir SCEQE
ETN	entreprises transnationales
FMI	Fonds monétaire international

Prendre la responsabilité au sérieux

GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)
GES	gaz à effet de serre
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
GREEN	Groupe de recherche et d'enquête pour l'environnement
ICPE	installations classées pour la protection de l'environnement
ID (réseaux)	Internationalisation du droit
INDC	<i>Intended Nationally Determined Contributions</i>
ISO	<i>International Standardisation Organisation</i> (Organisation internationale de normalisation)
MINAUCE	Mission des Nations unies pour la lutte contre Ebola
MINUL	Mission des Nations unies au Libéria
NAMA	<i>Nationally Appropriate Mitigation Actions</i>
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations unies
PACS	projets de croissance accélérée
PIB	produit intérieur brut
PNB	produit national brut
PPL	proposition de projet de loi
PRCD	Principe des responsabilités communes mais différenciées
RSE	responsabilité sociale des entreprises
RSEE	responsabilité sociale et environnementale des entreprises
RSI	Règlement sanitaire international
SCEQE	système communautaire d'échange de quotas d'émission, voir <i>EU ETS</i>
SEBI	<i>Securities and Exchange Board of India</i>
SFI	Société financière internationale
SPG	système de préférences généralisées
UE	Union européenne
USPPI	urgence de santé publique de portée internationale

TABLE DES AUTEURS

- William Bourdon – Avocat au Barreau de Paris, président de l’association Sherpa
- Jérôme Bourgon – Directeur de recherche au CNRS, institut d’Asie orientale de Lyon
- François Brunet – Professeur de droit public à l’Université François-Rabelais de Tours
- Vivian Grosswald Curran – Professeur à la School of law de l’Université de Pittsburgh
- Luca d’Ambrosio – Chargé de recherche au Collège de France
- Isabelle Daugareilh – Directrice de recherche CNRS, directrice du COMP-TRASEC, Bordeaux
- Mireille Delmas-Marty – Membre de l’Institut, professeur honoraire au Collège de France
- Olivier Descamps – Professeur à l’Université Paris 2 Panthéon-Assas
- Caroline Devaux – Attachée de recherche au Collège de France, doctorante à Science Po
- William A. Fletcher – Juge à la Cour d’appel du 9^e circuit des États-Unis
- Antoine Frérot – Président directeur général de Veolia
- Linxin He – Attaché de recherche au Collège de France, doctorant à l’Université Paris 1
- Jean Jouzel – Directeur de recherche au CEA, Vice-président du groupe de travail scientifique du GIEC
- Bin Li – Professeur à l’Université normale de Pékin
- Danouta Liberski-Bagnoud – Directrice de recherche au CNRS, membre associé à l’Institut d’études avancées de Nantes
- Charles Malamoud – Directeur d’études honoraire à l’École pratique des hautes études

Prendre la responsabilité au sérieux

Kathia Martin-Chenut – Chargée de recherche au CNRS, UMR DRES (CNRS/UNISTRA), Équipe RSE

Laurent Neyret – Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin

Claudia Perrone Moisés – Professeur de droit international à l'Université de São Paulo

Philippe Pochet – Directeur général de l'Institut syndical européen

René de Quenaudon – Professeur à l'Université de Strasbourg

Jean-Noël Robert – Professeur au Collège de France, chaire « Philologie de la civilisation japonaise »

Supriya Routh – Professeur assistant à la Faculté de droit de l'Université de Victoria

Janis Sarra – Professeur à l'Allard Law School de l'Université de la Colombie-Britannique

Alain Supiot – Professeur au Collège de France, chaire « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités »

Deisy Ventura – Professeur à l'Institut des relations internationales de l'Université de São Paulo

TABLE

REMERCIEMENTS	7
INTRODUCTION – Face à l’insoutenable : les ressources du droit de la responsabilité <i>par Alain Supiot</i>	9

PREMIÈRE PARTIE

La responsabilité au prisme des civilisations

CHAPITRE 1 – Histoire du droit de la responsabilité dans le monde occidental <i>par Olivier Descamps</i>	39
CHAPITRE 2 – Les Gardiens de la Terre. La notion de responsabilité dans les systèmes rituels voltaïques <i>par Danouta Liberski-Bagnoud</i>	55
CHAPITRE 3 – En quête de la responsabilité dans l’Inde brahmanique <i>par Charles Malamoud</i>	73
CHAPITRE 4 – Aux fondements dogmatiques de la responsabilité en droit chinois L’empereur « aimant la vie » et « gestionnaire du monde » <i>par Jérôme Bourgon</i>	83

Prendre la responsabilité au sérieux

CHAPITRE 5 – Traduire la responsabilité <i>par Jean-Noël Robert</i>	101
--	-----

DEUXIÈME PARTIE

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

Titre 1 – la responsabilité écologique	119
CHAPITRE 6 – Construire la responsabilité écologique <i>par Laurent Neyret</i>	121
CHAPITRE 7 – Les États-Unis et le réchauffement climatique : état des lieux et perspectives <i>par William A. Fletcher</i>	137
CHAPITRE 8 – La responsabilité écologique en droit chinois <i>par Bin Li</i>	149
Titre 2 – la responsabilité sociale et sanitaire	165
CHAPITRE 9 – À propos de la RSE(E) en Chine : enjeu vital d'un pari périlleux ? <i>par Linxin He</i>	167
CHAPITRE 10 – La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité <i>Isabelle Daugareilh</i>	183
CHAPITRE 11 – Responsabilité et santé globale <i>par Deisy Ventura</i>	201
Titre 3 – la responsabilité financière	221
CHAPITRE 12 – Assumer notre responsabilité financière en matière de changement climatique <i>par Janis Sarra</i>	223

Table

TROISIÈME PARTIE Relever les défis du droit de la responsabilité

Titre 1 – Identifier les responsables	251
CHAPITRE 13 – Les bases juridiques de la responsabilité sociale des entreprises en Inde <i>par Supriya Routh*</i>	253
CHAPITRE 14 – L’État, garant en dernier ressort <i>par François Brunet</i>	275
Titre 2 – Déclencher l’action en responsabilité	291
CHAPITRE 15 – Les lanceurs d’alerte <i>par René de Quénaudon</i>	293
Titre 3 – Juger de la responsabilité	309
CHAPITRE 16 – Le juge national américain et le droit de l’environnement <i>par Vivian Grosswald Curran</i>	311
CHAPITRE 17 – Les instances internationales <i>par Cláudia Perrone Moisés</i>	319

QUATRIÈME PARTIE Jalons pour une reconnaissance du principe de responsabilité à l’échelle mondiale

INTRODUCTION <i>par Mireille Delmas-Marty</i>	331
--	-----

Prendre la responsabilité au sérieux

CHAPITRE 18 – Quelles propositions en matière climatique ?	
Présentation des propositions	
<i>par Luca d'Ambrosio</i>	337
Discussion	
<i>par Jean Jouzel et Antoine Frérot</i>	349
CHAPITRE 19 – Quels remèdes à l'irresponsabilité des États et des entreprises transnationales (ETN) en matière environnementale, sociale et financière ?	
Présentation des propositions	
<i>par Kathia Martin-Chenut et Caroline Devaux</i>	361
Discussion	
<i>par William Bourdon et Philippe Pochet</i>	373
CONCLUSION – Trois dynamiques pour responsabiliser les États et les entreprises transnationales	
<i>par Mireille Delmas-Marty</i>	393
BIBLIOGRAPHIE	409
Liste des sigles	423
TABLE DES AUTEURS	425