



Droit, expertise et influence.

Le rôle du droit souple pour assurer l'effectivité du droit dur : l'exemple du changement climatique

L'accord de Paris adopté le 12 décembre 2015 à l'issue de la COP21 (21^e Conférence des parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques) fut un succès diplomatique : pour la première fois, un accord universel et contraignant voyait le jour en matière de lutte contre le dérèglement climatique. Accord contraignant certes, mais dont l'efficacité reste incertaine, pour diverses raisons. Tout d'abord, il n'entrera en vigueur qu'en 2020 et l'objectif à long terme de réduction des émissions mondiales est très insuffisant. Ensuite, les moyens de coercition sont faibles, voire inexistants. Les engagements volontaires des États, annexés à l'accord, n'ont pas de valeur contraignante. Quant aux dispositions contraignantes (suivi régulier des engagements des pays, obligations de financement par les pays développés, cadre renforcé en matière de transparence), comment les faire respecter ? **Autrement dit, comment renforcer l'efficacité du droit international pour assurer la transition vers des sociétés et des économies résilientes et sobres en carbone ?**

En tout premier lieu, les juges jouent un rôle important, souvent à l'initiative de la société civile ; non pas seulement les magistrats des juridictions internationales, mais aussi les juges nationaux, sensibilisés à la lutte contre le dérèglement climatique et à l'objectif d'une civilisation post-carbone. Ils jouent un rôle d'accélérateurs de la transformation engagée, d'autant plus efficaces que leurs décisions, en droit de la responsabilité, sont largement diffusées par les associations qui les introduisent ou les soutiennent. Relayées par les médias, ces actions inspirent ensuite d'autres actions en justice, dans d'autres pays. C'est ainsi que, six mois avant l'Accord de Paris, le 24 juin 2015, le Tribunal de grande instance de La Haye ordonnait à l'État néerlandais de réduire les émissions de gaz à effet de serre dans le pays d'au moins 25 % d'ici 2020 par rapport à 1990. Ce tribunal a estimé que l'État était responsable pour n'avoir pas fourni les efforts nécessaires pour tenir l'objectif fixé. Le jugement écarte l'argument de l'État néerlandais selon lequel le changement climatique est un problème global qui ne peut être traité à une échelle nationale et lui oppose le devoir des pays d'agir localement, au nom de l'obligation commune mais différenciée des États à lutter contre le réchauffement. L'affaire, introduite par Urgenda, une plateforme d'environ neuf cents citoyens, a suscité d'autres actions dans plusieurs pays (l'État néerlandais a quant à lui fait appel du jugement).

Ainsi une société civile active comprenant de nombreuses organisations non gouvernementales (ONG) n'hésite pas à saisir les juges. Aux États-Unis par exemple, à la suite de pressions exercées par des associations, des scientifiques et des parlementaires, des enquêtes ont été lancées contre le géant américain du pétrole, Exxon Mobil, soupçonné d'avoir cherché à masquer l'impact de ses activités sur le réchauffement climatique et d'avoir manqué à ses obligations en n'alertant pas ses actionnaires des risques pesant sur les activités de l'entreprise et sa capacité à continuer d'utiliser des énergies fossiles ; d'autres entreprises du secteur seront sans doute prochainement concernées. En Allemagne – et c'est une première en Europe – un fermier péruvien soutenu par Germanwatch, une association environnementale qui se mobilise pour un

développement global « plein d'avenir », a introduit, le 24 novembre 2015, une action contre l'énergéticien RWE qu'il accuse d'être partiellement responsable du réchauffement climatique et de la fonte des glaces dans la région des Andes. M. Lliuya réclame 20 000 à RWE pour financer une partie des travaux nécessaires pour protéger sa maison et celles de ses 55 000 voisins, dans la ville de Huaraz, dans le nord du Pérou, menacée d'inondations du fait de la fonte des glaces et du niveau du lac Palcacocha, situé à 4 500 mètres au-dessus du niveau de la mer, soit 0,47 % du montant total des travaux, qui s'élèvent à 3,5 millions d'euros. Ce pourcentage se veut proportionnel au rôle de l'entreprise dans la pollution : depuis le début de l'industrialisation (de 1751 à 2010), RWE aurait été responsable de 0,5 % des émissions de gaz à effet de serre dans le monde.

Mais les entreprises sont-elles mêmes des acteurs essentiels de la transformation à l'œuvre. Portés par un mouvement général et une prise de conscience forte des enjeux planétaires, l'un et l'autre renforcés par l'Accord de Paris, **les grands groupes prennent aujourd'hui toutes sortes d'engagements volontaires internationaux** en faveur de l'environnement et du climat (en pratique, ils le font même d'autant plus volontiers que leur activité menace l'environnement).

Le secteur de la finance est particulièrement touché. La réorientation de la finance vers une économie bas-carbone a d'ailleurs constitué un enjeu majeur de la COP 21. L'investissement dit « socialement responsable » (ISR) intègre les critères environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) dans la gestion et la performance financière de l'entreprise. Les Principes de l'Équateur (EPFI), instrument de droit souple, sont devenus un référentiel international du secteur financier pour l'identification, l'évaluation et la gestion des risques sociaux et environnementaux pour les opérations de financement de projets dans le secteur industriel. Les grands établissements financiers qui les ont adoptés considèrent les émissions de carbone comme un risque et estiment qu'il est de leur responsabilité d'accompagner la transition énergétique mondiale, quitte à céder leurs participations dans les entreprises les plus impliquées dans les activités liées au charbon. Ils y trouvent aussi leur intérêt : le «risque carbone» est pris en compte par les agences de notation, or cette notation est un élément structurant de la façon dont le marché financier alloue le capital. Il n'est pas étonnant, dans ce contexte, que la sphère financière, consciente des risques liés à l'impact négatif anticipé du changement climatique sur l'économie, se mobilise.

Quel que soit le secteur en cause, lorsqu'une entreprise adhère à un instrument de droit souple, elle s'engage à toutes sortes d'obligations décrites par cet instrument. Par exemple, en vertu du Pacte mondial des Nations Unies ou « *UN Global Compact* », l'entreprise s'engage à promouvoir les principes du Pacte mondial, à les mettre en place et à communiquer sur ses « actions de progrès ». La « Communication sur le Progrès » (COP) comporte toute une série de documents obligatoires et requiert une description détaillée des actions mises en place sur les thèmes du *Global Compact*. Ainsi, les entreprises sont liées, sous peine d'être retirées du Pacte pour défaut de communication, ce qui les rendrait aussitôt suspectes d'écoblanchiment ou « verdissage » (*greenwashing*), risque qui peut s'avérer redoutable.

Le droit des obligations (contrats et responsabilité) est en train de devenir un instrument privilégié de la lutte contre le changement climatique. Même en l'absence de contrat, du moment qu'il y a une activité ou une faute, un préjudice et un lien de causalité, le juge peut éventuellement reconnaître la responsabilité d'une partie en raison des dommages subis par des demandeurs.

Dans ce contexte, les départements achats des grands groupes incluent des clauses demandant aux fournisseurs de respecter les normes RSE (Responsabilité sociétale des entreprises) qu'ils se sont volontairement engagés à respecter. Souvent, ils prévoient la résolution du contrat en cas de non-respect de ces clauses, sans toutefois les mettre effectivement en œuvre (sauf peut-être en

cas de violation grave des droits les plus fondamentaux), car elles ont intérêt à ce que le fournisseur, même non “*compliant*”, reste leur partenaire économique. Pour le moment, ces clauses sont surtout une façon pour les grands groupes de transférer leur responsabilité et de se prévaloir de leur bonne foi. D’un côté, les entreprises affichent ouvertement leur engagement en matière de RSE. De l’autre, elles recherchent le profit. La communication RSE, devenue une pratique largement répandue chez les grands groupes, accroît leur surface de responsabilité juridique : le droit aidant, ils ne pourront plus minorer leur responsabilité de donneur d’ordre. Le coût que l’entreprise est prête à supporter en faveur de la RSE dépend du risque qu’elle court en menant pas certaines actions. Plus le risque réputationnel est important, plus l’entreprise est incitée à respecter et faire respecter les engagements.

Conformément aux obligations souscrites, l’entreprise fait procéder, en son sein et chez ses partenaires (après l’avoir contractuellement prévu), à des audits de conformité RSE qui lui coûtent cher et qui ne peuvent de ce fait se multiplier à l’infini. Il existe actuellement très peu d’instruments de mesure sur ces sujets de RSE et rien dans une comptabilité classique ne permet de distinguer le bon agissement du mauvais. Ainsi par exemple, les analyses de cycle de vie ou d’émissions carbone conduisent à des écarts de 30% entre un auditeur et un autre. Mais le droit n’est pas sans ressources et les entreprises seront, à l’avenir, confrontées aux risque judiciaire d’une action en non-conformité d’un produit qui ne respecte pas certains engagements RSE, voire d’une action en responsabilité extracontractuelle pour le préjudice subi par un tiers du fait de la violation, par l’entreprise et ses fournisseurs, de leurs obligations certes à l’origine volontairement souscrites mais devenues obligatoires et mises en valeur par l’entreprise elle-même. Dans certains cas d’annonces trompeuses, la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs pourrait aussi s’appliquer.

Tandis que le droit dur se développe, lentement et non sans d’extraordinaires difficultés (que d’efforts et de moyens mis en œuvre pour aboutir à l’accord de Paris), le droit souple est beaucoup plus facile à créer.

Souvent élaborée au sein d’une organisation internationale qui s’appuie sur des universitaires experts, appelés à travailler avec les entreprises, la *soft law* elle est très adaptable. Elle prospère et, victime de son succès, elle présente aujourd’hui l’inconvénient d’être finalement de moins en moins lisible. L’élaboration du droit est de plus en plus délocalisée, mise sous influence, privatisée. Les labels privés pullulent, pas toujours sérieux mais toujours mis en avant et tout ceci entretient une confusion aux yeux des consommateurs, qui ne peuvent les distinguer des labels les plus sérieux.

Dans ce contexte ambivalent, l’efficacité du droit souple tient essentiellement à sa capacité à orienter les comportements autrement que par la contrainte et au risque réputationnel qu’il crée. Il ne s’agit encore que d’un début d’évolution, d’autant plus intéressant à analyser que, pour le moment, dans la réalité de la vie économique, le droit a une portée bien limitée. La RSE est certes d’abord et avant tout un mouvement éthique mais la communication qui l’envahit peut le couvrir d’un voile de suspicion. Pourtant, l’analyse juridique permet de comprendre comment, à travers l’engagement volontaire unilatéral de l’entreprise, puis de contrats (en particulier la “*supply chain*”), le droit souple se transforme en droit dur : dès qu’une entreprise adhère à un instrument de droit souple, celui-ci acquiert en principe force obligatoire pour elle comme pour ses partenaires économiques. Tandis que les instruments juridiques prolifèrent- on ne manque ni de normes obligatoires, ni surtout d’instruments de droit souple- l’enjeu se déplace : de la fabrication de la norme à la garantie de son effectivité. C’est à ce stade que les citoyens et associations, avec les juges, entrent dans l’arène, pour garantir l’effectivité d’un processus à la fois éthique et juridique. Ils y sont d’autant plus aidés que désormais, climat et développement économique ne sont plus opposés mais associés. La lutte contre le changement climatique est de

moins en moins perçue comme une contrainte imposée par la volonté des pays occidentaux et de plus en plus comme un risque global pour une entreprise, une ville (particulièrement dans ces grandes mégalo-poles où l'air est parfois irrespirable), un Etat.

Mars 2016

www.idefie.org