

## LA RESPONSABILITE SOCIETALE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE CHANGEMENT CLIMATIQUE

Leila LANKARANI<sup>1</sup>

### INTRODUCTION

L'occurrence du changement climatique est devenue « le problème le plus important et urgent de la responsabilité sociale ou sociétale des entreprises<sup>2</sup> ». Un état des lieux rapide du concept de la responsabilité sociétale ou sociale de l'entreprise (RSE), dans ses différentes approches<sup>3</sup>, constitue néanmoins un préliminaire utile à son examen en matière de changement climatique.

Le concept de la responsabilité sociale ou sociétale de l'entreprise fait son apparition dans les années 1950 aux Etats-Unis d'Amérique<sup>4</sup>.

A travers un débat sur l'éthique corporative, et le fait de savoir s'il est possible d'attribuer aux entreprises des devoirs éthiques et moraux en tant que personnes morales, le concept a soulevé la question du rôle de l'entreprise privée au sein de la société.

L'on s'est demandé si les entreprises, au-delà des engagements imposés par les lois et règlements de l'autorité publique, sont tenues à des engagements volontaires pour assumer leur fonctions et activités économiques, et représenter les intérêts de la société.

---

<sup>1</sup> Professeur de droit public, Université de Franche-Comté.

<sup>2</sup> The emergence of climate change as "one of the most important and urgent corporate responsibility issues." (ROSEN-ZVI (I) "You Are Too Soft!: What Can Corporate Social Responsibility Do For Climate Change?", *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*. 2011;12(2): p. 542 (et réf.)

<sup>3</sup> Pour un examen de l'historique de l'apparition du concept et de l'évolution de ses approches, voir MERLIN-BROGNIART(C), DEPRET (M.H.) « Quels acteurs pour quelle responsabilité des entreprises ? D'une responsabilité sociale des entreprises à la responsabilité globale des acteurs » ([http://clerse.univ-lille1.fr/IMG/pdf/axe\\_5\\_merlin\\_depret.pdf](http://clerse.univ-lille1.fr/IMG/pdf/axe_5_merlin_depret.pdf)).

<sup>4</sup> L'ouvrage "fondateur" est celui de l'économiste Howard R. Bowen, *The Social Responsibilities of the Businessman* (1953), tandis que « [l']article pionnier dans le champ de la responsabilité sociale, intitulé *The Changing Basis of Economic Responsibility*, date de 1916 » et écrit par l'économiste américain, John Morice Clark (CADET (I). Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), responsabilité éthiques et utopies. Les fondements normatifs de la RSE, Etude de la place du droit dans les organisations. Gestion et management. Conservatoire national des arts et métiers - CNAM, 2014. p. 135).

Deux approches plus ou moins opposées du concept de la RSE ont été développées au fur et à mesure aux Etats-Unis d'Amérique, et ont irrigué d'autres continents, qu'il s'agisse d'une RSE « implicite » à l'européenne, ou « explicite » et « ostentatoire » à l'américaine<sup>5</sup>.

Selon la première, nettement soutenue par l'un des partisans de l'école de Chicago, Milton Friedman dès son ouvrage sur « *Capitalism and Freedom* » paru en 1962, et réitérée dans son fameux article au *Times magazine* en 1970, la responsabilité sociale de l'entreprise est de créer des profits pour ses actionnaires en ce que « there is one and only one social responsibility of business - to use its resources and engage in activities designed to increase its profit so long as it stays within the rules of the game<sup>6</sup> ».

Cette approche de la RSE est dénommée la *Shareholder theory*. Selon Friedman, une responsabilité éthique et morale détachée de celle d'une personne physique n'est pas sainement concevable pour l'entreprise dans un système de libre capitalisme<sup>7</sup>, quelle que soit par ailleurs la volonté de l'entreprise, ou plutôt de ses dirigeants, de s'engager dans des actions philanthropiques<sup>8</sup>.

Selon la seconde approche, apparue plus tard avec la montée en puissance des entreprises multinationales, la perception de la RSE s'est placée sur le terrain des questions relevant du niveau organisationnel et de gestion dans l'entreprise.

Elle se présente comme l'explication d'un modèle économique différent pour l'entreprise. Selon ce modèle, l'entreprise ne fonctionne pas en vase clos et ne peut concentrer toutes ses activités uniquement vers la maximisation de profits et de gains. Elle doit tenir compte du milieu dans lequel elle opère, et doit se sentir responsable envers tous ceux qui ont des intérêts dans son fonctionnement, appelés les « parties prenantes » ou *Stakeholders*.

<sup>5</sup> BROGNIART(C), DEPRET(M.H.), *op. cit.* p. 4.

<sup>6</sup> "THE SOCIAL RESPONSIBILITY OF BUSINESS IS TO INCREASE ITS PROFIT", *NEW YORK TIMES MAGAZINE*, 13 SEPTEMBRE 1970 ([HTTP://WWW.COLORADO.EDU/STUDENTGROUPS/LIBERTARIANS/ISSUES/FRIEDMAN-SOC-RESP-BUSINESS.HTML](http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html)).

<sup>7</sup> "the doctrine of "social responsibility" taken seriously would extend the scope of the political mechanism to every human activity. It does not differ in philosophy from the most explicitly collectivist doctrine. It differs only by professing to believe that collectivist ends can be attained without collectivist means. That is why, in my book *Capitalism and Freedom*, I have called it a "fundamentally subversive doctrine" in a free society"(*ibidem*); pour une critique, en retour, quant à la "perversion" d'approche de Friedman, voir ROBE (J.Ph.) "Critique de la « responsabilité sociétale de l'entreprise »", <http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/seminar-2014-06-13-14h00.htm>

<sup>8</sup> CADET (I), *op. cit. ibidem*.

Les « parties prenantes » peuvent ainsi être définies comme « tout groupe ou individu qui peut influencer ou être affecté par les objectifs de l'entreprise »; il en est ainsi des consommateurs, de l'opinion publique, des syndicats, des associations<sup>9</sup>. La *Stakeholder theory* élargit la sphère des devoirs de gouvernance de l'entreprise en proposant que divers acteurs, internes et externes à l'entreprise soient pris en considération dans les décisions relatives aux activités de l'entreprise.

En tant que concept de responsabilité « signifiant essentiellement » que les entreprises « décident de leur propre initiative de contribuer à améliorer la société et rendre plus propre l'environnement », la Commission européenne la définit également comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leur relations avec leurs parties prenantes<sup>10</sup> ».

Cause ou effet de l'absence au regard de ces parties prenantes de responsabilité légale pour l'entreprise, notamment multinationale, cette seconde approche de responsabilité sociale ou sociétale constitue le cœur du débat institutionnel international amorcé dès les années 1970 à travers la technique de la *Soft Law* auprès et au sein des instances internationales.

Il en sera ainsi et d'abord, dans le cadre de l'OCDE, et de l'OIT avant d'être réactivé plus frontalement par l'ONU, bien qu'encore dans la même perspective de responsabilité pour les entreprises. Au sein de l'OCDE, et révisés à plusieurs reprises depuis - notamment en 2011, ce sont les *Principes directeurs à destination des entreprises multinationales* qui ont été adoptés le 21 juin 1976, en vue sans doute de rééquilibrer la position intransigeante d'alors de l'ONU à l'égard des multinationales exprimée par la voix des pays en voie de développement<sup>11</sup>, mais dont on sait qu'elle restera à l'ONU en état de projet de code de conduite<sup>12</sup>. Au sein de l'OIT, préoccupée depuis de nombreuses années par certains problèmes sociaux liés aux activités des

<sup>9</sup> MUJIH (E.C.) *Regulating Multinationals in Developing Countries*, Surrey, Gower, 2012 (cité in KIRBY (C), "La responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise : quel rôle pour le droit", 2014, p. 6, [https://www.usherbrooke.ca/environnement/fileadmin/sites/environnement/documents/Essais\\_2014/Kirby](https://www.usherbrooke.ca/environnement/fileadmin/sites/environnement/documents/Essais_2014/Kirby)).

<sup>10</sup> Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Livre vert, 2001, §20, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0366&from=FR>

<sup>11</sup> DE FROUVILLE (O), « Rapport introductif : les mécanismes onusiens de protection et de promotion », in E.DECAUX, (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, spéc.p. 163 et s.

<sup>12</sup> Sur le projet de code de conduite des Nations Unies sur les firmes multinationales, et sur les principes directeurs de l'OCDE précités qui constituent l'un des "instruments interdépendants" de l'Organisation adoptée le 21 juin 1976 visant aussi les droits des entreprises multinationales dans les Etats où elles opèrent, voir CARREAU (D) JUILLARD(P) "*Droit international économique*", Dalloz, 1ère édition, § 78 et s., spéc. §91; voir aussi BACHAND (R) VEILLEUX (A) "Droits et devoirs des investisseurs : Existe-t-il un espace juridique transnational ?", Groupe de recherche sur l'intégration continentale Continentalisation, *Cahier de recherche* 01-13, Université du Québec, Montréal, spéc. p. 8 et s. (et réf.), <https://depot.erudit.org/bitstream/000642dd/1/000288pp.pdf>; DECAUX (E) "La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite" *A.F.D.I.* 1983, p. 85.

entreprises multinationales, c'est la *Déclaration de principes tripartites sur les entreprises multinationales et la politique sociale* qui a vu le jour en 1977<sup>13</sup>.

Le Pacte mondial des Nations Unies de 1998 initié par le Secrétaire Général de l'ONU dans le cadre d'un partenariat avec les entreprises fera la relance, non sans critique<sup>14</sup>, du débat et de l'examen plus direct concernant la RSE. Le Pacte invite les entreprises à s'engager dans une responsabilité civique, et à aligner leurs opérations et leurs stratégies sur dix principes universellement acceptés touchant notamment les droits de l'Homme<sup>15</sup>. Le pacte mondial a été signé par 8300 entreprises, dont 970 françaises.

Par la suite, la Sous-commission des droits de l'Homme des Nations Unies a proposé, sur le sujet, des « normes » dotées d'un mécanisme de suivi<sup>16</sup>. La démarche vers une perspective juridique contraignante ayant cependant rencontré visiblement des réticences au sein de la Commission des droits de l'Homme, la poursuite de telles propositions y a été refusée<sup>17</sup>. Aussi, par sa résolution 2005/69, en date du 20 avril 2005, la Commission a décidé d'engager un nouveau processus<sup>18</sup>.

C'est à cette fin qu'en juin 2005, le Conseil des droits de l'Homme a mandaté un Représentant spécial du secrétaire général de l'ONU pour « les droits de l'Homme, les entreprises transnationales et autres entreprises », en la personne du professeur John Ruggie - désormais bien connu pour son rôle actif dans l'élaboration du Pacte Mondial.

Dans un premier temps, en juin 2008 au sein du Conseil, le Représentant spécial a pu faire adopter le « cadre conceptuel et des principes d'action afin d'ancrer le débat sur les entreprises et les droits de l'Homme<sup>19</sup> ». Ce cadre s'articule autour de trois principes fondamentaux focalisés sur les droits de l'Homme: *protéger, respecter, remédier*. Ce triptyque conceptuel a

<sup>13</sup> [http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453910:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453910:NO)

<sup>14</sup> DUBIN (L) « Les relations partenariales entre les Nations Unies et les sociétés transnationales », in *Les 70 ans des Nations Unies : Quel rôle dans le monde actuel ? En l'honneur du Professeur Yves Daudet*, Paris, Pedone, 2014, p. 189.

<sup>15</sup> - ainsi que les normes du travail, l'environnement et la lutte contre la corruption- (<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>).

<sup>16</sup> Voir, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises » (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 août 2003)

<sup>17</sup> Voir, E/CN.4/DEC/2004/116 où il est dit que le document précité ( E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2) « en tant qu'avant- projet, n'a aucune valeur juridique, et que la Sous-Commission ne devrait pas assumer de fonction de surveillance en la matière »; voir aussi A/HRC/17/31 aux termes duquel cette « proposition a suscité un débat très conflictuel entre le monde des affaires et les groupes de défense des droits de l'homme sans recueillir beaucoup de soutien auprès des administrations publiques. La Commission n'a pas voulu donner suite à la proposition ».

<sup>18</sup> (E/CN.4/2005/L.10/Add.17)

<sup>19</sup> A/HRC/8/5

pour signification que l'obligation de protéger incombe à l'État lorsque des tiers, y compris des sociétés, portent atteinte aux droits de l'Homme, qu'une responsabilité incombe aux entreprises quant au respect de ces droits, et qu'un accès plus effectif à des mesures de réparation pour les victimes est nécessaire, ce dernier incombant tant aux entreprises qu'à l'Etat.

Sur la base de ce cadre conceptuel, ayant amplement développé dès 2008 les trois principes fondamentaux précités, et suite à de nombreuses concertations entreprises avec des institutions internationales privées et publiques (ISO, OCDE, Banque Mondiale, Union européenne), s'est construit un consensus associant organisations d'employeurs, d'employés et de défense des droits de l'Homme dont la résultante fut l'adoption par le Conseil, le 17 juin 2011, du texte plus détaillé intitulé les « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies<sup>20</sup> ».

L'adoption par consensus de ces trente et un « principes directeurs » peut être considérée comme un évènement majeur, particulièrement pour la prise en compte notamment du deuxième principe fondamental du cadre conceptuel relatif au respect des droits de l'Homme dans le champ d'action des entreprises et de leur responsabilité sociétale, dont la portée, tant dans ses principes que dans ses limites d'effectivité, s'étend à la RSE en matière de changement climatique.

En effet, les principes de la RSE en matière de droits de l'Homme dégagés par John Ruggie dans une approche nettement centrée sur la *Stakeholder Theory*, constituent sur le plan international, le paradigme de tout régime de la responsabilité sociétale des entreprises, y compris en matière climatique (I). Quant aux limites de la RSE en matière climatique, en dépit du succès et de l'accueil reçu par ce texte fondateur auprès du monde des entreprises<sup>21</sup>, la prise de conscience à laquelle cette approche de responsabilité sociétale invite n'est pas réellement acquise au sein des entreprises où, par l'écart entre la conduite et le code de conduite, la survivance d'une RSE centrée sur la *Shareholder Theory* est indéniable (II).

---

<sup>20</sup> A/HRC/17/31. L'on se référera désormais à ce texte sans référence simultanée à au texte du cadre conceptuel de 2008 dont il n'est que la reprise de ses principes accompagnés de commentaires plus détaillés.

<sup>21</sup> Les codes de conduite de celles-ci reflètent la transposition des principes fondamentaux de "respecter" et de "remédier".

## **I. Les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, matrice de la responsabilité sociétale des entreprises, y compris en matière climatique**

La RSE pour le respect des droits de l'Homme n'est pas un aspect particulier de la RSE, mais elle en est la matrice. Ainsi, de l'applicabilité (A) de ces « principes directeurs » à la RSE en matière climatique, se dégage le contenu de cette responsabilité par l'application (B) de ces « principes directeurs ».

### **A. L'applicabilité des principes de la RSE en matière de droits de l'Homme à la RSE en matière de changement climatique**

Sur le plan de l'observation empirique, le succès de la mise en application des « principes directeurs » par l'ensemble des institutions privées et publiques dans le développement de la RSE - avec ou sans étiquettes - est une donnée certes importante dans l'appréciation de la portée globale et de l'aura du texte des « principes directeurs » en matière des droits de l'Homme. Il en est ainsi, de par l'adoption des principes directeurs révisés de l'OCDE en 2011 pour les entreprises multinationales<sup>22</sup>, par les normes ISO, par les Performances Standards de la Société financière internationale, par le Global Reporting Initiative, par l'Union Européenne, et par d'autres organisations régionales<sup>23</sup>. Ces données empiriques ne sont cependant que le résultat et le reflet des liens réels qui unissent sur le plan juridique la RSE en matière des droits de l'Homme, et le changement climatique. Autrement dit, sur le plan juridique, la RSE en matière des droits de l'Homme est inclusive de la RSE en matière climatique; il s'agit d'un lien de droit et de fait intrinsèque des impacts climatiques d'origine anthropique avec la RSE en matière des droits de l'Homme.

---

<sup>22</sup> "Un nouveau chapitre sur les droits de l'homme inspiré des Principes directeurs pour les entreprises et les droits de l'homme : mise en oeuvre du cadre « Protéger, respecter et réparer » établi par les Nations Unies" (voir l'Avant propos des principes directeurs de l'OCDE, p. 4, <http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/principesdirecteursdelocdealintentiondesentreprisesmultinationales.htm>).

<sup>23</sup> Sur les contacts engagés dès 2008 par John Ruggie avec ces institutions, voir, MARTIN-CHENUT (K), Droits de l'Homme et responsabilité des entreprises : les "principes directeurs des Nations Unies", <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2014/05/15-k-martin-chenut-3.pdf>.

## 1. Lien de droit quant aux droits de l'homme concernés

Conformément au onzième « principe directeur » de la partie deux du texte de John Ruggie, relative à la « [r]esponsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme », les entreprises « *devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquelles elles ont une part* ».

Quant aux droits de l'Homme qui y sont visés, le douzième « principe directeur » dispose que « *la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme porte sur les droits de l'homme internationalement reconnus - à savoir au minimum ceux figurant dans la Charte internationale des droits de l'Homme, et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*<sup>24</sup> ».

Quant au contenu exact de ce socle minimum de droits de l'Homme internationalement reconnus, il se compose de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que des huit conventions de l'Organisation internationale du travail relatives aux principes et droits fondamentaux au travail. Ces dernières consacrent la liberté d'association et le droit de négociation collective; l'élimination du travail obligatoire; l'abolition du travail des enfants ; et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

Au premier regard, ce corpus des droits pour la RSE en matière des droits de l'Homme ne consacre pas expressément le droit à un environnement sain, auquel les entreprises devraient éviter de porter atteinte, et dont il résulterait qu'elles devraient remédier aux incidences néfastes de leur activité sur le changement climatique. Toutefois, ce serait vite oublier que le socle minimum soumis à examen peut suffire à lui seul car il dispose d'une dimension englobante en matière environnementale et climatique sous divers aspects.

D'abord, la Déclaration universelle des droits de l'Homme se réfère aux exigences du « bien-être général dans une société démocratique » (article 29). Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels évoque « la sécurité et l'hygiène du travail » (article

---

<sup>24</sup> Voir A/HRC/17/31, p. 16.

7b) et, plus largement, « l'hygiène du milieu » et « l'hygiène industrielle » (article 12, § 2b). De même, le droit à la vie, et en particulier le « droit à un niveau de vie suffisant » et « l'amélioration des conditions d'existence » visés par le Pacte (article 11) impliquent des conditions de vie dans un environnement sain permettant à chacun de « vivre dans la dignité »<sup>25</sup>.

Ensuite, les modifications de l'environnement dues aux changements climatiques engendrent de graves séquelles aux droits fondamentaux de l'homme visés directement par ces instruments, tels que droit à la santé, droit à l'eau, droit à l'alimentation, droit au logement et droit à la vie.

Pour ne citer que celui-ci, le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies a en effet, institué de nombreuses études portant notamment sur le droit à la santé, le droit à l'alimentation et le droit à l'eau, le droit au logement, et sur l'extrême pauvreté ayant permis de préciser les dimensions environnementales de ces différents droits de l'Homme, visés par les « principes directeurs », et auxquels il incombe aux entreprises de ne pas porter atteinte, d'une part, et de prévenir et remédier, d'autre part, les conséquences préjudiciable de leur activités sur ces droits dont sont titulaires les parties prenantes. Dans la même lignée, les Résolutions et rapports successifs du Conseil des droits de l'Homme du 23 juin et du 15 juillet 2014 sur les liens entre Droits de l'Homme et changements climatiques<sup>26</sup>, ainsi que le Rapport, sur la même question, en date du 15 janvier 2009 du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme<sup>27</sup>, témoignent que les effets néfastes sur les changements climatiques sont des effets néfastes sur les droits de l'Homme. Le rapport de 2009 du Haut-Commissariat (chapitre II) a examiné les diverses incidences des changements climatiques sur les droits de l'Homme, en insistant sur :

---

<sup>25</sup> Les instruments plus récents contiennent des dispositions plus précises encore comme la Convention contre la discrimination à l'égard des femmes qui mentionne le droit des « femmes rurales » à « bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne (...) l'assainissement » (article 14h). La Convention des droits de l'enfant vise, au regard de la santé des enfants, les « dangers et les risques de pollution du milieu naturel » (article 24, § 2c) ainsi que l'importance de « l'hygiène et la salubrité de l'environnement » (§ 2e). C'est la même dynamique qui se concrétise aussi dans les textes régionaux des droits de l'Homme. L'article 24 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples est le premier à viser le « droit à un environnement satisfaisant et global » qui est propice au développement. Le Protocole additionnel à la Convention interaméricaine relative aux droits de l'Homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels consacre un article spécifique au « droit à un environnement salubre » (article 11), en indiquant que « les Etats parties encourageront la protection, la préservation et l'amélioration de l'environnement ». Au plan européen, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne introduit un article sur la protection de l'environnement sans consacrer à proprement parler un droit, mais en indiquant qu'« un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable ».

<sup>26</sup> Voir respectivement, A/HRC/26/L.33 et A/HRC/26/27.

<sup>27</sup> A/HRC/10/61.



- la relation entre environnement et droits de l'Homme;
- les répercussions des effets des changements climatiques sur l'exercice de certains droits fondamentaux de l'Homme précités ;
- la vulnérabilité de certains groupes;
- les conséquences sur le plan des droits de l'Homme de déplacements et conflits induits par les changements climatiques; et
- les retombées sur les droits de l'Homme des mesures prises pour faire face aux changements climatiques.

La jurisprudence des deux Comités des droits de l'Homme des Nations Unies quant à l'interprétation notamment du respect du droit à la vie, du droit à l'eau, du droit à la santé, du droit au logement, du droit à la culture, dans son interrelation inextricable avec l'environnement, est également confirmative à cet égard. Il en est de même de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui a abordé des questions relatives à l'environnement et aux « risques environnementaux » en s'appuyant sur les droits de la Convention européenne des droits de l'Homme comme le droit à la vie et à la vie privée<sup>28</sup>.

Enfin, confirmation par lecture textuelle, l'on peut constater dès l'origine de la confection du « cadre conceptuel des principes directeurs protéger, respecter remédier » de 2008 précité, qu'ont été concernés les droits civils et politiques, économiques sociaux culturels avec la mention expresse « y compris le droit au développement »<sup>29</sup>.

Le Rapport récent du 25 avril 2015 du Groupe de travail « sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises »<sup>30</sup> confirme aussi l'inclusion de la dimension environnementale et du développement durable des droits de l'Homme dans le

---

<sup>28</sup> Ainsi, des « atteintes graves à l'environnement peuvent toucher le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale » (CEDH *Lopez Astra c. Espagne*, 9 décembre 1994); sur l'ensemble, voir COURNIL(Chr.) « Le lien "droits de l'homme et développement durable" après Rio+20 : influence, genèse et portée », *Droits fondamentaux*, n° 9, janvier 2011 - décembre 2012, spéc. p. 11 et s. (<http://droits-fondamentaux.u-paris2.fr/article/2012/lien-droits-homme-developpement-durable>).

<sup>29</sup> Cf. l'entête du document officiel A/HRC/8/5.

<sup>30</sup> A/HRC/29/28.

champ d'application des « principes directeurs » concernant la responsabilité sociale des entreprises<sup>31</sup>.

L'impact sur les droits de certaines catégories vulnérables de populations des atteintes à l'environnement, au droit au développement, ainsi que des changements climatiques a été spécifiquement étudié quant aux droits des femmes, de l'enfant et aux droits des peuples autochtones. Le rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones a souligné les répercussions des activités des industries extractives sur leurs droits à la vie, à la santé et à la propriété. Le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale a également eu l'occasion à plusieurs reprises d'aborder les droits des peuples autochtones, notamment à propos des atteintes au droit à leurs terres ancestrales du fait d'exploitations extractives, minières, forestières, hydroélectriques et de construction de barrages, engendrant une dégradation de la qualité des terres, des eaux, de l'environnement, du climat et de la santé de ces peuples<sup>32</sup>.

Les droits de l'Homme sont dorénavant considérés comme faisant partie intégrante du concept de développement durable, ou développement humain durable, et irriguent de manière transversale ses trois piliers, de sorte qu'il n'y a pas un droit au développement durable étanche ou autonome par rapport au respect des droits de l'Homme.

L'intégration n'est pas idéologique dès lors qu'elle est communément admise en droit de l'environnement climatique. La déclaration de Rio + 20 contient des références précises en réaffirmant « *l'importance de la liberté, de la paix et de la sécurité, du respect de tous les droits de l'homme, y compris le droit au développement et le droit à un niveau de vie adéquat, notamment le droit à l'alimentation, l'état de droit, l'égalité des sexes dans des sociétés justes et démocratiques aux fins du développement*<sup>33</sup> »; ceci confirmant encore que tous les droits de l'Homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. Le respect, la protection et la mise en œuvre de tous les droits de l'Homme constituent des facteurs d'un

---

<sup>31</sup> Le rapport précise dès l'Introduction (pt. 3) que : "Toutes ces questions sont abordées dans le cadre de référence « Protéger, respecter et réparer » des Nations Unies (A/HRC/8/5) et dans les "principes directeurs" relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (A/HRC/17/31), adoptés en 2011 par le Conseil des droits de l'Homme et érigés en norme mondiale sur les rôles, les obligations et les responsabilités des gouvernements et des entreprises en matière de prévention et de réparation des atteintes aux droits de l'homme résultant des activités commerciales".

<sup>32</sup> Voir sur l'ensemble, **Avis sur le développement, l'environnement et les droits de l'homme**, Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), *JORF* n°0119 du 24 mai 2015.

<sup>33</sup> Autre concept englobant, la « sécurité humaine » permet également de tracer des ponts entre le développement, la paix et les droits de l'Homme (Rapport du Secrétaire général, La sécurité humaine, A/64/701, 8 mars 2010); sur la référence à la sécurité humaine dans les travaux de 2014 du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), voir [https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg2/ar5\\_wgII\\_spm\\_fr.pdf](https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg2/ar5_wgII_spm_fr.pdf).

développement durable et d'un environnement sain.

A l'inverse, les violations des droits de l'Homme sont aggravées, voire produites notamment par la détérioration de l'environnement, dont le changement climatique.

La Convention cadre des Nations Unies sur le changement climatique entend par « effets néfastes des changements climatiques » les « *modifications de l'environnement physique ou des biotes dues à des changements climatiques et qui exercent des effets nocifs significatifs sur la composition, la résistance ou la productivité des écosystèmes naturels et aménagés, sur le fonctionnement des systèmes socio-économiques ou sur la santé et le bien-être de l'homme*<sup>34</sup> ».

Ces effets comportent un impact encore plus grand pour les groupes dits vulnérables, notamment les personnes en situation d'extrême pauvreté. Ainsi que le reconnaît également le Conseil des droits de l'homme, « *les effets néfastes des changements climatiques ont une série d'incidences, tant directes qu'indirectes, sur l'exercice effectif des droits de l'homme, ... et ... les effets des changements climatiques toucheront le plus durement les personnes et les communautés de par le monde qui sont déjà en situation de vulnérabilité à cause de la situation géographique, la pauvreté, le sexe, l'âge, le statut d'autochtone, l'appartenance à une minorité ou le handicap*<sup>35</sup> ».

Quant à l'Accord de Paris sur le climat en période de négociation, son projet de préambule soulignait ainsi que « *toutes les mesures prises pour faire face aux changements climatiques et tous les processus mis en place au titre du présent accord devraient garantir [...] et respecter les droits de l'homme* ». Les droits de l'homme étaient mentionnés dans le texte même du projet d'accord dans la partie sur les généralités<sup>36</sup> ainsi que dans la partie sur l'adaptation et les pertes et préjudices.

En tant que pays hôte de la Cop21, par sa déclaration du 6 mars 2015, lors de la 28<sup>ème</sup> session du Conseil des droits de l'Homme et sa Journée consacrée aux droits de l'Homme et au changement climatique, la France a reconnu également que les « *changements climatiques auront sans aucun doute un impact croissant non seulement sur le plan humanitaire, voire sécuritaire, mais aussi sur la jouissance effective des droits de l'Homme, en particulier pour*

---

<sup>34</sup> Art. 1(1).

<sup>35</sup> Voir Droits de l'Homme et changements climatiques, A/HRC/26/L.33 (23 juin 2014).

<sup>36</sup> « Le présent Accord est appliqué sur la base de l'équité et des connaissances scientifiques, et conformément au principe de l'équité et des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, compte tenu des situations nationales différentes, et sur la base du respect des droits de l'homme et de la promotion de l'égalité des sexes et du droit des peuples vivant sous occupation. » (art. 2.2).

*les populations les plus vulnérables... Les droits fondamentaux ... seront donc affectés par les dérèglements climatiques, de façon directe ou indirecte<sup>37</sup> ».*

Les modifications de l'environnement dues aux changements climatiques engendrent ainsi des violations des droits de l'homme des plus fondamentaux, et du fait de l'impact de leurs activités sur les changements climatiques, la responsabilité sociétale des entreprises ne devient qu'une sous-catégorie, qu'un aspect de la RSE en matière de droits de l'Homme. Dans cette perspective, un « droit au secours du climat » est un droit au secours des droits de l'Homme dans leur dimension précitée, mais sans pour autant que de telles catégories innovantes résultent des sous catégories clivantes<sup>38</sup>.

Même si l'Accord de Paris, adopté le 10 décembre 2015, se positionne bien en deçà des références susmentionnées et existant dans le projet<sup>39</sup>, le préambule, resté plus ou moins intact, ne pouvait que confirmer ce lien sans ambiguïté : en considérant que « *les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière, les Parties devraient, lorsqu'elles prennent des mesures pour faire face à ces changements, respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations respectives concernant les droits de l'homme, le droit à la santé, les droits des peuples autochtones, des communautés locales, des migrants, des enfants, des personnes handicapées et des personnes en situation vulnérable, et le droit au développement, ainsi que l'égalité des sexes, l'autonomisation des femmes et l'équité entre les générations<sup>40</sup> ».*

Quant au lien établi entre le changement climatique, les droits de l'Homme précités, et les entreprises, ce lien ressort de l'impact de leur activité, et pour laquelle la RSE semble trouver sa raison d'être avant comme après l'Accord de Paris. La contraction de l'article 2 précité de

<sup>37</sup> <http://www.franceonugeneve.org/CDH28-Droits-de-l-Homme-et>.

<sup>38</sup> « Considérant : Que le climat influence les conditions de vie de l'humanité ;Que le réchauffement climatique peut conduire à l'intensification d'événements climatiques engendrant des risques écologiques, économiques et sociaux d'une grande ampleur pour l'homme ;...Que le droit peut contribuer à orienter nos sociétés vers la transition énergétique, à favoriser la mise en oeuvre des mesures d'atténuation et d'adaptation au changement climatique et à garantir un droit de l'homme à bénéficier d'un climat favorable aux conditions de vie de l'humanité... » (Fonbaustier (L), Hautereau-Boutonnet (M), Maljean-Dubois (S), Neyret (L), Teller (M) « Propositions pour un droit au secours du climat », *Dalloz*, 2015. p. 2282)

<sup>39</sup> Notamment la disparition du dernier membre de phrase de l'art. 2. 2 précité du projet, du texte définitif (devenu : « Le présent Accord sera appliqué conformément à l'équité et au principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, eu égard aux contextes nationaux différents », suite à l'objection des Etats tels que la Norvège, l'Arabie Saoudite et les USA, d'une part, et la mention à titre programmatique des pertes et préjudices dans le cadre du mécanisme de Varsovie (art. 8) en précisant « que l'article 8 de l'Accord ne peut donner lieu ni servir de fondement à aucune responsabilité ni indemnisation » (pt. 52) (FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1). Il n'en demeure pas moins que l'art. 8 concerne les préjudices climatiques du fait des catastrophes climatiques.

<sup>40</sup> FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1.

l'Accord de Paris ne change ainsi rien à la donne concernant la RSE; dans une logique chère aux entreprises, d'ailleurs parfois suivie par les juridictions notamment françaises<sup>41</sup>, l'Accord de Paris est un traité qui semble avoir pour destinataire les Etats, et ne concerne donc pas la question de la responsabilité sociétale des entreprises qu'il ne saurait par définition modifier. Si l'on adhère à la vision selon laquelle « *en tant qu'acteurs non étatiques, les [entreprises transnationales] ne sont pas directement soumises au régime international du climat*<sup>42</sup> », les entreprises qui prétendent ainsi rester à l'abri des traités qui ne les concernent pas, ne sauront tirer parti de ces mêmes traités pour restreindre le sens et la portée de la RSE qu'elles ont voulu assumer en dehors de tout traité.

## **2. Le lien quant au lien de causalité : le changement climatique est le fait des entreprises**

La définition des changements climatiques retenue par la Convention-cadre des Nations Unies les désigne comme des « *changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine altérant la composition de l'atmosphère mondiale et qui viennent s'ajouter à la variabilité naturelle du climat*<sup>43</sup> ».

Ces changements climatiques d'origine anthropique, auxquels l'Accord de Paris aussi se réfère à plusieurs reprises, sont dus en très grande majorité aux activités des entreprises notamment transnationales. Près de deux tiers des émissions de gaz à effet de serre imputables à l'être humain depuis 1850 seraient dues à seulement 90 entreprises. On retrouve les entreprises du secteur du pétrole et du gaz, mais aussi du ciment, telles que Chevron, Exxon Mobil, Total, Petro China... en tête du classement. Au total, depuis 1850, ces entreprises, surnommées les « *Carbon Majors* », auraient émis 63,4% des émissions de gaz à effet de serre d'origine humaine<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Voir Cour d'appel de Versailles, 22 mars 2013 AFPS et OLP c. Sté Alstom Transport SA, et SA Veolia Transport; pour la critique de cet arrêt, voir TREBULLE (F-G), « Entreprises et développement durable (2e partie). Responsabilité sociale des entreprises », *Rev. Environnement*, n° 12, décembre 2013, chron. 6, § 108 et s.; sur cette affaire, voir DE POOTER(H), "L'affaire du tramway de Jérusalem devant les tribunaux français", *AFDI* 2014, p. 45 et s..

<sup>42</sup> D'AMBROSIO (L) « Quelles propositions en matière climatique? Présentation des propositions », in *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, p. 342.

<sup>43</sup> Art. 1(2) de la Convention-cadre des Nations-Unies sur le changement climatique du 19 mai 1992.

<sup>44</sup> HEEDE (R) *Accounting for carbon and methane emissions*, <http://www.climateaccountability.org/pdf/MRR%209.1%20Apr14R.pdf>; FOURNIER(Cl.) « 90 entreprises sont

John Ruggie considérait également d'une part les entreprises transnationales et autres comme étant les principaux pollueurs, quant aux activités « *dans les secteurs de pharmacie et produits chimiques; alimentation et boissons; produits de détail et de consommation; industrie lourde; infrastructures et services de distribution; industries extractives; et agriculture* », et constatait, d'autre part, qu'il « *est très souvent reproché à ces sociétés d'avoir un impact néfaste sur le droit à la santé des communautés locales. Plus précisément, de nombreuses sociétés auraient dépassé le plafond autorisé pour les taux d'émission de dioxyde de carbone* ».

Dans ces commentaires concernant les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, le Représentant spécial, ne pouvait dès lors aboutir qu'à un constat sans prophétie des « *lois environnementales comme étant des lois qui régissent, directement ou indirectement, le respect des droits de l'homme par les entreprises*<sup>45</sup> ».

Le corpus des droits de l'Homme visé par les « principes directeurs » étant ainsi englobant, ces derniers constituent le fondement de la RSE en matière environnementale et de changement climatique; le monde des finances et des entreprises est aussi bien conscient de ce lien entre finance, droits de l'homme et changement climatique, reconnu par les divers cadres internationaux d'engagements volontaires à travers « *la question du financement de la transition énergétique, dans la perspective de la COP 21*<sup>46</sup> ».

Restent à connaître les principes de la RSE prévus dans les « principes directeurs » ainsi que leurs moyens de mise en œuvre par les entreprises, ici en matière climatique.

---

elles-vraiment responsables de 2/3 des émissions de CO2 ? », <http://e-rse.net/90-entreprises-responsables-changement-climatique-15735/>.

<sup>45</sup> A/HRC/17/31

<sup>46</sup> TREBULLE (F.G.) "Entreprise et développement durable"(1re partie), La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 46, 12 Novembre 2015, p. 1547.

## **B.. les principes et moyens opérationnels de la RSE en tant que responsabilité pour risque de violation des DH en matière climatique**

### **1. Précision préliminaire: la définition négative de la RSE et ses corollaires**

La RSE n'est pas une responsabilité juridique de respecter des comportements conformes aux droits de l'homme en matière climatique. En 2010, le Représentant spécial indiquait dans son rapport du 9 avril au Conseil des droits de l'Homme que la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme était « une norme de comportement éthique *reconnue par presque tous les instruments volontaires ou non contraignants se rapportant à la responsabilité sociale des entreprises, ... [et] confirmée par le Conseil lui-même*<sup>47</sup> ».

Les « principes directeurs » disposent aussi que la « *responsabilité qui incombe aux entreprises de respecter les droits de l'homme se distingue des questions de responsabilité juridique et d'application légale qui restent définies pour une large part par les dispositions du droit interne dans les juridictions compétentes*<sup>48</sup> ».

Cela signifie d'une part, que les règles de la responsabilité des entreprises sur le plan international relèvent pour l'heure de la Soft Law constituée par ces « principes directeurs ». En effet, c'est parce que les traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme n'imposent pas d'obligations juridiques directes aux entreprises commerciales que la responsabilité juridique et la répression pour violation par des entreprises des normes internationales relatives aux droits de l'Homme ne sont par conséquent susceptibles d'être définies pour l'instant que par les droits internes. La COP 21 n'a pu nous en dire davantage<sup>49</sup>.

Cela signifie d'autre part, que les entreprises qui n'ont pas su intégrer ces principes dans leurs chartes d'entreprises, ou les suivre, s'exposent à un risque en termes d'image et de réputation

---

<sup>47</sup> Rapport du Représentant spécial, Entreprises et droits de l'homme : nouvelles mesures pour la mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer », A/HRC/14/27, § 55.

<sup>48</sup> A/HRC/17/31, p. 16.

<sup>49</sup> -au contraire ainsi que souligné précédemment (voir supra, A-1).

comme sanction; autrement dit, le *name and shame* issu des attentes de la société et du jugement de l'opinion publique<sup>50</sup>.

Tout est fondé sur l'autoréglementation, et comme acte fondateur, l'engagement politique unilatéral. L'autorégulation se concrétise par l'élaboration des codes de conduite au sein des entreprises. Elle imprègne la conduite à tenir à tous les niveaux de l'organisation de l'entreprise, de par un véritable « engagement politique<sup>51</sup> » de respect des droits de l'Homme en provenance de l'autorité suprême de celle-ci, à titre général ou ad hoc<sup>52</sup>.

## II. Les principes et mécanismes constitutifs de cette responsabilité

Les « Principes directeurs » relatifs à la responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'Homme sont composés de *principes fondamentaux* et de *principes opérationnels*. Ces derniers décrivent les politiques et procédures que les entreprises doivent mettre en place pour veiller à l'impact et aux incidences négatifs sur les changements climatiques de leurs activités en termes de prévention d'incidences potentielles, mais aussi entraînant un remède en cas d'incidences effectives survenues.

Les principes fondamentaux définissent trois éléments : le contenu de la RSE dans le respect des droits de l'Homme, l'obligation éthique de la diligence raisonnable entraînant par elle-même la non complicité; celle-ci, sans pouvoir s'y attarder, se résume à couper les liens avec

---

<sup>50</sup> Sur un aperçu de l'opinion publique et des tribunaux des peuples sur la RSE, voir MANTILLA MARTINEZ (M.D), *La responsabilité des entreprises transnationales en droit international des droits de l'homme et en droit international humanitaire : le cas du secteur énergétique*, Thèse, 2014, Université de Paris Sud, spéc. §52 et s.

<sup>51</sup> A/HRC/17/31, Principe n° 15.

<sup>52</sup> Ainsi, concernant le projet du gazoduc Baku-Tbilisi-Ceyhan, de 'Human Rights Undertaking' du 8 août 2003, où les sociétés sous pilotage de British Petroleum s'engagent à ne pas "assert or advance, in any claim against, demand to, or dispute with a Host Government or another party, or in any legal action or proceeding, an interpretation of [the Host Government Agreement] that is inconsistent with regulation by the relevant Host Government of the human rights of health, safety and environmental aspects of the Project in its territory in a manner (1) reasonably required by international labor and human rights treaties to which the relevant Host Government is a party from time to time, and (2) otherwise as required in the public interest in accordance with domestic law is no more stringent than the highest of European Union standards as referred to in the Project Agreements, including relevant EU directives, those World Bank Group standards referred to in the Project Agreements, and standards under applicable international labor and human rights treaties"(cité par DE SCHUTTER(O) "La responsabilité des Etats dans le contrôle des sociétés transnationales: vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales.", In Emmanuel Decaux(dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme* (Collection Droit et Justice; 89), Bruylant & Nemesis: Bruxelles, 2010, ou version électronique, p. 13 ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2446911](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2446911)).



les entités, dans les relations commerciales et d'affaire, qui ne respectent pas les droits de l'Homme<sup>53</sup>, qu'elles les violent ou qu'elles soient en situation de *non compliance* caractérisée.

#### **a. Le contenu en matière climatique du devoir de respect des droits de l'Homme**

La responsabilité sociétale incombant aux entreprises notamment transnationales dans le respect des droits de l'Homme signifie qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme, ou d'y contribuer par leurs *propres* activités, d'une part, et en cas de leur survenance, d'autre part, remédier aux incidences négatives du changement climatique dans lesquelles elles ont une part<sup>54</sup>.

Par « activité » de l'entreprise c'est le comportement actif et passif qui est visé.

#### **b. Le périmètre : responsabilité extraterritoriale, ainsi que responsabilité pour le fait d'autrui**

Le commentaire qui accompagne les « Principes directeurs » stipule que « *la responsabilité de respecter les droits de l'homme est une norme de conduite générale que l'on attend de toutes les entreprises où qu'elles opèrent*<sup>55</sup> ».

i) En effet, une très large part des violations présumées de la législation en matière de droits de l'homme et d'environnement commises par des entreprises multinationales, européennes par exemple, se produisent lors de leurs activités en dehors de l'Union européenne<sup>56</sup>. La sous-traitance constitue un moyen pour les entreprises transnationales d'externaliser leurs coûts et leurs risques de pollution *lato sensu* tant dénoncées par les organisations non gouvernementales et la société civile.

Aussi, le cadre de référence des « Principes directeurs », établit une série de nouvelles exigences pour les entreprises dans la manière dont elles interagissent avec leurs chaînes

<sup>53</sup> A/HRC/17/31, p. 22; « Les notions de «sphère d'influence» et de «complicité» », A/HRC/8/16, 15 mai 2008.

<sup>54</sup> A/HRC/17/31, principe n°13.

<sup>55</sup> *Ibid.* le commentaire du principe n° 11.

<sup>56</sup> Voir, « Étude du cadre juridique en matière de droits de l'homme et d'environnement applicable aux entreprises européennes opérant en dehors de l'Union européenne », (Ares(2015)3359801 - 12/08/2015), [ec.europa.eu/DocsRoom/documents/11865/attachments/2/translations/fr/.../pdf](http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/11865/attachments/2/translations/fr/.../pdf).

d'approvisionnement et leurs relations commerciales. A ce titre, les entreprises devraient veiller à l'incidence négative de leurs propres activités mais aussi à celle de « leur relations commerciale » et à celles relevant de toute la chaîne de valeur.

Il s'agit en quelque sorte d'un devoir de vigilance à l'égard du fait d'autrui ou de personnes dont on la garde qui s'explique par la métaphore de la « sphère d'influence » de l'entreprise, résumée *a priori* en termes de « maîtrise » ou de « causalités factuelles »<sup>57</sup>.

Cela vise ainsi à être vigilant également au comportement des filiales, des sous-traitants, des fournisseurs mais aussi des Etats où l'entreprise opère, ou autre entité non étatique directement liées à ses activités, ses produits ou ses services commerciaux<sup>58</sup>.

ii) Par ailleurs, l'impact environnemental du changement climatique est transnational. Le problème extraterritorial soulevé par les dommages environnementaux transfrontières s'étend également aux questions de pollution au niveau mondial, et surtout à la question de la concentration des gaz à effet de serre dans l'atmosphère à l'origine des changements climatiques. L'on a pu souligner que son effet global constitue l'une de ses caractéristiques distinctives des autres impacts environnementaux<sup>59</sup>.

Aussi, les mécanismes, tels que ceux de la réparation pour les incidences négatives survenues<sup>60</sup> par l'activité de l'entreprise, devraient en répondre dans ce cas également, *ie* une RSE extraterritoriale à l'égard des victimes qui ne sont pas situées dans le pays du siège de l'entreprise, pour le préjudice subi du fait de l'activité de l'entreprise. En somme, semble devoir s'instaurer une sorte d'Alien Tort Claim Act américaine transposée à la RSE pouvant justifier

---

<sup>57</sup> Voir, « Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement . Les notions de « sphère d'influence » et de « complicité » » (A/HRC/8/16 précité); selon John Ruggie, « on considérera qu'il y a influence lorsque l'entreprise a la capacité d'apporter des changements aux pratiques illicites d'une entité qui commet un abus » (A/HRC/17/31, p. 22).

<sup>58</sup> Voir à titre d'exemple, les engagements de Total dans le cadre des Accords cadres avec des organisations syndicales, notamment celui du 22 janvier 2015 dont on a relevé qu'il stipule « l'engagement de l'entreprise en matière des droits fondamentaux, y compris auprès des fournisseurs et des sous-traitants de la chaîne d'approvisionnement, sanctionné ... par la cessation de toute relation commerciale » (DAUGAREILH (I), « La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité », in *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015 (novembre), p. 188).

<sup>59</sup> RUSSO (E) *L'Union européenne et le changement climatique: aspects juridiques*, Thèse, Université de Paris 2, 2015, pp. 14-15.

<sup>60</sup> Voir *infra*, d.

la recevabilité et l'examen, *par l'entreprise*, des réclamations des victimes de dommages extraterritoriaux<sup>61</sup>.

*iii) La diligence raisonnable et ses caractéristiques, comme régime de cette responsabilité*

La « diligence raisonnable » est la notion fondamentale dans ce cadre. Elle se définit en ce que les entreprises doivent faire preuve de diligence raisonnable au regard des incidences néfastes de leurs activités sur le changement climatique portant atteinte aux droits de l'homme. La mesure de cette diligence - et non son contenu - dépend de la taille de l'entreprise ou de la gravité du préjudice subi. En cela c'est une obligation éthique de moyen.

**c. Caractéristiques de la diligence raisonnable**

Quant aux caractéristiques requises pour une diligence raisonnable, celle-ci devrait viser les incidences négatives effectives et potentielles sur les droits de l'Homme que l'entreprise peut avoir ou auxquelles elle peut contribuer par le biais de ses propres activités, ou qui peuvent découler directement de ses activités, produits, ou services par ses relations commerciales.

La diligence raisonnable devrait s'exercer *en permanence*, étant donné que les risques en matière d'incidences de changement climatique sur les droits de l'homme peuvent changer à terme au fur et à mesure de l'évolution des activités et du cadre de fonctionnement de l'entreprise commerciale.

---

<sup>61</sup> Sur l'*Alien Tort Claim Act* et la question de la responsabilité des entreprises, voir p. ex. GABRIELE (S) « Vers une émergence de la responsabilité des multinationales en matière de violations des droits de l'homme ? », STERN (B) (Dir.), Université Paris I, 2006, spéc. p. 78 et s. ([http://edi.univ-paris1.fr/travaux/06Gabriele\\_M.pdf](http://edi.univ-paris1.fr/travaux/06Gabriele_M.pdf)) ; dans sa contribution à la discussion initiée par le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et les entreprises transnationales et autres entreprises, Hervé Ascencio constate ainsi la difficulté juridique qui n'est pas celle de la compétence extraterritoriale étatique, mais l'autonomie juridique des filiales, notamment, par rapport à la société mère: « [e]n matière civile, les règles de compétence juridictionnelle actuellement en vigueur offrent déjà de nombreuses possibilités de recours. Le problème vient plutôt de l'autonomie de la personnalité morale, qui empêche de demander réparation à la société-mère pour les actes de ses filiales à l'étranger. Il conviendrait dès lors d'encourager la remontée de la responsabilité vers la société-mère chaque fois que la filiale ou la société liée n'est pas en mesure d'assumer ses responsabilités, en utilisant les notions de « contrôle » ou de « dépendance ». Le concept de sphère d'influence de l'entreprise tel qu'il ressort des "principes directeurs" englobe le critère de contrôle ou de la dépendance (voir "Etude : l'extraterritorialité comme instrument »), [https://www.univparis1.fr/fileadmin/IREDI/Contributions\\_en\\_ligne/H.\\_ASCENSIO/Extraterritorialite\\_\\_droit\\_s\\_de\\_l\\_\\_homme\\_et\\_entreprises.pdf](https://www.univparis1.fr/fileadmin/IREDI/Contributions_en_ligne/H._ASCENSIO/Extraterritorialite__droit_s_de_l__homme_et_entreprises.pdf) (spéc. §48).

La mise sur pied par l'entreprise de plusieurs procédures ou systèmes s'impose ainsi: un système d'évaluation d'impact, à l'interne mais aussi dans les relations commerciales de l'entreprise à l'externe, un système de monitoring crédible, et de *reporting* ou rapportage. L'évaluation des risques par voie d'études d'impact doit porter « *sur tous les droits de l'homme internationalement reconnus étant donné que les entreprises peuvent avoir une incidence sur pratiquement n'importe lequel de ces droits*<sup>62</sup> ».

Cela signifie une évaluation des impacts environnementaux et d'émission de gaz à effet de serre, avant le lancement d'un projet d'activité commerciale, et une identification de ceux qui pourraient être touchés, et plus particulièrement les populations plus vulnérables que d'autres. L'évaluation des incidences peut faire ainsi l'objet d'un classement en fonction de leur gravité.

L'évaluation doit être participative en ce qu'elle doit « *comprendre de véritables consultations avec des groupes et autres acteurs concernés susceptibles d'être touchés*<sup>63</sup> ».

L'évaluation doit être crédible par le recours à des compétences internes et/ou indépendantes externes dans le domaine des incidences de l'activité sur le changement climatique et préjudiciable ainsi pour les droits de l'Homme.

Le système d'évaluation par les entreprises requiert par ailleurs d'être transparent continu et soumis à publicité du *reporting*, suivant les « Principes directeurs » 20 et 21 ; la publicité du *reporting* des entreprises porte sur les incidences environnementales de leurs activités sur les droits de l'Homme, notamment du niveau d'émissions de carbone tout au long de la chaîne de valeur de l'entreprise.

Le *reporting* sur la performance verte peut également être une mesure de publicité, au sens de la promotion ou de marketing. Il aide en effet l'entreprise à mesurer les impacts causés, et à communiquer au public, mais aussi aux investisseurs potentiels, les *investisseurs verts* actionnaires ou obligataires<sup>64</sup>, les mesures de performance de l'entreprise en matière de lutte contre le changement climatique.

---

<sup>62</sup> A/HRC/17/31, commentaire du principe n°18.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> Les obligations vertes constituent une action proactive. La Banque mondiale poursuit son avancée sur le front du marché des « obligations vertes » avec l'émission d'un nouveau type d'obligation, les *Green Growth Bonds*, dont la particularité est d'être indexée à un panier d'actions éthique. Ce produit novateur, mis au point en partenariat avec BNP Paribas, est conçu pour séduire non seulement les grands investisseurs institutionnels, qui sont les acheteurs traditionnels des obligations de la Banque mondiale, mais aussi des particuliers. Il s'agit d'attirer les investisseurs qui sont en quête de placements ayant des retombées positives sur l'environnement et la lutte contre le changement climatique, tout en offrant, compte tenu de l'actuel bas niveau des taux d'intérêt, un retour sur investissement potentiellement supérieur à d'autres options ([www.banquemonde.org/.../green-growth-bonds-give-individual-investors-a-way-to](http://www.banquemonde.org/.../green-growth-bonds-give-individual-investors-a-way-to))

Il est à souligner que le *reporting* - en tant que rapport extra financier - est l'équivalent d'un rapport financier annuel de l'entreprise, mais en matière d'environnement et de changement climatique. Ce sont bel et bien des *reporting* de développement durable<sup>65</sup> qui ne sont que la mise en application des « Principes directeurs » précités.

Outre le sérieux et la précision des indicateurs<sup>66</sup>, la crédibilité de la transparence exige des systèmes d'audit pour éviter le risque de faux *reporting*, justifiant par là même l'existence des agences de notation de la transparence de la performance verte.

La note de transparence évalue l'exhaustivité et la qualité de la réponse d'une entreprise. La note de performance évalue le niveau d'action rapporté par l'entreprise sur l'atténuation, l'adaptation et la transparence par rapport au changement climatique. Une note de transparence élevée montre qu'une entreprise mesure, fait vérifier et gère son empreinte carbone, par exemple, outre les énergies renouvelables, en établissant et en atteignant des objectifs de réduction carbone et en mettant en œuvre des programmes pour réduire ses émissions liées à ses opérations directes et à sa chaîne d'approvisionnement.

L'adhésion de l'entreprise à des labels environnementaux, avec ou sans certification, constitue une autre mesure. Ainsi prenons l'exemple de l'adhésion des entreprises à la labellisation par les normes internationales volontaires de l'ISO 26000 relatives à la responsabilité sociétale et la Charte de la Terre qui est pour l'instant sans certification<sup>67</sup>. L'ISO dispose aussi et désormais d'une famille de normes qui aident les organismes à quantifier leurs émissions de

<sup>65</sup>Voir sur Global Reporting Initiative (GRI) et développement durable, <https://www.globalreporting.org/resourcelibrary/GRI-G3-French-Reporting-Guidelines.pdf>.

<sup>66</sup>PETIT (B) « Reporting » RSE : un nouveau coup d'épée dans l'eau...", *Rev. Environnement* n° 7, Juillet 2014, étude 12.

<sup>67</sup> Cette normalisation reconnaît que les concepts de durabilité et de responsabilité sociale deviennent des éléments incontournables du secteur des entreprises, lesquelles réalisent le besoin d'adopter une approche proactive des pratiques de responsabilité sociale. Suivant les « principes directeurs » de la RSE, la Norme ISO recommande le principe de précaution – selon lequel, lorsqu'il existe le risque d'un dommage sérieux ou irréversible pour l'environnement ou la santé humaine, le manque de certitude scientifique complète ne doit pas être utilisé comme justification pour repousser la mise en place de mesures offrant un bon rapport coût-efficacité et empêchant la dégradation environnementale ou les dommages à la santé humaine.. De même, du principe de la prévention pour empêcher les dommages comme meilleure méthode de protection environnementale et que, là où les connaissances sont insuffisantes, le principe de précaution doit être appliqué. Suivant toujours les « principes directeurs de la RSE », le poids de la preuve est porté par ceux qui soutiennent qu'une activité proposée ne causera pas de dommages significatifs. Le principe pollueur payeur est également reconnu. Le sujet clef des droits de l'Homme de la norme ISO 26000 de 2010 rejoint ainsi le cœur de l'approche de la durabilité de la Charte de la Terre ("ISO 26000 Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale et la Charte de la Terre, "http://earthcharter.org/invent/images/uploads/ISO%2026000,%20la%20responsabilite%20sociale%20et%20la%20Charte%20de%20la%20Terre.pdf.

gaz à effet de serre et à communiquer dans ce domaine<sup>68</sup>.

Il est à préciser enfin que pour l'entreprise, l'attitude proactive *i.e.* en faveur de la promotion des droits de l'Homme et de lutte active contre le changement climatique, est un plus et ne relève pas de la RSE.

#### **d. La diligence face aux incidences effectives survenues, signifie la réparation**

En suivant les « principes directeurs » sur le devoir de diligence des entreprises, alors que « *les incidences potentielles devraient être traitées par des mesures de prévention ou d'atténuation des effets ... celles qui se sont déjà produites ... devraient faire l'objet de mesures correctives*<sup>69</sup> ». Les « mesures correctives » requises dans cette situation s'assimilent à une réparation<sup>70</sup>. Ainsi qu'il ressort du principe 22, la réparation est la conséquence d'un auto-jugement de l'entreprise dans le constat de la survenance réelle des incidences négatives<sup>71</sup>. A titre d'exemple d'intégration de cette dimension matricielle des « principes directeurs » de la RSE par le code de conduite de l'une des entreprises relevant des Carbon Majors, « *[l]orsque BP conclura que nous avons causé ou contribué directement aux conséquences constatées sur les Droits de l'Homme, BP devra proposer des solutions afin de résoudre le conflit et de restaurer la situation initiale*<sup>72</sup> ».

La réparation adéquate exige à son tour que l'entreprise prévoie des mécanismes de réclamation, *ie* l'équivalent des voies de recours internes effectifs et efficaces.

L'assurance de l'accès efficace aux voies de recours au sein de l'entreprise fait l'objet de la troisième partie des « principes directeurs », relative à « l'accès à des voies de recours<sup>73</sup> » pour les parties prenantes lésées, et qui se composent des voies d'accès « relevant des Etats », et des

<sup>68</sup>- notamment [ISO 14064](#) et [ISO 14065](#); de même que des normes permettant de promouvoir de bonnes pratiques en matière de management environnemental et de l'énergie, comme [ISO 14001](#) et [ISO 50001](#); voir "Comment les normes ISO peuvent aider à influencer sur le changement climatique", <http://www.iso.org/iso/fr/news.htm?refid=Ref2028>.

<sup>69</sup> A/HRC/17/31, p. 19.

<sup>70</sup> A/HRC/17/31, principe n° 22

<sup>71</sup> « lorsque les entreprises déterminent qu'elles ont eu des incidences négatives, ou y ont contribué, elles devraient prévoir des mesures de réparation » (*ibid.*, p. 24).

<sup>72</sup> « Politique Affaires et Droits de l'Homme », [http://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/sustainability/group-reports/HUMAN\\_RIGHTS\\_POLICY\\_EXTERNAL\\_French.pdf](http://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/sustainability/group-reports/HUMAN_RIGHTS_POLICY_EXTERNAL_French.pdf)

<sup>73</sup> *Ibid.* p. 26.

mécanismes de réclamation direct « ne relevant pas de l'Etat<sup>74</sup> » englobant ainsi ceux relevant des entreprises<sup>75</sup>.

Ces derniers visent des mécanismes internes à l'entreprise de règlement de litige ou de réclamations de griefs que l'entreprise devrait mettre sur pied, et à administrer par elle, soit à titre individuel soit en concours par une association professionnelle ou un groupe multipartite incluant d'autres parties prenantes<sup>76</sup>. Ces mécanismes doivent être sans préjudice des voies de recours de *lege lata*, en ce qu'ils « *peuvent compléter utilement les processus plus vastes de participation des parties prenantes et de négociation collective mais ne peuvent pas se substituer à l'une ou l'autre de ces deux formules. Ils ne doivent pas être utilisés pour déprécier le rôle des syndicats légitimes dans le règlement des différends liés au travail ni pour empêcher l'accès aux mécanismes de réclamation judiciaires ou autres mécanismes non judiciaires*<sup>77</sup> ».

La fonction du mécanisme de réclamation directe devant les entreprises ne contient pas seulement la réparation; dans sa seconde fonction, il vise aussi des réclamations alertes, et en ce, la possibilité pour les victimes potentielles directes des activités de l'entreprise de disposer d'un moyen pour faire valoir leurs préoccupations lorsqu'elles estiment qu'elles sont ou seront à terme lésées. Par ailleurs, le principe de réclamation se fondant sur « une atteinte présumée », la charge de la preuve est à porter par ceux qui soutiennent qu'une activité proposée ne causera pas de dommages significatifs, *ie* par les entreprises.

Les critères communs à l'efficacité de l'ensemble des mécanismes de voies de recours, qu'ils relèvent ou non des Etats, sont qu'ils doivent être « légitimes », « accessibles », « prévisibles », « équitables », « transparents », et respectant « le contradictoire », et qui ne sont autres que les critères du recours effectif et un procès équitable<sup>78</sup>.

Ce comportement volontaire de diligence raisonnable de l'entreprise à l'égard de toutes les parties prenantes dans ses activités, et pas seulement des actionnaires, ainsi systématisé dans toutes ses étapes, y compris pour les réclamations des parties prenantes, ne résiste pas néanmoins à l'examen des faits, et permet de s'interroger sur la véritable approche de leur responsabilité sociétale par les entreprises en matière climatique.

---

<sup>74</sup> *Ibid.* p. 29.

<sup>75</sup> *Ibid.*, principe n° 29, p. 30.

<sup>76</sup> « Pour pouvoir examiner rapidement les plaintes et y remédier directement, les entreprises devraient établir des mécanismes de réclamation au niveau opérationnel ou y participer pour les individus et les collectivités qui risquent d'être lésés » (*ibidem*).

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> *Ibid*, principe n° 31, p. 31.

## **II. Les limites de la responsabilité sociétale des entreprises ou la survivance de *shareholder theory*, surtout en matière climatique**

Alors même que les « principes directeurs » de la RSE disposent pour le troisième volet qu'il faut veiller à ce que tous mécanismes de réclamation et règlement de litige soient :

- « compatibles avec les droits [en ce] qu'ils veillent à ce que l'issue des recours et les mesures de réparation soient compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus,
- une source d'apprentissage permanent [en ce qu'ils] s'appuient sur les mesures pertinentes pour tirer les enseignements propres à améliorer le mécanisme et à prévenir les réclamations et atteintes futures »,

Les illustrations de catégories de faits contentieux démontrent que les entreprises, qu'elles soient en position de défendeur (B) ou de demandeur (A), font peu de cas des principes piliers de la RSE tant dans son aspect de « remédier » que de « respecter ». Alors même qu'elles prétendent avoir adopté et accueillir à bras ouvert sur la base d'engagements volontaires la matrice de la RSE fondée sur la prise en compte diligente des parties prenantes, se mettent en exergue, dans le feu de l'action de la défense de leurs intérêts, les réflexes d'une responsabilité sociale encrée dans la *Shareholders Theory* à la Friedman<sup>79</sup>.

### **A. De l'usage offensif d'intérêt juridique lors des voies de recours et à l'encontre de la protection de l'environnement climatique**

En effet, l'important contentieux arbitral d'investissements en droit international - autre terrain d'autorégulation<sup>80</sup> - , développé à l'initiative des entreprises dans les divers coins du globe, a trait en grande partie à la contestation des mesures publiques de réglementation prises par les

---

<sup>79</sup> *Supra* Introduction.

<sup>80</sup> LANKARANI (L) « Les investissements internationaux : arbitrage et régulation », *Les Petites Affiches* 2011, n° 119, p. 8 et s.



autorités de l'Etat d'accueil dans un but, notamment<sup>81</sup>, de protection de l'environnement et des droits de l'Homme par la lutte contre le changement climatique d'origine anthropique.

De la nomenclature dressée<sup>82</sup> du contentieux arbitral de l'investissement étranger concernant les mesures étatiques en matière environnementale, il est possible de trier les plaintes à l'encontre des mesures étatiques de lutte contre le changement climatique formulées par les entreprises.

Il en est ainsi, de l'affaire *Vattenfall c. Allemagne*<sup>83</sup> en lien avec la décision du gouvernement allemand de sortir progressivement de l'énergie nucléaire au motif que les nouvelles exigences environnementales des autorités de Hambourg rendent le projet de centrale au charbon de l'investisseur " *antiéconomique*". Il en est de même de l'affaire *Lone Pine*<sup>84</sup> relative au moratoire canadien sur l'exploitation des gaz et pétrole de schiste, ou encore, de plusieurs plaintes déposées par les investisseurs contre l'Espagne, l'Italie, la République tchèque et la Bulgarie au sujet de la modification par ces Etats de leur réglementation relative aux tarifs de rachat garantis dans les énergies renouvelables telle que l'énergie solaire, en alléguant, entre autres, la frustration de leurs « attentes légitimes »<sup>85</sup>.

Peuvent être citées également, dans le cadre du contentieux du Traité ALENA, l'affaire *Metalclad c. Mexique*<sup>86</sup> relative au refus d'un permis d'exploitation motivé par les risques

<sup>81</sup> Notamment et pas exclusivement en matière climatique. voir p. ex. Veolia contre l'Égypte, pour la décision de cette dernière d'augmenter le salaire minimum que l'entreprise estime être de nature à porter atteinte à ses bénéfices dans le cadre de son investissement en matière de traitement de déchet à Alexandrie (affaire pendante), ou bien, l'ancienne affaire des pyramides d'Égypte pour la protection du patrimoine culturel mondial (Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. République arabe d'Égypte, Aff. CIRDI n°ARB/84/3, du 20 mai 1992, déjà commentée largement en son temps (voir notamment DELAUME (G.D.) «The Pyramids Stand. The Pharaohs Can Rest in Peace», *ICSID Review F.I.L. Journal* 1993, p. 228 et s; LANKARANI (L) "Quelques remarques sur la sentence SPP c. la République arabe d'Égypte" *Rev. belge de dr. int.*, 1994,2, p. 533).

<sup>82</sup> CUENDET (S) « Comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? » (<http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2014/10/BACnote-15-accords-dinvestissements.pdf>); voir aussi, DE SCHUTTER (O) « Rapport général » in *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruylant, 2010, spec. p. 37 et s.

<sup>83</sup> CIRDI, affaire n° ARB/12/12, requête du 31 mai 2012; BERNASCONI-OSTERWALDER(N), HOFFMANN (R.T.) « La sortie du nucléaire en Allemagne sur le banc d'essai d'un recours d'arbitrage international d'investissement ? Aperçu du plus récent différend entre Vattenfall et l'État allemand (II) », 2013 ([http://aitec.reseau-ipam.org/IMG/pdf/Vattenfall-ICSID-case-FR\\_PRINTcolor.pdf](http://aitec.reseau-ipam.org/IMG/pdf/Vattenfall-ICSID-case-FR_PRINTcolor.pdf)).

<sup>84</sup> Lone Pine Resources Inc. c. Canada, procédure CNUDCI, requête du 6 septembre 2013.

<sup>85</sup> VYOMA (J) « Les tendances des réclamations des investisseurs concernant les tarifs de rachat garantis dans les énergies renouvelables », *Investment Treaty News*, n°4, volume 2, 2012, p. 14, [http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd\\_itn\\_july\\_2012\\_fr.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_july_2012_fr.pdf)

<sup>86</sup> Aff. n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000 ; *ICSID Rep.*, vol. 5, p. 212-235; *ICSID Rev. – FILJ*, 2001, p. 168.

environnementaux présentés par l'installation industrielle de l'investisseur, l'*affaire Methanex c. Etats-Unis*<sup>87</sup> concernant l'interdiction par l'Etat de Californie d'un additif à l'essence à contenu polluant et nocif, ou l'affaire *Glamis Gold c. Etats-Unis*<sup>87</sup> au sujet de la décision de mettre un terme à un projet d'exploitation d'une mine d'or à ciel ouvert qui ne respecte pas l'exigence de sa restauration complète pour préserver les sites culturels autochtones situés à proximité du chantier<sup>88</sup>.

Ce sont des exemples où, à l'encontre des mesures publiques prises en faveur de la protection du climat et de l'environnement, les investisseurs n'ont pas hésité à faire un usage simultané de toute la panoplie juridique du droit international de la protection des investissements, telle que les standards de traitement juste et équitable, de l'expropriation ou de mesure d'effet équivalent - devant en principe déboucher sur une forte indemnisation pour la perte subie et le gain manqué -, la clause de traitement de la nation la plus favorisée - pour profiter des textes plus favorables à leur cause -, la clause *umbrella* - reliée ou non à une clause de stabilisation<sup>89</sup> législative dans le contrat d'investissement -; autant de clauses et de standards qui se concrétisent dans plus de 3000 traités bilatéraux et régionaux de nos jours, et dans lesquels, il n'existe aucune disposition relative aux obligations ou responsabilité des investisseurs dans le développement, ou le développement durable du pays où ils opèrent en rapport avec l'environnement. Par ailleurs, la condition d'une capacité financière nécessaire à pouvoir s'engager dans un contentieux arbitral d'investissement conduit à ce que certains Etats aux ressources faibles, notamment, cherchent à tous prix des compromis, au détriment de leurs ambitions sociales ou environnementales<sup>90</sup>.

Les Etats hôtes confrontés aux projets d'investissements « climaticides » ne cessent d'augmenter. L'actualité récente en témoigne, ainsi qu'il ressort du rapport du Sénat français selon lequel le 6 janvier 2016 la société TransCanada annonçait poursuivre l'administration américaine devant un tribunal arbitral pour avoir arrêté le projet d'oléoduc Keystone XL. À titre de dédommagement est demandée au gouvernement américain la somme de 15 milliards

<sup>87</sup> *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis*, sentence CNUDCI du 8 juin 2009 (<http://www.italaw.com/cases/documents/505>; <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf>)

<sup>88</sup> MARCOUX (J.M.) « La recherche d'un équilibre-Evolution des protections et des obligations des sociétés minières canadiennes dans les Amériques », *Rev. québécoise de droit international*, 2011, 1, spéc. p. 320.

<sup>89</sup> RUGGIE (J) "Stabilization clauses and human rights", <http://www.reports-and-materials.org/Stabilization-Clauses-and-Human-Rights-11-Mar-2008.pdf>

<sup>90</sup> "Consequently, host States can find it difficult to strengthen domestic social and environmental standards ... without fear of foreign investor challenge, which can take place under binding international arbitration" (A/HRC/8/5, §34).

de dollars. Le risque de voir un gouvernement condamné pour avoir décidé d'abandonner un projet « climaticide » est bien réel mais aussi continu et préoccupant<sup>91</sup>.

Il ne s'agit certes point ici de développer le contentieux du droit des investissements, ni les progrès à faire ou déjà entrepris par les Etats pour l'amélioration du contenu de ces traités de protection des investissements de la nouvelle génération<sup>92</sup>, ou autre remède en matière d'arbitrage d'investissement<sup>93</sup>. Quoiqu'il en advienne, ces questions relèvent du premier pilier des « principes directeurs sur les droits de l'Homme et les entreprises », pilier concernant la responsabilité des Etats pour faire respecter la protection des droits de l'Homme *lato sensu*.

En revanche, évoquer à travers les faits contentieux précités le problème de l'usage offensif des voies de recours en la matière confirme que la conscience sociale des entreprises pour la protection de l'environnement s'avère minime quant à leurs intérêts financiers, fussent-ils au détriment du réchauffement climatique, notamment dans les actions juridiques où elles sont demandeurs.

Mais les arguments de droit, et l'oubli des principes fondamentaux de la RSE sont également présents lorsque les entreprises se trouvent en position de défendeurs lors d'une voie de recours entreprise par une « partie prenante » en faveur de la protection de l'environnement, et contre les incidences négatives des activités des entreprises sur les changements climatiques mettant en péril leurs droits fondamentaux.

---

<sup>91</sup> <http://www.senat.fr/questions/base/2016/qSEQ160220003.html>

<sup>92</sup> voir le rapport annuel 2015 de la CNUCED et les propositions de réforme des traités bilatéraux en la matière en vue d' « Assurer un investissement responsable » selon lequel, " Les mesures proposés consistent notamment à adopter des règles qui empêchent de revoir à la baisse certaines normes et à établir des dispositions relatives aux responsabilités incombant aux investisseurs, par exemple en ce qui concerne le respect du droit interne et la responsabilité sociale des entreprises », [http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2015overview\\_fr.pdf](http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2015overview_fr.pdf).

<sup>93</sup> Certains auteurs, allant même à proposer la conclusion d'un engagement conventionnel multilatéral ayant pour objet la soustraction du règlement des litiges d'investissement en matière climatique à la compétence du CIRDI, que celle-ci soit prévues dans des traités bilatéraux antérieurs ou postérieurs (Gus Van Harten, " *An ISDS Carve-out to Support Action on Climate Change*", *Osgoode Legal Studies Research Paper* No. 38 Vol. 11/ Issue. 08/ (2015); voir aussi, TIENHAARA (K) « L'économie verte a-t-elle besoin du règlement des différends investisseur-État ? », *Investment Treaty News*, N°4. Volume 6. novembre 2015, p. 3.

**B. De l'usage défensif de « l'exception politique » et autres, lors des voies de recours des victimes vulnérables en faveur de la protection de leur droits et l'environnement  
Climatique**

Le changement climatique, est-ce une « question » juridique ou « politique »? Telle est la question décisive de l'affaire Kivalina qui fut introduite devant les tribunaux américains<sup>94</sup> dans laquelle le comportement des entreprises défenderesses est symptomatique du manque de prise de conscience de la notion de devoir de diligence au sens des principes de la RSE, lesquels ne sauraient se fondre ou confondre en ceux de la responsabilité légale. En effet, par la RSE dont la dimension éthique la dénomme « le marché de la vertu », l'entreprise s'engage « à aller plus loin » que ses obligations juridiques l'exigent<sup>95</sup>. N'étant pas un doublon, il s'agit ainsi de son engagement éthique et volontaire de devoir de diligence à l'égard des parties prenantes, bien que le principe et les conditions de sa responsabilité juridique font défaut.

Le 26 février 2008, un village autochtone d'Alaska, Kivalina, situé dans le cercle d'Arctique comptant environ 390 habitants Inupiat, a intenté un procès devant le Tribunal fédéral de Californie contre des entreprises de pétrole, de charbon et d'énergie. Les demandeurs prétendent que le rôle des défendeurs dans le réchauffement planétaire par le biais de leurs émissions de dioxyde de carbone et d'autres gaz à effet de serre a considérablement et déraisonnablement compromis le droit des demandeurs d'utiliser et de jouir des biens privés et publics à Kivalina. En raison de ce qu'ils décrivent comme la contribution passée et actuelle des défendeurs au réchauffement climatique, le village Kivalina demande la réparation des dommages pécuniaires, s'élevant à 400 millions de dollars, pour la réinstallation du village tout entier. Il allègue également que certains défendeurs ont conspiré pour empêcher la sensibilisation du public sur l'établissement du lien entre les émissions de gaz à effet de serre et le réchauffement climatique, contribuant davantage aux préjudices causés à la communauté.

---

<sup>94</sup> (<http://www.pri.org/stories/2015-08-09/will-residents-kivalina-alaska-be-first-climate-change-refugees-us>).

<sup>95</sup> MALJEAN-DUBOIS (S) « La portée des normes du droit international de l'environnement à l'égard des entreprises », *Journal du Droit international* 2012, spéc. pp.104-105.

Le 30 juin 2008, les sociétés BP, Chevron, Conoco Phillips, Exxon Mobil, Peabody Energy et Shell - les Carbon Majors, mais et qui n'étaient pas les seules à l'instance<sup>96</sup>- ont présenté leur requête visant au rejet de l'affaire par l'invocation de toute une série d'exceptions d'irrecevabilité. Il en ressort une remarquable antinomie de leur comportement au regard des « principes directeurs » sus exposés de diligence due et de responsabilité sociale de respecter et de remédier.

Ces entreprises ont soutenu, premièrement, que le tribunal n'avait pas compétence pour entendre l'affaire au motif que la plainte soulève des questions politiques ne pouvant faire l'objet de poursuites judiciaires. Le moyen se fondait ainsi sur la doctrine américaine dite de « *political question* », selon laquelle certaines questions, par leur nature, sont essentiellement politiques et non pas juridiques, et comme telles, ne sont pas susceptibles d'être portées devant les tribunaux<sup>97</sup>. N'étant pas une question juridique, elle serait dans ce cas une question relevant du terrain propice de la RSE que ces entreprises auraient pu mettre en œuvre en dehors de tout procès et à titre de RSE pour remédier aux incidences négatives survenues. Deuxièmement, les défendeurs ont affirmé que les demandeurs n'avaient pas qualité pour porter l'affaire en justice car ils ne peuvent pas établir le lien de causalité entre les dommages dont ils se plaignent et les actes des défendeurs. Le devoir de vigilance en matière de RSE inversant la charge de la preuve avant la survenance du dommage, en ce qu'il incombe à l'entreprise d'apporter la preuve qu'elle a mis en place des mesures nécessaires pour prévenir les dommages aux parties prenantes, est ainsi camouflé par *actori incumbit probatio*, une fois le dommage survenu. D'autre part, la diligence particulière envers la vulnérabilité des parties prenantes lésées est d'autant plus méconnue que ces défendeurs ont avancé que la plainte déposée par le village n'est pas fondée en droit. Ne l'était-elle pas en fait, ouvrant droit à l'applicabilité des « principes directeurs » pour une responsabilité sociétale ? Enfin, et en vue de contrer le grief de non divulgation des risques de leurs activités sur le changement climatique que les parties prenantes leur

---

<sup>96</sup> Outre les sociétés susmentionnées étaient incluses les entreprises telles que AES, American Electric Power, DTE Energy, Duke Energy, Dynegy, Edison Intl., MidAmerican Energy, Mirant, NRG Energy, Pinnacle West, Reliant Energy, Southern Company et Xcel Energy.

<sup>97</sup> Cette doctrine a marqué la jurisprudence américaine depuis 1803 (*Marbury v. Madison*), et l'arrêt le plus marquant en a été *Baker v. Carr*, rendu en 1962; voir ZOLLER (E), « Comment une question politique peut-elle devenir une question judiciaire aux Etats-Unis? Le verrou de l'intérêt pour agir » in *Mélanges Bruno Genevois* 2008, p. 1139.

reprochaient, les entreprises défenderesses ont invoqué les protections offertes sous le Premier Amendement de la Constitution des Etats-Unis sur la liberté d'expression<sup>98</sup>.

Répondant à l'argument de la question politique, Kivalina a souligné qu'il n'a fait que demander au tribunal de résoudre un différend entre les parties et d'accorder une indemnisation au titre des dommages pécuniaires, le cas échéant. Il a également avancé que sa plainte sur la conspiration n'est pas contraire au Premier Amendement, car ce dernier ne protège pas délibérément de fausses déclarations ou de manœuvres trompeuses, dénoncées par le village en référence au manque de transparence et omissions des défenseurs dans l'information sur l'impact de leurs industries sur les changements climatiques. Enfin, les habitants du village ont soutenu qu'ils ont qualité pour porter l'affaire car ils n'ont pas l'obligation de préciser laquelle des émissions a causé les dommages à la communauté et à quel moment.

Le 30 septembre 2009, le tribunal du district nord de Californie a accepté la motion de rejet des défenseurs, souscrivant aux arguments de ces derniers selon lesquels, l'affaire soulève des questions politiques qui ne peuvent pas faire l'objet d'une poursuite judiciaire et que les demandeurs n'ont pas qualité pour porter l'affaire en justice. En novembre 2009, le village de Kivalina a interjeté appel du jugement d'irrecevabilité devant la Cour d'appel du neuvième circuit. En septembre 2012, la Cour d'appel a rejeté l'appel de Kivalina, confirmant la décision de la cour inférieure. En 2012, Kivalina a demandé en vain à la Cour d'appel de réexaminer l'affaire « en banc » devant la formation plénière des juges de la Cour d'appel. Les demandeurs ayant déposé un recours auprès de la Cour suprême en février 2013, celle-ci a refusé d'entendre l'appel.

Aux dires des scientifiques, le village Kivalina sera englouti par les eaux en 2025 et, faute de remède ou de diligence dus, ses habitants seront ainsi les premiers réfugiés climatiques des Etats-Unis d'Amérique<sup>99</sup>- quand bien même réunies, au regard des faits de l'espèce, les facteurs de la mise en œuvre des principes fondamentaux de la RSE, ici en matière climatique.

---

<sup>98</sup> Déjà invoqué par l'industrie de tabac (GRAY (P.L.), WINBUM(B) « Climate Change Tort Suits :Hot or Cold? » , Washington Legal Foundation, <http://www.wlf.org/upload/06-13-08gray.pdf> ), et également dans l'affaire Nike (MALJEAN-DUBOIS (S), *op. cit.* p.111).

<sup>99</sup> <http://www.pri.org/stories/2015-08-09/will-residents-kivalina-alaska-be-first-climate-change-refugees-us>.

En effet, si le principe de l'applicabilité des "principes directeurs" au changement et à la "justice climatique" semble indéniable et confirmée<sup>100</sup>, et ces derniers intégrés dans les codes de conduite des entreprises concernées<sup>101</sup>, l'exemple de Kivalina est un constat tout autant indéniable que les carences dans la mise en application concrète et spontanée de ces principes sont couvertes par les "vertus" de la Soft Law, consubstantielles au concept de la RSE. La défaillance de la réalité sur le terrain du deuxième et troisième pilier de la RSE est due à l'inefficacité d'une approche de la responsabilité des entreprises par la voie de seuls engagements volontaires en lieu et place d'obligation contraignantes de *respecter* et *remédier*, notamment en matière climatique<sup>102</sup>. L'on peut même se demander si l'affaire Kivalina<sup>103</sup> est la cause ou l'effet dans le développement du principe de la responsabilité *seulement* sociétale en matière de changement climatique<sup>104</sup>.

Quoi qu'il en soit, et quel que soit le vertige<sup>105</sup> dans la qualification de la teneur et des caractéristiques de la Soft Law<sup>106</sup>, lui est reconnue tant une fonction supplétive, en ce qu'elle se substitue à la *Hard Law* dans les domaines où elle fait défaut et qui n'ont pas été régis par le droit, qu'une fonction programmatique, en ce qu'elle peut constituer une étape transitoire avant l'élaboration de normes plus contraignantes<sup>107</sup>, voire juridiquement contraignantes. Aussi,

<sup>100</sup> International Bar Association Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report: "Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption", 2014, Avant propos de Mary Robinson, spéc. p. 147 et s. (<http://www.ibanet.org/PresidentialTaskForceClimateChangeJustice2014Report.aspx>).

<sup>101</sup> A titre d'exemple, "We respect the rights of people in communities impacted by our activities. We will seek to identify adverse human rights impacts and take appropriate steps to avoid, minimize and/or mitigate them" (code de conduite de l'entreprise BP <http://www.bp.com/en/global/corporate/sustainability/society/human-rights/human-rights-policy.html>), cité par ROSEN-ZVI (I), *op. cit.*, note 63), ou bien, "we were one of the first energy companies to recognise the climate change threat and to call for action" (code de conduite de l'entreprise Shell (*ibid.* note 75)).

<sup>102</sup> QUIRICO (O), BOUMGHAR (M) (Dir) *Climate Change and Human Rights. An International and Comparative Law Perspective*, Routledge, Oxon, 2016 ([https://books.google.fr/books?id=oDyDCgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q](https://books.google.fr/books?id=oDyDCgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q)).

<sup>103</sup> - dont les étapes du procès marquent un moment fort de date de correspondance avec l'action normative entreprise par le Représentant spécial pour la RSE -; sur une correspondance soulignée entre l'échec du Projet de normes sur la RSE de 2003 précité (*supra* Introduction), et la "saga judiciaire" en Equateur de l'affaire Chevron - Texas, voir, MARTIN-CHENU (K), DEVAUX (C) « Quels remèdes à l'irresponsabilité des Etats et des entreprises transnationales en matière environnementale, sociale et financière? », in *Prendre la responsabilité au sérieux*, précité, p. 363.

<sup>104</sup> - et non remis en question par l'Accord de Paris.

<sup>105</sup> DUPLESSIS (I) « Le vertige et la soft law. Réactions doctrinales en droit international », *Revue québécoise de droit international* 2007, pp. 245-268.

<sup>106</sup> Pour l'exposé synthétique des définitions données par les auteurs, voir aussi CHATZISTAVROU (F) « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Revue de philosophie et de sciences humaines* 2005, ou *Le Portique*, (en ligne), 15 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2007 (<http://leportique.revues.org/591>).

<sup>107</sup> MBONDA (E-M) « Aide au développement et responsabilité sociale des multinationales », <https://ethiquepublique.revues.org/1208>

« préoccupé par les obstacles juridiques et pratiques à l'accès aux recours pour les violations des droits de l'Homme liées aux entreprises, en raison desquels les parties lésées risquent d'être dépourvues de moyens de recours utiles, tant judiciaires que non judiciaires, et conscient que l'on pourrait examiner le point de savoir si des cadres juridiques pertinents offriraient des voies de recours plus efficaces pour les individus et les communautés touchés<sup>108</sup> » par l'impact des activités des entreprises, le Conseil des droits de l'Homme a désormais en vue de nouvelles perspectives juridiques des plus classiques basées sur l'obligation des entreprises<sup>109</sup>. A n'en pas douter, il s'agit d'une question bien distincte de la responsabilité *sociétale* des entreprises, y compris en matière climatique.

---

<sup>108</sup> A/HRC/RES/26/22

<sup>109</sup> Voir la constitution d'un groupe de travail intergouvernemental, entrepris en juillet 2014 par la résolution du Conseil des droits de l'Homme relative à "l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme" (A/HRC/RES/26/9), auquel ont rejoint les pays développés, tels que la France et la Suisse au départ réticents.