



Illustration © Selçuk Demirel

LE DÉRÈGLEMENT CLIMATIQUE : UN DÉFI POUR L'HUMANITÉ

12 propositions juridiques pour la Conférence de Paris sur le climat

Mireille Delmas-Marty - Luca d'Ambrosio - Caroline Devaux - Kathia Martin-Chenut



COLLÈGE
DE FRANCE
— 1530 —



Fondation Charles Léopold Mayer
pour le Progrès de l'Homme

puf



Dessins :
Selçuk Demirel

Photos :
Waiting for Climate Change et *Cement Eclipse*, **Isaac Cordal**

Graphisme :
Sébastien Bergerat

Impression sur papier 100% recyclé avec encres végétales :
Imprimerie Champagnac s.a.s.



**LE DÉRÈGLEMENT
CLIMATIQUE :
UN DÉFI POUR
L'HUMANITÉ**

**12 propositions juridiques pour
la Conférence de Paris sur le climat**

Mireille Delmas-Marty - Luca d'Ambrosio - Caroline Devaux - Kathia Martin-Chenut

Octobre 2015

LES AUTEURS



Mireille Delmas-Marty est membre de l'Institut et professeur honoraire au Collège de France (Chaire Études juridiques comparatives et internationalisation du droit de 2003 à 2011).



Luca d'Ambrosio est docteur en droit et chercheur associé au Collège de France (Chaire État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités).



Caroline Devaux est doctorante à Sciences Po et chercheur associé au Collège de France (Chaire État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités).



Kathia Martin-Chenut est docteur en droit HDR et chargée de recherche au CNRS, UMR DRES – Équipe RSE (CNRS/Université de Strasbourg).

PRÉSENTATION

Ce cahier a vocation à nourrir le débat public, et notamment la réflexion des acteurs mobilisés par et pour la COP 21 de Paris. Il est une version remaniée et abrégée de la quatrième partie de l'ouvrage collectif *Prendre la responsabilité au sérieux*, publié aux Presses universitaires de France sous la direction d'Alain Supiot et Mireille Delmas-Marty. Cet ouvrage 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 » avec le soutien de la Fondation Charles Léopold Mayer pour le progrès de l'homme.

Les propositions contenues dans ce cahier rendent compte d'un travail collectif. Elles doivent beaucoup aux discussions qui ont été engagées lors d'un séminaire organisé au Collège de France le 10 juin 2015. Des nombreux juristes ont participé à ce séminaire, dont les membres des réseaux « ID » (internationalisation du droit) américain, brésilien et chinois, animés par *Mireille Delmas-Marty*. Il s'agit tout spécialement de : *Diane Marie Amann*, professeur à l'Université de Georgia (USA) ; *Vivian Curran*, professeur à l'Université de Pittsburgh (USA) ; *Li Bin*, professeur à l'Université Normale de Pékin (Chine) ; *Michel Capron*, professeur émérite de l'Université Paris VIII ; *Emmanuel Decaux*, professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas ; *William Fletcher*, juge de la Cour d'Appel Fédérale du 9ème circuit (USA) ; *Catherine Le Bris*, chargée de recherche au CNRS ; *Adrian Macey*, senior associate à l'Institute for Governance and Policy Studies, Victoria University of Wellington (Nouvelle-Zélande) ; *Sandrine Maljean-Dubois*, directrice de recherche au CNRS et directrice du Centre d'étude et de recherche internationales et communautaires de l'Université d'Aix en Provence ; *Laurent Neyret*, professeur à l'Université de Versailles ; *Valérie Pironon*, professeur à l'Université de Nantes ; *Claudia Perrone Moises*, professeur à l'Université de São Paulo ; *Camilla Peruso*, doctorante aux Universités de São Paulo et Paris V ; *Danielle Rached*, docteur à l'Université d'Édimbourg ; *Jean-Baptiste Racine*, professeur à l'Université de Nice ; *Alain Supiot*, professeur au Collège de France ; *Leandro Varison*, docteur en anthropologie du droit à l'Université Paris 1 ; *Deisy Ventura*, professeur à l'Université de São Paulo.

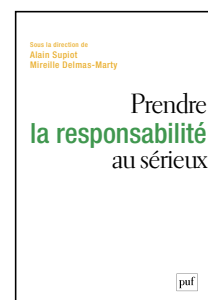
Lors du séminaire, la discussion a été également enrichie par les contributions de représentants de la société civile : *Pierre Calame*, président honoraire de la Fondation Charles Léopold Mayer ; *Edith Sizoo*, coordinatrice de l'Alliance pour des sociétés responsables et durables ; *Nicolas Krausz*, responsable de programmes de la Fondation Charles-Léopold Mayer ; *Betsan Martin*, directrice de l'ONG Response ; *Yann Queinnec*, directeur d'Affectio Mutandi.

Les propositions ont été enfin présentées le 12 juin 2015 lors du Colloque international organisé au Collège de France. À cette occasion, elles ont été soumises à des représentants du monde scientifique et syndical, du patronat et de la société civile. Les remarques du président-directeur général de Veolia, *Antoine Frérot*, du climatologue du GIEC *Jean Jouzel*, du président de l'association Sherpa, *William Bourdon*, et du directeur de l'Institut syndical européen *Philippe Pochet* ont été essentielles dans la mise au point de nos propositions.

Ce cahier n'aurait pas vu le jour sans le soutien de la *Fondation Charles Léopold Mayer*, la disponibilité des *Presses universitaires de France*, la bienveillance d'*Alain Supiot* et l'efficacité de *Sylvie Sportouch*.

Que tous veuillent trouver ici l'expression de notre plus sincère gratitude.

Mireille Delmas-Marty, Luca d'Ambrosio, Caroline Devaux, Kathia Martin-Chenut



Prendre la responsabilité au sérieux
Sous la direction
d'Alain Supiot et
Mireille Delmas-Marty
Presses Universitaires
de France, 2015

SOMMAIRE

INTRODUCTION

Mireille Delmas-Marty

p.6

PREMIÈRE PARTIE

PROPOSITIONS EN MATIÈRE CLIMATIQUE

1. RENDRE OPÉRATIONNEL LE PRINCIPE DES « RESPONSABILITÉS COMMUNES MAIS DIFFÉRENCIÉES »

p. 11

Mireille Delmas-Marty

Proposition n°1 - Élargir les objectifs communs.

Proposition n°2 - Établir une grille commune pour les contributions nationales.

Proposition n°3 - Formuler des principes déterminant les critères de différenciation.

2. OPPOSER LES OBJECTIFS DE RÉDUCTION AUX ENTREPRISES ET LES RENDRE JUSTICIABLES

p. 14

Luca d'Ambrosio

Proposition n°4 - Garantir le suivi et le contrôle des initiatives d'autorégulation.

Proposition n°5 - Réglementer les objectifs de réduction combinant mesures incitatives et sanctions dissuasives.

Proposition n°6 - Relier la qualité du climat à la protection des droits de l'homme.

DEUXIÈME PARTIE

PROPOSITIONS EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE ET FINANCIÈRE

3. MODULER LES RESPONSABILITÉS DES ENTREPRISES TRANSNATIONALES EN FONCTION DU POUVOIR ÉCONOMIQUE ET DE L'IMPACT « SOCIÉTAL »

p. 19

Kathia Martin-Chenut

Proposition n°7 - Soutenir l'adoption d'un instrument juridiquement contraignant en matière de droits fondamentaux.

Proposition n°8 - Renforcer la responsabilité des sociétés mères et donneuses d'ordre.

Proposition n°9 - Intégrer les enjeux « sociétaux » à l'objet social/intérêt social.

4. INTÉGRER LES ENJEUX SOCIAUX ET ENVIRONNEMENTAUX DANS LE DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

p.23

Caroline Devaux

Proposition n°10 – Renforcer les « clauses sociétales » dans les accords de l'OMC.

Proposition n°11 – Replacer l'État au centre de l'arbitrage d'investissement.

Proposition n°12 – Concevoir des mécanismes de surveillance et de contrôle dans le cadre des accords commerciaux.

INTRODUCTION

Mireille Delmas-Marty

Le dérèglement climatique est un défi dans les deux sens du terme : chance et risque. Certes le risque est considérable et ne doit pas être ignoré. Mais un tel risque peut néanmoins être une chance pour l'humanité. On peut y voir une occasion exceptionnelle de prendre conscience de notre communauté de destin et de tester notre capacité à changer la direction de la gouvernance mondiale avant qu'il ne soit trop tard.

Le Pape François a raison de dire que « tout est intimement lié » et d'encourager une « écologie intégrale »¹. Tout est lié en effet, du climat aux relations entre l'homme et la nature, puis de la nature aux enjeux économiques, sociaux et culturels, et même aux relations interhumaines. En ce moment où la globalisation s'étend des marchandises réelles aux marchandises fictives - comme la monnaie, mais aussi la nature, ou encore la santé ou l'emploi, donc l'homme lui-même² -, les signaux d'alerte se multiplient : les crises financières se répètent, avec leur cortège de précarité et d'exclusion, le terrorisme se globalise et brouille les notions de paix et de guerre, au point que la punition du crime prend des allures de guerre civile mondiale permanente. Si l'on ajoute le chômage, les crises sanitaires et les menaces environnementales, on comprend comment les migrations humaines ont pu devenir un véritable désastre humanitaire alors qu'elles sont souhaitables, humainement et économiquement, et d'ailleurs inévitables pour des raisons démographiques.

1. Pape François, *Loué sois-tu*, Lettre encyclique *Laudato si* sur la sauvegarde de la maison commune, Artège 2015, p. 144.

2. Voir l'introduction d'Alain Supiot, « Face à l'insoutenable : les ressources du droit de la responsabilité », in A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Presses Universitaires de France, p. 9 et ss.

Il est donc particulièrement important de réussir en décembre 2015 la Conférence de Paris sur le climat (COP 21). Car le climat est sans doute le seul domaine où un accord sur un nouveau modèle de gouvernance mondiale serait possible. Face au dérèglement climatique, notre appartenance à la même planète commence à être reconnue par une société mondiale qui réunit maintenant de nombreux acteurs de la société civile. Aux acteurs économiques (les entreprises transnationales) et scientifiques (les experts), qui sont en première ligne, s'ajoutent des acteurs civiques venant de milieux aussi divers que les organisations non gouvernementales (ONG), les syndicats, voire les communautés religieuses. Certes, il faut tenir compte de la capacité des uns et des autres à se coordonner au niveau mondial. Il est clair que les entreprises transnationales sont, par définition, organisées par delà les frontières nationales et il en va de même des acteurs scientifiques, comme le démontre notamment le mode de travail du Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat (GIEC). De leur côté les ONG se transforment progressivement à leur tour en « multinationales du cœur ». En revanche les syndicats restent essentiellement des acteurs nationaux qui commencent seulement à se saisir de questions internationales, à l'échelle européenne (tel est déjà le rôle des comités d'entreprise européens) puis à l'échelle mondiale³.

Quoi qu'il en soit, une telle prise de conscience, propre à illustrer une citoyenneté du monde, pourrait exercer une pression sur les États en faveur d'un accord marquant

3. Voir notamment les remarques de Philippe Pochet, in A. Supiot et M. Delmas-Marty, *Prendre la responsabilité au sérieux*, op. cit., p. 383 et ss.



Photo CC: William Chevalier

clairement un changement de direction. Les acteurs publics que sont les États restent en effet essentiellement attachés à défendre leurs intérêts nationaux. Toutefois la situation est différente pour les collectivités territoriales, notamment les grandes villes, qui ont commencé à se coordonner au niveau international et les États eux-mêmes semblent évoluer. C'est ainsi que les responsables politiques commencent à se préoccuper du climat, qu'ils appartiennent à des régions plus menacées comme les îles, ou déjà sensibilisées comme l'Europe, voire même à des pays-continentaux aussi jaloux de leur souveraineté que les États-Unis ou la Chine.

Une telle conjonction de facteurs convergents est exceptionnelle. C'est pourquoi un échec de la Conférence climat de Paris annoncerait un chaos durable car il semble peu probable d'obtenir autant de convergences dans d'autres domaines sensibles à la globalisation, comme le terrorisme ou les migrations, où la peur conduit le plus souvent à privilégier le souverainisme et les stratégies de contrôle et d'exclusion propres au modèle autoritaire. Tandis que les crises financières, sociales et sanitaires risquent de leur côté de consolider un modèle de gouvernance plus proche de l'impérialisme des puissants (États ou entreprises transnationales) que d'une vision démocratique du monde. Or une véritable communauté mondiale ne peut se construire ni dans un esprit sécuritaire nourri de la peur de l'autre, ni dans un esprit de compétition alimenté par le seul profit, mais dans un esprit de liberté, de coopération et de solidarité. En ce sens on peut dire qu'un accord ambitieux sur le climat contribuerait non seulement à protéger la nature et les écosystèmes, mais aussi à préparer plus largement l'avenir de l'humanité.

Considérant le dérèglement climatique comme le miroir de la plupart des interrogations concernant le droit de la responsabilité quand il est confronté à la globalisation, nous avons élaboré douze propositions, selon deux types de stratégies : stratégie d'innovation en matière climatique et plus largement d'adaptation face à la globalisation économique et financière.

1. En matière climatique, le constat est particulièrement clair : si l'homme a toujours transformé son environnement, son action est désormais déterminante. Le GIEC souligne de façon de plus en plus nette que l'impact des activités humaines sur le climat est sans précédent, en rythme comme en amplitude⁴. La « grande accélération » de cette pression anthropique sur la planète serait d'ailleurs l'un des signes de notre entrée dans l'ère de l'anthropocène⁵. Comment s'en étonner ? Il suffit de considérer l'explosion démographique : il a fallu des millions d'années pour l'apparition de l'espèce humaine, dix mille ans pour que se forme le monde moderne et que l'humanité atteigne (en 1750) un milliard d'êtres humains, encore deux cents ans pour arriver à trois milliards (en 1950), mais seulement soixante pour atteindre (dès 2010) sept milliards, et sans doute plus de onze milliards à la fin du siècle⁶.

Pris dans un mouvement inéluctable de « globalisation » (au sens propre car la forme sphérique de la Terre empêche l'expansion illimitée des êtres humains), nous

4. Voir notamment les Conclusions du cinquième Rapport d'évaluation du GIEC présentées en novembre 2014.

5. W. Stephen & al., "The Trajectory of the Anthropocene. The Great Acceleration", *The Anthropocene Review*, 2015, p. 1-18.

6. Voir Conseil économique et social Onu, *World population Prospects – The 2015 Revision*.

voici contraints d'organiser la protection de notre habitat, car l'hypothèse d'un grand effondrement de la planète ne peut être écartée. Selon certaines évaluations scientifiques, nous devrions être fixés avant la fin du siècle. Face à une telle urgence, comment expliquer la lenteur des réponses ?

Certains l'imputent au *modèle universaliste* onusien qui, depuis le premier Sommet de la Terre (Rio 1992) et les textes qui ont suivi (la Convention-climat en 1992 et le Protocole de Kyoto en 1997), vise un accord à vocation universelle (s'imposant à tous autour d'objectifs communs) et à caractère contraignant (fixant un calendrier, un système d'évaluation, voire un mécanisme de sanction). Pour y parvenir, un processus descendant, dit *top-down*, est préconisé par l'Union européenne et la plupart des pays en développement, tout en étant revendiqué par les ONG et soutenu par les scientifiques. Apparemment rationnel, ce modèle universaliste fait néanmoins l'objet d'une double critique. D'une part, il ne tiendrait pas suffisamment compte des différences entre les divers groupes humains, qu'il s'agisse de différences dans l'espace (les risques climatiques ne sont pas les mêmes au Nord, au Sud, ou dans les territoires insulaires) ; ni des différences dans le temps, car il faudrait à la fois tenir compte du passé (la « dette écologique » des pays industrialisés), du présent (le rattrapage des pays émergents et les difficultés économiques et sociales dans les pays en développement) et du futur (préserver une terre habitable pour les générations futures). D'autre part, le modèle universaliste semblerait ignorer la réalité des relations de pouvoirs et la force des résistances. Ainsi, lors du sommet de Copenhague en 2009, les États-Unis et les grands pays émergents, menés par la Chine et sans l'Europe, négocièrent directement un accord *a minima* : ni universel (car reposant sur des engagements définis par chaque État selon ses propres critères), ni contraignant (car dépourvu de procédure de contrôle).

Or le repli sur le vieux *modèle souverainiste* ne serait guère plus réaliste. Même quand il s'agit d'une grande puissance, un État seul est impuissant face à la nature globale du risque climatique. Quant au modèle dit « *libéral* » parce qu'il repose sur le pouvoir des acteurs privés, il pourrait faire des entreprises transnationales la forme dominante d'organisation du monde⁷ : elles gouverneraient le monde à partir de Davos et leurs experts deviendraient les véritables pilotes de la gouvernance mondiale. Or on voit mal comment l'autorégulation horizontale par le

marché suffirait à garantir la légitimité, donc l'efficacité, d'une telle gouvernance dont les seuls contre-pouvoirs seraient les ONG et autres lanceurs d'alertes. Il est temps de renoncer à cette « conception magique du marché qui fait penser que les problèmes se résoudreont tout seuls par l'accroissement des bénéfices des entreprises ou des individus »⁸.

Si la Conférence de Paris suscite de grandes attentes, c'est que la question climatique est sans doute l'occasion d'aller plus loin et de sortir de cette impasse, en raison de la convergence exceptionnelle des divers acteurs de la scène internationale. C'est ainsi que les pratiques mises en place en matière climatique pourraient devenir l'avant-garde d'une future gouvernance mondiale. Sans prétendre que les systèmes de droit suffiront à eux seuls face au dérèglement climatique, nous pensons qu'ils peuvent contribuer à un véritable changement de direction de la gouvernance mondiale. A condition de ne pas craindre de renouveler, par une sorte d'hybridation, les modèles de référence.

En ce qui concerne la *responsabilité des États*, nous préconisons de dépasser l'opposition entre universalisme et souverainisme au profit d'un modèle hybride qui consiste à rendre opérationnel le principe des « responsabilités communes et différenciées » et dessine un universalisme assoupli, combinant une politique climatique commune et des engagements différenciés selon les États. Quant à la *responsabilité des ETN*, il est proposé d'encadrer le modèle libéral de manière à rendre les objectifs communs opposables aux ETN et justiciables devant un organe de contrôle, autrement dit de mettre en place des dispositifs qui permettraient, dans le prolongement et au-delà de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), d'articuler *soft law* et *hard law*.

Toutefois nous n'ignorons pas que le succès de la politique climatique dépendra largement de la capacité à repenser le modèle économique et à remettre en question une partie des pratiques liées à la globalisation économique et financière. D'où la stratégie d'adaptation qui commande notre seconde série de propositions.

2. Face à la globalisation économique et financière, la contradiction éclate entre le souci affiché concernant le climat et la concurrence économique féroce, conduisant à l'exploitation effrénée des ressources d'énergie fossile, qu'elle génère. On peut l'observer à la fois pour les États, accrochés plus que jamais à leur

7. J.-P. Robé, *Le Temps du monde de l'entreprise*, Dalloz, 2015. Voir également Susan George, *Les usurpateurs. Comment les entreprises transnationales prennent le pouvoir*, Seuil, 2014.

8. Pape François, *Loué sois-tu*, op. cit.



Photo CC gillita_f

souveraineté nationale, et pour les entreprises, guidées par l'objectif de maximisation à court terme de leurs profits. Cette schizophrénie apparente reflète sans doute une contradiction structurelle plus profonde – certains parlent de « schisme de réalité »⁹ – entre les sociétés démocratiques faites d'individus animés d'un désir de bien-être, individuel et le plus souvent matériel, et les écosystèmes dont les enjeux sont essentiellement de nature globale. C'est pourquoi la recherche de solutions innovantes en matière climatique ne doit pas conduire à renoncer aux anciens modèles (libéral autorégulé et souverainiste indépendant) mais inciter plutôt à les adapter à la protection des biens publics mondiaux. Nous proposons d'abord d'adapter le modèle libéral en soutenant l'élargissement de la gouvernance de l'entreprise dite actionnariale ou capitalistique dans la perspective d'une responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) qui ajoute explicitement à l'intérêt privé des actionnaires la protection des intérêts mondiaux (bien commun). Puis nous préconisons d'adapter le modèle souverainiste afin d'aller d'une conception « solitaire » de la souveraineté des États centrée sur la protection des intérêts nationaux, vers une souveraineté « solidaire » qui inclurait la défense du bien commun.

9. S. Aykut et A. Dahan, *Gouverner le climat ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015 ; voir aussi P. Kemp et L. W. Nielsen, *The Barriers to Climate Awareness*, Danish Ministry for Climate and Energy, 2009.

En définitive, nous étions conscients, en concentrant nos propositions sur la responsabilité des États et des entreprises, des écueils que le débat a permis d'explicitier à travers plusieurs critiques, parfois contradictoires. Quant aux entreprises, les uns considèrent que nos propositions de durcir leur responsabilité, notamment en matière climatique, pourraient les dissuader de prendre en charge une grande partie de l'effort à fournir. D'autres craignent au contraire qu'en assumant une telle responsabilité les entreprises ne deviennent les seules gardiennes du bien commun mondial, par un transfert de pouvoirs sans véritable légitimité démocratique. Quant aux États, si leur légitimité n'est pas contestée, beaucoup de nos commentateurs s'inquiètent de la confiance excessive que nous semblons leur faire, sans garantie d'efficacité.

C'est dire à quel point il est en effet difficile de trouver le bon équilibre entre la responsabilité des États et celle des entreprises, et d'éviter que la gouvernance mondiale ne se limite à l'impérialisme des plus puissants. Pour y parvenir nos propositions doivent être lues à la lumière de deux observations. D'une part il faut comprendre la responsabilité dans sa double signification de prendre en charge (*responsibility* en anglais) et de rendre compte (*responsabilité* en français, *accountability* en anglais). D'autre part, dans les pratiques, il sera nécessaire de donner toute sa place à la société civile, qu'il s'agisse de lancer l'alerte, de prendre l'initiative d'une action en responsabilité, ou plus largement de participer aux dispositifs de surveillance et de contrôle.

PREMIÈRE PARTIE

**PROPOSITIONS
EN MATIÈRE
CLIMATIQUE**

1. Rendre opérationnel le principe des « responsabilités communes mais différenciées »

Mireille Delmas-Marty

Le Principe des « responsabilités communes mais différenciées » (PRCD) est l'une des clés de la réussite du futur accord de Paris : il est en effet clair qu'en matière climatique, comme sans doute en beaucoup de domaines de la gouvernance mondiale, il ne serait ni équitable, ni acceptable, ni durable d'imposer les mêmes objectifs à tous les pays du monde sans prendre en considération leur histoire et leur situation présente. Il serait en outre peu efficace de prévoir des engagements qui ne soient pas contraignants pour tous les États parties. C'est pourquoi il est nécessaire de rendre le PRCD opérationnel pour la période post-Kyoto en l'explicitant par référence à des objectifs communs, à des contributions comparables et à des principes assez précis pour encadrer les critères de différenciation.

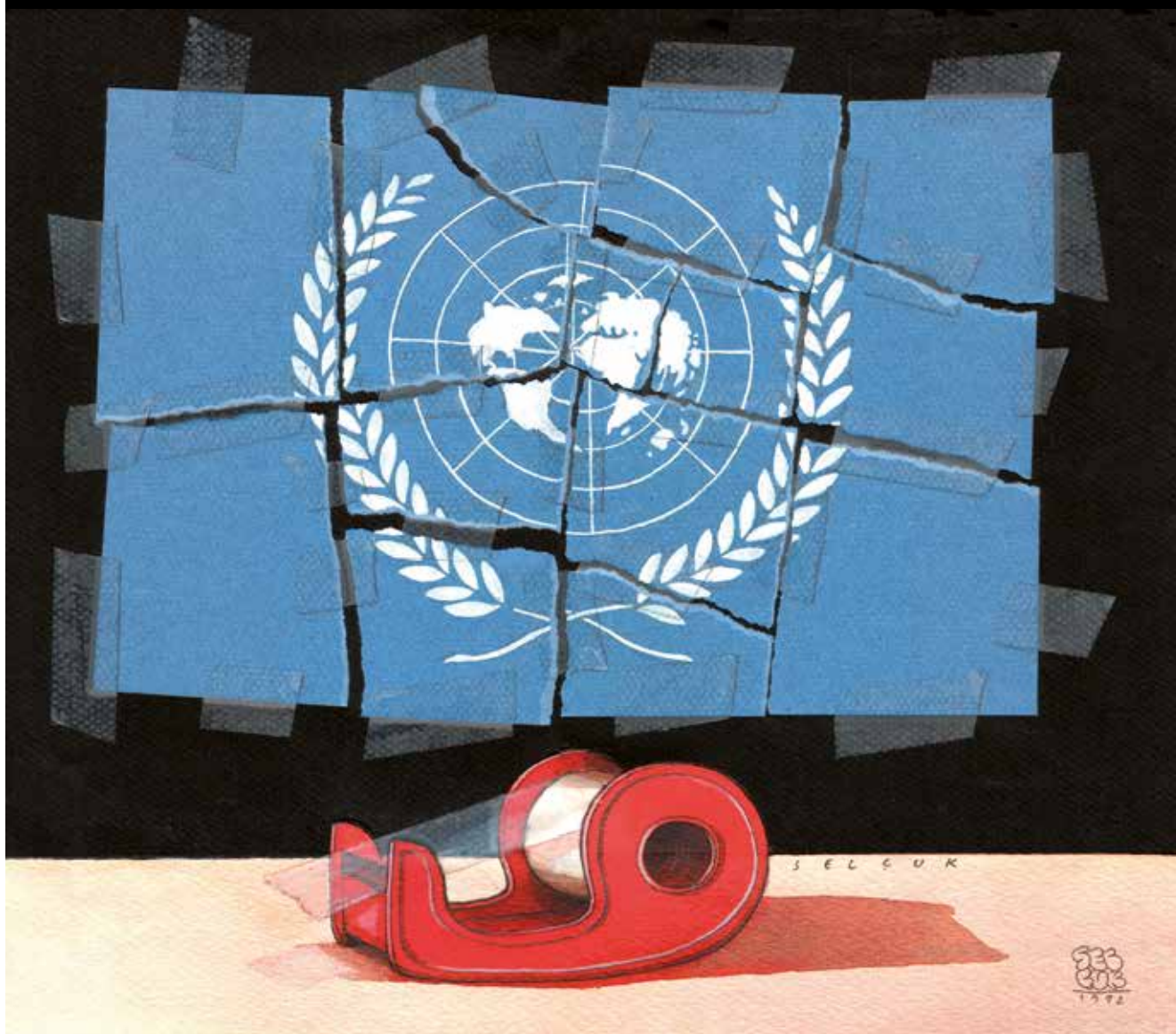
1 – Élargir les objectifs communs

Contexte – La protection des générations futures, et plus largement encore de l'écosystème planétaire, appelle un principe d'anticipation qui conditionne la notion de développement durable. L'atténuation du dérèglement climatique est ainsi devenue un objectif mondial : quantitatif, cet objectif implique notamment une réduction progressive des émissions jusqu'à atteindre la « neutralité carbone ». On rappellera seulement que l'objectif de limiter de 2°C par rapport à l'ère préindustrielle le réchauffement moyen de la planète a été

adopté en 2009 (Sommet de Copenhague) puis intégré aux accords climatiques (Conférence de Cancun 2010). Mais le seuil de 2°C est une simple estimation et l'adaptation des sociétés au dérèglement climatique est aussi un objectif essentiel, même s'il est plus difficile à mettre en œuvre car il est de nature qualitative et dépend en partie des pratiques nationales. Encore faut-il prendre en considération les variantes géographiques et économiques de l'adaptation. À la Conférence de Lima (COP 20), les pays développés ont fait d'importantes concessions sur ce point dans la mesure où il a été décidé que l'accord de Paris portera « de manière équilibrée » sur la réduction et sur l'adaptation. La décision engage également les pays développés à fournir et mobiliser un soutien financier renforcé aussi en faveur d'actions ambitieuses d'adaptation.

Proposition n°1 – *Considérer l'adaptation des sociétés au dérèglement climatique comme un objectif commun à l'échelle globale (« global goal ») relevant de la responsabilité de tous les États parties.*

Mais il reste à évaluer les efforts des États à la réalisation des objectifs communs, ce qui suppose que les contributions nationales soient établies selon une grille commune.



2 – Établir une grille commune pour les contributions nationales

Contexte – Afin de rallier la participation de la totalité des pays à une dynamique ambitieuse et inclusive, dans le cadre du processus de négociation d'un accord sur la période post-2020, le terme « engagement » a été remplacé par celui de « contribution ». Les contributions prévues déterminées au niveau national, dites « INDCs » (pour l'anglais « Intended Nationally Determined Contributions ») constituent le « véhicule » par lequel les États entendent communiquer leurs choix pour la période post-2020. Le processus de détermination « national » respecte les souverainetés les plus sensibles à la question climatique, ce qui a permis de restaurer un peu de confiance entre les États.

En décembre 2013, la Conférence de Varsovie (COP 19) avait demandé à la Conférence de Lima de préciser les informations à fournir par les États dans leurs propres contributions. L'enjeu était crucial : plus les informations sont encadrées, plus les contributions nationales

seront comparables, et éventuellement évaluables de manière agrégée à l'aune de l'objectif des 2°C. Mais le projet d'annexe, négocié depuis plusieurs mois, a été abandonné à Lima au profit d'un texte très vague, qui recense quelques éléments simplement à titre indicatif (« une année de référence », « les délais et/ou les périodes de mise en œuvre », etc.). Certes, les États doivent expliquer en quoi leurs contributions sont équitables et ambitieuses à la lumière du contexte national et comment elles contribuent à atteindre les objectifs communs. Mais en absence d'une grille commune, il sera difficile de mesurer le niveau d'ambition de l'ensemble et d'amener éventuellement les États à augmenter leurs objectifs de réduction.

Proposition n°2 – Établir une grille commune pour les contributions nationales fixant le périmètre d'action (atténuation et adaptation), le niveau d'ambition et les démarches méthodologiques de comptage des émissions (calendrier, année de référence, etc.).

3 – Formuler les principes déterminant les critères de différenciation

Contexte – La partition binaire du monde envisagée par le Protocole de Kyoto (pays industrialisés/non industrialisés), d'ailleurs abandonnée, ne correspond plus à la réalité : les pays émergents (BRICS) rattrapent les pays industrialisés en termes de richesse produite, alors que celle-ci reste à un niveau très bas dans les pays en développement, où se situe néanmoins l'essentiel du bond démographique. Ce cadre demeure par ailleurs extrêmement évolutif. L'accord de Paris devra alors être assez souple pour saisir cette complexité et assez robuste pour s'adapter à ses évolutions. À cette fin, une analyse approfondie des contributions nationales devrait permettre un inventaire assez détaillé et précis des critères choisis par les États. Sans prétendre substituer nos propositions à un tel inventaire, nous indiquons les deux principes de différenciation qui devraient limiter l'anticipation dans le temps et dans l'espace.

Dans le temps la différenciation est de nature rétrospective et renvoie à la dette écologique que les générations présentes ont héritée des générations antérieures : ce principe d'« historicisation » conditionne la notion de différenciation équitable et impose le financement effectif du Fonds vert pour le climat.

Dans l'espace, on doit reconnaître aux générations présentes un certain droit au développement qui varie selon le contexte national : économique (notion de « coût économique acceptable »), mais aussi social (lutte contre les exclusions), géographique (vulnérabilité de certains pays), voire technologique (dangerosité de certaines pratiques). Marquant la nature évolutive de la différenciation, ce principe de « contextualisation » conditionne la notion de différenciation acceptable.

Cela dit, « historiciser » et « contextualiser » les engagements des États ne veut pas dire renoncer à toute responsabilité commune, mais, comme en matière de droits de l'homme, admettre une « marge nationale d'appréciation ».

Proposition n°3 – *Formuler deux principes pour assurer une différenciation à la fois équitable en raison de la dette « écologique » héritée du passé (principe d'historicisation) et acceptable au regard du contexte national présent de chaque État (principe de contextualisation). Par rapport aux objectifs communs d'anticipation sur l'avenir, ces principes devraient déterminer la marge nationale admise dans les engagements des États.*

Si l'accord de Paris se fait sur des objectifs communs et si les contributions nationales, établies selon une grille commune, sont comparables et évaluables selon les critères de différenciation énoncés ci-dessus, les engagements des États pourraient devenir contraignants, condition nécessaire pour assurer l'effectivité du futur accord.

Pour atteindre cet objectif, il restera à concevoir un dispositif de contrôle efficace. Plusieurs voies sont possibles à cette fin. La plus simple consisterait à reprendre le mécanisme d'observance de Kyoto. La mise en œuvre de ce mécanisme a cependant engendré des effets pervers (notamment le retrait du Canada). D'où l'intérêt des propositions qui visent à combiner des mécanismes de règlement des différends, permettant de mettre en cause la responsabilité des États, avec des dispositifs informels de vigilance sur le modèle de la mise en conformité prévue pour les entreprises par les Principes directeurs de l'OCDE¹.

Mais pour faire face au dérèglement climatique, il ne suffit pas de responsabiliser les États car les acteurs les plus puissants sur la scène internationale sont bien souvent les entreprises, notamment les entreprises transnationales.

1. S. Maljean-Dubois, « Les métamorphoses de la responsabilité des États dans le champ de l'environnement », in C. Bréchnignac, G. de Broglie et M. Delmas-Marty (dir.), *L'Environnement et ses métamorphoses*, Hermann, à paraître, 2015.

2. Opposer les objectifs de réduction aux entreprises et les rendre justiciables

Luca d'Ambrosio

En tant qu'acteurs non étatiques, les entreprises ne sont pas directement soumises au régime international du climat. Les entreprises transnationales, quant à elles, dépassent les capacités de réglementation de tout système étatique, déployant par définition leur activité au-delà des frontières. Le résultat est qu'en matière climatique les entreprises bénéficient d'une sorte d'impunité. Certes, en tant qu'acteurs économiques, elles se sont progressivement impliquées dans la lutte contre la hausse des températures et le dérèglement climatique, notamment par le biais d'engagements volontaires (autorégulation). Mais afin de rendre ces engagements effectifs, il s'avère nécessaire à la fois de rendre les objectifs de réduction de gaz à effet de serre opposables aux entreprises, c'est-à-dire de reconnaître leur obligation juridique de les mettre en œuvre, et d'instituer une instance tierce qui puisse garantir le suivi et le contrôle de cette mise en œuvre et éventuellement en sanctionner le manquement. Autrement dit de garantir la justiciabilité des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

4 – Garantir le suivi et le contrôle de l'autorégulation

Contexte – L'engagement des entreprises en matière climatique a été essentiellement réalisé par le biais de l'autorégulation, autrement dit par des dispositifs qui permettent aux entreprises de déterminer elles-mêmes les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre qu'elles souhaitent atteindre. C'est le cas des normes issues de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises (RSE), des normes techniques ou de la compensation carbone ainsi que des accords sectoriels,

tels que les accords signés par les entreprises du transport aérien et du transport maritime international. Les accords environnementaux constituent un autre dispositif utilisé par les entreprises afin de participer à l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre : leur négociation étant obtenue « sous la menace d'une action législative ou réglementaire », ils se situent entre autorégulation et corégulation »¹.

Ces initiatives méritent certainement attention car elles peuvent contourner les blocages de la gouvernance internationale du climat tout en révélant les potentialités de sa dimension « multi-acteurs ». De plus, s'agissant de grandes entreprises transnationales, ces initiatives peuvent avoir un effet d'entraînement sur les autres. Cependant, la prolifération de l'autorégulation peut aboutir à une véritable privatisation des normes. De surcroît, elle peut se révéler peu efficace dans la mesure où les entreprises fixent elles-mêmes le curseur et les modalités de vérification.

Proposition n°4 – *Garantir le suivi et le contrôle des engagements de réduction des émissions adoptés volontairement par les entreprises. À cette fin, il faudrait transposer au domaine climatique l'institution de « points de contact nationaux » pouvant recevoir les plaintes des acteurs civiques (ONG et syndicats). Et, le cas échéant, élargir au domaine du climat le système des « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ».*

Mais l'expérience des Principes directeurs de l'OCDE démontre que les conséquences du constat d'un manquement sont limitées, même s'il ne faut pas sous-évaluer les conséquences pour la réputation des entreprises. D'où la nécessité que l'autorégulation internationale s'articule avec la réglementation nationale ou régionale des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

1. Sandrine Maljean-Dubois et Apolline Roger (dir.), *L'Implication des entreprises dans les politiques climatiques. Entre corégulation et autorégulation*, Paris, La Documentation Française, 2011, p. 11-12.

5 – Réglementer les objectifs de réduction combinant mesures incitatives et sanctions dissuasives

Contexte – La réalisation des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre suppose soit un plafonnement des émissions soit la fixation d'un prix du carbone suffisamment élevé pour éviter que les entreprises continuent à utiliser l'atmosphère en tant que « décharge de gaz à effet de serre »².

L'option du plafonnement des émissions a été choisie en 2011 par l'Union européenne afin de réduire les émissions de CO₂ des véhicules légers. Elle a été également choisie en 2015 par l'Administration Obama afin de réduire les émissions de CO₂ des centrales thermiques. Mais il ne s'agit que d'exceptions car l'orthodoxie économique est plus inclinée à la fixation d'un prix du carbone. Il reste à savoir quel mécanisme pourrait permettre de déterminer à l'échelle planétaire « un prix unique du carbone » susceptible d'intégrer effectivement dans le calcul des entreprises le coût des émissions de gaz à effet de serre. Face aux difficultés relatives à l'institution d'un marché planétaire des quotas de CO₂³, il semble possible de prévoir à court terme une « redevance » fonctionnant sur le double principe « qui pollue paie » et « qui dépollue est aidé »⁴. D'un montant non dérisoire, cette redevance ou taxe carbone devrait avoir une double fonction : d'une part compenser les avantages dont les entreprises émettrices bénéficient et d'autre part contribuer, à travers le Fonds vert, au financement d'un système productif « décarboné »⁵. Par ailleurs, et à défaut d'accord universel, cette redevance pourrait être également établie au niveau régional – par exemple à l'échelle européenne – à condition toutefois de créer en parallèle une taxe frappant les produits importés par les pays non-signataires⁶.

2. Voir les remarques d'Antoine Frérot, in A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, op. cit.

3. Voir Roger Guesnerie, « Le 'dictateur bienveillant' et le climat », *Le Monde*, fr, 23.6.2015. Par ailleurs, les défaillances du marché européen d'échange des quotas, qui ont contribué à l'écroulement du prix du carbone, permettent de douter de l'effet incitatif qu'un tel mécanisme peut avoir sur l'infléchissement des trajectoires des émissions de gaz à effet de serre des entreprises.

4. Antoine Frérot, in A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, op. cit.

5. Janis Sarra propose que la taxe carbone soit partiellement rétroactive. Voir sa contribution « Assumer notre responsabilité financière en matière de changement climatique », in A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, op. cit.

6. A. Frérot, op. cit. Voir aussi l'Appel d'économistes sous le titre « Pour un accord climatique ambitieux et crédible à Paris ».



Les mesures financières d'incitation à la réduction d'émissions de gaz à effet de serre risquent cependant de ne pas être suffisamment dissuasives si elles ne s'accompagnent pas de mesures permettant de sanctionner les entreprises fautives et, le cas échéant, de leur imputer les effets dommageables que le dérèglement climatique est susceptible d'entraîner sur l'équilibre des écosystèmes ainsi que sur la vie de populations entières.

En droit civil, par exemple, le recours à la notion de « *Market share liability* » permettrait de proportionner la réparation des dommages climatiques par les entreprises à leur part de marché. En droit pénal, l'introduction du crime international d'écocide permettrait de punir des dommages se caractérisant par un tel degré de gravité⁷.

Proposition n° 5 – *Accompagner les incitations économiques de mesures permettant de pénaliser les entreprises ne tenant pas les objectifs de réduction. À cet égard, il faudrait d'une part prévoir des sanctions pécuniaires suffisamment dissuasives. Et d'autre part, adapter les mécanismes d'imputation de la responsabilité à la nature diffuse et transnationale des dommages climatiques.*

Il est évident qu'une telle perspective – conduisant à instaurer une véritable « responsabilité climatique » des entreprises – demeure fortement conditionnée à la volonté des États. D'où la question de savoir si la mise en œuvre d'un tel nouveau système de responsabilité peut être accélérée par la mobilisation du droit des droits de l'homme et, plus précisément, par la mobilisation de la théorie des « obligations positives ».

7. Pour l'énumération desdits actes, voir L. Neyret (dir.), *Des écocrimmes à l'écocide*, Bruylant, 2015.

6 – Relier la qualité du climat à la protection des droits de l'homme

Contexte – Comme l'explique un Rapport du Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme, le dérèglement climatique peut avoir des conséquences directes sur la jouissance effective des droits fondamentaux (par exemple la menace que les phénomènes météorologiques extrêmes peuvent faire peser sur le droit à la vie) ; mais aussi des conséquences indirectes ou progressives (par exemple une surcharge des systèmes de santé et les situations de vulnérabilité découlant des migrations induites par les changements climatiques).

Or, en application de la « jurisprudence environnementale » développée par les cours régionales des droits de l'homme (Cour européenne et Cour interaméricaine), les États ont l'obligation positive d'adopter toutes les mesures susceptibles de prévenir la violation des droits garantis par les Conventions (droit à la vie, droit au respect de la vie privée et familiale, droit à un recours effectif, droits des



Photo CC Ferdinand Feys

peuples autochtones) engendrée non seulement par l'action des acteurs publics mais aussi, et c'est là l'intérêt pour notre proposition, par l'action des acteurs privés. C'est ainsi que l'effet dit « horizontal » des droits de l'homme pourrait contribuer à renforcer « par ricochet » la responsabilité juridique des entreprises.

S'agissant d'appliquer ces principes en matière climatique, les instances internationales de protection des droits de l'homme se montrent toutefois encore très prudentes. La Commission interaméricaine a rejeté en 2006 une première requête qui avait été déposée contre les États-Unis par l'Inuit Circumpolar Conference. En 2013, la Commission a été à nouveau saisie, cette fois par l'Arctic Athabaskan Council qui a déposé une nouvelle requête contre le Canada en raison d'une accélération du réchauffement de la calotte arctique. Celle-ci se traduirait en effet en violation de multiples droits des peuples autochtones, tels que le droit à transmettre leur propre culture aux générations futures, l'accès à la nourriture traditionnelle, le droit à la propriété et le droit à la santé.

Le choix de relier le changement climatique aux droits de l'homme pourrait déclencher également l'action du juge national. En 2005, par exemple, la Cour suprême Fédérale du Nigeria a condamné la compagnie pétrolière Royal Dutch Shell à s'abstenir de la pratique du « gas flaring ». Selon les juges nigériens, la combustion du gaz produit par l'extraction du pétrole causerait des émissions de GES et d'autres rejets dans l'atmosphère susceptibles de porter atteinte au droit à la vie et à la dignité des populations riveraines. En 2015, un Tribunal néerlandais a souligné l'obligation de l'État d'adopter les mesures nécessaires pour protéger ses citoyens du danger imminent causé par le dérèglement climatique, désormais établi par le GIEC.

Proposition n°6 – *Reconnaître l'obligation positive des États de faire respecter par les entreprises les droits fondamentaux des individus et des peuples autochtones pouvant être atteints, directement ou indirectement, par le dérèglement climatique.*

DEUXIÈME PARTIE

PROPOSITIONS EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE ET FINANCIÈRE

3. Moduler les responsabilités des entreprises transnationales en fonction du pouvoir économique et de l'impact « sociétal »

Kathia Martin-Chenut

La multiplication des acteurs de la globalisation devrait impliquer une redistribution des responsabilités. Or, elle aboutit souvent à leur dilution. Remédier à l'irresponsabilité des entreprises suppose la modulation de leurs responsabilités en fonction de l'impact « sociétal » de leurs activités. Autrement dit, en fonction des conséquences de ces activités sur la société, qu'il s'agisse des conséquences sociales, sanitaires, environnementales et plus largement en matière des droits de l'homme. À cette fin, il faudrait renforcer les obligations des entreprises transnationales dans le domaine des droits fondamentaux par l'adoption d'un instrument international contraignant. Cet instrument viendrait s'ajouter aux standards internationaux existants qui relèvent de la soft law. Il faudrait également élargir la responsabilité des sociétés mères et donneuses d'ordre. Et, enfin, repenser la mission et la notion même d'entreprise pour prendre en considération les enjeux sociétaux.

7 – Soutenir l'adoption d'un instrument juridiquement contraignant en matière de droits fondamentaux

Contexte – Dès les années 1970 l'implication d'entreprises dans des violations graves des droits de l'homme au Chili ou en Afrique du Sud a donné lieu à quelques initiatives au sein des Nations unies (Groupe de travail pour l'élaboration d'un Code de conduite des entreprises multinationales et Rapporteur spécial sur la question des « conséquences pour la jouissance des droits de l'homme de l'aide apportée aux régimes racistes et colonialistes de l'Afrique australe »), relayées par l'OCDE (Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des

multinationales de 1976) et l'OIT (Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de 1977). Mais aucun texte juridique contraignant n'a été adopté. C'est plutôt vers un « droit souple » que la réponse des Nations unies s'est orientée jusqu'à maintenant, à la faveur du développement d'une « responsabilité sociétale des entreprises » (RSE) avec, notamment, l'adoption du Pacte mondial des Nations unies en 2000, puis en 2011, l'adoption par le Conseil des droits de l'homme des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.

Or, malgré l'échec du Projet de Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises élaboré au sein de l'ancienne Sous-Commission des droits de l'homme des Nations unies en 2003, une Résolution a été adoptée le 25 juin 2014 par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies pour créer un groupe de travail intergouvernemental chargé d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant. Certes ce processus sera complexe et ardu vu les conditions d'adoption de la Résolution en 2014. Pourtant, une participation active et constructive des Etats, notamment de la France, aux travaux pourrait contribuer à un aboutissement favorable et au renforcement de la responsabilité des entreprises. Etant donné l'absence de juridiction internationale compétente pour juger les entreprises et les obstacles auxquels les juges internes sont souvent confrontés, une attention particulière devrait être portée aux mécanismes de contrôle du futur texte (quasi-juridictionnels ou juridictionnels)

Proposition n°7 – Soutenir l'initiative du Conseil des droits de l'homme pour réglementer les activités des entreprises transnationales dans le cadre du droit international des droits de l'homme.

Cette initiative ne doit pas pour autant freiner le développement de la *soft law* en matière de RSE ou de l'autorégulation promouvant de bonnes pratiques. Au contraire, ces différentes initiatives sont complémentaires et peuvent favoriser une culture de la responsabilité. Encore faut-il pouvoir identifier les responsables.



8 – Renforcer la responsabilité des sociétés mères et donneuses d'ordre

Contexte – L'organisation réticulaire des entreprises transnationales favorise l'irresponsabilité. Il devient donc nécessaire de percer l'écran de la personnalité morale, notamment par la mobilisation de notions issues des normes internationales en matière de RSE, comme celles de sphère d'influence ou d'obligation de diligence. Cela contraindrait les acteurs qui exercent un pouvoir, à quelque niveau que ce soit, à répondre des impacts de leurs décisions.

L'obligation de diligence ou de vigilance est inscrite notamment au principe n°17 des Principes directeurs des Nations unies. Ce texte non contraignant, qui répartit la responsabilité selon un triptyque « Protect, respect and remedy », impose d'abord aux entreprises de s'abstenir de porter atteinte aux droits de l'homme (obligation négative). Or, de cette obligation négative découlent des obligations positives, notamment celle



de « diligence raisonnable » (due diligence) : prévenir et éviter les impacts négatifs de leurs activités pouvant constituer des violations des droits de l'homme, y compris celles liées aux atteintes à l'environnement.

Malgré les critiques adressées aux Principes directeurs des Nations unies, son processus d'adoption a eu le mérite de maintenir le thème de la responsabilité des entreprises dans l'agenda des Nations unies pendant environ six ans et d'éveiller nombre d'instances, y compris en dehors de l'ONU. Outre l'adoption de l'ISO 26000, l'OCDE a inséré un chapitre spécifique sur les droits de l'homme dans ses Principes directeurs à l'intention des multinationales ; la Société financière internationale (SFI) a intégré à ses Performance standards des références aux droits de l'homme ; et, au niveau européen, tant le Conseil de l'Europe (Travaux du Comité directeur pour les droits de l'homme), que l'Union européenne, ont adhéré aux principes onusiens et œuvrent à leur mise en application au sein des États membres respectifs. Grâce aux interactions entre

différents espaces normatifs, ces principes ont fini par acquérir une certaine force normative, mais ils restent d'application incertaine.

Le renforcement de la responsabilité appelle donc soit des évolutions jurisprudentielles (en établissant des liens de subordination novateurs) ; soit des réformes législatives pour transcrire en droit interne les standards internationaux et « durcir » ainsi la RSE. C'est notamment le cas en France du dispositif initié à la fin 2013 par une Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Ce premier texte (auquel se sont ajoutés trois autres PPL de la même teneur) a été rejeté par la Commission des lois le 21 janvier 2015 pour des motifs d'ordre économique et remplacé par un nouveau texte, certes plus « édulcoré », mais dont l'adoption pourrait placer la France à la tête d'un mouvement européen en matière d'obligation de vigilance des entreprises transnationales, au même titre qu'elle l'a été en matière d'obligation d'information non financière.



Photo CC-Ferdinand Fyts

Proposition n°8 – *Consacrer une obligation de vigilance des sociétés mères dans toute la chaîne de valeur. Cet objectif pourrait être atteint par l'articulation entre processus d'autorégulation et de régulation, entre soft law et hard law, provenant de différents espaces normatifs (mondial, régional et national). Il suppose également d'aménager l'accès des victimes (individuellement et surtout collectivement) à la justice.*

9 – Intégrer les enjeux « sociétaux » à l'objet social/ intérêt social

Contexte – Pour pallier les effets pervers du capitalisme financiarisé et de l'argument économique selon lequel la finalité de l'entreprise est la maximisation du profit, cette proposition vise à repenser la mission et la notion même d'entreprise, notamment par l'intégration des enjeux sociétaux à l'objet social voire à l'intérêt social.

Cette intégration pourrait prendre différentes formes, à l'instar de la « société à objet social étendu », fruit des travaux développés au sein du Collège des Bernardins¹.

1. Ces travaux, qui proposent une nouvelle forme de société en droit français (SOSE), visent à introduire un lien concret entre mission et gouvernance de l'entreprise, en s'inspirant d'un modèle américain (*Benefit Corporation* et *Flexible Purpose Corporation*). Voir B. Roger (dir.), *Entreprise : formes de la propriété et responsabilités sociales*, Paris, Collège des Bernardins/Lethielleux, 2012 ; J.-Ph Robé, « Pour en finir avec Milton Friedman », in A. Lyon-Caen et Q. Urban (dir.), *La Crise de l'entreprise et de sa représentation*, Paris, Dalloz, 2012, p. 11-32 ; O. Favereau, « La fin de l'entreprise privée », in A. Supiot (dir.), *L'Entreprise dans un monde sans frontières*, op. cit., p. 305-320 ; B. Segrestin, B. Roger, S. Vernac (dir.), *L'Entreprise : point aveugle du savoir*, Colloque de Cerisy, Éditions sciences humaines, 2014.

Elle pourrait être mise en place soit à travers des réformes législatives (en revisitant, par exemple, la notion de société commerciale), soit par le biais d'évolutions jurisprudentielles. Des propositions législatives visant à élargir la définition de l'intérêt social à la prise en compte des enjeux sociétaux avaient été émises, en France, par exemple, par l'ONG Sherpa et formulées par le rapport Attali sur l'« économie positive ». Elles avaient été intégrées à une première version de l'avant-projet de loi « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » (dit « Projet Macron »), mais n'ont finalement pas été retenues. Dans d'autres parties du monde, notamment au Brésil, des interprétations jurisprudentielles évolutives permettent, par exemple, d'affirmer la « fonction sociale de l'entreprise » comme dérivation de la fonction sociale de la propriété et du contrat. A condition de ne pas se limiter à un déguisement rhétorique qui finalement ne ferait que favoriser la démission de l'État.

Il va de soi que l'accroissement des responsabilités des acteurs économiques privés ne devrait jamais se réaliser au détriment de celles des États, responsable en première ligne de la protection des droits de l'homme.

Proposition n°9 – *Intégrer des enjeux sociétaux à l'objet social, voire à l'intérêt social des entreprises. Cet objectif pourrait être atteint à travers des réformes législatives, à l'instar de la réforme envisagée de l'article 1833 du Code civil en France. Cet objectif pourrait également être atteint par le biais d'évolutions jurisprudentielles reconnaissant notamment la fonction sociale de l'entreprise.*

4. Intégrer les enjeux sociaux et environnementaux dans le droit international économique

Caroline Devaux

Le droit international économique est resté largement autonome par rapport aux enjeux sociaux et environnementaux, qu'il gère comme des externalités, soit en les interprétant de manière utilitariste, soit en les ignorant. Pourtant, ces enjeux et le commerce international ne sont pas nécessairement antinomiques. Les investissements étrangers, tout comme les échanges commerciaux, avaient originellement pour finalité de donner aux pays pauvres les moyens de se développer. Cet objectif de développement est d'ailleurs inscrit dans la plupart des préambules des traités commerciaux. Le droit international économique s'est toutefois progressivement replié sur lui-même au fil de son évolution, jusqu'à apparaître comme une discipline isolée et centrée sur la seule poursuite du libre-échange.

L'élaboration d'une politique sociale internationale nécessite de mettre fin à la conduite paradoxale, voire schizophrénique, des États qui ont consacré universellement les droits de l'homme tout en tardant à les transposer dans le cadre de leurs relations commerciales. Un tel repositionnement des États suppose une réintégration des enjeux sociaux et environnementaux tant dans le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) que dans le droit international des investissements étrangers, deux disciplines primordiales pour les acteurs économiques mais dictées par des logiques différentes.

10 – Renforcer les « clauses sociétales » dans les accords de l'OMC

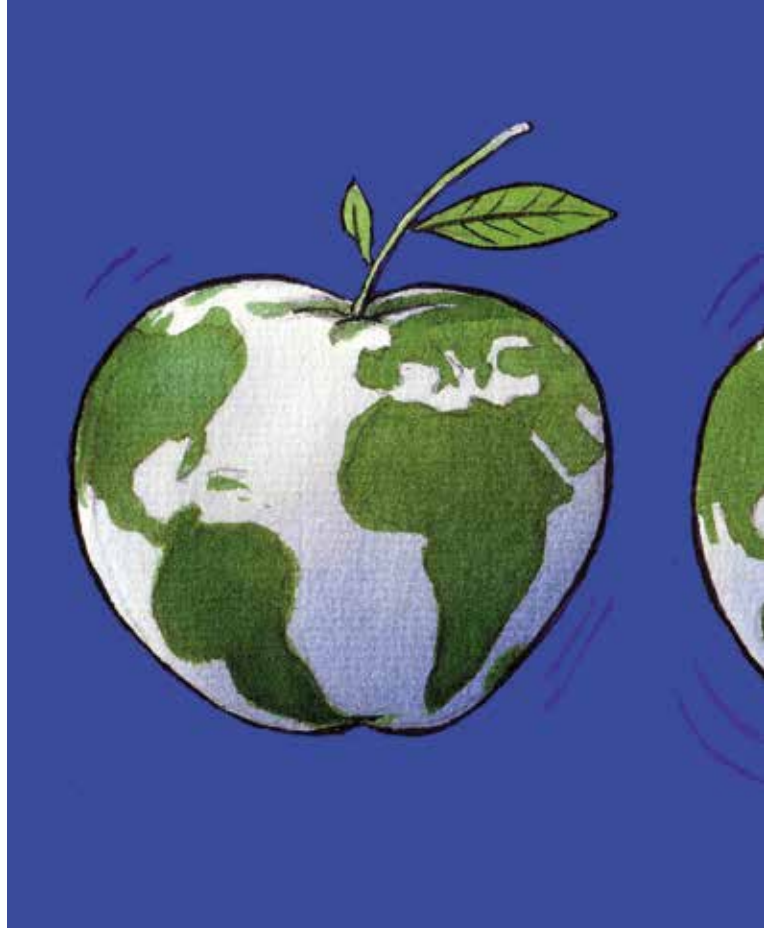
Contexte - La réintégration des enjeux sociaux et environnementaux dans le droit international économique n'est possible que si le droit de l'OMC et le droit international des droits de l'homme se reconnaissent mutuellement. L'OMC doit prendre acte des engagements internationaux conclus par les États en matière de droits de l'homme. Ceci ne veut pas dire qu'elle vienne désormais statuer, par le biais de son système de règlement des différends, sur les questions sociales et environnementales. Il s'agit plutôt d'assurer la conformité des objectifs de l'OMC avec les enjeux sociaux et environnementaux, qui ne constituent actuellement que des exceptions au libre marché restrictivement interprétées par la jurisprudence de l'OMC.

Proposition n° 10 – *Intégrer dans toutes les composantes du droit de l'OMC, des clauses sociétales qui tiendraient lieu de « passerelles juridiques » entre les disciplines. De telles clauses viendraient consacrer les enjeux sociaux et environnementaux comme des intérêts légitimes protégés par l'OMC.*

11 – Replacer l'État au centre de l'arbitrage d'investissement

Contexte - La réintégration des enjeux sociaux et environnementaux dans le droit international économique implique aussi de recentrer le règlement des différends en matière d'investissement autour des États. À l'heure actuelle, l'arbitrage entre États et investisseurs ne permet pas de prendre suffisamment en compte la protection des enjeux sociaux et environnementaux. Ces derniers restent interprétés restrictivement par les tribunaux arbitraux. Par exemple, dans une affaire Tecmed de 2003, afin de déterminer si le refus de la part des autorités mexicaines de renouveler le permis d'exploitation d'une décharge pour des considérations écologiques constituait une expropriation indirecte, le tribunal arbitral a déclaré que l'intention du gouvernement hôte est moins importante que les effets de sa mesure sur l'investissement étranger. En conséquence, il a été décidé que le refus des autorités mexicaines constituait un coût excessif pour l'investisseur, condamnant ainsi le Mexique à payer une indemnité de plus de 5,5 millions de dollars à la société Tecmed.

Plus récemment, dans le litige opposant les multinationales Suez et Vivendi Universal à l'Argentine, le tribunal arbitral a été amené à se prononcer explicitement sur



les liens entre le droit international de l'investissement et les droits de l'homme, particulièrement le droit à l'eau. Le gouvernement argentin avait annulé un contrat de privatisation des services de l'eau au profit de Suez notamment sur la base de la mauvaise qualité de l'eau distribuée aux populations locales. Le tribunal arbitral a décidé que le gouvernement argentin, devant respecter ses obligations aussi bien vis-à-vis des investisseurs qu'en matière de droits de l'homme, aurait dû trouver un moyen de concilier ses deux séries d'obligations. Il a en conséquence condamné l'Argentine à verser une indemnité de 380 millions d'euros aux requérants pour avoir annulé le contrat (décision du 9 avril 2015). Dans ce contexte, une vague de renationalisation des services publics, notamment des services de l'eau, a lieu actuellement. À Jakarta par exemple, où Suez détient un contrat de privatisation du service de l'eau depuis 1997, le tribunal constitutionnel vient de déclarer la privatisation de l'eau inconstitutionnelle, entraînant ainsi la résolution immédiate et sans compensation du contrat avec Suez¹.

Si l'arbitrage d'investissement réserve un rôle de premier plan aux investisseurs, il faut néanmoins mentionner les dispositions innovantes du nouveau modèle brésilien de traité d'investissement qui prévoit, en cas de différend, le recours à un arbitrage entre États uniquement (Accords

1. Cour constitutionnelle indonésienne, décision du 20 février 2015 abrogeant la loi n°7/2004 sur les ressources en eau. Voir aussi la décision de la Central Jakarta District Court du 24 mars 2015 qui met fin au contrat de privatisation de l'eau au profit de Suez.



S E L Ç U K

Dessin © Selçuk Demirel

Brésil-Mozambique signé le 30 mars, Brésil-Angola le 1er avril et Brésil-Mexique le 26 mai 2015 sur la coopération et la facilitation des investissements). A défaut d'aller aussi loin, des améliorations doivent être aménagées pour une plus grande prise en compte de l'intérêt général.

Proposition n° 11 – *Encourager, en matière d'investissement étranger, les États hôtes à invoquer tout manquement aux droits de l'homme devant les tribunaux arbitraux afin de réduire, voire de priver, les investisseurs de leur droit à la protection. Les États devraient aussi renforcer le contrôle exercé par leurs juges étatiques dans le cadre des demandes de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales sur leur territoire même si une telle proposition va à l'encontre des besoins d'efficacité de l'arbitrage. Il faudrait enfin inciter l'État d'origine, qui a encouragé ses ressortissants à investir à l'étranger, à les poursuivre devant ses propres juges étatiques en cas de violation des droits de l'homme sur le territoire de l'État d'accueil (une telle procédure pourrait en retour servir de moyen de défense pour l'État d'accueil devant le tribunal arbitral).*

12 – Concevoir des mécanismes de surveillance et de contrôle dans le cadre des accords commerciaux

Contexte – La réintégration des enjeux sociaux et environnementaux dans les accords commerciaux passe enfin par la mise en place de mécanismes de contrôle

pour surveiller leurs effets sur les populations locales. Les mécanismes de contrôle conçus dans le cadre des accords de libre-échange entre le Canada, les États-Unis et le Mexique (Commission de coopération environnementale dans le cadre de l'accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement en vigueur depuis 1994) et des accords de la Banque mondiale (Panel d'inspection créé en 1993) constituent des premiers pas vers une telle réintégration. Ils assurent en effet une surveillance permanente de l'impact sociétal des accords commerciaux et offrent à la société civile des moyens de participer au contrôle du respect des obligations sociales et environnementales pesant sur chaque État membre. L'accord de libre-échange UE-Colombie/Pérou prévoit aussi la mise en place d'un sous-comité sur le commerce et le développement durable pour mettre en œuvre les objectifs de développement durable de l'accord (article 280), ainsi que des points de contact nationaux (article 281) et l'instauration d'un dialogue avec la société civile (article 282). Mais des progrès considérables restent à faire.

Proposition n° 12 – *Instituer dans les accords commerciaux des mécanismes de surveillance, en partenariat avec la société civile, afin de mieux contrôler leurs effets sur les populations locales, sans pour autant que ces mécanismes viennent remplacer une procédure contentieuse de règlement des différends en matière sociale et environnementale.*