

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Une illustration du droit global,
la *lex mercatoria* climatique?**
An Illustration of Global Law,
the Climatic *Lex Mercatoria*?

Mathilde Hautereau-Boutonnet

Sumário

I. CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL	1
<i>CRÔNICAS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO</i>	3
A POLÍTICA AUSTRALIANA DE REFÚGIO E A DECISÃO DA SUPREMA CORTE DE PAPUA NOVA GUINÉ: A ILEGALIDADE DO CENTRO DE DETENÇÃO OFFSHORE	3
Tarin Cristino Frota Mont'Alverne e Ana Carolina Barbosa Pereira Matos	
II. DOSSIÊ ESPECIAL: DIREITO AMBIENTAL GLOBAL.....	7
EDITORIAL	8
Direito Ambiental Global	8
Priscila Pereira de Andrade	
DIREITO GLOBAL: UMA TEORIA ADEQUADA PARA SE PENSAR O DIREITO AMBIENTAL?	10
Arnaud Van Waeyenberge	
“COMPLEX IS BEAUTIFUL”: WHAT ROLE FOR THE 2015 PARIS AGREEMENT IN MAKING THE EFFECTIVE LINKS WITHIN THE CLIMATE REGIME COMPLEX?	21
Sandrine Maljean-Dubois e Matthieu Wemaëre	
UNE ILLUSTRATION DU DROIT GLOBAL, LA LEX MERCATORIA CLIMATIQUE.....	31
Mathilde Hautereau-Boutonnet	
Océans et changements climatiques : RECHERCHER LES INTERACTIONS AU SEIN DE LA FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL	45
Sophie Gambardella	
UNE GOUVERNANCE GLOBALE DU CLIMAT PAR LA TRANSPARENCE DEPUIS L'ACCORD DE PARIS: LE DROIT GLOBAL DE L'ENVIRONNEMENT COMME SOLFÈGE?	56
Anne-Sofie Tabau	

LA PROGRESSIVE HARMONISATION DES RÈGLES DU PROCÈS ENVIRONNEMENTAL: MANIFESTATION DE L'ÉMERGENCE D'UN DROIT GLOBAL?	69
Eve Truilhé-Marengo	
A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL GLOBAL	80
Michelle Lucas Cardoso Balbino	
A PROTEÇÃO AMBIENTAL COMO EFEITO INDIRETO DO SISTEMA DE GESTÃO DE ENERGIA ISO 50001.....	106
Matheus Linck Bassani e Ricardo Serrano Osorio	
O DESAFIO DO ESTABELECIMENTO DA GOVERNANÇA ENERGÉTICA COM BASE NO MODELO DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL: ESTUDO DE CASO DAS ENERGIAS RENOVÁVEIS.....	122
Alice Rocha da Silva	
Othon Pantoja Oliveira de Azevedo	
O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E A CRIAÇÃO E GESTÃO DAS ÁREAS PROTEGIDAS NA PERSPECTIVA DO DIREITO AMBIENTAL GLOBAL	135
Marcia Dieguez Leuzinger e Solange Teles da Silva	
A TEORIA AMBIENTALISTA (GREEN THEORY) E A COMPETÊNCIA CONSULTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO DA COLÔMBIA.....	148
Eduardo Biacchi Gomes e Ane Elise Brandalise	
III. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS.....	160
30 ANOS DO PROTOCOLO DE MONTREAL: UMA HISTÓRIA DE SUCESSO DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL	162
Fernando Rei e Valeria Cristina Farias	
MINORIAS NACIONAIS, PROTEÇÃO INTERNACIONAL E TRANSNACIONALIDADE	182
Ana Maria D'Ávila Lopes e Luis Haroldo Pereira dos Santos Junior	
DA RELEVÂNCIA DOS CASOS DO DESARMAMENTO NUCLEAR PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA	203
Lucas Carlos Lima	

OS CONTROLES DE CONVENCIONALIDADE TRADICIONAL E INTERAMERICANO: INSTITUTOS DISTINTOS OU DUAS FACES DA MESMA MOEDA? 217

Gilberto Schäfer, Roger Raupp Rios, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Jesus Tupã Silveira Gomes

EL SOFT LAW COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL: REFLEXIONES DESDE LA TEORÍA DE LA COMPLEJIDAD 244

Rafael Sanz e André Folloni

LEY DE ROTULACIÓN DE ALIMENTOS DE CHILE: ¿TRABA COMERCIAL O PROTECCIÓN DE LA SALUD? 261

Nicolás Cobo

IV. RESENHA DE LIVRO..... 276

O CIVILIZADOR GENTIL DAS AMÉRICAS: CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA OBRA *THE HIDDEN HISTORY OF INTERNATIONAL LAW IN THE AMERICAS: EMPIRE AND LEGAL NETWORKS*, DE JUAN PABLO SCARFI 278

Cícero Krupp da Luz

‘MESTIZO INTERNATIONAL LAW: A GLOBAL INTELLECTUAL HISTORY 1842 – 1933’ DE AUTORÍA DE ARNULF BECKER-LORCA 283

Jimena Sierra-Camargo

AMÉRICA LATINA EM CONTINUIDADES E RUPTURAS..... 287

Adriane Sanctis

Une illustration du droit global, la *lex mercatoria* climatique*

An Illustration of Global Law, the Climatic *Lex Mercatoria*?

Mathilde Hautereau-Boutonnet**

RÉSUMÉ

La lutte contre le changement climatique revêt aujourd'hui différentes formes. À côté du rôle bien connu du droit international public, l'on assiste à la montée en puissance du rôle joué par les entreprises susceptibles de s'appuyer sur un instrument transnational important : le contrat. Or, instrument au cœur de la *lex mercatoria*, il pourrait favoriser l'émergence d'une « *lex mercatoria climatique* ». En tant que norme de droit et du droit, le contrat peut, d'un côté, accueillir des clauses climatiques et être facteur de *lex mercatoria* climatique, et d'un autre côté, subir l'influence de normes offrant une finalité plus favorable à la lutte contre le réchauffement climatique et être vecteur de *lex mercatoria* climatique. Il en découlerait un droit global, à savoir un droit créé par et pour ses destinataires (non étatiques) dans un espace juridique encore inoccupé par le droit climatique national et international, régulé opportunément par des normes climatiques globales (clauses contractuelles).

Mot-clé: Droit global. *Lex mercatoria*. *Lex mercatoria* climatique. Contrats transnational. Devoir de vigilance.

ABSTRACT

Nowadays, the fight against climate change takes different forms. In addition to the well-known role of public international law, there is a growing role for companies that can rely on an important transnational instrument: the contract. However, as an instrument at the heart of the *lex mercatoria*, it could favor the emergence of a “climatic *lex mercatoria*”. As a norm, the contract can, on the one hand, incorporate climatic clauses and be a factor of climatic *lex mercatoria*, and on the other hand, it can be influenced by norms offering a finer purpose to the fight against global warming and be a vector of climatic *lex mercatoria*. This would result in a global law, namely created by and for its (non-state) addressees in a legal area still unoccupied by national and international climate law and properly regulated by global climate standards (contractual clauses).

Keywords: Global Law, *lex mercatoria*, *climatic lex mercatoria*, *transnational contracts*, *due diligence*

* Recebido em 02/11/2017
Aprovado em 18/12/2017

Este estudo foi realizado como parte do projeto de pesquisa PALSE Impulsion da Universidade Jean Moulin Lyon 3 intitulado “Qual direito para salvar o clima?”/”*Quel droit pour sauver le climat*” liderado por Mathilde Hautereau-Boutonnet.

** Professor da Universidade Jean Moulin, Lyon III. E-mail: mathildeboutonnet@gmail.com

1. INTRODUCTION

1.1. Illustration du droit global

Cette contribution a pour objet de montrer comment un droit typiquement global, la *lex mercatoria*, pourrait contribuer à lutter contre le réchauffement climatique. Ce droit viendrait compléter l'action normative des législateurs nationaux et internationaux en intégrant une dimension climatique dans les relations contractuelles économiques transnationales. Militant pour l'avènement d'une *lex mercatoria* climatique, notre contribution plaide ainsi pour les vertus d'un droit global entendu comme celui créé par les volontés individuelles des entreprises acteurs non étatiques et régulant des relations privées de manière interdépendante et en circulation dans un espace juridique volontairement inoccupé par les droits étatiques et interétatiques.

1.2. *Lex mercatoria*

Que la *Lex mercatoria* puisse être vue comme une illustration du droit global, cela ne saurait étonner¹. Droit du commerce international des marchands, au-delà des frontières, a-national ou au-delà du national, non étatique, issu de la volonté des destinataires des normes ou élaboré par des institutions non étatiques², il contient à lui seul les indicateurs de la globalité : des sujets de droit se construisant leur propre droit à travers et par delà les ordres juridiques nationaux ou internationaux pour réguler leurs propres relations et créer un nouvel « espace normatif »³.

1 A rattacher également, sans que les notions soient ici véritablement distinguées, au droit transnational, Sur ce rappel, Lhuillier, G. Le droit transnational, Dalloz. *Méthodes du droit*, n. 9, 2016. Plus spécialement sur la naissance de la *lex mercatoria*, Goldman, B. Frontières du droit et *lex mercatoria*, *APD*, t. 9, p. 177, 1964; La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international: réalités et perspectives, *JDI*, p. 475, 1979.

2 Nous laissons ici volontairement de côté le débat relatif à la réalité et la nature de la *Lex mercatoria*. Sur le sujet, Michaels, R. The true *Lex mercatoria*: law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, p. 447, 2007; Pellet, A. La *lex mercatoria*: tiers ordre juridique? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle*, propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. *Litac*, p. 57, 2000; Lagarde, P. Approche critique de la *Lex mercatoria*, Le droit des relations internationales. *LGDJ*, 1982; Approche critique de la *Lex mercatoria*, Le droit des relations internationales, Mélanges en l'honneur de B. Goldman. *Litac*, p. 125, 1987.

3 G. Lhuillier, préc., p. 385 et s.

1.3. Droit transnational climatique

Que les changements climatiques soient l'objet d'une régulation de nature globale, à savoir ici non-étatique et volontaire, issue de l'initiative d'organismes privés et des entreprises-acteurs non étatiques, cela est également aujourd'hui connu d'une partie de la doctrine environnementaliste qui, jour après jour, donne à voir l'émergence d'un droit transnational de l'environnement. S'il existe déjà une importante littérature qui y est consacrée sans pour autant que les auteurs s'accordent sur ce que signifie l'expression⁴, une revue juridique est dédiée au thème du « *Transnational Environmental Law* »⁵. Surtout, les études s'affinent et montrent que le droit transnational de l'environnement tend à se décliner en branches avec, parmi elles, un droit transnational climatique. Ainsi suivant les pas de Daniel Botansky s'interrogeant sur l'appréhension du changement climatique par un « *Transnational Legal Order* »⁶, Géraud De Lassus Saint Genies a mis en évidence l'émergence d'un « droit transnational des changements climatiques » en présentant les normes qui le composent⁷. Dans tous les cas, le

4 V. la contribution de Priscila Pereira de Andrade, A emergência do direito transnacional ambiental, *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n°3, 2016, pp. 18-30. Sur le sujet, v. la bibliographie mise en ligne par Natasha Affolder, *Transnational Environmental*, sur le site de l'IUCN. Déjà en 1994, *Transnational Environmental Law, its impact on corporate behaviour*, Urbani, E. J.; Rubin, C. P. *Transnational Juris Publications*, v. aussi: Line, J.; Kotzé, Louis J. *The Emergence of Transnational Environmental Law, à paraître in Rethinking Environmental Law and Governance for the Anthropocene*. Hart Publishing, 2017. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2895163>. Consulté le: 2 oct. 2017 ; D. M. Ong. From 'International' to 'Transnational' Environmental Law?: a Legal Assessment of the Contribution of the 'Equator Principles' to International Environmental Law. *Nordic Journal of International Law*, v. 79 n. 1, p. 35; 5 Disponible en: <<https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law>>.

La direction éditoriale présente la revue en ces termes : it is a peer-reviewed journal for the study of environmental law and governance beyond the state. It approaches legal and regulatory developments with an interest in the contribution of non-state actors and an awareness of the multi-level governance context in which contemporary environmental law unfolds.

6 Contribution dans l'ouvrage collectif dirigé par Halliday, T. C.; Shaffer, G. *Transnational Legal Order*. Cambridge: Cambridge Studies in Law and Society, 2015. p. 287. V. aussi, Dannenmaier, E. et al. Constructing Transnational Climate Regimes, in beyond territoriality: transnational legal authority in an age of globalization. 2012. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=2056430>>. Pattberg, P.; Stripple, J. Beyond the Public et Private Divide: Remapping Transnational Climate Governance in the 21st Century. *International Environmental Agreements*, v. 8, p. 368, 2008.

7 Saint-Genies, G. de Lassus. À la recherche d'un droit transnational des changements climatiques. *RJE*, n. 1, p. 8à et s, 2016.

constat est le même: aujourd'hui la lutte contre les changements climatiques de l'environnement est le résultat d'une régulation à tous les niveaux, le droit interne et le droit international autant que le droit transnational, au-delà et à travers les États. L'action étatique et interétatique est complétée par l'action des acteurs économiques privés, en particulier les entreprises, à un niveau global. L'idée est toujours de montrer que la lutte contre les changements climatiques résulte d'un nouveau type de gouvernance dans laquelle les acteurs privés, comme les entreprises, ont une place essentielle en ce qu'elles peuvent agir au niveau international.

1.4. *Lex mercatoria* climatique?

Que l'on puisse par prolongement, en dressant le pont entre la doctrine du « climat » et celle de « l'entreprise », en déduire qu'il existe une *Lex mercatoria* climatique, c'est-à-dire un droit des marchands intégrant la lutte contre les changements climatiques, cela est moins évident. Le droit des marchands regroupe classiquement les règles régulant les contrats commerciaux d'échanges de biens et services, en particulier par le biais des principes découverts par les juges et arbitres et par les principes élaborés par l'organisation intergouvernementale UNIDROIT, voire du droit européen des contrats, mais encore les codifications professionnelles (Chambre de Commerce Internationale) ou contrats types et guides contractuels proposés par des organisations professionnelles⁸. Le rapport avec la lutte contre le réchauffement climatique semble a priori éloigné des règles veillant au respect des conditions de formation et d'exécution d'un contrat commercial transnational. Certes, la *Lex mercatoria* s'est densifiée : consacrée par certains arbitres comme « universelle »⁹, elle serait constituée de « branches particulières »¹⁰. Or, à côté de la *Lex sportiva*¹¹, *Lex petrolea*¹² et la *Lex electronica*¹³, nulle con-

sécration encore de la *Lex climatea*. Pourtant, à lire la doctrine, certains signes sont déjà là.

1.5. Les signes

Certains auteurs voient en effet dans les instruments issus du phénomène normatif de la RSE (Responsabilité Sociale des Entreprises)¹⁴, une « *New Lex Mercatoria* »¹⁵ ou une « *Eco Lex Mercatoria* »¹⁶. Sous l'influence des Principes directeurs de l'OCDE, des principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'ONU, des normes ISO en particulier la norme ISO 26000, du Global Compact, et des Codes de bonnes conduites ou autres chartes éthiques, les entreprises seraient appelées d'ores et déjà à modifier leur comportement éthique et environnemental sur la scène du commerce international. S'agissant des changements climatiques, l'idée se découvre derrière la mise en évidence doctrinale des instruments du droit transnational du climat. Si la doctrine s'y intéresse pour montrer le renouveau du droit des changements climatiques en concurrence avec le droit international, ceux-ci peuvent aussi être vus comme porteur d'un renouveau de la *lex mercatoria*¹⁷. Il en est ainsi des normes relatives à la certification sur les marchés volontaires du carbone créées par des entités privées comme le *Gold Standard* ou le *Verified Carbon Standard*, à la comptabilisation des émissions de GES et à la communication d'informations sur les émissions de GES comme le *Carbon Disclosure Project* ou le *Greenhouse Protocol*, de la norme ISO 14064 et de celles concernant le commerce de droit d'émission ainsi que de toutes les autres normes volontaires des entreprises notamment les codes de bonnes conduites contenant spécifiquement des engagements en faveur du climat mais aussi les référentiels auxquels elles peuvent adhérer, comme, sous l'influence du global compact, l'initiative du *Caring for*

Bruxelles, 2001. p. 221.

14 Martin-Chenut, Not. K.; Quenaudon, R. de (Dir.). *La RSE saisi par le droit, perspectives internes et internationales*. Paris: éd. A Pedone, 2016.

15 Cette idée est portée par Ruggie, J. G.; Sherman, J. F. Adding Human Rights Punch to the New Lex Mercatoria: the Impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 6, p. 455, 2015.

16 Expression de V. Monteillet dans sa thèse: La contractualisation du droit de l'environnement. Dalloz, *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, Préf. A. Pélissier, n. 548, 2016.

17 C'est ce qui ressort des propos de G. de Lassus Saint Gènes lorsqu'il observe que certains instruments semblent autant relever du droit transnational que de la *lex mercatoria*, préc., p. 91.

8 Sur la composition de la *Lex mercatoria*, B. Goldman, op. cit; également : P. Fouchard, E. Gaillard, B. Glodman. *Traité de l'arbitrage, commerce international. Kluwer Law international*, n. 1448, 1999; Osman, F. Les principes généraux de la *Lex mercatoria*, Contribution à l'étude juridique d'un ordre juridique a-national, *LGDJ*, 1992.

9 Sur cette consécration, G. Lhuillier, préc., n. 81.

10 Idem.

11 F. Latty, *Lex sportiva*, Recherche sur le droit transnational, thèse Paris X, 2005, Martinus Nijhoff, Boston, 2007

12 Sur sa reconnaissance, G. Lhuillier, préc., p. 123 et s.

13 Trudel, P. La *lex electronica*. In: Morand, C.-A. *Le droit saisi par la mondialisation*. Bruxelles: Bruylant Éditions de l'université de

climate lancée en 2007 par le secrétaire général des Nations Unies¹⁸. Toutes ces normes tendent à provoquer un changement de comportement des entreprises : en retour, leur adhésion à ce type de normes montrent que ces acteurs privés peuvent et veulent dorénavant exercer leur activité économique en tenant compte de la lutte contre les changements climatiques, en intégrant cette donnée environnementale dans leur activité économique. Or, derrière chaque entreprise, il y a bien souvent un marchand « mondial ». Ces entreprises ont toutes vocation pour exercer leur activité, à échanger, exporter ou importer sur le marché mondial des biens et des services. C'est alors, en toute logique, sur le terrain du commerce international que ce changement de comportement devrait se retrouver. Alors que classiquement elle veille à garantir les intérêts particuliers des acteurs économiques, partenaires contractuels commerciaux, cette nouvelle *lex mercatoria* contribuerait ainsi à garantir l'intérêt général environnemental et en particulier climatique à l'occasion des échanges commerciaux.

1.6. Évolution souhaitable

L'hypothèse d'une *lex mercatoria* climatique est quoiqu'il en soit souhaitable. Si l'activité des entreprises est en effet en première ligne dans le réchauffement climatique, les échanges commerciaux destinés à satisfaire l'exportation des biens et services des pays en développement du sud vers les pays émergents du nord y sont pour beaucoup¹⁹. Or, parce que ni le droit international, ni les droits nationaux ne se saisissent de cette difficulté, nous assistons à une « fuite du carbone », à savoir une tendance pour certaines entreprises à développer leurs échanges économiques avec des entreprises situées dans des juridictions possédant des normes nationales peu strictes en matière de lutte contre les changements climatiques²⁰. De ce fait, plus acceptée par les entreprises-destinataires qu'une législation non consentie – telle une taxe carbone –, la *lex mercatoria* a tout son rôle à jouer. En se rénovant au contact de cette nouvelle force créatrice que sont les changements climatiques, elle pourrait

participer à la construction d'un espace juridique encore inoccupé, propice à la régulation globale, c'est-à-dire construite par et pour les intéressés, s'enrichissant au contact de l'interdépendance des normes qui le composent, et ayant vocation à contribuer au bien de la planète. Elle renforcerait alors l'action d'ores et déjà entreprise au niveau international par les États, nécessaire mais insuffisante car notamment inapte à saisir les relations commerciales transnationales.

1.7. Évolution possible

La reconnaissance d'une *lex mercatoria* climatique est-elle pour autant possible ? Oui, si l'on regarde de plus près le potentiel offert par l'instrument essentiel de ce droit des marchands : le contrat transnational, support des relations commerciales entre les entreprises situées dans deux États différents. Si celui-ci ne fait pas partie des instruments que la doctrine plaide pour la reconnaissance d'une nouvelle *lex mercatoria* ou d'un droit transnational climatique examine, il a fait du côté français l'objet de l'attention de Vanessa Monteillet dans sa thèse sur *La contractualisation du droit de l'environnement*²¹. Il est vrai que le contrat est au cœur de la *lex mercatoria*. Le droit des marchands a pour finalité de réguler les relations contractuelles transnationales et ces relations sont elles-mêmes productrices de normes régulant leur comportement.

1.8. Double nature du contrat

Or, il convient de rappeler que, en tant que norme, le contrat possède une double nature²². Il est à la fois une norme *de* droit - régulateur et une norme *du* droit - régulée. Dans le premier cas, porteur de régulation inter-individuelle, il est une norme qui prescrit un comportement social. Il crée des normes régulatrices, comme une règle de droit, mais à titre individuel et non général. Il est alors, comme tout autre norme de la pyramide de Kelsen, « normateur ». Dans le second cas, il est une norme issue du monde normatif qui l'entoure. Il reste

18 V. l'analyse détaillée de ces instruments par G. de Lassus Saint Gènies, art. préc.

19 Hermann, I. T.; Hauschild, M. Z. Effects of globalization on carbon footprints of products. *CIRP Annals, Manufacturing Technology*, v. 58, éd. 1, p. 13, 2009.

20 Mitkidis, K. Peterkova. Using Private Contracts for climate Change Mitigation. *Groningen Journal of International Law, Energy and Environmental Law*, v. 2, n. 1, p. 59.

21 Préc.

22 Sur le contrat comme norme individuelle, Thibierge, C. *Libres propos sur les sources du droit*. Mélanges en l'honneur de P. Jestaz. p. 545; Kelsen, H. *La théorie juridique de la convention*, Sirey. *Archives de Philosophie du Droit et de sociologie juridique*, p. 33, 1940; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, O. Jacob, 1997, p. 28; Ghestin, J. *Les données positives du droit*. *RTD civ*, 2002, 11. Appliqué à l'environnement,

une norme validée, encouragée, influencée, orientée ou justifiée par les autres normes qui composent le droit. Il est encadré et lui-même régulé par le droit. Il est en quelque sorte « normé ».

1.9. Facteur et vecteur de *lex mercatoria* climatique

Cette redécouverte du contrat comme norme *de* et *du* droit offre alors l'opportunité, en prolongement des premières recherches doctrinales mettant en évidence les premiers signes de la *lex mercatoria* climatique, d'apprécier la manière dont elle peut à l'avenir se densifier et, de cette manière, être consacrée comme nouvelle branche de ce droit des marchands transnational, manifestation d'un droit global construit par et pour ses destinataires, a-national et porteur de régulation dense et circulaire à travers les ordres²³. D'un côté, comme norme *de* droit, le contrat apparaît comme facteur de *lex mercatoria* : il peut la créer et devient lui-même source de régulation transnationale climatique. D'un autre côté, comme norme *du* droit, le contrat apparaît comme vecteur de cette nouvelle *lex mercatoria* mêlant les normes souples du droit transnational du climat et celles relevant aujourd'hui de la RSE. Elle l'entoure, le pousse à remplir une finalité climatique pour être mise en œuvre et, par conséquent, tend à incidemment en faire un nouvel objet de régulation. Ici, la *lex mercatoria* dans sa dimension climatique influence le contenu contractuel du contrat. Surtout, ce qui reste encore aujourd'hui dans l'ombre, rien n'empêche aussi d'examiner le potentiel de la *lex mercatoria* classique, tournée plus clairement vers la régulation contractuelle. Malléable, elle pourrait elle aussi favoriser l'insertion de considérations climatiques dans le contrat. Dans les deux cas, en retour, c'est la pratique de clauses climatiques qui pourraient alimenter et densifier les normes de la *lex mercatoria*, qu'elles soient souples ou dures. C'est bien la nature globale de la *lex mercatoria* climatique qui adviendrait : un droit à un niveau global, par le global et pour le global.

23 L'idée de densification revenant à plusieurs reprises dans notre contribution, elle montre combien la problématique climatique illustre encore le phénomène de densification normative ayant fait l'objet d'une recherche collective sous la direction de C. Thibierge, La densification normative, découverte d'un processus, Mares et Marin 2013. Plus précisément, elle montre comment la *lex mercatoria* peut se construire par la densification normative, v. dans cet ouvrage la contribution de J.-B. Racine et S. Menétray, La densification normative de la *lex mercatoria*, p. 415.

1.10. Plan

C'est pourquoi, sous le prisme de la double nature du contrat, nous souhaitons démontrer que la *lex mercatoria* climatique pourrait advenir en raison de sa capacité à en être le facteur (1) tout autant que le vecteur (2).

2. LE CONTRAT FACTEUR DE LA *LEX MERCATORIA* CLIMATIQUE

2.1. Des clauses climatiques à l'espace climatique

Le contrat, issu de la volonté des parties, est une norme qui crée du droit, des obligations contractuelles issues de la volonté des parties²⁴. Il régule les relations entre les individus et, à ce titre, à un niveau transnational, peut être facteur de *lex mercatoria* climatique. En effet, dans leurs relations contractuelles transnationales, il est déjà possible pour les marchands d'insérer dans leurs contrats des normes anticipant le risque climatique, par le biais de clauses issues de la volonté des parties. Initialement créées à une échelle individuelle, elles pourraient se densifier et occuper un espace juridique inoccupé en se multipliant à une échelle plus collective. C'est alors que, dans un nouvel espace climatique, le contrat-via les clauses- jouerait pleinement son rôle « normateur » pour réguler le comportement des marchands de manière globale - en dehors de toute intervention étatique et dans un espace transfrontière- à l'égard du réchauffement climatique. La *lex mercatoria* climatique serait le fruit de clauses contractuelles « normatrices », à vocation climatique, se multipliant dans un espace juridique régulé par le contrat lui-même.

2.2. Des *Climate contracts* aux clauses climatiques

Pour attester de cette possibilité, il convient de rappeler que, il y a quelques années, dans la continuité de travaux menés sur les « *environmental contracts* »²⁵, Eric W.

24 V. la nouvelle définition française issue de l'article 1101 du Code civil: Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

25 Orts, E. W.; Deketelaere, K. *Environmental Contracts* : compara-

Orts a mis en lumière le concept de « *climate contracts* »²⁶. Selon cet auteur, « *These "climate contracts" include not only international treaties but also national and regional regulations, public-private partnerships brokered by non-governmental organizations, various organizational alliances, and everyday transactions for goods and services* »²⁷. Cette catégorie contractuelle - plus symbolique que réelle tant à l'analyse les instruments observés ne sont pas toujours de vrais contrats- regroupe tous les traités interétatiques internationaux ou régionaux relatifs au climat, les accords conclus entre un État et une collectivité locale, ou une personne publique et une personne privée, ou encore entre personnes privées. Tous ces instruments ont pour point commun d'avoir pour finalité la lutte contre le changement climatique.

Parce que l'étude est faite sous le prisme premier du climat plus que du contrat, de ce qui est à constater plus que de ce qui est à deviner, un instrument échappe à l'observateur : le contrat de commerce international, de vente de marchandises, celui de la *lex mercatoria*. Or, ce contrat a un fort potentiel dans le domaine du changement climatique. Certes, il n'a pas initialement pour finalité de lutter contre le réchauffement climatique. Il s'agit de satisfaire les intérêts économiques des marchands, exportateurs et importateurs de biens. Toutefois, il peut contenir des obligations allant en ce sens et satisfaire l'intérêt général. En intégrant la lutte contre le réchauffement climatique dans des contrats à finalité purement économique, les entreprises peuvent devenir des acteurs globaux de la lutte contre le changement climatique de manière plus efficace tant les ventes de biens et services sont un facteur important d'émissions de gaz à effet de serre.

2.3. Clauses climatiques

C'est ici qu'apparaît le rôle des clauses climatiques contractuelles, emprunte des volontés individuelles²⁸,

tive approaches to regulatory innovation in the United States and Europe, Eds 2011. En droit français, M. Hautereau-Boutonnet, Le contrat et l'environnement, PUAM 2014, Préface G.-J. Martin et postface M. Mekki ; Le contrat et l'environnement, Etude de droit comparé, Bruylant, 2015.

26 Orts, E. W. Climate Contracts, 29 VA. *Environmental Law Journal*, v. 197, p. 198, 2011.

27 Idem, p. 199.

28 Sur le concept de clause, Helleringer, G. Les clauses contractuelles, Essai d'une typologie. *LGDJ*, t. 536, 2012. Mekki, M. L'essor du concept de clause contractuelle. 1^{ère} partie. *RDC*, 2006/3.

propices à la régulation individuelle. En prolongement de sa thèse s'intitulant « *Sustainability clauses in international business contracts* »²⁹, Katerina Peterkova Mitkidis a récemment mis en évidence la nécessité et possibilité d'instrumentaliser le contrat d'approvisionnement transnational, qui s'entend de celui permettant à une entreprise transnationale de s'approvisionner en biens et services auprès d'une autre entreprise sur un autre territoire, dans une finalité climatique³⁰. Il est vrai que, d'ores et déjà, l'on peut noter l'importance des clauses de développement durable dans ce secteur. Il s'agit, par la voie de clauses contractuelles, pour les entreprises d'un pays développé, d'inciter ses fournisseurs, producteurs et sous-traitants situés dans un pays en voie de développement, de modifier son comportement en faveur des droits de l'homme, de la santé et sécurité des personnes ainsi que de la protection de l'environnement. Si différentes études dressent l'importance de cette tendance – en premier lieu la thèse de Katerina Peterkova Mitkidis³¹ – et notent l'existence de certaines clauses favorables à la réduction des émissions de gaz à effet de serre, il faudrait regarder de plus près quelles sont aujourd'hui les clauses climatiques pour apprécier l'efficacité du contrat dans le combat de la lutte contre le réchauffement climatique et, finalement, évaluer l'importance de la pratique des acteurs économique à un niveau global. Toutefois, cela demande à dépasser des difficultés pratiques : l'accès aux contrats eux-mêmes. C'est pourquoi, pour contourner ces difficultés, il est aussi possible de mettre en évidence ce que peuvent faire les entreprises en tant qu'acteur d'une *lex mercatoria* climatique, sur le fondement du contrat et par le biais de clauses contractuelles produisant des normes à vocation climatique.

2.4. Contenu des clauses climatiques

Les entreprises peuvent, par le biais de leurs volontés, intégrer le climat et insérant dans le contrat de vente

29 K. Peterkova mitkidis, *Sustainability clauses in international business contracts*, Eleven international publishing, 2015.

30 V. Using Private Contracts for climate Change Mitigation. *Groningen Journal of International Law*, v. 2, n. 1, Energy and Environmental Law, p. 54 et s.

31 K. Peterkova mitkidis, *Sustainability clauses in international business contracts*, Eleven international publishing, 2015. V. aussi, Vandenberg, M. P. The New Wal-Mart Effect : The Role of Private Contracting in Global Governance, *UCLA Law Review*, V. 54, p. 913-970, 2007. V. aussi l'étude réalisée par l'Université de PACE en collaboration avec IACCM Disponible em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/IACCM.html>>.

de marchandises deux types de clauses³². D'une part, les clauses d'adaptation. Celles-ci devraient permettre aux entreprises de préserver l'utilité économique du contrat une fois les conséquences négatives du changement climatiques réalisées, d'anticiper les conséquences économiques qu'elles pourraient subir en cas de réalisation d'événements climatiques mais aussi de législation nationale climatique qui viendraient perturber leurs relations commerciales. Ici ce sont les clauses de résolution du contrat, de détermination des différentes responsabilités, d'indexation et surtout de *hardship* qui ont un rôle à jouer en vue de rétablir l'équilibre économique du contrat. D'autre part, les clauses d'atténuation. Celles-ci devraient quant à elles permettre aux entreprises de veiller à leurs intérêts économiques en luttant directement contre le mal à la source et en s'engageant dans la lutte contre le changement climatique plus intensément. Cette fois, ce sont les clauses orientant le comportement climatique des partenaires économiques de l'entreprise du pays développé qui ont toute leur place. Ainsi est-il possible de demander aux fournisseurs d'utiliser les meilleures techniques disponibles pour produire de manière plus propre, d'adhérer à un système de normalisation allant en ce sens, de respecter la législation la plus favorable à la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre.

2.5. Circulation normative

Il faut ici noter l'importance de la circulation normative : le contrat peut conduire à la transplantation de lois nationales relevant du droit dur, comme celles imposant des limites de rejet de gaz à effet de serre ou la communication aux actionnaires de certaines données climatiques, et à concrétiser des normes de droit souple comme celles invitant les entreprises à communiquer des informations relatives à leur bilan carbone (via le *Carbon Disclosure Project* ou le *Greenhouse Protocol*). C'est alors une *lex mercatoria* climatique construite à partir de droits nationaux ou a-nationaux, dur et souple qui pourrait se construire, réceptacle d'un droit à la fois global et globalisé, en raison respectivement de sa vocation à saisir le global et à accueillir des normes transplantées.

32 M. Hautereau-Boutonnet, Le potentiel climatique du contrat d'approvisionnement transnational, *Energie, Environnement, Infrastructures* juin 2016. Plus généralement v. la thèse de K. Peterkova mitkidis, *Sustainability clauses in international business contracts*, Eleven international publishing, 2015.

2.6. Force des clauses climatiques

Toutefois ces clauses ne seront en ce sens efficaces que si elles détiennent une force susceptible d'agir véritablement sur le comportement du partenaire commercial. Outre que la rédaction des clauses devra manifester au minimum du prescriptif et au minimum de l'incitatif, les entreprises pourront prévoir dans le contrat d'approvisionnement des clauses de contrôle et de prérequis. Alors que dans le premier cas, la clause impose au partenaire commercial d'attester de son bon comportement climatique pendant le déroulement du contrat sous peine de sanctions, notamment en transmettant des informations sur son bilan carbone, dans le second cas, il s'agira clause de faire preuve de ce comportement avant la conclusion du contrat sous peine de ne pas pouvoir devenir contractant.

2.7. Espace climatique

Surtout, l'ensemble de ces clauses ne pourra régir le comportement des entreprises à grande échelle – de manière donc globale – que si ces clauses se diffusent dans un espace normatif, propre à la régulation des échanges économiques transnationaux. En effet, le réchauffement climatique n'est pas dû à l'activité d'une seule entreprise mais de toutes les entreprises, celles détenant des activités bien distinctes autant que celles participant à la création d'un même produit. Le pari de la *lex mercatoria* climatique repose alors sur la possible diffusion des clauses climatiques: le contrat doit être facteur d'un droit des marchands à grande échelle. Or, à l'examen, la régulation inter-individuelle pourrait donner lieu, années après années, à un mouvement de densification des clauses³³ et opérer une régulation plus collective à un niveau global, propice à la création d'un « espace climatique ».

2.8. Diffusion des clauses climatiques

Deux voies sont envisageables. Premièrement la diffusion par la répercussion³⁴. Dans ce cas, il s'agit pour les entreprises débitrices d'une obligation climatique *via* une clause contractuelle de répercuter cette même obli-

33 V. l'expression de G. Helleringer in *La densification normative*, dir. C. Thibierge, Mare et Martin, 2015.

34 V. Monteillet, Thèse préc., n° 479.

gation sur son propre partenaire commercial, son fournisseur ou sous-traitant. Ainsi l'entreprise demandera-t-elle à son tour à son contractant d'effectuer un bilan carbone ou d'attester de certaines informations climatiques ou de produire selon les meilleures techniques disponibles etc. Là encore un système de contrôle sera mis en place. Possible, cette contractualisation en cascade tout au long de la chaîne de valeur est même nécessaire si l'entreprise société mère ou tête de réseaux l'impose à leurs partenaires les plus proches. Elle est propice à la création d'une « zone d'intégralité environnementale »³⁵. Secondement, la diffusion par imitation. Le pari est celui de l'imitation par les entreprises concurrentes du comportement « climatique » des autres entreprises. Parce que ces clauses seront utilisées par certaines grosses entreprises et seront source d'une valeur ajoutée sur le marché, les autres entreprises pourraient être tentées de reproduire dans leurs propres relations contractuelles ce type de clause. S'opérera le passage d'une pratique individuelle contractuelle isolée à une pratique contractuelle additionnée, porteuse in fine de clauses types et usages...

2.9. Perspectives

Certes, nous sommes ici dans le monde du « possible ». Toutefois, les clauses spécialement climatiques devraient être effectivement de plus en plus courantes dans la pratique contractuelle. En effet, le changement climatique est devenu un risque économique pour les entreprises : outre qu'à l'avenir leur source d'approvisionnement pourrait être fragilisée par les conséquences climatiques, leur manque de vigilance dans ce combat pourrait mettre à mal leur réputation sur le marché et les conduire également à répondre de leurs actes devant les juges. Nous assistons aujourd'hui au phénomène du contentieux climatiques tendant à mettre en jeu la responsabilité des Etats pour défaut de mesures climatiques suffisamment adaptées à l'atténuation du rejet de gaz à effet de serre³⁶, les entreprises pour-

35 Expression de M. Mekki, Postface in *Le contrat et l'environnement*, dir. M. Hautereau-Boutonnet, PUAM, p. 543. Idée développée par la thèse de V. Monteillet, n. 481 s.

36 V. le rapport du *Sabin Center for Climate Law* de l'École de droit de *Columbia University*. Disponible em: <<http://columbiaclimatelaw.com>>. Consulté le: 24 oct. 2017. V. Décision du 25 juin 2015, Canal-Forgues, V. E.; Perruso, C. La lutte contre le changement climatique en tant qu'objet juridique identifié? *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2015. Comm. 72. V. Tabau, A.-S.; Cournil, C. Nouvelles perspectives pour la justice climatique. Cour du District de La Haye, 24 juin 2015,

raient aussi être visées comme le montrent les différentes actions engagées contre elles aux Etats-Unis et l'ouverture d'une enquête contre l'entreprise Exxon se voyant reprocher d'avoir caché aux actionnaires des informations relatives aux effets néfastes de son activité sur le climat aux actionnaires³⁷. Surtout, la lutte contre le changement climatique peut aussi être vue, non plus comme un risque à intégrer mais une chance économique à saisir. Pour asseoir leur réputation sur le marché auprès des actionnaires, concurrents et consommateurs, les entreprises ont dorénavant tout intérêt à adopter un comportement favorable à la réduction des émissions de gaz à effet de serre, à l'imposer à leurs partenaires commerciaux et à opérer sa répercussion en cascade. Enfin, les entreprises en ont aussi la possibilité. Il a été démontré que le contrat est un lieu de pouvoir : il permet à l'entreprise la plus forte d'imposer un comportement au partenaire dont le sort économique dépend de la volonté de la première³⁸. Or, dans le domaine climatique, il s'agirait d'instrumentaliser son pouvoir dans un sens favorable à l'intérêt général et non uniquement à ses intérêts particuliers, asseoir le pouvoir tout au long des chaînes de valeurs dans une finalité favorable à la lutte contre le réchauffement climatique.

2.10. Indicateurs du global

Apparaîtront alors les indicateurs forts du global : des acteurs économiques transnationaux créateurs et diffuseurs de leurs propres normes pour réguler des relations mondiales délaissées par les droits étatiques et interétatiques et appréhender un enjeu global, le climat. Prenant possession d'un îlot normatif inoccupé, par le biais de normes individuelles et non plus générales, le contrat et spécialement les clauses contractuelles issues de leur volonté et productrice de normes climatiques, les entreprises deviendraient créatrices de leur propre *lex mercatoria* climatique. Les clauses climatiques seraient ainsi, par la voie de la création, circulation et diffusion, de comportements climatiques « normateurs ». Or, cette tendance pourrait s'accroître si l'on se souvient de toutes les capacités du contrat : facteur de la *lex mercatoria* climatique, il en est aussi le vecteur.

Fondation Urgenda contre Pays-Bas), *RJE*, n. 4, p. 672, 2015.

37 Disponible em: <http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2015/11/06/la-justice-americaine-demande-des-comptes-a-exxon-mobil-sur-le-rechauffement-climatique_4804277_3222.html>.

38 Sur ce rappel, v. la thèse de V. Monteillet, n. 476 et s.

3. LE CONTRAT VECTEUR DE LA *LEX MERCATORIA* CLIMATIQUE

3.1. Vecteur ?

Norme *de* droit ou « régulateur », le contrat est aussi une norme *du* droit ou régulée : relevant d'un ordre normatif qui l'entoure, l'encercle, l'influence et le valide, il est aussi régulé par des normes qui orientent sa finalité³⁹. Or, à ce titre, l'on peut d'ores et déjà observer qu'il existe certaines normes qui peuvent et pourraient favoriser la mise en œuvre de la prise en considération du climat dans le contrat. Autrement dit, le contrat, lui-même norme *de* et *facteur de* la *lex mercatoria*, doit aussi être considéré comme un instrument *vecteur* des autres normes issues *de* cette même *lex* ! C'est ainsi que la *lex mercatoria* climatique pourrait advenir dans toute sa globalité : réguler à un niveau global, par le global, à savoir sous l'impulsion d'acteurs non-étatiques et la mise en relation et interaction d'une multiplicité de normes.

3.2. Quelle *lex mercatoria* climatique ?

Reste à savoir ce que sont ces normes climatiques ou potentiellement climatiques issues de la *lex mercatoria* et, donc susceptibles, parce qu'elles régulent les relations contractuelles commerciales d'insuffler cette dynamique climatique et de constituer, avec le contrat et en le régulant, une « *lex mercatoria* climatique ». Si c'est ici que resurgit la mise en évidence doctrinale du droit transnational du climat, de la *new lex mercatoria* et de l'*éco lex mercatoria*, cela ne doit pas faire oublier que c'est aussi la *lex mercatoria* traditionnelle qui pourrait jouer un rôle et influencer la finalité climatique du contrat. Dans les deux cas, tout l'intérêt est qu'il s'agit d'une régulation qui en amont peut renforcer, accompagner les volontés des entreprises mais aussi remédier au manque de volontarisme de ces dernières dans l'insertion de clauses climatiques. Elles permettent alors de densifier la *lex mercatoria* climatique et de soutenir ainsi sa reconnaissance. Toutefois, ce soutien diffère car chacune n'entretient pas le même rapport avec le contrat transnational : alors que la première régule incidemment le contrat en

l'instrumentalisant, la seconde le régule directement en le contrôlant.

3.3. L'avènement de la nouvelle *lex mercatoria*

Du côté de la nouvelle *lex mercatoria*, l'on retrouve les différents instruments de droit souple précités qui, mis en relation avec le contrat, tendent à l'instrumentaliser⁴⁰. A cheval sur le droit de l'entreprise et les droits de l'homme, ce droit ne vise pas directement les contractants ou les relations contractuelles. Il n'entend pas relever du droit des contrats. Toutefois, incidemment, le contrat fait partie des leviers indispensables à leur mise en œuvre. En invitant l'entreprise à jouer un rôle actif dans la protection des droits de l'homme, de sa santé et sa sécurité, et dans la protection de l'environnement, ces instruments tendent à influencer son comportement contractuel transnational, à faire d'elle une entreprise autant qu'un contractant responsable. Pour répondre aux exigences fixées par ces instruments souples auxquels elles adhèrent volontairement, les entreprises sont invitées à adopter un comportement approprié dans leurs relations contractuelles. Il en est ainsi sous l'impulsion du Pacte mondial (Global Compact) lorsque son principe 8 affirme que « les entreprises sont invitées à prendre des initiatives tendant à promouvoir une plus grande responsabilité en matière d'environnement »⁴¹ ou sous l'impulsion des Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales⁴² qui au paragraphe VI concernant l'environnement les invitent à exercer leur activité de manière à ce qu'elle contribue au développement durable.

3.4. *Lex mercatoria* climatique

Si la protection de l'environnement fait naturellement place au climat, parmi ces instruments, certains intègrent d'ailleurs clairement la problématique climatique. Alors que ces mêmes principes de l'OCDE encouragent les entreprises à produire des biens et services qui « réduisent les émissions de gaz à effet de serre »⁴³, le *Caring for climate*, initiative des Nations-Unies parallèle

39 Le contrat demeure un instrument contribuant à l'intérêt général, sur ce rappel, M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, 2004, préface J. Ghestin.

40 Notes 15 et 16.

41 Disponible en : <<http://www.globalcompact-france.org/p-87-principe-8>>.

42 Disponible en : <<http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/2011102-fr.pdf>>.

43 V. Paragraphe VI (6.a) des Principes Directeurs de l'OCDE.

au Pacte mondial a pour but de promouvoir le rôle des entreprises dans la lutte contre les changements climatiques⁴⁴. Dans tous les cas, l'on devine la place du contrat transnational pour mettre en œuvre ces réductions de gaz à effet de serre. Peu étonnant alors que le contrat se découvre assez facilement derrière le contenu de ces instruments. Ainsi du côté toujours des principes de l'OCDE, ceux-ci invitent les entreprises à améliorer leurs performances environnementales au niveau non seulement de l'entreprise, mais aussi de sa chaîne d'approvisionnement⁴⁵. C'est incidemment inciter ces transnationales à insérer des mesures appropriées via les contrats d'approvisionnement transnationaux.

3.5. Devoir de vigilance

Surtout, plus concrètement, parmi ces instruments de droit souple, certains ont créé une obligation déterminante pour notre démonstration tant elle est propice à la régulation contractuelle transnationale. Il s'agit du devoir de vigilance invitant en substance les entreprises transnationales à contrôler et réduire le risque d'atteintes aux droits de l'homme, à leur sécurité et santé ainsi qu'à l'environnement créé par leur activité ou l'activité de leurs filiales et partenaires commerciaux se trouvant dans leur sphère d'influence, y compris ceux se trouvant sur les sols étrangers⁴⁶. Le risque climatique étant porteur de ces trois atteintes, il devrait lui aussi naturellement faire l'objet de vigilance. Reconnu par les Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales (dernière édition, Principes Généraux II, A-2), ce devoir est aussi prévu par la norme ISO 26000 sur les lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale des organisations publiée en novembre 2010 (article 2.4., ISO 26000) et les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits fondamentaux élaborés par le Représentant spécial du Secrétaire général John Ruggie chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises et approuvés par le Conseil des Droits de l'homme dans sa résolution du 17/4 du 16 juin 2011⁴⁷.

44 Disponible en: <<http://newsroom.unfccc.int/lpaa-fr/entreprises/caring-for-climate-c4c-promouvoir-le-role-des-entreprises-face-au-changement-climatique/>>.

45 V. Paragraphe VI (6) des Principes Directeurs de l'OCDE.

46 V. le Pierre-Samuel, Par et al. Le big bang des devoirs de vigilance ESG : les nouveaux enjeux de RSE et de droits de l'homme, *RLDA*, n. 104, mai 2015;

47 Disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/>

3.6. Portée sur le contrat

Dans tous les cas, pour mettre en œuvre ce devoir de vigilance dans le domaine spécifiquement climatique, les entreprises débitrices sont appelées à instrumentaliser les contrats d'affaires transnationaux pour faire peser sur leurs partenaires commerciaux, fournisseurs sous-traitants, des obligations permettant d'identifier, contrôler et réduire les risques créés par leur activité⁴⁸. Le lien avec la régulation contractuelle, par le contrat, est plus explicite. Ainsi les principes de l'OCDE précisent-ils que entreprises débitrices du devoir de vigilance doivent « encourager dans la mesure du possible leurs partenaires commerciaux, y compris leurs fournisseurs et leurs sous-traitants, à appliquer des principes de conduite responsable conformes aux Principes directeurs » (art.13 du paragraphe II) et fait référence à la chaîne d'approvisionnement à plusieurs reprises⁴⁹. Les entreprises transnationales sont ainsi appelées à insérer les clauses climatiques étudiées pour inviter leurs partenaires à réduire les rejets de gaz à effet de serre ou au moins à contrôler leur activité dans ce domaine en leur imposant la transmission de certaines informations. On en retient que si les clauses climatiques, issues du contrat comme facteur de *lex mercatoria*, ont toutes les chances d'être créées et de se propager, c'est parce que les entreprises adhérentes à ces normes ou référentiels internationaux sont invitées à les insérer dans leurs relations contractuelles sous l'impulsion du devoir de vigilance, norme de la nouvelle *lex mercatoria* au contenu plus souple et à la finalité incidente.

3.7. Fragilité ?

Certes, rien n'oblige les entreprises transnationales à adhérer à ce type de normes incitatives et surtout à contractualiser le devoir de vigilance. Or, sans contractualisation ou au moins influence sur les relations contractuelles par le biais de clauses favorables à la réduction des rejets de gaz à effet de serre, l'on ne peut plus parler de *lex mercatoria* climatique. Celle-ci ne doit son existence que parce qu'elle régule les relations contractuelles. Toutefois, ces instruments prévoient tous des systèmes de

Business/IntroductionsGuidingPrinciples_fr.pdf>.

48 Mekki, M. Contrat et devoir de vigilance. *RLDA*, n. 104, p. 89, mai 2015; Trébulle, F.-G. Contractualiser la responsabilité sociale? *Environnement*, n. 3, 2013, Repère 3.

49 V. les commentaires sur les principes généraux p. 24 et s.

contrôle, assez souples mais pas inutiles, qui consistent en substance à imposer aux entreprises la transmission d'informations relatives à leurs activités et à la manière dont elles agissent contre le réchauffement climatique et, pour l'organisme de contrôle, à en tirer certaines conséquences en cas de non-respect des engagements, notamment l'impossibilité pour l'entreprise de faire valoir son adhésion à la norme méconnue. L'exemple du *Caring Climate* est topique : par le biais d'un document écrit, le *Caring for climate Statement*, l'entreprise s'engage au respect des engagements en matière climatique, en particulier améliorer l'efficacité énergétique et réduire l'empreinte carbone de ses biens et services et procédés de production, et à faire part de ses résultats régulièrement. À défaut, l'entreprise peut être exclue⁵⁰. On peut alors penser que l'instrumentalisation du contrat, en particulier la mise en évidence d'une politique climatique permettant de contrôler le comportement des fournisseurs et sous-traitants via les contrats d'affaires peut faire partie des éléments à faire connaître pour apparaître comme un bon élève au nom des engagements prônés par le *Caring Climate* et, ainsi, assurer sa bonne réputation sur le marché.

3.8. Autres normes

Par ailleurs, l'ensemble de ces normes et référentiels internationaux, en incitant à la contractualisation, peut et pourrait être également producteur d'autres normes relevant plus généralement de la pratique contractuelle qui, pris indépendamment, relèvent elles aussi de ce nouveau droit souple transnational⁵¹. Il en est ainsi des guides contractuels expliquant la démarche de contractualisation de la vigilance avec les partenaires commerciaux. S'il n'en existe pas encore dans le domaine climatique, les premiers signes sont là en matière de droits de l'homme et pourraient s'affiner. L'on pense au guide des Achats sur le marché international de l'Alliance du commerce⁵² ou au Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsable en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque⁵³. L'on peut aussi noter, révélateur des évolutions en cours, que l'organisation UNIDROIT

prépare actuellement, suite à l'adoption du guide sur l'agriculture contractuelle, un guide sur les contrats d'investissement en terre agricole en collaboration avec la FAO, qui invite à intégrer les problématiques environnementales dans les contrats et à réfléchir aux modes d'insertions d'obligations environnementales contractuelles⁵⁴. Par ailleurs, certaines ONG n'hésitent pas, d'ores et déjà, à proposer un modèle de contrat type dit « contrat durable » qui pourrait, demain, certainement appréhender de plus près le risque climatique et modéliser certaines clauses climatiques types⁵⁵. Là encore, ce contrat type apparaît comme une norme incidemment incitative. C'est alors que, de plus en plus, par le biais de l'affinement et la densification, cette nouvelle *lex mercatoria* ira à la rencontre de la *lex mercatoria* plus traditionnelle, celle appelée à gouverner directement les relations contractuelle, en rénovant et complétant certains de ces instruments classiques, guides et contrats types dans les relations commerciales transnationales.

3.9. Originalité normative de la nouvelle *lex mercatoria*

Ainsi parce qu'elle pousse, à sa manière, à la contractualisation de clauses climatiques dans les contrats transnationaux, cette nouvelle *lex mercatoria* au cœur de laquelle se trouve l'obligation de vigilance, peut être vue à la fois comme un nouvel ordre contractuel composé non plus de normes dures mais de normes souples⁵⁶, un nouvel ordre des marchands composé non plus uniquement de normes régissant directement les relations contractuelles mais aussi de normes les régulant indirectement⁵⁷ et comme un renouveau de la *lex mercatoria* plus traditionnelle. C'est alors une *lex mercatoria* climatique dans toute sa globalité qui apparaît, mêlant et mettant en relation normes nouvelles et traditionnelles.

54 Disponible en : <<http://www.unidroit.org/english/documents/2017/study80b/wg/s-80b-02-e.pdf>>.

55 Queinnec, V. Y. L'émergence de contrats durables pour exercer sa vigilance. *Revue Lamy Droit des Affaires*, p. 61, 2014; Launay, A.; Queinnec, Y. De la prévention à la réparation des impacts ESG: Le contrat durable, outils de formalisation du devoir de vigilance. In: Martin-Chenut, K.; Quenaudon, R. de. *La RSE saisie par le droit: perspectives interne et internationale*. Paris: Pedone, 2016. p. 471.

56 L'expression ordre contractuel est de Denis Mazeaud, Le nouvel ordre contractuel, in *Ruptures et permanence dans le droit des contrats*, *RDC*, n. 1, p. 295, 2003.

57 V. la distinction de V. Monteillet entre ordre contractuel environnemental et ordre transversal environnemental, p. 433 et s.

50 Sur ce rappel, G. De Lassus Saint-Genies, art. préc., p. 90.

51 Sur cette possible tendance à venir v. la thèse de V. Monteillet,

52 *Les cahiers de l'Alliance*, Paris, n. 9, juin 2014.

53 Disponible en : <[https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mnc/ Guide-OCDE-Devoir-Diligence-Minerais-%20Edition3.pdf](https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mnc/Guide-OCDE-Devoir-Diligence-Minerais-%20Edition3.pdf)>.

3.10. Le renouveau de la *lex mercatoria* traditionnelle

La *lex mercatoria* traditionnelle ne pourrait-elle pas d'ailleurs jouer un rôle déterminant dans la construction de la *lex mercatoria* climatique ? C'est ce que nous pensons. Il faut rappeler que le contrat de vente internationale ou plus particulièrement le contrat d'approvisionnement transnational, peut être soumis à différents droits des contrats selon la loi applicable. Il peut être régi par le droit national, la loi des parties, certaines conventions internationales comme la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980) mais aussi par les normes de la *lex mercatoria*. Dans ce cas, le contrat est régulé directement : la *lex* s'assure du respect des conditions de conclusion et exécution du contrat. Il ne s'agit pas d'instrumentaliser le contrat mais de le contrôler. C'est par ce biais qu'il peut être vecteur d'une *lex mercatoria* climatique. En effet, le droit souple (la nouvelle *lex mercatoria*) pourrait jour après jour avoir une influence sur ce droit certes a-national mais dur et surtout général, et l'inviter à davantage appréhender l'enjeu du changement climatique. C'est ainsi que, à l'écoute des nouvelles forces créatrices, sociales, écologiques mais aussi de plus en plus économiques, il en découlerait une *lex mercatoria* également climatique, tendant à l'adoption d'un comportement contractuel soucieux de la lutte contre le réchauffement climatique.

3.11. Principes communs

Il convient alors de regarder de plus près les canaux traditionnels par lesquels pourrait se construire cette *lex mercatoria* climatique. Ici, ce sont en particulier certains principes de la *lex mercatoria* guidant la conclusion et l'exécution du contrat qui ont un rôle à jouer tant ils sont susceptibles de s'adapter et évoluer aux nouvelles considérations. En laissant de côté le principe de force obligatoire du contrat (*pacta sunt servanda*) qui à l'évidence renforcerait l'efficacité des clauses climatiques, deux principes méritent l'attention.

3.12. Bonne foi

En premier lieu, le principe de la bonne foi qui est reconnu par les différents droits internes, les principes UNIDROIT (art. 1.9) et les usages et principes du com-

merce international ou de la *lex mercatoria*. S'il pourrait certes permettre au juge ou à l'arbitre d'imposer aux contractants le respect des obligations climatiques, il pourrait aussi, à l'avenir, les inciter au nom de l'exigence de collaboration ou coopération qui en découle au respect d'obligations climatiques plus concrètes, bien que non prévues dans le contrat. Il en serait ainsi de la nécessité pour les contractants de communiquer certaines informations relatives aux conséquences de leurs activités sur le réchauffement climatique, de réduire les émissions de gaz à effet de serre issues de son activité en respectant les meilleures pratiques disponibles, de contrôler le comportement climatique des sous-traitants, de renégocier le contrat au vu de l'évolution des données scientifiques disponibles dans un but d'adaptation ou d'atténuation, etc. en déduire le nécessaire respect de certaines obligations non prévues explicitement par les parties.

3.13. Cohérence contractuelle

En second lieu, le devoir de cohérence contractuelle ou, selon les principes UNIDROIT (art. 1.8), de l'impossibilité pour une partie « d'agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage ». Celui-ci pourrait conduire à imposer un comportement cohérent face à certains engagements favorables au climat. Ainsi, en supposant qu'une entreprise fournisseur fasse publiquement valoir le fait qu'elle s'engage dans ses relations commerciales à adopter un comportement favorable à la lutte contre le réchauffement climatique pourrait laisser penser à l'autre contractant qu'elle développe concrètement des actions en ce sens. Il en est de même, pour faire le lien avec la nouvelle *lex mercatoria*, si elle a publiquement déclaré être adhérente à des normes prônant notamment le devoir de vigilance. L'arbitre ou le juge pourrait ici être conduit à imposer certaines obligations comme exercer une activité économique davantage respectueuse du climat, au nom de ce que l'on pourrait attendre de ces engagements, mais cette fois, extracontractuels. L'on voit ici la communication possible entre les *lex mercatoria* nouvelle et traditionnelle et la manière dont la densification de la *lex mercatoria* climatique s'opère et, à travers elle, comment le global se manifeste.

3.14. Obligations implicites et usage

Surtout, les juges ou arbitres pourraient être tentés, au regard de la densification des clauses contractuelles climatiques, via le contrat facteur de *lex mercatoria* climatique à l'échelle individuelle puis collective, de découvrir des obligations implicites ou un usage de la clause climatique. Dans le premier cas, il s'agit, pour reprendre la formule doctrinale française, de « greffer » des obligations au contrat⁵⁸. Du côté des principes UNIDROIT⁸¹, dans leur dernière version de 2010, les parties doivent respecter les obligations expresses mais également « implicites » découlant notamment de la nature et du but du contrat. Les juges et arbitres pourraient alors découvrir certains « devoirs climatiques » implicites et les imposer aux parties. Dans le second cas, ces acteurs du droit pourraient estimer se trouver face à un usage. Selon, l'article 1.9 des Principes UNIDROIT, les parties sont liées par tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit déraisonnable. De même, les usages, qui résultent notamment d'une pratique contractuelle répétée et considérée comme obligatoire, sont considérés comme des normes composant la *lex mercatoria*⁸⁶. A terme, le juge ou l'arbitre pourrait ainsi considérer que la nécessité d'exercer une activité propre et conciliable avec l'objectif de réduction de gaz à effet de serre est constitutive d'usage du commerce international et implique le respect de diverses obligations lors de la conclusion ou l'exécution du contrat, telles celles prévues par la grande majorité des entreprises transnationales dans les contrats d'échange. C'est alors que, au regard du respect de cet usage, tout contrat transnational d'échange de bien devrait devenir climatique !

3.15. Construction de la *lex mercatoria* climatique

La *lex mercatoria* climatique se construirait alors en aller-retour, du côté du pôle de la *lex mercatoria* produite par le contrat et de la *lex mercatoria* régulant le contrat (facteur/vecteur) : alors que l'insertion des clauses climatiques dans les contrats par la pratique contractuelle sous l'impulsion du droit souple précité pourrait pou-

ser à la découverte d'un usage, en retour, ce dernier issu du droit de *lex mercatoria* dur (traditionnelle) influencera le contenu climatique des contrats à un niveau global. Norme de droit générale de la *lex mercatoria*, l'usage a en effet la capacité de réguler le contrat transnational à grande échelle. Certes, l'hypothèse n'est pas simple : pour que l'usage soit reconnu encore faudra-t-il se trouver face à une pratique répétée et considérée comme obligatoire ou, selon les critères fixés par l'article 1.9 des principes UNIDROIT, que l'usage soit « largement connu et régulièrement observé par les parties dans la branche commerciale considérée ». Cela demandera à regarder de plus près les signes d'une pratique contractuelle potentiellement créatrice d'usage, se manifestant notamment dans l'importance quantitative des clauses climatiques, non seulement issues des contrats eux-mêmes, mais aussi des documents contractuels ou conditions générales d'achat, les guides, clausiers, voire contrats types les proposant élaborés également sous l'impulsion de la nouvelle *lex mercatoria*⁵⁹ !

4. CONCLUSION

Au final, si demain il y a construction d'une *lex mercatoria* climatique dans toute sa globalité (acteurs, normes, espace, finalité), elle devrait être le fruit d'un contrat inter-normatif, en prise avec différentes normes en interaction, support d'une densification. En tant que facteur de la *lex mercatoria* climatique, normes individuelles (les clauses climatiques) mais potentiellement collective et propice à la construction de normes souples (guides, clausiers) et dures (usages); en tant que vecteur de la *lex mercatoria* climatique : normes souples mais potentiellement dures (les principes de la *lex mercatoria* traditionnelle), toutes deux propices à la création et diffusion de normes individuelles puis générales.

58 Josserand, L. Le forçage du contrat. *Etudes Gény*, t. 2, Sirey, p. 340, 1934. Sur ce rappel, not. M. Fabre-Magnan, préc., p. 496.

59 Sur ce rappel, not. V. Monteillet, Thèse n. 548. V. aussi M. Hautereau-Boutonnet, le contrat d'approvisionnement, préc.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.