

**Entreprises multinationales et responsabilité(s)**  
Demi-journée de Saint-Denis (Université Paris VIII) – 15 avril 2016

# ENTREPRISES TRANSNATIONALES ET RESPONSABILITÉ(S) CLIMATIQUE(S)

Marie GUIMEZANES  
*Docteur en droit public (Université Toulouse I)*  
*ATER à Sciences Po Toulouse*  
[m.guimezanes@gmail.com](mailto:m.guimezanes@gmail.com)

## INTRODUCTION

On peut observer aujourd'hui une forte implication des entreprises transnationales (ETN) dans les discussions internationales. Les négociations sur le climat qui ont eu lieu à Paris fin 2015 ne font pas exception à la règle. Ainsi, pour les organisateurs, « la mobilisation des acteurs de la société civile dans leur ensemble et dans leur diversité a été essentielle pour la réussite de la COP21/CMP11 »<sup>1</sup>. Au contraire, pour de nombreuses associations de défense de l'environnement, cette présence est conçue comme un exercice de *greenwashing* et d'influence alors même que les entreprises présentes ne font aucun effort pour limiter leur impact sur le changement climatique<sup>2</sup>.

Cette vision a été confirmée par le peu d'engagements concrets des ETN dans le texte final<sup>3</sup>. Outre les efforts d'influence qu'ont pu déployer les ETN, les raisons de cette absence de pression sont multiples : la difficulté des États à négocier sur le thème du changement climatique<sup>4</sup>, la difficulté à mesurer l'impact sur le changement

---

<sup>1</sup> <http://www.cop21.gouv.fr/partenaires/entreprises-et-mecenes/> (consulté le 30 juin 2016).

<sup>2</sup> Voir notamment : [http://www.lemonde.fr/climat/article/2015/05/27/climat-des-ong-denoncent-le-financement-de-la-cop21-par-des-champions-de-la-pollution\\_4641937\\_1652612.html](http://www.lemonde.fr/climat/article/2015/05/27/climat-des-ong-denoncent-le-financement-de-la-cop21-par-des-champions-de-la-pollution_4641937_1652612.html) et [http://www.lemonde.fr/cop21/article/2015/12/09/les-entreprises-dans-la-cop21-une-presence-ambivalente\\_4827870\\_4527432.html](http://www.lemonde.fr/cop21/article/2015/12/09/les-entreprises-dans-la-cop21-une-presence-ambivalente_4827870_4527432.html) (consultés le 30 juin 2016).

<sup>3</sup> Le « secteur privé » apparaît à plusieurs reprises, mais fait l'objet de termes plutôt bienveillants, aussi bien dans le texte de la décision adoptée au terme de la COP (Préambule, Partie V intitulée « Entités non-parties » et para. 137) que dans l'Accord de Paris lui-même (article 6 qui vise les efforts de la Conférence des Parties et des Parties elles-mêmes pour promouvoir, faciliter et renforcer la participation des acteurs privés dans la réalisation des contributions déterminées au niveau national).

<sup>4</sup> Comme le démontrent les échecs des négociations précédentes, notamment à Copenhague. Pour une analyse de ces blocages : D. ESTY et A. MOFFA, « Why Climate Change Collective Action has Failed and What Needs to be Done within and without the Trade Regime », *Robert Schuman Centre For Advanced Studies Working Papers*, 2012, n° 23, pp. 119-130.

climatique des différents acteurs et, bien sûr, les enjeux économiques qu'implique la modification des modes de production à l'échelle globale.

Dès lors, comme dans d'autres domaines, on ne peut réellement être surpris de ce silence. Après tout, le droit international, négocié par les États, ne s'intéresse que peu aux acteurs non-étatiques. Pourtant, on peut s'interroger sur l'effectivité d'une démarche excluant les principaux acteurs responsables d'un phénomène dans la régulation de celui-ci. D'ailleurs, dans d'autres domaines de la gouvernance mondiale ayant une dimension transnationale, comme l'environnement ou les droits de l'Homme, l'absence de régulation par les États au niveau international s'est traduit par une profusion de normes transnationales, de natures diverses. Ce n'est pas réellement le cas en matière climatique, caractérisée par une difficulté à identifier à la fois les coupables et les victimes de manière certaine et actuelle. Les violations des droits de l'Homme ou les catastrophes naturelles dues à l'action ou l'inaction d'une ETN sont visibles. Si l'on connaît désormais les causes et conséquences à long terme du changement climatique, l'identification d'abus précis et de leurs répercussions est moins aisée.

Les entreprises transnationales sont des sociétés dont les activités transcendent les frontières et qui peuvent donc échapper à la réglementation d'un État, en choisissant de développer leurs activités dans un État à l'environnement juridique plus favorable. C'est une faculté particulièrement importante dans le contexte du changement climatique, qui comporte un principe de « responsabilités communes mais différenciées » et peut donc conduire à des choix stratégiques des ETN et finalement à l'ineffectivité des engagements pris par certains États.

On peut donc se demander si le système actuel en matière de climat, qui consiste à lier les États et à considérer que ceux-ci répercuteront leurs engagements sur les entreprises présentes sur leur territoire, est réellement à même de limiter les émissions de gaz à effet de serre (GES) et, à terme, le changement climatique. Alors que tous les États se sont engagés à réduire leurs émissions à Paris en décembre dernier, se pose donc la question des moyens pouvant être utilisés pour éviter les scénarios pessimistes sur le changement climatique, ayant des conséquences en terme de biodiversité, de sécurité alimentaire, d'accès à l'eau, de déplacements de population, etc.

Un de ces moyens pourrait être de faire peser sur les ETN une « responsabilité climatique ». La responsabilité s'entend ici à la fois dans son sens commun, comme le fait d'assumer un engagement ou de remplir un devoir<sup>5</sup>, et dans son sens juridique, comprise alors comme l'obligation de répondre des dommages qu'elles causent<sup>6</sup>. Cette vision large de la notion est nécessaire du fait du caractère embryonnaire du droit en la matière mais aussi du caractère avant tout incitatif qui a été choisi de lui donner. Ainsi, avant même de s'intéresser aux règles secondaires qui permettraient de contraindre une entreprise à réparer le dommage subi du fait d'un comportement illégal de sa part, il est indispensable de s'intéresser au caractère de cette obligation et à la possibilité d'engager les entreprises à s'y conformer.

Comme nous avons déjà pu l'esquisser, cette responsabilité est multiple. Elle est interne et s'inscrit dans les rapports entre l'ETN et l'État sur lequel elle est basée. Elle est également internationale, du fait du caractère profondément transnational de leurs activités et du changement climatique. Elle peut être publique, décidée par les États, bien que ceux-ci aient été timides en la matière. Mais elle peut également être privée, comme le démontre la multiplication récente des codes de conduite et normes privées. Il s'agit donc ici d'adopter une analyse globale de tous les moyens permettant ou au

---

<sup>5</sup> *Le Petit Robert*, 2016, p. 1645.

<sup>6</sup> G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, Paris, 2014, p. 916.

contraire ayant failli à obliger les entreprises à se conformer à certains objectifs de réductions de leurs émissions de GES, mais également de réfléchir au développement d'autres moyens conduisant à réellement contraindre les entreprises.

Nous reviendrons dans une première partie sur le régime du climat tel qu'il existe aujourd'hui pour démontrer son incapacité à réguler les actions des ETN (I), avant de proposer, dans une seconde partie, des pistes d'améliorations (II).

## I. — LE FONCTIONNEMENT IMPARFAIT DU SYSTÈME ACTUEL DE LIMITATION DES ÉMISSIONS

Contrairement à ce que les discussions au sujet des ETN pourraient laisser penser, celles-ci sont très impliquées dans le système interétatique de limitations des émissions de GES. Elles en sont même au cœur de la logique, les États utilisant, pour optimiser les réductions au meilleur coût, des mécanismes de marché. Il convient donc de revenir sur ces mécanismes afin de comprendre s'ils permettent réellement de limiter leurs émissions de GES (A). Certains acteurs étatiques et non-étatiques ont souhaité aller au-delà de ce qu'imposait le droit international. Il convient là aussi d'analyser les possibilités offertes aux acteurs et leur efficacité (B).

### A. L'utilisation de mécanismes de marché

D'un point de vue économique, le réchauffement climatique constitue une externalité négative, c'est-à-dire une conséquence du comportement d'un acteur qui a un impact négatif sur la situation des autres acteurs, sans pour autant représenter un coût pour l'acteur responsable. L'utilisation de mécanismes de marché consiste donc à réintégrer le coût de l'externalité dans les calculs des acteurs. La défaillance du marché dans la gestion de ces externalités est compensée par une intervention des autorités conduisant à attribuer un prix à l'émission de GES.

Si le protocole de Kyoto vise avant tout les États, les entreprises sont impliquées par ce type de mécanismes, et ce de manière croissante (1). Pour autant, des défaillances, aussi bien dans la logique que dans la mise en œuvre de ces mécanismes, conduisent à relativiser leur capacité à modifier réellement les choix des entreprises (2).

#### 1) *L'implication des entreprises par les marchés de crédits et de quotas*

La mise en place de marchés de crédits a fait son apparition dans le protocole de Kyoto (a) et n'a cessé de se développer depuis (b).

##### a) *Le système du Protocole de Kyoto*

Concrètement, la lutte contre le réchauffement climatique implique de réduire l'utilisation d'énergies fossiles, donc de limiter la consommation d'énergie et de favoriser l'utilisation d'énergies renouvelables. L'énergie étant à la fois un moteur de la croissance et un poste de consommation important, il faut garantir que ces politiques n'affaiblissent pas la croissance ou le pouvoir d'achat. À ces contraintes s'ajoutent des considérations de justice qui impliquent de n'imposer des limites qu'aux pays

développés qui ont déjà bénéficié pour leur développement de consommation d'énergies productrices de GES<sup>7</sup>.

Il a donc été décidé de n'imposer des limites d'émissions de GES qu'à ces derniers et d'utiliser des mécanismes de marché permettant une répartition économiquement optimale des réductions. C'est le système du « *cap and trade* » : des quotas autorisant à émettre des GES sont alloués à chaque État s'engageant à limiter ses émissions (dits « États de l'annexe I »<sup>8</sup>) et ces quotas sont échangeables sur un marché.

Dès lors, ces États, s'ils ne réduisent pas leurs émissions de GES au niveau auquel ils se sont engagés à le faire, peuvent acheter des quotas à d'autres États y étant parvenus ou financer une réduction des émissions dans un pays en développement. La première hypothèse ne concerne que des échanges de quotas entre États. La seconde en revanche peut intéresser les ETN qui peuvent acquérir des unités de réductions ou « crédits Kyoto ».

Deux mécanismes permettent à un État ou une entreprise de financer une réduction dans un autre État. Le *mécanisme de mise en œuvre conjointe (MOC)* figure à l'article 6 du Protocole de Kyoto et concerne les États s'étant engagés à réduire leurs émissions. Il donne lieu à des unités de réduction d'émission (URE). L'attribution d'une URE va alors diminuer le quota d'émission de l'État hôte<sup>9</sup>. Le *mécanisme pour un développement propre (MDP)*, détaillé à l'article 12 du Protocole de Kyoto, consiste quant à lui à financer un projet de réduction des émissions dans un pays en développement (ne s'étant donc engagé à aucune limitation de ses émissions). Le projet doit être certifié par le Conseil exécutif du MDP<sup>10</sup> et donne lieu à des Unités de réduction certifiées d'émission (URCE).

#### b) *Les marchés régionaux, nationaux ou infranationaux*

Les marchés de quotas carbone constituent un autre mécanisme permettant d'inclure les entreprises dans les engagements de réductions des émissions des États. Le plus développé est le Système communautaire d'échange de quotas d'émission (SCEQE) mis en place au sein de l'Union Européenne (UE)<sup>11</sup>. D'autres États ou entités infra-étatiques ont également mis en place des systèmes similaires<sup>12</sup> et il est probable que ces systèmes se développent rapidement, lorsque l'Accord de Paris entrera en vigueur.

<sup>7</sup> Sur ce principe, voir les actes du colloque « Le principe des responsabilités communes mais différenciées en droit international de l'environnement » qui s'est déroulé à Aix-en-Provence le 26 septembre 2013, publiés dans un numéro spécial des Cahiers de droit (Volume 55, numéro 1, mars 2014), notamment : S. MALJEAN-DUBOIS et P. MORAGA SARRIEGO, « Le principe des responsabilités communes mais différenciées dans le régime international du climat », *Les Cahiers de droit*, 2014, vol. 55, n° 1, pp. 83-112.

<sup>8</sup> Les États s'engageant à des limitations chiffrées figurent dans l'annexe I de la Convention-Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques (CCNUCC), signée le 9 mai 1992. Les engagements chiffrés sont énumérés dans l'annexe B du Protocole de Kyoto, signé le 11 décembre 1997 (ci-après « Protocole de Kyoto »).

<sup>9</sup> Le plus souvent, ces projets sont donc mis en œuvre dans les « pays en transition vers une économie de marché » de l'annexe I, qui ont des objectifs de réduction supérieurs à leurs émissions réelles, les années de référence pour la baisse des émissions de ces États ayant été fixées avant la chute de l'URSS.

<sup>10</sup> Art. 12 § 4 du Protocole de Kyoto.

<sup>11</sup> Introduit par la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, le SCEQE est devenu opérationnel en 2005. Une directive adoptée en 2004, dite directive de liaison (2004/10/CE), permet d'utiliser des crédits MDP et MOC dans le système SCEQE.

<sup>12</sup> Voir par exemple : C. GOUBET et D. NIKOV, « Les marchés carbone européen et mondiaux », *Panorama énergies-climat*, 2015, n° 12 ; P. COUSSY, « Panorama des nouveaux marchés carbone à l'international », *IFP Énergies Nouvelles*, 2014.

Dans ce système, chaque État alloue un certain nombre de quotas à ses entreprises émettrices de GES, en fonction de ses propres engagements internationaux, comme dans le cas du SCEQE, ou en fonction de ce qu'il s'est fixé comme objectif de manière autonome. Les entreprises pourront ensuite librement échanger les quotas entre elles, les entreprises excédentaires en quotas pouvant vendre ceux-ci aux entreprises ne parvenant pas à limiter leurs émissions au niveau de ceux-ci.

Tous ces systèmes répondent à la même logique : l'efficacité économique. Les réductions seront les mêmes mais, allouées par le biais du marché, elles seront plus efficaces. Alors que certains mécanismes n'impliquent que les États (les échanges de quotas Kyoto), d'autres peuvent impliquer États et entreprises (les MOC et MDP) et d'autres enfin ne concernent que les entreprises sur une aire géographique donnée (les marchés de quotas hors Kyoto). Il convient de revenir sur l'efficacité de ces deux derniers mécanismes.

## 2) *L'incapacité du dispositif à limiter les émissions des entreprises transnationales*

Ce système, s'il est conforme à la théorie des biens publics, en assignant un prix à leur utilisation, souffre de problèmes de mise en œuvre qui mettent à mal son efficacité. D'une part, la gestion d'un problème transnational semble impossible au sein d'une structure internationale dans laquelle seuls certains États s'engagent (a). D'autre part, la logique de marché qui préside à ce type de mécanisme risque de faire prévaloir l'objectif de rentabilité sur l'objectif de protection du climat (b).

### a) *L'attribution nationale des quotas aux entreprises*

Deux problèmes de mise en œuvre des marchés de quotas conduisent à les rendre assez peu efficaces en tant que mécanismes permettant de réduire les émissions de GES des ETN.

D'une part, les quotas ne concernent que les émissions réalisées sur le territoire de l'État hôte. Les ETN peuvent donc, tout en se conformant à leurs quotas sur ce territoire, produire des GES de manière importantes sur le territoire d'autres États, notamment des États ne faisant partie d'aucun marché. On observe donc des « fuites carbone » des États de l'annexe I vers des États qui ne sont pas parties au protocole de Kyoto, des États qui n'ont pris aucun engagement de réduction des émissions (hors annexe I) ou des pays en transition vers une économie de marché, qui se sont engagés à des limitations déjà au-dessus de leurs émissions. La délocalisation des moyens de production peut ainsi conduire à une augmentation globale des émissions de GES, alors même que les États ayant accepté un objectif de limitation de leurs émissions respecteraient celui-ci<sup>13</sup>. De plus, ce système de comptabilisation territorial rend difficile la prise en compte des émissions du secteur des transports, notamment le transport aérien<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> De fait, on observe une augmentation globale des émissions de GES, cachant une diminution des émissions de GES en Europe et une augmentation encore plus importante dans le reste du Monde : F.-X. DUSSUD, F. WONG, J. DUVERNOY, R. MORE, « Chiffres clés du climat France et Monde », *Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie – CDC Recherche Climat*, Paris, 2015, p. 19.

<sup>14</sup> Un comité d'expert de l'Organisation de l'aviation civile internationale a adopté en février 2016 un projet de norme visant les appareils produits à partir de 2020. L'adoption par les États devrait avoir lieu en 2017.

D'autre part, les États ont eu tendance, dans un contexte d'incertitude et pour ne pas pénaliser leurs entreprises nationales, à distribuer largement les quotas dans la phase initiale d'attribution<sup>15</sup>. De fait, l'offre de quotas étant excédentaire, le prix de la tonne carbone a toujours été trop faible pour réellement influencer le comportement des entreprises dans un sens de limitation des émissions<sup>16</sup>. On observe ici la limite de la logique de marché : sans engagements clairs de limitations des émissions, la simple attribution d'un prix ne peut contribuer par lui-même à inciter à celles-ci.

*b) Les interventions des entreprises sur le marché des quotas*

Le prix des quotas est fixé par le marché : c'est la raison pour laquelle cette solution a été choisie plutôt qu'une intervention réglementaire. Or, le marché n'a pas pour objectif de limiter les émissions de GES : c'est d'ailleurs pour cela qu'une action publique a été décidée. Dès lors, il peut y avoir une incohérence entre les objectifs des marchés de quotas ou de crédits et leurs effets réels. Le contrôle des autorités ayant été assez limité<sup>17</sup>, certains excès ont pu être constatés.

Concernant les marchés de crédits Kyoto (MDP et MOC), plusieurs difficultés ont été soulevées. Ainsi, le contrôle du critère d'additionnalité, qui permet de s'assurer qu'un projet, qui aurait été mis en œuvre même en l'absence de l'attribution de crédit, ne puisse bénéficier d'un crédit, est, pour certains auteurs, assez peu respecté en raison notamment d'une définition assez vague<sup>18</sup>. Le scénario de référence sur la base duquel se fonde l'entité validant le projet pour évaluer la quantité de carbone non-émise ou absorbée peut être un scénario hypothétique, pouvant donner lieu à une surévaluation des quantités d'unités de réduction attribuées en contrepartie<sup>19</sup>. De plus, le fait que l'entité validant le projet soit une entreprise privée rémunérée par l'initiateur de celui-ci peut conduire à des conflits d'intérêts évidents<sup>20</sup>.

Enfin, cette logique de marché n'a pas le même impact sur tous les secteurs. Si certains secteurs producteurs de gaz à effet de serre peuvent subir la concurrence internationale au niveau de leurs prix et donc avoir intérêt à dépenser le moins possible en terme de quotas, d'autres au contraire pourront répercuter directement le prix des quotas sur leurs prix de vente et donc n'avoir aucune incitation à effectuer les investissements nécessaires pour diminuer leurs émissions. C'est le cas notamment du

<sup>15</sup> De surcroît, dans le système européen, les quotas ont été attribués gratuitement jusqu'en 2013. Environ 40% des quotas sont, depuis 2013, soumis à un système d'enchères. Cette proportion a vocation à être totale d'ici 2027 : COMMISSION EUROPÉENNE, *Le système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne (SEQE-UE)*, 2013.

<sup>16</sup> Certains auteurs estiment que seul un prix au dessus de 30 euros la tonne pourrait conduire les entreprises à modifier leurs choix énergétiques (OCDE, *Effective Carbon Rates on Energy*, 2015). Depuis 2013, la tonne de CO<sub>2</sub> n'a pas dépassé 9 euros dans le SCEQE (Pour des données actualisées, voir : <https://www.eex.com/en/market-data/emission-allowances/spot-market/european-emission-allowances#!/2016/07/05>, consulté le 5 juillet 2016).

<sup>17</sup> Le scandale de la fraude à la TVA en France en est un exemple s'agissant du SCEQE (COUR DES COMPTES, *Rapport annuel 2012*, 2012, pp. 147-196).

<sup>18</sup> Y. SCHREUDER, *The Corporate Greenhouse. Climate Change Policy in a Globalizing World*, Zed Books, Londres, 2009, pp. 169-171.

<sup>19</sup> I. SHISHLOV et V. BELLASSEN, « Dix enseignements pour les dix ans du MDP », *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>20</sup> I. SHISHLOV ET V. BELLASSEN, « Dix enseignements pour les dix ans du MDP », *Étude Climat*, 2012, n° 37, 43 p., p. 11 ; Y. SCHREUDER, *The Corporate Greenhouse. Climate Change Policy in a Globalizing World*, *op. cit.*, p. 181. La vérification de la réduction des émissions peut être effectuée par la même entité qui a validé le projet ce qui là aussi peut conduire à s'interroger sur l'existence potentielle de conflits d'intérêts (SHISHLOV ET V. BELLASSEN, « Dix enseignements pour les dix ans du MDP », *op. cit.*, p. 8).

secteur de l'énergie ou des transports<sup>21</sup>, qui font partie des plus importants émetteurs de GES<sup>22</sup>.

Les outils choisis par le droit international pour inclure les entreprises dans la lutte contre le changement climatique semblent alors assez peu effectifs par rapport à l'ampleur du défi que constitue une hausse globale des températures. Dès lors, certains acteurs se sont saisis de la question en mettant en place des programmes de réduction des émissions en dehors des engagements pris sur la scène internationale. Une analyse de la possibilité pour les entreprises d'être soumises à des normes en la matière ne saurait donc être complète sans étudier l'effectivité de ce type d'instruments.

## B. La mise en place de mécanismes volontaires

Ces mécanismes volontaires, c'est-à-dire n'étant pas impliqués par des engagements juridiques internationaux ou nationaux, peuvent être initiés par des acteurs publics ou privés. Ils ne posent alors pas les mêmes problèmes. Les initiatives étatiques peuvent entrer en conflit avec d'autres engagements internationaux protégeant les ETN et il est donc nécessaire de s'interroger sur la marge de manœuvre laissée aux États dans ce cadre (1). Au contraire, les acteurs privés sont libres d'adopter pour eux-mêmes ou dans le cadre de réseaux, des normes en matière d'émissions de GES. Ils sont en revanche dépourvus des moyens traditionnels de contrainte visant à faire respecter ces engagements. C'est donc la question de l'effectivité de ce type de mécanisme qui se pose (2).

### 1) *La compatibilité des initiatives étatiques avec le droit international*

Tous les États ne s'engagent pas à limiter leurs émissions uniquement en raison d'obligations internationales. Certains s'y engagent volontairement. On observe ainsi une utilisation importante des mécanismes de marché au niveau national et régional<sup>23</sup>. On peut s'interroger sur la compatibilité de ce type de mesures avec le droit international lorsqu'elles concernent des biens ou investissements provenant de l'étranger. Un État peut mettre en place une politique de limitation des émissions sur son territoire et ainsi porter préjudice à un investissement étranger. De même, un État peut, pour permettre à ces entreprises nationales de faire face à la concurrence internationale, mettre en place des barrières à l'importation de biens dont la production engendrerait, à l'étranger, de fortes émissions des GES. Cela permettrait également de réduire l'incitation des ETN à délocaliser en raison de l'absence de régulation des émissions dans les pays hors annexe I. Enfin, ces systèmes peuvent avoir pour objectif d'inciter les États non-parties à s'engager dans une démarche de limitation des émissions. Or, ces mesures peuvent constituer des restrictions excessives au commerce.

---

<sup>21</sup> Y. SCHREUDER, *The Corporate Greenhouse. Climate Change Policy in a Globalizing World*, op. cit., p. 161.

<sup>22</sup> Voir, pour 2005, <http://www.wri.org/publication/world-greenhouse-gas-emissions-2005> et, pour 2010, <http://www.tsp-data-portal.org/Breakdown-of-GHG-Emissions-by-Sector-and-Gas#tspQvChart> (consultés le 30 juin 2016).

<sup>23</sup> Voir l'exemple des marchés de carbone (*supra*). B. J. RICHARDSON, *Socially Responsible Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 487 : « This partiality to economic instruments reflects a broader evolution in environmental law systems worldwide, moving away from bureaucratic command-and-control regulation toward reflexive law instruments perceived as more congruent with the workings of the market. »

Se pose donc la question de la compatibilité de telles mesures en faveur du climat vis-à-vis du droit du commerce (a) et des investissements internationaux (b).

a) *Les politiques nationales climatiques et le droit de l'OMC*

On peut observer aujourd'hui une certaine bienveillance de la part de l'OMC vis-à-vis de la lutte contre le réchauffement climatique<sup>24</sup>, sur la base de la thèse du « soutien mutuel » selon laquelle le fonctionnement du commerce international peut permettre une lutte plus efficace contre le changement climatique et celle-ci peut également ouvrir de nouvelles opportunités commerciales internationales. Plusieurs auteurs ont cependant relativisé cette attitude d'ouverture de l'OMC en démontrant la contrainte que fait peser son droit sur les États qui souhaiteraient agir en matière climatique<sup>25</sup>. Les hypothèses de conflit entre initiatives des États et droit de l'OMC sont nombreuses, qu'il s'agisse de la compatibilité de mesures spécifiques vis-à-vis du droit de l'OMC ou de la possibilité d'utiliser le cadre de l'article XX du GATT pour échapper au droit de l'OMC<sup>26</sup>.

La littérature est très développée à ce sujet mais les solutions de droit positif sont encore assez limitées<sup>27</sup>. Il n'est pas possible, dans l'espace qui nous est imparti, de développer ces analyses. Il convient cependant de noter que la majorité des auteurs s'accordent sur le fait qu'il existe une réelle incertitude sur la possibilité pour les États de mettre en place des systèmes d'ajustement aux frontières ou de subventionnement des procédés de production « propres »<sup>28</sup>. Cette incertitude peut se transformer en un gel des régulations nationales dans un sens plus favorable à la protection du climat. Ce gel est d'autant plus important pour les pays en développement, qui ne se sont pas engagés au sein du Protocole de Kyoto et qui seraient le plus susceptibles de mettre en place ces mécanismes volontaires, mais qui subiraient également un coût proportionnellement plus important d'une procédure de règlement des différends au sein de l'OMC.

Il en va de même pour la latitude donnée aux États pour modifier leur propre législation dans un sens favorable à une réduction des émissions de GES.

<sup>24</sup> A.-L. NGUYEN TRUNG HOANG, « Les règles de l'OMC en matière d'environnement : quelle contribution dans la prévention des changements climatiques ? », in C. COUNIL et C. COLARD-FABREGOULE (éd.), *Changements climatiques et défis du droit*, Bruylant, Bruxelles, pp. 135-153.

<sup>25</sup> M. ABBAS, « Libre-échange et changements climatiques : "soutien mutuel" ou divergence ? », *Mondes en Développement*, 2013, vol. 41, pp. 33-48; R. KEMPF, *L'organisation mondiale du commerce face au changement climatique*, Pédone, Paris, 2009, pp. 28-50.

<sup>26</sup> Pour une analyse détaillée de la jurisprudence liée à cet article, M.-P. LANFRANCHI et E. TRUILHE-MARENGO, « Droit de l'OMC et protection de l'environnement », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, Fasc. 2300, 27 Février 2013, para. 81-98 et B. J. CONDON et T. SINHA, *The Role of Climate Change in Global Economic Governance*, pp. 71-80 et J. J. ANDELA, « L'article XX du GATT de 1994 dans la jurisprudence de l'organe de règlement des différends de l'OMC : une analyse sous le prisme environnemental », *Revue québécoise de droit international*, 2012, vol. 25, pp. 1-28.

<sup>27</sup> Voir notamment OMC et PNUD, *Commerce et changement climatique*, OMC, Genève, 2009 ; J. TIROLE, *Politique climatique : une nouvelle architecture internationale*, Documentation française, Paris, 2009 ; R. KEMPF, *L'organisation mondiale du commerce face au changement climatique*, *op. cit.* ; M.-P. LANFRANCHI et E. TRUILHE-MARENGO, « Droit de l'OMC et protection de l'environnement », *op. cit.* ; M. ABBAS, « L'Europe face aux changements climatiques », in C. COUNIL et C. COLARD-FABREGOULE (éd.), *Changements climatiques et défis du droit*, *op. cit.*

<sup>28</sup> B. J. CONDON et T. SINHA, *The Role of Climate Change in Global Economic Governance*, *op. cit.*, p. 91 ; R. KEMPF, *L'organisation mondiale du commerce face au changement climatique*, *op. cit.*, p. 131 ; M.-P. LANFRANCHI et E. TRUILHE-MARENGO, « Droit de l'OMC et protection de l'environnement », *op. cit.*, para. 28 ; M. ABBAS, « L'Europe face aux changements climatiques », *op. cit.*, p. 60.



b) *Les politiques nationales climatiques et le droit des investissements*

Les États pourront, s'ils le souhaitent, adopter des cadres juridiques plus contraignants que leurs engagements internationaux<sup>29</sup>. Ils pourront ainsi mettre fin aux subventions qu'ils accordaient aux énergies fossiles<sup>30</sup>, taxer la production ou l'utilisation d'énergies fossiles<sup>31</sup>, modifier leur législation en matière d'émissions de GES, etc. Cela peut modifier l'environnement législatif dans lequel se sont réalisés des investissements étrangers et ainsi conduire à un conflit entre l'investisseur et l'État hôte<sup>32</sup>. Comme l'évoquent plusieurs rapports sur l'investissement dans le monde de la CNUCED, les différends relatifs aux investissements concernent ainsi de manière croissante des mesures prises en matière d'environnement, notamment les réformes du secteur des énergies renouvelables<sup>33</sup>.

Certains principes de base du droit des investissements, tels que le principe de traitement national, le traitement juste et équitable ou la protection contre l'expropriation, peuvent, selon certains auteurs, s'opposer à l'action des États en matière climatique<sup>34</sup>. Tout comme en matière commerciale, il existe une part d'incertitude sur l'interprétation de ces principes et sur la possible illégalité de mesures en ce sens<sup>35</sup>. Ainsi, si certaines décisions se montrent assez audacieuses en considérant qu'il est possible pour un État de distinguer entre investisseurs sur la base d'un intérêt public ou que l'intérêt général, pouvant inclure des considérations climatiques, peut justifier une expropriation indirecte<sup>36</sup>, il apparaît que la jurisprudence est « fluctuante »<sup>37</sup>.

<sup>29</sup> Ainsi, nous n'étudierons pas ici les conflits entre droit international en matière de climat et droit international des investissements. Pour une analyse de cette compatibilité, voir K. MILES, « International investment law and climate change: issues in the transition to a low carbon world », *Society of International Economic Law Inaugural Conference*, 2008, pp. 27-37.

<sup>30</sup> OCDE, *Rapport accompagnant l'inventaire OCDE des mesures de soutien pour les combustibles fossiles*, OCDE, Paris, 2015, pp. 48-49. Les mesures de soutien à la production et la consommation de combustibles fossiles représenteraient « une valeur de 160-200 milliards USD par an sur la période 2010-2014, et que la majeure partie de ce montant correspondait au soutien dont bénéficiait la consommation de produits pétroliers. » (*Idem*, p. 12).

<sup>31</sup> B. J. RICHARDSON, *Socially Responsible Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 487-488.

<sup>32</sup> Nous excluons ici l'hypothèse d'une mesure prise en réalité pour protéger les entreprises nationales de la concurrence ou pour se délier d'un engagement vis-à-vis d'un investisseur étranger. Sur la distinction entre mesures légitimes et non-légitimes, voir : B. J. CONDON et T. SINHA, *The Role of Climate Change in Global Economic Governance*, *op. cit.*, pp. 107-111.

<sup>33</sup> CNUCED, *World Investment Report 2016 - Investor Nationality: Policy Challenges*, CNUCED, New York et Genève, 2016, pp. 106-107 ; CNUCED, *World Investment Report 2015. Reforming International Investment Governance*, CNUCED, New York et Genève, 2015, p. 115.

<sup>34</sup> Pour une étude de la jurisprudence concernant les mesures en matière d'environnement et ces différents principes, voir B. J. CONDON, « Climate Change and International Investment Agreements », *Chinese Journal of International Law*, 2015, vol. 14, pp. 305-339 et K. MILES, « International investment law and climate change: issues in the transition to a low carbon world », *op. cit.*, pp. 11-22.

<sup>35</sup> K. MILES, « International investment law and climate change: issues in the transition to a low carbon world », *op. cit.*, p. 26 : « The regulatory chill theory also gives cause for disquiet. In operation, it is generally a subtle creature and is difficult to detect. And yet, it has the potential to frustrate initiatives designed to implement national and global environmental objectives »

<sup>36</sup> O. DANIC, « Droit international des investissements, droits de l'Homme, droit de l'environnement », *op. cit.*, pp. 563-565.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 564. Voir également B. J. CONDON et T. SINHA, *The Role of Climate Change in Global Economic Governance*, *op. cit.*, p. 115 : « the unpredictability of international investment tribunals ».

De même, de nombreux modèles d'accords font référence aux considérations environnementales, souvent dans leur préambule<sup>38</sup>, sans pour autant traduire ces éléments dans leur contenu et dans les droits et obligations des parties, ce qui conduit à des interrogations sur l'incidence que peuvent avoir ces mentions sur l'interprétation des engagements des parties. Les traités relatifs aux investissements font de plus en plus référence à l'environnement, mais la part de ces accords reste faible<sup>39</sup> et le climat y est rarement intégré<sup>40</sup>. Enfin, le cas des clauses de stabilisation, fréquentes dans les contrats d'investissement, est également problématique<sup>41</sup>. L'incidence de ces clauses sur la capacité pour certains États d'adopter des législations en matière de droits de l'Homme ou d'environnement a été vivement critiquée par de nombreuses ONG<sup>42</sup>.

D'une manière similaire au droit de l'OMC mais peut-être plus essentielle encore du fait de la décentralisation des arbitrages en matière d'investissement, il existe une incertitude sur l'interprétation de ces principes et clauses que pourront donner les arbitres saisis en cas de litige. De fait, on peut considérer que ces incertitudes, comme dans le cas de l'OMC, puissent « refroidir » certains États souhaitant se doter de cadres réglementaires stricts<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> O. DANIC, « Droit international des investissements, droits de l'Homme, droit de l'environnement », in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage international*, Pedone, Paris, 2015, pp. 531-579. L'auteur précise par ailleurs que « la valeur juridique exacte de ces préambules reste indéterminée » (*Idem*, p. 540).

<sup>39</sup> K. GORDON et J. POHL, « Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey », *OECD Working Papers on International Investment*, 2011, n° 1, p. 5: « Language referring to environmental concerns is rare in BITs but common in non-BIT IIAs. In the treaty sample, 133, or 8.2%, of the IIAs contain a reference to environmental concerns. [...] In 2005, the proportion of newly concluded treaties with environmental concerns passed the threshold of 50% of new treaties concluded in a given year. »

<sup>40</sup> *Idem*, p. 6 : « The set of environmental concerns that receive an explicit mentioning in IIAs is limited and has hardly evolved over time. [...] More recent concerns, such as climate change and biodiversity, have not penetrated this closed set of issues, although such more recent concerns feature in the Energy Charter treaty, a multilateral agreement. »

<sup>41</sup> A. CROCKETT, « Stabilisation clauses and sustainable development : Drafting for the future », in C. BROWN et K. MILES (éd.), *Evolution in investment treaty law and arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 516-538.

<sup>42</sup> Voir notamment AMNESTY INTERNATIONAL, *Renonciation contractuelle aux droits humains. Le projet d'oléoduc Tchad-Cameroun*, Amnesty International, Londres, 2005; GLOBAL WITNESS, *Mittal Steel - un déséquilibre flagrant*, Global Witness, Londres, 2007. Une étude commandée par la Société Financière Internationale de la Banque Mondiale concluait que plus de la moitié des contrats d'investissement étudiés présentaient des clauses permettant à l'investisseur d'être exempté ou d'obtenir une compensation en cas de nouvelle loi, sans exception en matière environnementale (A. SHERBERG, *Stabilization Clauses and Human Rights*, 2008 (<http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/9feb5b00488555eab8c4fa6a6515bb18/Stabilization%2B Paper.pdf?MOD=AJPERES> consulté le 31 juillet 2016), p. 17).

<sup>43</sup> B. J. CONDON et T. SINHA, *The Role of Climate Change in Global Economic Governance*, op. cit., p. 129 ; K. MILES, « International investment law and climate change: issues in the transition to a low carbon world », *Society of International Economic Law Inaugural Conference*, 2008, pp. 22-26.

## 2) La capacité des initiatives privées à modifier les comportements des ETN

Ces initiatives sont nombreuses (a) et leur efficacité discutée (b).

### a) Des mécanismes divers

Les difficultés rencontrées par la gouvernance internationale du changement climatique pour réguler le comportement des entreprises peut conduire à considérer qu'une solution acceptable par tous les acteurs et efficace dans sa volonté de limiter les GES, serait de mettre en place une corégulation<sup>44</sup>, ou du moins de laisser se développer et d'encourager le développement de normes privées allant dans le même sens que les normes publiques<sup>45</sup>. Toute difficulté liée aux négociations interétatiques ou aux conflits entre ces normes et d'autres normes liant les États serait ainsi surmontée. On peut observer en effet une certaine « transnationalisation de la gouvernance climatique »<sup>46</sup>. Cet engouement pour la régulation privée est d'ailleurs encouragé par les pouvoirs publics, comme en témoignent différentes mentions au sein de la décision finale de la COP 21<sup>47</sup>.

Les entreprises multinationales ont développé plusieurs mécanismes volontaires, parfois en partenariat avec des organisations non-gouvernementales ou intergouvernementales<sup>48</sup>. Les modalités de ces initiatives sont variées, au point que l'on puisse parler de « juris diversité »<sup>49</sup>. Elles peuvent consister en une déclaration de principes généraux, sans mettre en place de mécanismes de vérification<sup>50</sup>, comme le font l'Appel de Paris<sup>51</sup> ou les principes CERES<sup>52</sup>. D'autres initiatives mettent au contraire en place des mécanismes de contrôle, souvent accompagnés de label visant à valoriser les résultats de l'entreprise. C'est le cas par exemple du Carbon Trust Standard qui implique de mesurer, gérer et réduire les émissions de CO<sub>2</sub><sup>53</sup>.

D'autres initiatives misent davantage sur le fonctionnement du marché que sur des principes ou normes. On retrouve ainsi des mécanismes d'investissement dans des

<sup>44</sup> Voir notamment S. MALJEAN-DUBOIS et A. ROGER, *L'implication des entreprises dans les politiques climatiques. Entre corégulation et autorégulation*, Documentation Française – CERIC, Paris, 2011.

<sup>45</sup> Voir notamment S. SCHMIDHEINY, *Changer le cap. Réconcilier le développement de l'entreprise et la protection de l'environnement*, Dunod, Paris, 1992.

<sup>46</sup> L. B. ANDONOVA, M. M. BETSILL et H. BULKELEY, « Transnational Climate Governance », *Global environmental politics*, 2009, vol. 9, n° 2, pp. 52-73, p. 57.

<sup>47</sup> On peut également mentionner la plateforme de Nazca, lancé par la Présidence de la COP 20, qui répertorie toutes les initiatives des acteurs non-étatiques (<http://climateaction.unfccc.int/> consulté le 3 août 2016).

<sup>48</sup> Pour une typologie de ces initiatives selon leur nature et leurs fonctions : L. B. ANDONOVA, M. M. BETSILL et H. BULKELEY, « Transnational Climate Governance », *op. cit.*, pp. 52-73 et K. BÄCKSTRAND, « Accountability of Networked Climate Governance: The Rise of Transnational Climate Partnerships », *Global Environmental Politics*, 2008, vol. 8, pp. 74-102.

<sup>49</sup> G. MARTIN, « Conclusion générale » in N. HERVÉ-FOURNEREAU, *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2008, p. 319.

<sup>50</sup> Chaque entreprise peut également adopter un code de conduite unilatéral. Nous ne nous intéresserons ici qu'aux initiatives concertées.

<sup>51</sup> <http://www.parispledgeforaction.org/> (consulté le 29 juillet 2016).

<sup>52</sup> Les dix principes, adoptés en 1989, sont accessibles sur internet: <http://www.ceres.org/about-us/our-history/ceres-principles> (consulté le 29 juillet 2016). La coalition a également adopté en 2013 une déclaration sur le climat.

<sup>53</sup> L'objectif du Carbon Trust Standard est clair : « Enhance your reputation. Reduce energy costs. Be recognised for your achievements. » (<https://www.carbontrust.com/client-services/footprinting/footprint-certification/carbon-trust-standard/> consulté le 29 juillet 2016).

obligations vertes<sup>54</sup>, de certification d'utilisation d'énergies renouvelables<sup>55</sup>, d'échange de carbone volontaires<sup>56</sup> ou de renforcement des mécanismes existant dans le cadre de Kyoto<sup>57</sup>. Plusieurs initiatives visent à améliorer la transparence en considérant qu'une fois l'information sur les efforts entrepris par les ETN en matière de réduction des émissions de GES, le marché pourra orienter les choix des autres acteurs en fonction de ces données. On peut citer à ce titre la Global Reporting Initiative, qui inclut un volet sur le climat depuis 1997<sup>58</sup>, ou le Carbon Disclosure Project<sup>59</sup>. Enfin, des partenaires des ETN, comme les assurances ou les investisseurs, ont adopté des normes permettant de guider le comportement de leurs clients, dans un objectif de bien commun mais aussi de limitation des dommages et de performance des investissements. On peut ainsi noter l'initiative financière du PNUE<sup>60</sup> ou les principes de l'Équateur<sup>61</sup>.

*b) Une efficacité discutable*

Les difficultés relatives à l'efficacité de ces mécanismes ont déjà été identifiées à propos des normes privées et codes de conduite dans d'autres domaines. Elles ont également été soulevées en matière d'action climatique. Ainsi, plusieurs études ont mis en évidence la publication d'informations inexactes dans le cadre des mécanismes de transparence<sup>62</sup>, l'absence de diminution des émissions des ETN participantes<sup>63</sup> ou des décisions prises par des investisseurs ou assureurs participant aux mécanismes précités ne pénalisant pas réellement des décisions pouvant entraîner des émissions<sup>64</sup>.

De plus, la multiplication des mécanismes conduit à s'interroger sur leur complémentarité et leur lisibilité. Si un code de conduite a pour objectif de conférer une bonne image de l'entreprise, et si c'est dans ce but que les entreprises s'engagent, alors la question de l'utilité des mécanismes de leur point de vue est essentielle.

Enfin, les efforts développés par certaines ETN pour limiter l'impact des réglementations étatiques sur leurs activités<sup>65</sup> conduit à s'interroger sur leur capacité à

<sup>54</sup> Les « green bonds » connaissent des modalités de mise en œuvre variables : <https://www.climatebonds.net/market/explaining-green-bonds> (consulté le 29 juillet 2016).

<sup>55</sup> <http://www.wri.org/our-work/project/charge/buying-green-power> (consulté le 29 juillet 2016).

<sup>56</sup> Voir par exemple le Verified carbon standard (<http://www.v-c-s.org/> consulté le 29 juillet 2016).

<sup>57</sup> C'est le cas notamment du « Gold Standard », certifiant les projets dans le cadre du Mécanisme de Développement Propre : <http://www.goldstandard.org/our-story/who-we-are> (consulté le 29 juillet 2016).

<sup>58</sup> GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *Lignes directrices pour le reporting développement durable*, 2015, pp. 57-59.

<sup>59</sup> <https://www.cdp.net/en-US/Pages/HomePage.aspx> (consulté le 29 juillet 2016).

<sup>60</sup> <http://www.unepfi.org/> (consulté le 29 juillet 2016).

<sup>61</sup> <http://www.equator-principles.com/> (consulté le 29 juillet 2016).

<sup>62</sup> D. TALBOT, *Les stratégies climatiques et les pratiques de légitimation des grands émetteurs industriels: une approche qualitative*, Thèse, Université Laval, Canada, 2015. Au-delà de ces problèmes pratiques, il existe également un réel questionnement sur la capacité des mécanismes de transparence à être utilisés, notamment par la société civile (D. LEVY, H. S. BROWN et M. DE JONG, « The Contested Politics of Corporate Governance : The Case of the Global Reporting Initiative », *Management and Marketing Faculty Publication Series*, 2010, n° 1.

<sup>63</sup> D. COMPAGNON, « Les défis politiques du changement climatique », in C. CURNIL et C. COLARD-FABREGOULE (éd.), *Changements climatiques et défis du droit*, op. cit., pp. 31-49.

<sup>64</sup> P. T. MUCHLINSKI, *Multinational enterprises and the law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 554, au sujet des initiatives en matière d'assurance : « It is an example of a major shortcoming of privatized civil governance, namely, that market based solutions may not offer an adequate or equitable response to environmental risk ». Voir également B. J. RICHARDSON, *Socially Responsible Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 480-494 et J. KNOX-HAYES et D. LEVY, « The politics of carbon disclosure as climate governance », *Strategic Organization*, 2011, vol. 1, pp. 1-9, p. 5.

<sup>65</sup> Voir notamment D. COMPAGNON, « Les défis politiques du changement climatique », op. cit., pp. 31-49 ; D. L. Levy, « Business and the evolution of the climate regime : the dynamics of corporate

réguler elles-mêmes ces activités. Ainsi, certains considèrent que les engagements en matière de réduction des émissions de GES relèvent davantage d'une amélioration de l'image de celles-ci que d'engagements réels à changer leurs modes de production<sup>66</sup>. De fait, ces actions vont donc dépendre de la stratégie, de l'environnement et du secteur de chaque ETN, et l'on peut douter que cette approche suffise, face à l'urgence du changement climatique.

Il est d'ailleurs difficile d'évaluer l'influence globale de ces mécanismes sur le comportement des entreprises : certaines entreprises diminuent leurs émissions, d'autres pas. On peut donc s'interroger sur le rôle du droit, qui devrait permettre d'influencer le comportement des acteurs dans un sens déterminé, conforme au bien commun. Dès lors, il est nécessaire de proposer des pistes d'amélioration.

## II. — LES POSSIBILITÉS D'AMÉLIORATION DES CADRES INTERNATIONAUX ET TRANSNATIONAUX

Plusieurs pistes d'amélioration ont été évoquées par les juristes, les économistes, les scientifiques du climat ou les politiques. Certaines relèvent spécifiquement des engagements en matière climatique (A). Mais, comme nous avons pu déjà le voir dans l'analyse des difficultés en la matière, il est impossible de raisonner sur le climat en étant hermétique aux évolutions connues dans d'autres domaines du droit ou aux initiatives façonnées par d'autres acteurs. Il est donc essentiel également de réfléchir à l'environnement juridique global (B). Bien entendu, les diverses propositions évoquées peuvent se combiner ou se renforcer mutuellement et impliquer une action d'acteurs étatiques ou non-étatiques.

### A. Les réformes du régime climatique

Ces propositions visent à pallier deux faiblesses du cadre tel qu'il est mis en place notamment par le Protocole de Kyoto. Il s'agit donc d'adopter une régulation des émissions plus adaptée à une économie mondialisée (1) et d'imaginer des mécanismes de marché qui soient plus efficaces vis-à-vis de l'objectif de protection du climat (2).

#### 1) *Une régulation des émissions adaptée aux activités transnationales*

La nature transnationale des activités économiques fait que la lutte contre le changement climatique ne peut plus se penser uniquement dans un cadre national. Pour éviter les fuites carbone, on peut donc imaginer deux solutions. La première, mise en

---

strategies », in D. L. LEVY et P. J. NEWELL, *The Business of Global Environmental Governance*, MIT Press, Cambridge, 2005, pp. 73-104 ; P. NEWELL, *Climate for change : Non-state actors and the global politics of the Greenhouse*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006 ; J. BIRGER SKJÆRSETH, « Major Oil Companies in Climate Policy: Strategies and Compliance », in O. SCHRAM STOKKE, J. HOVI et G. ULFSTEIN (éd.), *Implementing The Climate Regime. International Compliance*, Earthscan, Londres, 2005, pp. 187-208.

<sup>66</sup> Voir notamment GREENPEACE INTERNATIONAL, *Greenwash+20. How some powerful corporations are standing in the way of sustainable development*, juin 2012 ; R. KEMPF, *L'organisation mondiale du commerce face au changement climatique*, op. cit., pp. 18 s. Voir également A. J. HOFFMANN, « Climate change strategy: The business logic behind voluntary greenhouse gas reductions », *California Management Review*, 2005, vol. 47, n° 3, pp. 21-46.

œuvre par l'Accord de Paris<sup>67</sup>, est d'engager tous les États dans une logique de réduction des émissions (a). La seconde est de comptabiliser les émissions non des États mais des ETN (b).

*a) Imposer des objectifs de réduction des émissions à tous les États*

L'idée d'imposer des objectifs de réduction à tous les États vise à améliorer la gouvernance climatique dans un monde soumis à la concurrence internationale. Les États se sont engagés dans un processus de réduction chiffrée, et ce bien en amont des négociations de Paris<sup>68</sup>. Afin de concilier justice climatique et objectifs universels et de « dépasser la différenciation binaire Nord/Sud »<sup>69</sup>, chaque État évalue et communique ses Contributions Prévues Déterminées au niveau National (CPDN), tous les cinq ans<sup>70</sup>. Celles-ci doivent être ambitieuses<sup>71</sup> et communiquées au secrétariat de la CNUCC, qui les publie sur son site<sup>72</sup>. Les émissions sont ensuite mesurées par les États eux-mêmes<sup>73</sup>.

Si le principe de contributions différenciées et volontaires est intéressant, il pose plusieurs problèmes. D'une part, sans mécanisme de coordination, il est possible qu'une incohérence apparaisse entre la somme des contributions nationales et l'objectif de réduction international<sup>74</sup>. D'autre part, on peut observer une forte disparité dans les contributions nationales, ce qui conduit à interroger la capacité du secrétariat de les suivre<sup>75</sup>. Enfin, on peut s'interroger sur la capacité de certains pays à faire respecter leurs engagements vis-à-vis d'entreprises transnationales. Comme en matière de droits de l'Homme, de droit social ou de droit de l'environnement, le manque de respect envers ces normes n'est pas toujours dû à l'absence de telles normes au sein d'un État mais à la difficulté de les faire respecter.

*b) Modifier le système de prise en compte des émissions*

Deux mécanismes peuvent permettre de prendre en compte, au sein des États s'étant engagés dans le cadre du Protocole de Kyoto, les émissions des ETN dans des États n'ayant pris aucun engagement de réduction.

Une première proposition est de comptabiliser toutes les émissions incorporées pendant le cycle de production du produit dans le décompte des émissions de l'État où ce produit est consommé. Au-delà des problèmes causés par les délocalisations de

<sup>67</sup> Vingt-deux États parties, représentant 1,08% des émissions mondiales de GES, avaient ratifié l'Accord le 3 août 2016. L'accord de Paris n'entrera en vigueur qu'une fois que 55 États-parties, représentant 55% des émissions de GES, l'auront ratifié (Article 21 de l'Accord de Paris).

<sup>68</sup> CONFÉRENCE DES PARTIES, « Moyens de poursuivre la mise en œuvre de la plate-forme de Durban », Décision 1/CP.19, 23 novembre 2013.

<sup>69</sup> S. MALJEAN-DUBOIS, « Le résultat de la COP 21, quel bilan ? Quelles perspectives ? », 2016.

<sup>70</sup> Les Parties peuvent « à tout moment modifier [leur] contribution déterminée au niveau national afin d'en relever le niveau d'ambition » (Article 4 § 11 de l'Accord de Paris).

<sup>71</sup> Article 3 de l'Accord de Paris.

<sup>72</sup> <http://www4.unfccc.int/submissions/indc/Submission%20Pages/submissions.aspx> (consulté le 1er août 2016).

<sup>73</sup> Article 4 § 13 de l'Accord de Paris.

<sup>74</sup> Les contributions nationales d'ores et déjà communiquées au secrétariat sont incompatibles avec l'objectif de l'Accord de Paris, d'une augmentation des températures de 2°C maximum (CONFÉRENCE DES PARTIES, « Adoption de l'Accord de Paris », Décision 1/CP.21, 12 décembre 2015, § 17).

<sup>75</sup> CONFÉRENCE DES PARTIES, « Aggregate effect of the intended nationally determined contributions: an update. Synthesis report by the secretariat », FCCC/CP/2016/2, 2 mai 2016 ; C. MATHIEU, « L'accord de Paris : Des engagements contraignants ? » in T. DE MONTBRIAL ET D. DAVID (dir.), *Ramses 2016, Climat : une nouvelle chance ?*, Ifri/Dunod, Paris, 2015, pp. 54-59.

production, il existe en effet une certaine injustice à comptabiliser au sein des pays en développement des émissions qui sont en réalité dues à une demande des pays développés<sup>76</sup>. Ainsi, certains auteurs estiment que « si l'on attribue les émissions de CO<sub>2</sub> aux pays consommateurs plutôt qu'aux pays producteurs, 90% du total [des émissions] serait la responsabilité des pays développés »<sup>77</sup>. Des objectifs de réduction imposés uniquement aux pays développés pourraient alors retrouver une certaine efficacité.

Une proposition assez proche consiste à intégrer, dans le décompte des émissions d'une entreprise à son État de siège, toutes les émissions produites par ses filiales, partenaires et sous-traitants, dans le Monde entier. Il s'agit alors de ne plus raisonner en terme d'État (producteur ou consommateur) mais en terme d'acteurs ayant la possibilité de choisir où ils produisent et vendent leurs produits. Cette conception aurait donc le même résultat au niveau international que le décompte en fonction de la consommation, mais conduirait en revanche à faire porter, non pas sur l'État ou le consommateur, mais sur l'ETN productrice, la responsabilité climatique qu'engendrent ses choix de localisation et procédés de production.

Ces deux possibilités se heurtent aux mêmes difficultés. Celles-ci sont d'ordre pratique car ces changements de mesures supposent la mise en place de processus de traçabilité beaucoup plus développés que ceux qui existent actuellement<sup>78</sup>. Mais les obstacles sont également politiques : comme nous avons pu le constater, les États ne sont pas réellement prêts à mettre en jeu des considérations liées au commerce international<sup>79</sup>. Les États développés n'ont ainsi pas intérêt à prendre en compte plus d'émissions qu'ils ne le font déjà et les pays en développement ne voient pas d'un bon œil la disparition d'un avantage comparatif jouant dans les choix de localisation des unités de production. De fait, si ces possibilités sont discutées par les chercheurs et experts du climat, elles ne le sont pas réellement par les gouvernements ou organisations internationales. En revanche, les idées d'amélioration du système d'échange des quotas semblent plus réalistes.

## 2) *Un ajustement des mécanismes de marché*

Les mécanismes de marché consistent à assigner un prix à l'externalité négative que constituent les émissions de CO<sub>2</sub>. Si l'assignation d'un prix est la solution qui a été choisie lors du Protocole de Kyoto (a), il n'y a pas de raison pour que les débats sur une taxe carbone internationale ne ressurgissent pas face aux défaillances du marché des quotas (b).

<sup>76</sup> Y. SCHREUDER, *The Corporate Greenhouse. Climate Change Policy in a Globalizing World*, op. cit., p. 67 : « Lower prices for consumers and higher profits for the investors in transnational corporations have benefited the developed world, while cheap labour, tax breaks and lax environmental standards have put a heavy burden on developing countries ».

<sup>77</sup> *Idem.* P. CANFIN et P. STAIME, *Climat: 30 questions pour comprendre la Conférence de Paris*, Les Petits Matins, Paris, 2015, p. 21 : « Le choix de calculer les émissions produites ou consommées change l'évaluation des résultats des pays. Ainsi, depuis 1990, les émissions produites en France ont diminué de plus de 7%, mais celles qui ont été consommées ont augmentées de 15% ».

<sup>78</sup> O. EDENHOFER, C. FLACHSLAND, M. JAKOB et K. LESSMANN, « The atmosphere as a global commons. Challenges for International Cooperation and Governance », *The Harvard Project on Climate Agreements*, 2013, n° 58.

<sup>79</sup> P. CANFIN et P. STAIME, *Climat: 30 questions pour comprendre la Conférence de Paris*, op. cit., p. 22.

a) *Recentrer le marché d'échange de quotas sur son objectif premier*

De nombreuses propositions ont pour objectif de réformer les marchés d'échange de quotas afin d'en faire réellement un instrument d'incitation à modifier les modes de production et non seulement un bien échangeable entre entreprises. Concernant les échanges de quotas dans le système de Kyoto, les propositions visent avant tout à contrôler plus strictement l'évaluation des projets dans le cadre du MDP, pour éviter une surévaluation de la réduction d'émissions<sup>80</sup>.

Mais c'est concernant le système européen d'échange de quotas que les propositions, et les réformes, sont les plus importantes. Certaines consistent à pousser jusqu'à son terme la logique de marché, en obligeant les entreprises à acquérir ces quotas par un système d'enchères<sup>81</sup>. Ces propositions, si elles rencontrent un certain succès en pratique, ne pourront avoir réellement d'effet que si la quantité totale de quotas offerts est effectivement inférieure aux émissions actuelles et correspond véritablement aux engagements des États sur la scène internationale.

D'autres propositions, comme la fixation d'un prix plancher pour la tonne carbone qui soit suffisamment incitatif pour les entreprises<sup>82</sup> ou l'intervention de la puissance publique sur le marché des quotas pour permettre de soutenir les cours<sup>83</sup>, consistent au contraire à réintroduire un élément de réglementation dans un système dont l'objectif de limitation des émissions a été contourné<sup>84</sup>.

b) *Repenser une taxe internationale sur le carbone*

La mise en place d'une taxe au niveau international, permettant d'abonder un fonds international lié au climat<sup>85</sup>, a été discutée au début des négociations climatiques

---

<sup>80</sup> Y. SCHREUDER, *The Corporate Greenhouse. Climate Change Policy in a Globalizing World*, op. cit., pp. 166-174. On peut noter un contrôle accru du conseil exécutif depuis les scandales évoqués précédemment : I. SHISHLOV et V. BELLASSEN, « Dix enseignements pour les dix ans du MDP », op. cit., p. 11 : « le conseil exécutif est devenu plus actif à ce sujet. Il a suspendu temporairement quatre EOD, dont l'une des plus grosses, TUEV SUED, en 2010. Une autre EOD (KPMG-AZSA) a été suspendue en mars 2012 (CCNUCC 2012). ».

<sup>81</sup> Comme nous l'avons évoqué, depuis 2013, le SCEQE s'oriente dans cette voie : COMMISSION EUROPÉENNE, *Le système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne (SEQE-UE)*, 2013.

<sup>82</sup> La fixation d'un prix plancher en France a été annoncée par le Président de la République en avril, avant d'être limité aux centrales à charbon en juillet : [http://www.lemonde.fr/planete/article/2016/07/11/le-prix-plancher-du-co2-en-france-ne-concernera-que-les-centrales-electriques-au-charbon\\_4967948\\_3244.html](http://www.lemonde.fr/planete/article/2016/07/11/le-prix-plancher-du-co2-en-france-ne-concernera-que-les-centrales-electriques-au-charbon_4967948_3244.html) (consulté le 11 juillet 2016). Voir également le rapport élaboré à la demande de Mme Ségolène Royal : P. CANFIN, A. GRANDJEAN et G. MESTRALLET, *Propositions pour des prix du carbone alignées avec l'Accord de Paris*, Juillet 2016.

<sup>83</sup> C'est l'objectif de la réserve de stabilité du marché, en cours de discussion par les institutions européennes. Certains doutent cependant de son effet réel sur le prix de la tonne de CO<sub>2</sub> à long terme en raison de l'excédent persistant des crédits alloués : EUROPAFORUM, « Création d'une réserve de stabilité du marché au sein du système européen d'échange de quotas : un accord salué comme une étape vers une réforme plus large et attendue », <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2015/05/accord-ets-reserve-reactions/index.html> (consulté le 3 août 2016).

<sup>84</sup> Les sanctions infligées en cas de restitutions d'une quantité de quotas inférieure au niveau d'émissions, dont le montant est fixé par la directive européenne mettant en place le SCEQE, devront alors être adaptées en fonction de l'évolution des prix, afin que les ETN aient un intérêt à participer au marché d'échange.

<sup>85</sup> Il existe une taxe internationale dans le cadre du MDP : 2% sont prélevés sur chaque unité de réduction certifiée pour abonder le fonds d'adaptation de Kyoto ([http://unfccc.int/cooperation\\_and\\_support/financial\\_mechanism/adaptation\\_fund/items/3659.php](http://unfccc.int/cooperation_and_support/financial_mechanism/adaptation_fund/items/3659.php), consulté le 3 août 2016). L'idée est ici de taxer les produits émetteurs de GES eux-mêmes.



mais a rapidement été délaissée au profit du marché d'émissions<sup>86</sup>. L'idée ressurgit aujourd'hui en raison des difficultés pour les États développés de respecter leurs engagements financiers visant à aider les pays en développement dans leur lutte contre le réchauffement climatique.

Cette taxe peut suivre plusieurs modalités. Elle pourrait viser des secteurs fortement consommateurs d'énergies fossiles et dont les émissions ne sont pas actuellement décomptées, comme le transport maritime ou aérien<sup>87</sup>. Elle pourrait également viser directement les émissions de CO<sub>2</sub> de tous les acteurs, suivant un taux modulable<sup>88</sup>.

Bien que discutée régulièrement, cette proposition est peu probable en l'état actuel des choses. Elle se heurte aussi bien à des difficultés techniques, en raison de l'absence de moyen de comptabilisation fiable<sup>89</sup>, que politiques, comme en témoignent les débats concernant une taxe sur les transactions financières au niveau international<sup>90</sup>.

## B. L'adoption d'une régulation mondiale « climat-compatible »

La refonte totale de la gouvernance internationale dans un sens favorable au climat, est bien entendu très délicate. Elle n'en est pas moins nécessaire en raison de l'intrication des problématiques transnationales. Il convient d'analyser les possibilités de modifications des cadres étatiques et non-étatiques (1) avant d'aborder la question d'une responsabilité internationale directe des ETN (2).

### 1) *Un renforcement des initiatives étatiques et non-étatiques*

Renforcer les initiatives existantes implique à la fois de clarifier la place faite aux régulations climatiques nationales dans le droit du commerce et des investissements internationaux (a) et de soutenir les initiatives privées, notamment en leur offrant les moyens de contrainte dont elles manquent (b).

#### a) *Renforcer la cohérence des différentes branches du droit international*

Il convient de renforcer la cohérence entre les différents régimes internationaux afin de permettre à chaque État de pouvoir agir vis-à-vis des entreprises agissant sur son territoire, en l'absence de toute régulation internationale directe visant les entreprises. L'étude du droit du commerce et des investissements internationaux montre non pas une opposition frontale mais une grande incertitude sur la marge de manœuvre dont disposent les États pour utiliser les instruments économiques à leur disposition.

Une première réforme pourrait donc être de mentionner explicitement les actions en faveur du changement climatique comme exceptions à l'application du GATT dans

---

<sup>86</sup> Voir notamment : P. CRIQUI, « Au cœur du futur régime climatique international : taxes ou quotas ? », in J. TIROLE, *Politique climatique : une nouvelle architecture internationale*, La Documentation française, Paris, 2009, pp. 261-270. Pour une défense de la taxe vis-à-vis des permis : S. BLAISE, « L'après Kyoto : quelle approche face au changement climatique ? », *Mondes en développement*, 2011, n° 154, pp. 103-120.

<sup>87</sup> J.-P. LANDAU, *Les nouvelles contributions financières internationales. Rapport au Président de la République*, La Documentation Française, Paris, 2003, pp. 81-87.

<sup>88</sup> ATTAC, *Pour une justice climatique : libérons le climat des marchés financiers*, 2009.

<sup>89</sup> Concernant la taxe sur les transports, ces obstacles sont facilement surmontables, comme en témoigne la mise en place d'une taxe de solidarité sur les billets d'avion, par 29 États : UNITAID, *La mise en œuvre de la taxe de solidarité (sur les billets d'avion)*, janvier 2013.

<sup>90</sup> P. CANFIN et P. STAIME, *Climat: 30 questions pour comprendre la Conférence de Paris*, op. cit., p. 131.

le cadre de l'article XX<sup>91</sup>. La réaffirmation, au sein du GATT ou de l'Accord SMC de l'obligation de mettre fin aux subventions aux énergies fossiles<sup>92</sup>, pourrait également venir renforcer les dispositions du Protocole de Kyoto<sup>93</sup>.

Les accords d'investissement pourraient également être plus clairs sur la place réservée à la protection de l'environnement et plus spécifiquement du climat. L'introduction d'une clause modelée sur l'article XX du GATT<sup>94</sup> ou la généralisation de la mention d'objectifs non-économiques dans les préambules<sup>95</sup> pourrait contribuer à éclaircir la place faite à ces considérations dans l'analyse des principes généraux de protection des investisseurs ou dans l'interprétation des clauses de stabilisation. La mention de standards ou de traités internationaux spécifiques<sup>96</sup> pourrait également éclaircir l'arbitrage à effectuer entre la protection de l'investisseur et la nécessité pour l'État de modifier sa législation<sup>97</sup>.

Les États peuvent également exploiter les opportunités ouvertes par le droit international pour développer leurs actions en matière d'action climatique et renforcer la cohérence de leurs politiques. Ainsi, l'UE a introduit la ratification de la CNUCC et du Protocole de Kyoto dans les conditions à remplir pour bénéficier du régime SGP+. Cependant, la multiplication de ce type de mesures est difficilement envisageable en raison du principe de responsabilités communes mais différenciées qui implique justement que la responsabilité du changement climatique n'incombe pas en premier lieu aux pays en développement mais aux pays développés<sup>98</sup>.

---

<sup>91</sup> Une modification de ce type serait également utile dans les accords qui présentent des clauses similaires à l'article XX, comme l'AGCS : M.-P. LANFRANCHI et E. TRUILHE-MARENGO, « Droit de l'OMC et protection de l'environnement », *op. cit.*, para. 67.

<sup>92</sup> D. BADRINARAYANA, « "Gatting" the New Climate Treaty Right: Leveraging Energy Subsidies to Promote Multilateralism », *Fordham International Law Journal*, 2015, vol. 39, n° 2, pp. 179-204.

<sup>93</sup> Article 2, § 1, v).

<sup>94</sup> Voir notamment CNUCED, *World Investment Report 2015. Reforming International Investment Governance*, *op. cit.*, pp. 135-142 ; A. CROCKETT, « Stabilisation clauses and sustainable development : Drafting for the future », *op. cit.*, pp. 537-538 ; O. DANIC, « Droit international des investissements, droits de l'Homme, droit de l'environnement », *op. cit.*, pp. 567-579. ; S. A. SPEARS, « Making way for the public interest in international investment agreements », in C. BROWN et K. MILES (éd.). *Evolution in investment treaty law and arbitration*, *op. cit.*, pp. 287-290 et J. CONDON et T. SINHA, *The Role of Climate Change in Global Economic Governance*, *op. cit.*, p. 115.

<sup>95</sup> S. A. SPEARS, « Making way for the public interest in international investment agreements », *op. cit.*, pp. 290-294 ; K. GORDON et J. POHL, « Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey », *op. cit.*, p. 13.

<sup>96</sup> A. CROCKETT, « Stabilisation clauses and sustainable development : Drafting for the future », *op. cit.*, pp. 535-536.

<sup>97</sup> Certains auteurs ont cependant souligné le possible effet pervers de clauses mentionnant les engagements internationaux : A. CROCKETT, « Stabilisation clauses and sustainable development : Drafting for the future », *op. cit.*, pp. 532-534 et A. SHERBERG, *Stabilization Clauses and Human Rights*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>98</sup> M. ABBAS, « L'Europe face aux changements climatiques », *op. cit.*, p. 64. Dans ce cadre, les discussions relatives à la libéralisation du commerce des biens et services environnementaux posent également question en raison du rang occupé par les pays développés et émergents dans la production de ce type de services (*Idem*, pp. 62-63 et R. KEMPF, *L'organisation mondiale du commerce face au changement climatique*, *op. cit.*, pp. 51-59).

b) *Encadrer et soutenir les initiatives privées*

Les initiatives en matière d'autorégulation peuvent être plus efficaces et plus lisibles si elles sont soutenues par l'action publique<sup>99</sup>, par le biais de sanctions du non-respect ou d'incitations au respect. Ainsi, les possibilités de corégulation sont multiples, tout comme le sont les possibilités d'autorégulation. Elles peuvent inclure une référence, au sein de la législation d'un État ou d'un accord international, de normes techniques relatives aux procédés de fabrication ou aux émissions de GES<sup>100</sup>. L'inclusion de critères liés à l'efficacité énergétique dans l'attribution de marchés publics ou un régime fiscal particulier peut également inciter les entreprises à respecter ceux-ci. Les États disposent alors d'une « force de captation » vis-à-vis des standards internationaux, que ce pouvoir s'exerce en amont ou en aval de l'élaboration des standards par des organismes publics ou privés<sup>101</sup>.

L'encadrement de l'autorité publique peut également consister en l'amélioration de la transparence et de l'information fournie aux clients ou partenaires de l'ETN. L'action publique peut alors consister en l'obligation de publier des données en matière d'émissions de GES, sur la base d'un format adopté par une initiative de régulation privée telle que la GRI<sup>102</sup>.

Enfin, on voit se développer, au niveau européen, des « accords environnementaux » qui, sans être sanctionnés directement par la puissance publique, peuvent impliquer un contrôle de sa mise en œuvre ou la mise en place d'un comité de suivi de normes développées par des acteurs privés, avec ou sans l'implication d'une autorité publique<sup>103</sup>.

Si ces mesures sont généralement accueillies avec bienveillance du fait de leur efficacité et de leur adaptabilité, il faut cependant garder à l'esprit que les normes élaborées par les entreprises et l'objectif de protection du climat peuvent ne pas coïncider exactement<sup>104</sup>. L'État peut alors avoir un rôle pour recadrer des discussions, éventuellement en utilisant sa capacité à régler en cas d'échec des normes privées<sup>105</sup>.

<sup>99</sup> P. T. MUCHLINSKI, *Multinational enterprises and the law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 550 : « effective self-regulation may depend on effective standard setting and enforcement through traditional command and control by host countries ».

<sup>100</sup> M.-P. LANFRANCHI et E. TRUILHE-MARENGO, « Droit de l'OMC et protection de l'environnement », *op. cit.*, para. 47.

<sup>101</sup> L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Normes, standards et règles en droit international », in E. BROSSET et E. TRUILHÉ-MARENGO, *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce*, La Documentation française – CERIC, Paris, 2006, pp. 43-56.

<sup>102</sup> On peut ainsi imaginer une disposition spécifique aux changements climatiques du type du rapport annuel sur l'environnement obligatoire en France depuis 2001 pour les sociétés cotées en bourse (art. L225-102-1 du Code Commerce). GRI et ISO ont par ailleurs conclu un mémorandum d'accord en 2011 afin de coopérer en matière de développement durable.

<sup>103</sup> Pour une analyse des problématiques posées par ce nouveau type d'accord au sein de l'UE : A. ROGER, « Corégulation et politique climatique de l'Union Européenne. Le rôle des accords environnementaux », in S. MALJEAN-DUBOIS et A. ROGER, *L'implication des entreprises dans les politiques climatiques. Entre corégulation et autorégulation*, Documentation Française – CERIC, Paris, 2011, pp. 67-96.

<sup>104</sup> Voir notamment J. CLAPP, « The privatization of global environmental governance : ISO 14000 and the Developing World », in D. L. LEVY et P. J. NEWELL, *The Business of Global Environmental Governance*, *op. cit.*, pp. 229-248.

<sup>105</sup> A. ROGER, « Corégulation et politique climatique de l'Union Européenne. Le rôle des accords environnementaux », *op. cit.*, p. 79.

## 2) La mise en œuvre d'une réelle responsabilité des ETN

Nous souhaitons ici développer l'hypothèse d'une responsabilité internationale directe de l'ETN en matière climatique, c'est-à-dire d'une responsabilité qui pourrait naître d'un accord international imposant des obligations aux entreprises sans passer par le biais étatique, mais bénéficiant pour sa mise en œuvre des moyens de contrainte des États. Ce type de normes, encore peu développé, existe et il conviendra tout d'abord d'analyser leur capacité à s'appliquer à la protection du climat (a). Enfin, une responsabilité directe internationale des entreprises implique également la mise en place de mécanismes de sanction indépendants de celles-ci. Il s'agit ici de réfléchir à la notion de cour environnementale globale (b).

### a) Développer la dimension climatique des normes à destination des entreprises

La prise de conscience de l'émergence d'un manque de régulation dans plusieurs domaines de la responsabilité des entreprises a donné lieu à la fois à la multiplication des normes privées et à l'élaboration de normes publiques innovantes sur la scène internationale. Les principes directeurs de l'OCDE à destination des entreprises multinationales sont un exemple particulièrement intéressant de ce type de régulation, en raison de son champ d'application et de ses modes de contrôle. Les principes directeurs énoncent une variété de principes dans des domaines assez divers et incluent notamment un chapitre sur l'environnement<sup>106</sup>. Depuis 2011, ils font référence aux émissions de gaz à effet de serre à plusieurs reprises dans ce chapitre<sup>107</sup> afin de recommander aux entreprises des activités permettant de limiter leurs émissions<sup>108</sup>.

Le second trait distinctif des principes directeurs est la mise en place de points de contact nationaux (PCN) qui peuvent être saisis de manière large de tout comportement contraire aux lignes directrices de la part d'une entreprise, ayant son siège dans un État ayant adhéré aux principes directeurs, et de toutes ses relations d'affaires<sup>109</sup>. Les points de contact nationaux ont été saisis à trois reprises de questions concernant la responsabilité climatique des ETN. Le PCN allemand a ainsi été saisi en 2007 et 2009, c'est-à-dire avant que les émissions de GES soient mentionnées dans les principes directeurs, et a rejeté les plaintes des ONG<sup>110</sup>. Le PCN norvégien a été saisi en 2012. Il s'est déclaré incompétent en considérant que les lignes directrices ne font pas référence

<sup>106</sup> On peut citer également les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations unies. Cependant, le lien entre droits de l'Homme et changement climatique, s'il est de plus en plus discuté par la doctrine, est difficilement admis par les instances internationales : L. D'AMBROSIO, « Opposer les objectifs de réduction aux entreprises et les rendre justiciables », in M. DELMAS-MARTY, L. D'AMBROSIO, C. DEVAUX et K. MARTIN-CHENUT, *Le dérèglement climatique : un défi pour l'humanité*, 2015, p. 17.

<sup>107</sup> Les commentaires relatifs au chapitre sur la publication d'information font également référence à cette composante climatique (OCDE, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international*, 2011, p. 30).

<sup>108</sup> OCDE, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international*, 2011, Chapitre IV, article 6.

<sup>109</sup> Voir les nombreuses contributions dans cet ouvrage à ce sujet.

<sup>110</sup> Les rapports sur les cas rejetés par le PCN allemand ne sont pas publiés, ce qui explique le peu d'informations disponibles à ce sujet. POINT DE CONTACT NATIONAL ALLEMAND, *Complaints not accepted for in-depth examination by Germany's National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, pp. 4-5 (document disponible sur le site du PCN : <http://www.bmwi.de/FR/Sujets/Economie-exterieure/Instances-internationales/principes-directeurs-de-l-ocde,did=658092.html> consulté le 3 août 2016).

au Protocole de Kyoto, que la plainte n'était pas suffisamment argumentée et qu'elle visait davantage à modifier les politiques climatiques des États que le comportement des entreprises<sup>111</sup>.

Dès lors, et bien qu'il soit difficile de tirer des conclusions générales sur la base d'une seule affaire, il semble que le potentiel en matière climatique des principes directeurs puisse être développé. La mention du Protocole de Kyoto, de l'Accord de Paris ou de l'objectif de réduction des émissions compatibles avec l'objectif de 2°C des températures dans les commentaires des principes relatifs à l'environnement, l'inclusion du principe d'une responsabilité des entreprises de se saisir de cette question à côté de celle des États, ou le renforcement des termes utilisés en matière climatique pourraient ainsi permettre aux PCN d'aller jusqu'au bout de l'évolution initiée en 2011.

#### *b) Mettre en place un tribunal international de l'environnement*

La mise en place d'un tribunal international de l'environnement pouvant sanctionner une action contraire au droit international public est assez intéressante pour qu'on la mentionne. Les propositions actuelles concernent avant tout les États, que cette Cour puisse être saisie à la fois par les États et les personnes privées<sup>112</sup> ou qu'elle soit une quasi-juridiction ressemblant davantage à une « Cour des Comptes internationale »<sup>113</sup>, et que son mandat soit limité au climat ou au droit de l'environnement.

Ces propositions en sont encore au stade théorique. De plus, la responsabilité climatique des personnes privées telles que les ETN n'est pratiquement jamais évoquée dans ce cadre. La qualification de certains éléments essentiels, tels que l'élément générateur du dommage, le dommage, et surtout la question du lien de causalité, est extrêmement délicate, comme en témoignent les affaires devant les cours nationales<sup>114</sup>. De fait, de toutes les propositions abordées ici, celle-ci est la plus difficile à mettre en œuvre aujourd'hui.

## CONCLUSION

Cette contribution visait à identifier les obstacles s'opposant à une responsabilisation des entreprises transnationales en matière de changements climatiques, et à proposer des pistes de solutions. De fait, elle se devait d'être pessimiste. Pourtant, on voit aujourd'hui se développer des arguments en faveur d'un optimisme en la matière<sup>115</sup>. Il y a en effet des raisons d'espérer quand on voit la hausse constante des investissements dans les énergies renouvelables, les avancées faites à

<sup>111</sup> POINT DE CONTACT NATIONAL NORVÉGIEN, *Initial assessment. Climate network and Concerned scientists Norway vs. Statoil*, 13 mars 2012.

<sup>112</sup> A. POSTIGLIONE, « A more efficient international law on the environment and setting up an international court for the environment within the United Nations », *Environmental Law*, 1990, vol. 20, pp. 321-328 ; K. F. MCCALLION et H. R. SHARMA, « Environmental justice without borders: The need for an international court of the environment to protect fundamental environmental rights », *George Washington Journal of International Law & Economics*, 1999, vol. 32, p. 351.

<sup>113</sup> P. CANFIN et P. STAIME, *Climat: 30 questions pour comprendre la Conférence de Paris*, op. cit., p. 130 : cette Cour, spécifique au climat, serait « capable de publier régulièrement des rapports, par États ou par secteurs, soulignant ce qui fonctionne et ce qui ne fonctionne pas ».

<sup>114</sup> R. LORD, S. GOLDBERG, L. RAJAMANI et J. BRUNNÉE, *Climate Change Liability. Transnational Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

<sup>115</sup> A. GORE, *The case for optimism on climate change*, Ted Talk, février 2016.

Paris, les nombreuses initiatives volontaires des ETN, ainsi que le consensus, au moins de façade, autour de la nécessité de lutter contre un changement climatique dont les causes sont avant tout humaines. De plus, la baisse des émissions en Europe montre la possibilité d'obtenir des résultats, lorsque des engagements clairs sont pris en la matière.

Pour autant, il n'est pas question de faire preuve ici d'angélisme : le rythme auquel les émissions diminuent est trop lent. Les engagements pris ne permettront pas de limiter la hausse des températures à 2°C, alors même qu'une augmentation de cette ampleur aura déjà des conséquences importantes en termes de biodiversité, de montée des eaux, de sécurité alimentaire mondiale. Les entreprises ne pourront être les seules à agir, mais elles font aujourd'hui partie des acteurs qui assument le moins de responsabilité par rapport à l'impact qu'ont leurs activités sur le changement climatique.

Les propositions en ce sens soulignent la nécessité d'adopter une démarche globale, impliquant une variété d'acteurs (États, ETN, société civile, scientifiques) et résultant d'une réflexion sur l'ensemble de la gouvernance mondiale. Elles s'appuient sur des mécanismes existants. En effet, les succès rencontrés en matière de régulation doivent être développés afin d'accélérer le rythme des réductions d'émissions. Pour reprendre une autre phrase d'Al Gore, « We are going to win this. But it matters a lot how fast we win it. »<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> *Idem.*