



P E R S P E C T I V E S C O N T E N T I E U S E S I N T E R N A T I O N A L E S

VOLUME 5

NUMÉRO SPÉCIAL

MARS 2026

DOSSIER

L'exploitation des ressources naturelles à l'épreuve de la transition énergétique, sous la direction de R. Legendre et D.-S. Robin avec les contributions de K. Mehtiyeva, M. Lemey, L. Larribère, J. Reeves, S. Clavel, J. Dellaux, N. Aloupi, M. Nioche, S. Cassella.

COMITÉ ÉDITORIAL

Sandrine Clavel,
Professeure de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ

Patrick Jacob,
Professeur de droit public, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne

Fabienne Jault-Seseke,
Professeure de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ

COMITÉ SCIENTIFIQUE
ET DE LECTURE

Walid Ben Hamida,
Professeur à l'université de Lille

Philippine Blajan,
Professeure de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ

Sandrine Clavel,
Professeure de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ

Thomas Clay,
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I,
Panthéon-Sorbonne

Gilles Cuniberti
Professeur à l'université du Luxembourg

Jean-Baptiste Dudant
Professeur à l'université Paris-Saclay, UVSQ

Fabrice Fages,
Avocat aux barreaux de Paris et Bruxelles, Associé, Latham & Watkins

Maximin de Fontmichel,
Professeur de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ

Géraldine Giraudeau,
Professeure de droit public, Université Paris-Saclay, UVSQ

Patrick Jacob,
Professeur de droit public, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne

Fabienne Jault-Seseke,
Professeure de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ

Jérémy Jourdan-Marques,
Professeur à l'université Lumière Lyon 2

Erwan Poisson,
Avocat au barreau de Paris & Solicitor of England and Wales,
Associé, Allen & Overy, Paris

COMITÉ ÉDITORIAL

Sandrine Clavel,
Patrick Jacob
et Fabienne Jault-Seseke

Le recentrage du discours politique sur les enjeux de souveraineté économique, notion en vogue depuis quelques années, n'a pas seulement pour conséquence un renforcement de la protection de nos économies, notamment par la réforme et le durcissement du contrôle des investissements étrangers. Il implique également la recherche d'une autonomie stratégique, laquelle s'entend de la volonté de réduire nos dépendances à l'égard d'Etats étrangers, partenaires un jour, mais pas forcément toujours.

Le sommet européen d'Alden Biesen consacré à la compétitivité, qui s'est tenu le 12 février 2026, a pointé les incidences négatives du coût de l'énergie pour l'industrie européenne, dont nombre d'acteurs réclament une réforme du marché de l'électricité et du marché du carbone. Il n'est donc guère étonnant que les secteurs énergétiques et des matières premières critiques occupent une place centrale — à côté de la défense, de l'agroalimentaire et du numérique — dans les discours sur la souveraineté économique. La sortie de la dépendance est d'autant plus nécessaire que le discours souverainiste a également le vent en poupe dans les pays sources, qui entendent reprendre le contrôle de richesses dont l'exploitation a à leurs yeux longtemps été confisquée par de grandes multinationales étrangères. Dans sa [Communication relative à la « stratégie européenne en matière de sécurité économique »](#), publiée en juin 2023, la Commission européenne identifie plusieurs voies pour sortir de la dépendance, en particulier celle de l'accroissement de la compétitivité des entreprises européennes, et celle de la diversification et de la sécurisation des sources d'approvisionnement. Le règlement « Matières premières critiques » adopté le 11 avril 2024 participe de cette nouvelle politique.

Comment concilier cette politique avec le *Pacte Vert* dont l'Union européenne s'est dotée en 2019 ? Il faut bien admettre que l'exercice est tout sauf simple. Le recul sur les directives CSRD et CS3D, acté par la nouvelle [directive \(UE\) 2026/470](#) du 24 février 2026, en atteste. Or si les contradictions réglementaires sont sources de confusion, elles sont aussi sources de contestations ; et la contestation appelle, dans les Etats de droit, le contentieux. Ce numéro spécial est consacré à un dossier intitulé « L'exploitation des ressources naturelles à l'épreuve de la transition énergétique » préparé sous la direction de Rebecca Legendre et Denys-Sacha Robin. Il nous offre l'occasion de réfléchir aux transformations auxquelles le secteur extractif en général se trouve confronté sous l'effet des politiques de développement durable, ainsi qu'aux contentieux multiples susceptibles de naître de la difficile conciliation de logiques contraires.

EDITORIAL

Concilier les contraires : la fonction stratégique du contentieux 3

DOSSIER THEMATIQUE

**L'exploitation des ressources
naturelles à l'épreuve de la
transition énergétique**
sous la direction de
Rebecca Legendre
et Denys-Sacha Robin

Propos introductifs,
par Rebecca Legendre et Denys-Sacha Robin 5

Les sources de la transition énergétique : quels défis pour le juge ?
par Kamalia Mehtiyeva 8

*La souveraineté permanente des Etats sur leurs ressources
naturelles à l'épreuve de la transition énergétique :
un renouveau teinté d'incertitudes normatives et contentieuses,*
par Marie Lemey 22

*Conflit de logiques au forum mondial ? L'arbitre comme juge
global des ressources naturelles,* par Lilian Larribère 34

*Le droit et le contentieux de l'OMC en faveur de l'exploitation
des communs planétaires : réflexions sur une incohérence
structurelle,* par Joseph Reeves 46

*La juridictionnalisation des relations entre les entreprises
minières et les communautés locales,* par Sandrine Clavel 57

*La protection des forêts tropicales pour le climat
et l'encadrement de ses effets pervers, des négociations
au contentieux,* par Julien Dellaux 72

*L'exemple de l'AIFM : un modèle de gouvernance multilatérale
dans l'hypothèse d'une exploitation des grands fonds marins ?*
par Niki Aloupi 83

*Directive vigilance et droit international privé : vers une
exploitation des ressources naturelles plus responsable ?*
par Marie Nioche 95

*La responsabilité internationale des États dans le cadre
de l'exploitation des ressources naturelles,* par Sarah Cassella 113

Rebecca Legendre

Professeure à l'Université Paris Nanterre et directrice adjointe du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN)

Denys-Sacha Robin

Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre et membre du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN)

1. La transition énergétique indispensable à la décarbonation de l'économie globale, elle-même nécessaire à la lutte contre le réchauffement climatique, entraîne un phénomène d'accroissement de l'exploitation des ressources naturelles dont les effets peuvent s'avérer diamétralement opposés aux objectifs recherchés.
2. Ainsi, d'un côté, les États déterminent des objectifs de plus en plus clairs en matière climatique et énergétique, qu'il s'agisse du « zéro émission nette » de CO₂ d'ici à 2050, déterminé par le Pacte de Glasgow adopté lors de la COP 26 (2021), ou de la « réduction progressive » du recours aux sources d'énergies fossiles (« *transitioning away from fossil fuels in energy systems* ») incluse, après d'après négociations, dans la déclaration finale de la COP 28 qui s'est tenue à Dubaï (2023).
3. De l'autre côté, la transformation des systèmes énergétiques traditionnels démultiplie la demande mondiale en minerais et métaux variés. L'International Resource Panel projette par exemple un doublement de l'activité d'exploitation des ressources minérales d'ici à 2060, alors qu'elle avait déjà triplé depuis les années 1970.
4. Dans ces conditions, l'ensemble des acteurs de la filière — États et entreprises — semble soumis à des injonctions contradictoires : accroître l'exploitation des ressources naturelles pour favoriser la transition énergétique et, dans le même temps, diminuer les émissions de CO₂ et protéger l'environnement et les droits humains sur l'ensemble de la chaîne de valeur (de l'extraction à la production, en passant par le raffinage et le transport), dont l'exploitation des ressources naturelles est l'une des causes principales.
5. Pour dépasser cette tension, le cadre normatif et institutionnel international applicable à l'exploitation des ressources naturelles est en pleine évolution. Mais c'est surtout le juge — national, supranational ou arbitral — qui, à travers les contentieux climatiques et énergétiques qui lui sont soumis, est confronté, en première ligne, à ce conflit de logiques. Comment parvient-il à adapter le droit international applicable à l'exploitation des ressources naturelles pour que la transition énergétique constitue un véritable levier de protection de l'environnement et des droits humains dans le respect de la souveraineté des États, des communautés locales et de la paix mondiale ?

6. Cette réflexion était au cœur du colloque organisé le 5 décembre 2024 à l'Université du Nanterre par le CEDIN en partenariat avec l'International Law Association, dont nous avons eu le plaisir d'assurer la direction scientifique et dont nous sommes très heureux de voir les actes publiés aujourd'hui à la revue *Perspectives Contentieuses Internationales* que nous remercions très sincèrement de son accueil.
7. Cette journée d'étude a donné lieu à des interventions et des échanges extrêmement riches portant tant sur les aspects géostratégiques et financiers de l'exploitation des ressources naturelles que sur ses aspects — à proprement parler — juridiques, qu'il n'a malheureusement pas été possible de reproduire dans leur intégralité dans ce dossier. Ainsi, les présentes contributions sont, pour l'essentiel, focalisées sur les perspectives contentieuses de droit international public et privé soulevées par l'exploitation des ressources naturelles dans un contexte de transition énergétique juste et équitable.
8. Une réflexion d'ordre général et transversale est d'abord menée. Ainsi, les sources de la transition énergétique soulèvent d'emblée d'importants défis normatifs auxquels le juge est confronté dans les contentieux liés à l'exploitation des ressources naturelles¹. Les objectifs poursuivis par la transition énergétique interrogent quant à eux la pertinence et la pérennité du principe de souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles², du recours à l'arbitre comme juge global des ressources naturelles³ ou encore la faculté du droit de l'OMC et de son juge à les prendre en considération et à les intégrer au régime multilatéral⁴. La réflexion est ensuite portée sur des aspects particuliers de l'exploitation des ressources naturelles dans un contexte de transition énergétique. La question de la juridictionnalisation des relations entre communautés locales et entreprises minières est ainsi examinée⁵. L'exploitation des forêts tropicales⁶ et des grands fonds marins⁷ est également étudiée. C'est enfin la question de la responsabilité des entreprises⁸ et des États⁹ dans l'exploitation des ressources naturelles qui est analysée.
9. Toutes ces réflexions présentent des enjeux communs ou, du moins, similaires et mettent en évidence certaines grandes oppositions idéologiques et méthodologiques. La question de la compatibilité du droit positif avec les objectifs poursuivis par la transition énergétique est ainsi au cœur des différentes contributions. Les auteurs soulignent notamment les « conflits de logiques processuelles et substantielles »¹⁰ qui peuvent potentiellement faire jour, les « antagonismes de la transition énergétique »¹¹ en opposant, par exemple, ses « finalités économiques » à ses « finalités écologiques »¹² ou, encore, la différence entre le multilatéralisme et l'unilatéralisme pour parvenir à une gouvernance plus juste et équitable de l'exploitation des ressources naturelles¹³. D'où l'on voit que le sujet de ce colloque invite à une réflexion plus large sur le droit international et transnational, dont les soubassements et la réglementation sont revisités à l'aune de la transition énergétique et du contentieux qu'il génère. Car ces

1 K. Mehtiyeva, « [Les sources de la transition énergétique : quels défis pour le juge ?](#) », p. 8.

2 M. Lemey, « [La souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles à l'épreuve de la transition énergétique : un renouveau teinté d'incertitudes normatives et contentieuses](#) », p. 22.

3 L. Larrivière, « [Conflit de logiques au forum mondial ? L'arbitre comme juge global des ressources naturelles](#) », p. 34.

4 J. Reeves, « [Le droit et le contentieux de l'OMC en faveur de l'exploitation des communs planétaires : réflexions sur une incohérence structurelle](#) », p. 46.

5 S. Clavel, « [La juridictionnalisation des relations entre les entreprises minières et les communautés locales](#) », p. 57.

6 J. Dellaux, « [La protection des forêts tropicales pour le climat et l'encadrement de ses effets pervers, des négociations au contentieux](#) », p. 72.

7 N. Aloupi, « [L'exemple de l'AIFM : un modèle de gouvernance multilatérale dans l'hypothèse d'une exploitation des grands fonds marins ?](#) », p. 83.

8 M. Nioche, « [Directive vigilance et droit international privé : vers une exploitation des ressources naturelles plus responsable ?](#) », p. 95.

9 S. Cassela, « [La responsabilité internationale des États dans le cadre de l'exploitation des ressources naturelles](#) », p. 113.

10 L. Larrivière, « [Conflit de logiques au forum mondial ? L'arbitre comme juge global des ressources naturelles](#) », p. 34.

11 J. Dellaux, « [La protection des forêts tropicales pour le climat et l'encadrement de ses effets pervers, des négociations au contentieux](#) », p. 72.

12 M. Lemey, « [La souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles à l'épreuve de la transition énergétique : un renouveau teinté d'incertitudes normatives et contentieuses](#) », p. 22.

13 N. Aloupi, « [L'exemple de l'AIFM : un modèle de gouvernance multilatérale dans l'hypothèse d'une exploitation des grands fonds marins ?](#) », p. 83 ; V. également : J. Reeves, « [Le droit et le contentieux de l'OMC en faveur de l'exploitation des communs planétaires : réflexions sur une incohérence structurelle](#) », p. 46 ; J. Dellaux, « [La protection des forêts tropicales pour le climat et l'encadrement de ses effets pervers, des négociations au contentieux](#) », p. 72.

différentes contributions mettent également en évidence le rôle du juge — national, supranational et arbitral — dans l'avènement d'une exploitation plus juste et équitable des ressources naturelles. Le contentieux ou, à tout le moins, la perspective contentieuse, apparaît ainsi comme un vecteur d'enrichissement des normes dédiées à la transition énergétique d'un côté¹⁴ et d'adaptation des normes qui n'y sont pas initialement consacrées de l'autre côté¹⁵.

10. Aussi le bilan est-il majoritairement positif. Les auteurs paraissent, pour la plupart, optimistes quant à la capacité du droit à se renouveler, sous l'impulsion contentieuse, pour mieux tenir compte des impératifs environnementaux et humains, dans l'exploitation des ressources naturelles et dépasser ainsi les antagonismes de la transition énergétique¹⁶. D'autres auteurs semblent plus mitigés ou prudents dans leurs conclusions en raison essentiellement du contexte politique et géopolitique actuel : le contentieux à venir sera l'occasion de confirmer ou d'infirmer leurs doutes¹⁷. D'autres encore paraissent résolument et, à regret, pessimistes, appelant de leurs vœux à un renouvellement en profondeur d'un système, comme l'OMC, qui ne serait pas pensé pour promouvoir une transition énergétique juste et équitable¹⁸. Quoi qu'il en soit, le lecteur trouvera assurément dans ces riches et profondes réflexions matière à nourrir sa propre opinion sur l'un des défis les plus importants du XXI^e siècle et sur la manière dont il est et pourrait être relevé par le contentieux international.

14 K. Mehtiyeva, « [Les sources de la transition énergétique : quels défis pour le juge ?](#) », p. 8 ; J. Dellaux, « [La protection des forêts tropicales pour le climat et l'encadrement de ses effets pervers, des négociations au contentieux](#) », p. 72 ; M. Nioche, « [Directive vigilance et droit international privé : vers une exploitation des ressources naturelles plus responsable ?](#) », p. 95 ; S. Cassela, « [La responsabilité internationale des Etats dans le cadre de l'exploitation des ressources naturelles](#) », p. 113.

15 M. Lemey, « [La souveraineté permanente des Etats sur leurs ressources naturelles à l'épreuve de la transition énergétique : un nouveau teinté d'incertitudes normatives et contentieuses](#) », p. 22 ; L. Larribère, « [Conflit de logiques au forum mondial ? L'arbitre comme juge global des ressources naturelles](#) », p. 34 ; J. Reeves, « [Le droit et le contentieux de l'OMC en faveur de l'exploitation des communs planétaires : réflexions sur une incohérence structurelle](#) », p. 46 ; S. Clavel, « [La juridictionnalisation des relations entre les entreprises minières et les communautés locales](#) », p. 57.

16 K. Mehtiyeva, « [Les sources de la transition énergétique : quels défis pour le juge ?](#) », p. 8 ; L. Larribère, « [Conflit de logiques au forum mondial ? L'arbitre comme juge global des ressources naturelles](#) », p. 34 ; S. Clavel, « [La juridictionnalisation des relations entre les entreprises minières et les communautés locales](#) », p. 57 ; J. Dellaux, « [La protection des forêts tropicales pour le climat et l'encadrement de ses effets pervers, des négociations au contentieux](#) », p. 72 ; S. Cassela, « [La responsabilité internationale des Etats dans le cadre de l'exploitation des ressources naturelles](#) », p. 113.

17 M. Lemey, « [La souveraineté permanente des Etats sur leurs ressources naturelles à l'épreuve de la transition énergétique : un nouveau teinté d'incertitudes normatives et contentieuses](#) », p. 22 ; N. Aloupi, « [L'exemple de l'AIFM : un modèle de gouvernance multilatérale dans l'hypothèse d'une exploitation des grands fonds marins ?](#) », p. 83 ; M. Nioche, « [Directive vigilance et droit international privé : vers une exploitation des ressources naturelles plus responsable ?](#) », p. 95.

18 J. Reeves, « [Le droit et le contentieux de l'OMC en faveur de l'exploitation des communs planétaires : réflexions sur une incohérence structurelle](#) », p. 46.

Kamalia Mehtiyeva

Agrégée des facultés de droit et professeur à l'Université Paris-Est Créteil

La présente contribution analyse les sources du droit de la transition énergétique à l'aune des défis normatifs qu'elles soulèvent, tant dans leur élaboration que dans leur interprétation. Elle montre que la transition énergétique, à la fois processus et finalité, engendre une profonde recomposition des sources du droit, marquée par la fragmentation normative, le recours au droit souple et la prééminence de normes expérimentales et programmatiques. Face aux insuffisances de ces modèles, le juge — national, supranational et arbitral — joue un rôle central d'enrichissement normatif, transformant des objectifs climatiques programmatiques en obligations juridiquement opposables. L'article met ainsi en évidence un double mouvement : d'une part, un dépérissement de certaines normes incompatibles avec les objectifs climatiques ; d'autre part, un enrichissement des obligations étatiques et privées par l'intégration d'exigences de cohérence, de diligence et de responsabilité. Le contentieux climatique apparaît dès lors comme un moteur structurant de la transition énergétique et de la recomposition contemporaine des sources du droit.

Mots-clefs

Normes expérimentales

Transition énergétique

Sources du droit

Office du juge

Responsabilité étatique et privée

Normes programmatiques

Contentieux climatique

This article examines the sources of energy transition law through the lens of the normative challenges they raise, both in their formation and interpretation. It argues that the energy transition, understood as both a process and an objective, profoundly reshapes legal sources, leading to fragmentation, extensive reliance on soft law, and the predominance of experimental and programmatic norms. In response to the shortcomings of these models, courts at national, supranational, and arbitral levels play a decisive role in enriching existing norms by transforming climate objectives into legally enforceable obligations. The analysis highlights a dual dynamic: the erosion of norms incompatible with decarbonisation goals, and the normative strengthening of public and private obligations through standards of coherence, due diligence, and responsibility. Climate litigation thus emerges as a key driver of both the effectiveness of the energy transition and the contemporary reconfiguration of legal sources.

1 L'exploitation des ressources naturelles à l'épreuve de la transition énergétique. Enjeux et perspectives en droit international public et privé, sous la direction scientifique de Rebecca Legendre et Denys-Sacha Robin, Université Paris Nanterre, 5 décembre 2024.

1. La présente contribution s'inscrit dans le prolongement d'une conférence consacrée à l'exploitation des ressources naturelles.¹ Celle-ci ne peut plus être appréhendée comme une activité sectorielle autonome :

elle se trouve désormais directement confrontée à des obligations et à des objectifs climatiques, lesquels soulèvent en retour un défi normatif majeur.

2. La tension entre logiques extractives traditionnelles et les exigences de décarbonation révèle ainsi, de manière paradigmatique, les mutations contemporaines des sources du droit. C'est dans cette perspective que la présente contribution analyse les sources du droit de la transition énergétique, examinées à l'aune des défis normatifs qu'elles soulèvent, tant dans la genèse de la norme que dans son interprétation.
3. En amont de l'analyse de ces défis, une réflexion sur les fondements de la transition énergétique s'impose, dans la mesure où celle-ci révèle des tensions normatives d'ordre structurel. Elle se caractérise en effet par une ambivalence intrinsèque, tenant à sa double nature de processus et de finalité.
4. Ce processus consiste, à terme, en la substitution progressive des énergies non renouvelables — pétrole, charbon, gaz, uranium — par des sources d'énergie renouvelables telles que l'éolien, le solaire ou la biomasse. Il poursuit pour objectif la réduction des émissions de gaz à effet de serre, des risques environnementaux, ainsi que des pollutions et des déchets dangereux. L'ensemble de ces finalités s'inscrit dans un objectif global de lutte contre le changement climatique, tel qu'il résulte notamment de l'Accord de Paris² et des travaux du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC)³, mais également d'une exigence croissante de mise en cohérence normative des politiques énergétiques avec des trajectoires de décarbonation contrôlables.
5. En raison de son ambivalence constitutive — à la fois processus et finalité — la transition énergétique engendre la nécessité d'une adaptation des normes juridiques dans presque tous les champs du droit. Cette transformation du phénomène normatif traduit les spécificités d'une matière marquée par sa complexité, son omniprésence, son évolutivité et son urgence, justifiant que l'on puisse parler d'une authentique métamorphose des sources du droit.
6. La transition énergétique conduit ainsi à interroger des ensembles entiers de normes juridiques qui, sans constituer formellement les sources du droit de la transition énergétique, ne peuvent désormais évoluer indépendamment de la prise en compte des objectifs climatiques. Il ne s'agit pas seulement de textes anciens — tels que le code minier — appelés à être réformés, mais également de disciplines juridiques désormais tenues d'intégrer les exigences inhérentes à la transition énergétique. Cette contrainte se manifeste désormais dans l'office du juge, qu'il soit national, supranational ou arbitral, lequel tend à devenir un opérateur de cohérence normative, générant ainsi un contentieux climatique particulièrement fécond du point de vue normatif, tant dans sa dimension créatrice que révélatrice.

² Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, 9 mai 1992 ; Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, 11 déc. 1997 ; Accord de Paris, 12 déc. 2015, art. 2 et 4.

³ GIEC, Sixième rapport d'évaluation, Groupe de travail I, 2023 ; v. également Rapport de synthèse, 2023.

7. Ce phénomène normatif se caractérise par sa dualité : outre l'influence qu'elle exerce sur des normes qui lui sont extérieures, la transition énergétique se dote progressivement d'un corpus de règles qui lui est propre, autorisant ainsi à envisager l'émergence d'un droit de la transition énergétique en voie d'autonomisation.
8. C'est donc à travers ce double prisme que se déploient les défis normatifs de la transition énergétique : d'une part, ceux relatifs à la construction des normes propres au droit de la transition énergétique (I) ; d'autre part, ceux qui résultent de l'influence exercée par les objectifs climatiques sur les sources dans les autres domaines du droit (II).

I. La construction d'un modèle normatif propre à la transition énergétique

9. Dans la construction de ses sources, le droit de la transition énergétique se trouve confronté à une série de défis spécifiques. Ceux-ci tiennent en premier lieu à son caractère intrinsèquement transversal, résultant de l'entrecroisement de plusieurs disciplines juridiques, au premier rang desquelles figurent le droit de l'énergie et le droit de l'environnement, mais également le droit des collectivités territoriales, le droit de l'urbanisme, le droit de l'Union européenne et le droit international.
10. Ce carrefour disciplinaire engendre un effet ambivalent : s'il conduit, sur le plan quantitatif, à une abondance des sources normatives, il produit, sur le plan qualitatif, une fragmentation, voire un éclatement, des normes applicables à la transition énergétique, affectant leur cohérence et leur lisibilité.
11. Cette fragmentation normative trouve son origine dans plusieurs traits caractéristiques propres à la matière. Elle s'exprime, en premier lieu, par la coexistence de normes supranationales et nationales. Si l'objectif climatique est fixé à l'échelle mondiale, les normes supranationales appellent nécessairement une articulation avec des normes nationales dont la mise en œuvre demeure principalement étatique, en ce qu'elle reflète tant la dépendance énergétique propre à chaque État que les choix souverains opérés en matière de nucléaire, qu'il s'agisse de son maintien ou de son abandon⁴.
12. En lien étroit avec ce premier trait normatif, la transition énergétique recourt de manière significative aux instruments du droit souple, qu'il s'agisse de feuilles de route, de stratégies, ou encore d'avis rendus par les juridictions et par diverses autorités administratives ou consultatives, à l'instar du Haut Conseil pour le climat.
13. Le droit de la transition énergétique se compose ainsi de normes à normativité variable. En droit international du climat, cette variabilité se traduit par l'imbrication de normes conventionnelles issues de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements cli-

⁴ V. sur la compétence des États en matière de politique énergétique : art. 194 TFUE.

matiques, du Protocole de Kyoto et de l'Accord de Paris, avec un ensemble foisonnant de normes de droit souple, figurant notamment dans les décisions adoptées dans le cadre des COP, des COP/MOP et de la CMA⁵.

14. Bien que souvent dépourvues de force obligatoire, ces normes n'en constituent pas moins des sources effectives du droit, dans la mesure où elles orientent les comportements étatiques et influencent l'interprétation des engagements climatiques. La détermination précise de leur portée normative demeure toutefois incertaine et appelle un travail d'interprétation, ce qui explique le rôle croissant du juge, tant national que supranational. La norme s'enrichit ainsi par une juridicisation progressive d'objectifs climatiques conçus à l'origine comme purement programmatiques.
15. La jurisprudence récente confirme d'ailleurs la montée en puissance du rôle du juge. Ainsi, l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH ») à l'encontre de la Suisse le 9 avril 2024⁶, tout comme l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice (« CIJ ») le 23 juillet 2025⁷, participent à la clarification des obligations pesant sur les États en matière de changement climatique et, partant, de transition énergétique. À l'échelle nationale, l'arrêt *Urgenda Foundation c. Pays-Bas* illustre l'enrichissement des obligations positives découlant des droits fondamentaux par des exigences de réduction des émissions⁸, tandis que la décision *Milieudefensie c. Shell* révèle, à l'égard des acteurs privés, une densification du devoir de diligence civil sous l'effet des objectifs décarbonation⁹.
16. Plutôt que d'envisager les sources du droit de la transition énergétique à partir d'une approche sectorielle — réduction de l'exploitation des hydrocarbures, développement des énergies renouvelables ou efficacité énergétique — l'analyse choisit de se placer sur le terrain des modèles de normativité qui structurent ce champ juridique. La démarche proposée vise à en identifier les insuffisances, tant sur le plan ponctuel que conceptuel, lesquelles se révèlent à travers deux modèles de normativité dominants : les normes temporaires ou expérimentales (A), et les normes programmatiques ou de programmation (B).

A. Les normes expérimentales

⁵ Décisions de la Conférence des Parties (COP), de la COP/MOP et de la CMA, notamment décision 1/CMA.5 (Bilan mondial, COP28).

⁶ CEDH, Gde ch., 9 avr. 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et a. c. Suisse*, req. n° 53600/20.

⁷ CIJ, Avis consultatif, 23 juill. 2025, Obligations des États en matière de changement climatique.

⁸ Cour Suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, *Urgenda Foundation c. Pays-Bas*.

⁹ Tribunal de district de La Haye, 26 mai 2021, *Milieudefensie c. Shell*.

17. Dans le domaine de la transition énergétique, l'incertitude, notamment scientifique, trouve une traduction normative dans le recours aux normes expérimentales. Celles-ci procèdent, comme leur dénomination l'indique, d'une véritable expérimentation par la norme : certaines dispositions sont adoptées pour une durée déterminée, avant d'être évaluées et, le cas échéant, révisées à l'aune de l'efficacité des objectifs énergétiques poursuivis.
18. Plusieurs illustrations permettent de mettre en évidence cette approche normative. Elle se manifeste notamment à travers la

Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, laquelle, sans relever formellement du régime des lois expérimentales, institue néanmoins plusieurs mécanismes fondés sur une temporalité encadrée. Ainsi, son article 17 prévoit que le décret d'application est applicable pour une durée décennale, tandis que le plan national de réduction des émissions de polluants atmosphériques fait l'objet d'une réévaluation quinquennale et, le cas échéant, d'une révision¹⁰.

19. De manière plus générale, les programmations pluriannuelles de l'énergie (PPE) constituent désormais des outils centraux de conduite de la politique énergétique. Elles permettent notamment de déployer des actions à caractère expérimental, en particulier dans le domaine de l'électrification des territoires ruraux, à travers des dispositifs tels que l'autoconsommation collective¹¹.
 20. Un autre exemple peut être trouvé dans le recours au tiers financement appliqué à la rénovation énergétique des bâtiments. Les contrats de performance énergétique, notamment dans le cadre de la rénovation du parc immobilier, constituent des leviers majeurs de la transition énergétique, dès lors que le secteur du bâtiment compte parmi les plus importants émetteurs de gaz à effet de serre. Dans cette perspective, la Loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 a instauré, à titre expérimental et pour une durée de cinq ans, une dérogation au principe d'interdiction du paiement différé posé par le Code de la commande publique, au bénéfice de l'État, de ses établissements publics et des collectivités territoriales recourant à des contrats de performance énergétique conclus sous forme de marchés globaux. Ce faisant, le législateur a expressément consacré un régime expérimental du tiers financement¹².
 21. Ces différents exemples témoignent du recours croissant à l'expérimentation normative dans le droit de la transition énergétique. Si cette approche présente des atouts indéniables en termes de souplesse et d'adaptabilité, elle n'est toutefois pas dépourvue de limites, notamment au regard de la sécurité juridique et de la lisibilité des normes. Elle tend en outre à déplacer l'effectivité de la transition énergétique vers des dispositifs de gouvernance et d'évaluation, renforçant corrélativement le rôle des standards de cohérence et de diligence.
- B. Les normes programmatiques**
22. En plus des normes expérimentales, le modèle normatif de la transition énergétique est largement dominé par les normes programmatiques. Celles-ci se manifestent par l'adoption de politiques énergétiques nationales et internationales assorties de divers objectifs quantifiables, fixés à court, moyen ou long terme, sans toujours définir avec précision les instruments juridiques permettant de les atteindre.

10 L. n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 17 : « L'article L. 111-10-3 du même code [Code de la construction et de l'habitation] est ainsi modifié :

1° Le premier alinéa est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Cette obligation de rénovation est prolongée par périodes de dix ans à partir de 2020 jusqu'en 2050 avec un niveau de performance à atteindre renforcé chaque décennie, de telle sorte que le parc global concerné vise à réduire ses consommations d'énergie finale d'au moins 60 % en 2050 par rapport à 2010, mesurées en valeur absolue de consommation pour l'ensemble du secteur. »

2° Le second alinéa est ainsi modifié :

a) À la première phrase, après le mot : « travaux », sont insérés les mots : « , applicable pour chaque décennie, » ;

b) Est ajoutée une phrase ainsi rédigée :

« Le décret en Conseil d'État applicable pour la décennie à venir est publié au moins cinq ans avant son entrée en vigueur. »

11 V. not. art. L. 141-1 s. du Code de l'énergie relatifs aux programmations pluriannuelles de l'énergie.

12 L. n° 2023-222 du 30 mars 2023 autorisant à titre expérimental le recours au tiers financement pour les contrats de performance énergétique ; Art. L. 2191-5 du Code de la commande publique.

23. Les normes programmatiques engendrent deux ordres de difficultés. La première tient à ce qu'elles énoncent des objectifs sans déterminer les moyens propres à en assurer la réalisation (1). La seconde réside dans l'inadéquation des moyens prescrits au regard des objectifs poursuivis, compromettant ainsi l'effectivité de la transition énergétique (2).

1. Les objectifs dépourvus de moyens pour les atteindre

24. Sans prescrire de manière juridiquement contraignante les moyens à mettre en œuvre, l'Accord de Paris, comme les travaux du Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat, énoncent des objectifs climatiques ambitieux à l'échelle globale. Ils définissent une finalité commune de limitation du réchauffement climatique, tout en ménageant une large marge d'appréciation aux États quant aux politiques énergétiques et climatiques appelées à concourir à sa réalisation¹³.
25. L'Accord de Paris ne consacre pas l'établissement d'un budget carbone doté d'une force juridique contraignante. Il s'articule autour du mécanisme des contributions déterminées au niveau national (CDN), expression du principe des responsabilités communes mais différenciées affirmé par la Déclaration de Rio de 1992¹⁴. Dès lors, le concept de budget carbone, central dans l'analyse scientifique du changement climatique, demeure absent en tant qu'instrument normatif formel de l'architecture de l'Accord.
26. Or, les travaux scientifiques disponibles montrent en effet que le budget carbone compatible avec l'objectif de limitation du réchauffement à 1,5 °C est désormais extrêmement contraint. Les résultats du premier bilan mondial, présentés lors de la COP28, révèlent que les émissions nettes cumulées de dioxyde de carbone atteignent déjà près de quatre cinquièmes du budget carbone total associé à une probabilité de 50% de respect de cet objectif¹⁵.
27. Si les normes programmatiques se caractérisent par l'absence de prescriptions explicites quant aux moyens de réalisation des objectifs climatiques, cette indétermination n'échappe pas au contrôle du juge. Qu'il statue par voie contentieuse ou qu'il rende des avis consultatifs, celui-ci est conduit à préciser les obligations qui pèsent sur les États en matière de changement climatique et, corrélativement, de transition énergétique. L'office juridictionnel devient ainsi un instrument d'enrichissement normatif, conférant une effectivité accrue aux normes programmatiques à travers l'exigence de cohérence des politiques publiques, de respect des trajectoires climatiques et de justification des choix étatiques.

¹³ Accord de Paris, 12 déc. 2015, art. 2 et 4.

¹⁴ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 14 juin 1992, principe 7.

¹⁵ Décision 1/CMA.5, Bilan mondial, COP28 ; v. égal. GIEC, Rapport de synthèse, 2023.

28. À cet égard, l'arrêt rendu par la CEDH le 9 avril 2024 à l'encontre de la Suisse revêt une portée majeure. La Cour y constate une violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits

de l'homme et consacre l'existence, à la charge des États, d'une obligation positive d'atténuation des effets du changement climatique¹⁶.

29. Si les États conservent une marge d'appréciation quant au choix des instruments, celle-ci est néanmoins strictement circonscrite. La Cour se livre alors à un examen détaillé des mesures mises en œuvre par les autorités suisses afin d'apprécier si l'État est demeuré dans les limites de cette marge. Cet examen porte notamment sur la prise en compte de l'adoption de mesures générales assorties d'un calendrier en vue de la neutralité carbone, ainsi que sur l'identification du budget carbone total restant pour la période concernée, ou toute méthode équivalente permettant de quantifier les émissions futures de gaz à effet de serre¹⁷.
30. Une série d'obligations positives sont ainsi énoncées portant, entre autres, à la planification des politiques climatiques, à l'actualisation des données pertinentes, ainsi qu'aux exigences de transparence et d'information du public. La densité normative de ces prescriptions n'a pas manqué de susciter, dans les opinions dissidentes, des interrogations quant à la frontière séparant l'office du juge de celui du pouvoir politique.
31. Cette dynamique jurisprudentielle a été confirmée à l'échelle internationale par l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de justice le 23 juillet 2025, saisie par l'Assemblée générale des Nations unies. La Cour y reconnaît que les obligations climatiques des États ne se limitent pas aux engagements issus des traités climatiques, mais s'ancrent également dans le droit international coutumier, les principes généraux du droit international de l'environnement et les obligations relatives aux droits humains¹⁸. Elle inscrit ainsi dans une exigence de diligence à long terme, directement corrélée à l'effectivité des trajectoires de décarbonation inhérentes à la transition énergétique.
32. Ainsi, tant l'arrêt pionnier de la CEDH en matière climatique que l'avis consultatif de la CIJ sont appelés à devenir de véritables sources du droit du changement climatique, en ce qu'ils établissent un lien de causalité entre les politiques énergétiques nationales et le respect des obligations climatiques pesant sur les États. Ils soulignent, à cet égard, que l'insuffisance des mesures adoptées est susceptible d'engager la responsabilité internationale de ces derniers. De manière analogue, l'arrêt *Urgenda Foundation c. les Pays-Bas* a qualifié le changement climatique de « risque réel et immédiat » et jugé que les articles 2 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme imposent au juge national de contrôler la suffisance des politiques de réduction d'émissions¹⁹ : la norme programmatique se trouve ainsi enrichie par une obligation de mitigation juridiquement opposable.
33. En effet, l'avis consultatif rattache l'obligation climatique des États à « l'obligation de cessation et de non-répétition », dont les sources

16 CEDH, Gde ch., 9 avr. 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et a. c. Suisse*, req. n° 53600/20.

17 *Ibid.*, § 543 : « Partant du principe que les États doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation en la matière, les considérations ci-dessus appellent une distinction, quant à l'étendue de la marge d'appréciation, selon qu'elle concerne, d'une part, l'engagement de l'État en faveur de la nécessaire lutte contre le changement climatique et ses effets néfastes, et la fixation des buts et objectifs requis à cet égard, et, d'autre part, le choix par l'État des moyens propres à atteindre ces objectifs. Concernant le premier point, la nature et la gravité de la menace, ainsi que le consensus général quant aux enjeux liés à la réalisation de l'objectif primordial que constitue une protection effective du climat par la fixation d'objectifs globaux de réduction des émissions de GES conformément aux engagements pris par les parties contractantes en matière de neutralité carbone, appellent une marge d'appréciation réduite pour les États. Sur le deuxième point, c'est-à-dire le choix des moyens, y compris les choix opérationnels et les politiques adoptées pour atteindre les objectifs et engagements fixés sur le plan international compte tenu des priorités et des ressources, les États devraient se voir accorder une ample marge d'appréciation. »

18 CIJ, Avis consultatif, 23 juill. 2024, *Obligations des États en matière de changement climatique*.

19 Cour Suprême des Pays-Bas, 20 déc. 2019, *Urgenda Foundation c. Pays-Bas*.

s'enracinent en droit international coutumier. À ce titre, la Cour internationale rappelle que :

l'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu d'y mettre fin si ce fait a un caractère continu et si l'obligation à laquelle il a été manqué est toujours en vigueur (...). Dans le présent contexte, la Cour est d'avis que l'obligation de mettre fin au fait illicite peut signifier que l'État est tenu d'annuler toutes les mesures administratives, législatives et autres qui constituent un fait internationalement illicite de sa part²⁰

Cette obligation de cessation peut également impliquer que les États sont tenus de mobiliser l'ensemble des moyens à leur disposition afin de réduire leurs émissions de gaz à effet de serre et d'adopter toute autre mesure nécessaire pour assurer la conformité à leurs obligations climatiques²¹.

34. L'exemple de l'Accord de Paris est loin d'être isolé. Le Règlement (UE) 2021/1119 du 30 juin 2021, dit *loi européenne sur le climat*, fixe en effet un objectif de neutralité climatique, consistant à atteindre des émissions nettes de gaz à effet de serre nulles dans l'Union européenne d'ici 2050, ainsi qu'un objectif intermédiaire de réduction d'au moins 55 % des émissions nettes d'ici 2030 par rapport aux niveaux de 1990. Là encore, ces objectifs ambitieux s'appuient principalement sur des mécanismes de gouvernance, de suivi et d'évaluation, sans que les moyens juridiques précis permettant d'en assurer la réalisation soient intégralement déterminés. L'enrichissement normatif résulte alors par la combinaison de ces instruments de gouvernance avec des standards jurisprudentiels de cohérence et de diligence, appelés à conférer une effectivité accrue aux engagements climatiques.

2. Les objectifs en discordance avec les moyens prescrits

35. Les normes programmatiques se heurtent à une autre fragilité majeure, tenant à l'inadéquation possible des moyens juridiques retenus au regard des objectifs poursuivis, voire à leur caractère contre-productif. Une telle discordance affecte la cohérence et l'effectivité du droit de la transition énergétique et nourrit, en pratique, un contentieux de la cohérence, portant sur le choix des instruments mobilisés, leur calendrier de mise en œuvre, leur proportionnalité et les exigences de transparence. Trois exemples peuvent en être donnés.
36. C'est le cas d'abord du droit des énergies renouvelables qui demeure un droit extrêmement éclaté, poursuivant des objectifs parfois ambivalents. Ainsi, la loi n° 2010-788 du 13 juillet 2010, dite loi Grenelle II, favorise le développement des énergies renouvelables à travers un ensemble de mesures incitatives. Elle prévoit notamment la simplification des délais de raccordement, l'assouplissement de certaines règles d'urbanisme, l'extension du régime de l'obligation d'achat, la simplifi-

²⁰ *Ibid.*, § 447.

²¹ *Ibid.*, § 448.

cation des modalités de classement des réseaux de chaleur, ainsi que la possibilité d'injection du biogaz dans les réseaux existants²². Ces instruments poursuivent toutefois des objectifs hétérogènes — développement rapide des capacités, acceptabilité territoriale, protection de l'environnement et sécurité des réseaux — sans hiérarchisation claire. Cette ambivalence engendre une discordance entre les objectifs affichés et les moyens mobilisés, les dispositifs incitatifs se trouvant fréquemment neutralisés ou fragmentés par des exigences concurrentes, au détriment de l'effectivité du droit des énergies renouvelables.

37. Un second exemple peut être tiré de la politique de réduction, voire d'arrêt progressif, de l'exploitation des hydrocarbures, qui constitue l'un des axes de la politique nationale de la transition énergétique. La Loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017 marque, à cet égard, une inflexion normative significative en prévoyant la cessation progressive de la recherche et de l'exploitation du charbon ainsi que de l'ensemble des hydrocarbures liquides ou gazeux, quelle que soit la technique employée, à l'exception du gaz de mine, en vue d'un arrêt définitif de ces activités²³.
38. Cet axe s'inscrit en cohérence avec la mise en œuvre de l'Accord de Paris et avec les engagements internationaux souscrits par la France. Sa portée réelle mérite toutefois d'être relativisée, dès lors que les volumes d'hydrocarbures actuellement extraits sur le territoire national ne représentent qu'environ 1% de la consommation nationale. En réalité, l'enjeu central de la transition énergétique en France réside moins dans l'arrêt de la production domestique que dans la réduction de la consommation de combustibles fossiles, laquelle demeure largement tributaire des importations.
39. Un troisième exemple de discordance entre les objectifs climatiques et les moyens juridiques mobilisés concerne les normes encadrant les technologies de captage, d'utilisation et de stockage du carbone (Carbon Capture, Use and Storage — CCUS). Bien qu'elles s'inscrivent pleinement dans les stratégies de réduction des émissions de gaz à effet de serre et qu'elles constituent un levier potentiel majeur de décarbonation pour certains secteurs industriels, ces technologies demeurent régies par un cadre juridique fragmenté et insuffisamment structuré.
40. Le CCUS ne constitue pas une technologie unitaire, mais un ensemble articulé de trois composantes distinctes : le captage du dioxyde de carbone, son transport et son stockage. Or, en dépit de leur importance stratégique au regard des objectifs de décarbonation, les installations de CCUS ne sont pas expressément intégrées dans la programmation pluriannuelle de l'énergie²⁴.
41. En pratique, les projets de CCUS se heurtent à un cadre juridique fragmenté, qui ne permet pas une instruction coordonnée des autorisations requises. Selon les configurations envisagées, ces projets

22 L. n° 2010-788 du 13 juill. 2010 portant engagement national pour l'environnement (« Grenelle II »).

23 L. n° 2017-1839 du 30 déc. 2017 mettant fin à la recherche et à l'exploitation des hydrocarbures.

24 Programmations pluriannuelles de l'énergie, adoptées en application des art. L. 141-1 s. du Code de l'énergie.

relèvent à la fois des règles applicables au transport de produits chimiques par canalisation, du droit maritime régissant le transport de substances dangereuses, ainsi que d'une superposition d'autorisations relevant du droit minier et du droit de l'environnement. Un tel morcellement normatif constitue un frein significatif à la réalisation de projets pourtant reconnus comme stratégiques pour l'atteinte des objectifs climatiques et industriels.

42. Ainsi, l'analyse des normes programmatiques met en lumière des défis de nature structurelle affectant la cohérence du droit de la transition énergétique. Ces défis tiennent tant à l'absence de détermination normative des moyens qu'à l'inadéquation, parfois manifeste, des instruments juridiques mobilisés au regard des objectifs poursuivis, compromettant ainsi l'effectivité des trajectoires de décarbonation.

II. L'influence de la transition énergétique sur les sources des autres branches du droit

43. Au-delà de l'élaboration de ses propres sources, la transition énergétique exerce une influence normative croissante sur l'ensemble des autres branches du droit. Les objectifs climatiques, tels qu'ils résultent notamment de l'Accord de Paris, des engagements européens et des développements jurisprudentiels récents, irriguent désormais de manière transversale l'ordre juridique contribuant à reconfigurer les sources, les méthodes d'interprétation et les équilibres normatifs.
44. Cette influence se déploie selon deux modalités distinctes. Dans certains cas, elle s'exerce au péril de la norme, conduisant à son affaiblissement, voire à son dépérissement ou à sa disparition (A). Dans d'autres hypothèses, elle opère au profit de la norme, laquelle se trouve enrichie par l'intégration des exigences propres à la transition énergétique, tant dans son contenu que dans son interprétation (B).

A. Une influence au péril de la norme

45. L'un des exemples les plus emblématiques du dépérissement d'une norme sous l'effet des objectifs climatiques est fourni par le Traité sur la Charte de l'énergie. Cet accord multilatéral, signé en 1994 et entré en vigueur en 1998, visait à instaurer un cadre de coopération internationale dans le domaine de l'énergie, en assurant notamment une protection renforcée des investissements énergétiques. Toutefois, le Traité — et en particulier ses mécanismes de protection des investissements — est progressivement apparu incompatible avec les objectifs de décarbonation. Il a en effet été largement mobilisé par des opérateurs du secteur des énergies fossiles pour contester, par la voie de l'arbitrage international, des politiques publiques destinées à lutter contre le changement climatique, contribuant ainsi à neutraliser ou à entraver la mise en œuvre de mesures de transition énergétique.

46. Cette analyse a été explicitement relayée par le Haut Conseil pour le climat, qui a souligné que le Traité sur la Charte de l'énergie constituait une entrave potentielle à la mise en œuvre des politiques nationales de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Selon le Haut Conseil pour le climat :

le Traité sur la charte de l'énergie, y compris dans une forme modernisée, n'est pas compatible avec le rythme de décarbonation du secteur de l'énergie et l'intensité des efforts de réduction d'émissions nécessaires pour le secteur à l'horizon 2030,

en particulier en raison des mécanismes de protection des investisseurs qu'il institue, lesquels sont susceptibles de faire obstacle à l'adoption de certaines politiques nationales de réduction des émissions²⁵.

47. Tirant les conséquences de cette incompatibilité, l'Union européenne et Euratom ont décidé de se retirer du Traité sur la Charte de l'énergie.²⁶ Ce retrait a été formellement acté par des décisions du Conseil adoptées le 30 mai 2024, consacrant ainsi le dépérissement de ce traité au regard des exigences de la transition énergétique.
48. Le Haut Conseil pour le climat souligne en outre que les risques de contentieux induits par le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États sont susceptibles de constituer un frein significatif à la mise en œuvre des politiques nationales de décarbonation. Cette analyse rejoint celle portée par de nombreuses organisations non gouvernementales, qui voient dans ces mécanismes un facteur de dissuasion juridique susceptible de compromettre l'adoption ou le renforcement de mesures ambitieuses de lutte contre le changement climatique.
49. En définitive, le Haut Conseil pour le climat estime qu'un retrait coordonné du Traité sur la Charte de l'énergie par la France et les États membres de l'Union européenne constitue l'option juridique et politiquement la moins risquée afin de garantir l'atteinte des objectifs climatiques et le respect des trajectoires de décarbonation nécessaires à l'horizon 2030.

²⁵ Haut Conseil pour le Climat, Report on the modernisation of the Energy Charter Treaty, 2022, p. 1.

²⁶ Décision (UE) 2024/1638 du Conseil du 30 mai 2024 – sur le retrait de l'Union du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE) ; Décision (UE) 2024/1677 du Conseil du 30 mai 2024 – portant approbation du retrait d'Euratom du TCE. V. sur la question, not. B. Le Baut-Ferrarese, « Le traité sur la Charte de l'Énergie au défi de la transition énergétique », *Energie, Environnement, Infrastructures*, 2021, n° 2, p. 11.

²⁷ Sur cette question v. la contribution de Lilian Larribère.

50. Ce péril se manifeste également dans la jurisprudence arbitrale²⁷ qui a longtemps interprété de manière restrictive le consentement des États à la présentation de contre-demands. Des décisions telles que *Rusoro Mining c. Venezuela* et *Oxus Gold c. Ouzbékistan* sont ainsi classiquement invoquées pour caractériser un système de règlement des différends conçu comme fondamentalement « à sens unique ». Une telle configuration accentue la vulnérabilité procédurale des États lorsque ceux-ci cherchent à faire valoir des intérêts publics, d'abord environnementaux, et désormais étroitement liés aux exigences de la transition énergétique.

B. Une influence au profit de la norme

51. La transition énergétique ne se limite pas à fragiliser ou à neutraliser certaines normes existantes ; elle peut également constituer un puissant vecteur d'enrichissement normatif.
52. L'analyse de l'influence de la transition énergétique sur les sources du droit met ainsi en évidence un double mouvement d'enrichissement normatif. D'une part, elle conduit à un approfondissement substantiel des obligations de protection pesant sur les États, désormais interprétées à l'aune des exigences de décarbonation et de prévention des risques climatiques. D'autre part, elle favorise une extension progressive de ces exigences aux acteurs privés, par la densification des devoirs de diligence, de responsabilité et de prise en compte des intérêts publics environnementaux.

1. L'enrichissement des obligations étatiques de protection

53. L'influence de la transition énergétique sur les sources du droit se manifeste, en premier lieu, par un enrichissement substantiel des obligations étatiques de protection. Sans créer de normes primaires nouvelles, la jurisprudence nationale et internationale contribue à densifier le contenu d'obligations préexistantes — en particulier les obligations positives de prévention, de diligence et de protection des droits fondamentaux — en les interprétant à la lumière des impératifs de la transition énergétique.
54. Cette dynamique se manifeste de manière particulièrement nette dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt *KlimaSeniorinnen c. Suisse*, la Cour affirme que les États sont tenus, au titre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, de mettre en place un cadre normatif et administratif apte à assurer une protection effective contre les effets graves du changement climatique. Elle précise que cette obligation implique notamment l'adoption de mesures générales précisant un calendrier et des trajectoires compatibles avec l'objectif de neutralité carbone, ainsi que la définition d'un budget carbone total restant ou de mécanismes équivalents de quantification des émissions futures.²⁸
55. Par cette décision, la Cour ne consacre pas une obligation climatique autonome, mais procède à un enrichissement substantiel de la portée normative de l'article 8 CEDH. La protection de la vie privée et familiale inclut désormais l'obligation, pour l'État, de concevoir et de mettre en œuvre des politiques de transition énergétique cohérentes, fondées sur des données scientifiques actualisées et assorties de mécanismes effectifs de suivi, d'évaluation et de transparence²⁹.

²⁸ CEDH, Grande chambre, *KlimaSeniorinnen c. Suisse*, 9 avr. 2024, §§ 545–556, 573–580.

²⁹ *Ibid.*, §§ 538–543 (sur le cadre normatif), §§ 551–554 (sur la planification et les trajectoires).

56. Cet enrichissement normatif avait déjà été amorcé à l'échelle nationale par l'arrêt *Urgenda Foundation c. Pays-Bas*. La Cour y qualifie le changement climatique de « risque réel et immédiat » pour les droits garantis

par les articles 2 et 8 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et juge que l'État néerlandais est tenu de réduire ses émissions de gaz à effet de serre d'au moins 25 % par rapport aux niveaux de 1990³⁰. Elle fonde expressément son raisonnement sur l'évolution des données scientifiques issues du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat ainsi que sur les engagements internationaux résultant de l'Accord de Paris, contribuant ainsi à transformer des objectifs programmatiques en obligations juridiquement opposables³¹.

57. L'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice le 23 juillet 2025 confirme et systématise cette évolution à l'échelle du droit international général, en affirmant que celles-ci excèdent le seul cadre conventionnel pour s'enraciner également dans le droit international coutumier, les principes généraux du droit international de l'environnement et des obligations relatives aux droits humains.
58. La Cour souligne que les États sont tenus d'exercer leur diligence avec une attention particulière portée à la situation des populations les plus vulnérables et d'adopter des mesures de mitigation et d'adaptation inscrites dans une perspective de long terme. Elle rattache en outre les obligations climatiques à l'obligation de cessation et de non-répétition, rappelant que l'État responsable d'un fait internationalement illicite « est tenu d'y mettre fin » et que cette obligation peut impliquer que les États mettent en œuvre l'ensemble des moyens à leur disposition afin de réduire leurs émissions de gaz à effet de serre³². Ce raisonnement participe ainsi à l'enrichissement substantiel des obligations étatiques de protection, en y intégrant de manière explicite les exigences propres à la transition énergétique.

2. L'extension de l'enrichissement normatif aux acteurs privés

59. L'influence de la transition énergétique sur les sources du droit conduit à une extension progressive des obligations initialement pesant sur les États aux actes des acteurs privés, qu'il s'agisse des entreprises multinationales ou des investisseurs étrangers. Cet enrichissement normatif s'opère principalement par le renforcement des obligations de diligence, de responsabilité et de prise en compte des intérêts publics environnementaux, ainsi qu'en atteste une jurisprudence nationale et supranationale désormais bien établie en la matière.
60. Cette extension trouve une illustration dans la décision rendue par le Tribunal d'instance de La Haye dans l'affaire *Milieudefensie c. Shell*³³. La juridiction y juge que la société Shell est tenue, au titre de son devoir de diligence issu du droit civil néerlandais, de réduire ses émissions de dioxyde de carbone, non seulement pour ses activités propres, mais également pour celles de ses filiales et de l'ensemble de sa chaîne de valeur. En se fondant explicitement sur les objectifs de l'Accord de Paris et sur les standards internationaux relatifs aux droits humains, le tribunal hollandais affirme ainsi que Shell « est tenue, au titre de son devoir de diligence, de réduire ses émissions de gaz à effet de serre »³⁴.

30 Cour suprême des Pays-Bas, *Urgenda Foundation c. Pays-Bas*, 20 déc. 2019, §§ 5.2.1–5.7.

31 *Ibid.*, §§ 5.3.2–5.4.3 (référence aux rapports du GIEC et à l'Accord de Paris).

32 CIJ, Avis consultatif, Obligations des États en matière de changement climatique, 23 juill. 2025, §§ 112–130.

33 Tribunal de district de La Haye, 26 mai 2021, §§ 4.4.1–4.4.39.

34 *Ibid.*, §§ 4.4.33–4.4.38 : Shell “owes a duty of care to reduce its greenhouse gas emissions”.

61. À travers cette décision, le devoir de diligence connaît une transformation qualitative : de standard abstrait, il devient un instrument normatif structuré par les exigences de la transition énergétique, imposant aux entreprises une cohérence mesurable entre leurs stratégies économiques et des trajectoires de décarbonation fondées sur les données scientifiques.
62. Un mouvement comparable se dessine en matière d'arbitrage d'investissement, à travers l'émergence et la consolidation des demandes reconventionnelles environnementales. À cet égard, la sentence rendue dans l'affaire *Urbaser c. Argentine* constitue une étape significative. Le tribunal y affirme que le système de règlement des différends entre investisseur et États « ne peut être interprété comme un système à sens unique » et reconnaît, en principe, la possibilité pour l'État de former des contre-demands fondées sur des obligations issues tant du droit international et du droit interne³⁵.
63. Cette évolution trouve également une confirmation significative dans la sentence *Burlington c. Équateur*. Le tribunal arbitral y admet la recevabilité de demandes reconventionnelles fondées sur les dommages environnementaux causés par l'investisseur et applique le droit interne équatorien, y compris les normes constitutionnelles et législatives relatives à la protection de l'environnement³⁶. Ce faisant, l'arbitrage d'investissement participe à l'enrichissement normatif des obligations pesant sur les acteurs privés, en intégrant des considérations liées à la protection des écosystèmes et, indirectement, aux objectifs poursuivis par la transition énergétique.
64. Qu'il s'agisse de contentieux en matière de droits humains, de contentieux civil ou d'arbitrage d'investissement, la transition énergétique apparaît ainsi comme un vecteur transversal d'enrichissement normatif. Elle reconfigure les standards juridiques existants, en les imprégnant d'exigences renforcées de cohérence, de diligence et de responsabilité, directement indexées sur les impératifs de décarbonation.

³⁵ CIRDI, *Urbaser S.A. et al. c. Argentine*, aff. ARB/07/26, sentence du 8 déc. 2016, §§ 1150–1155. Original en anglais : “cannot be interpreted as a one-way system”.

³⁶ CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. République d'Équateur*, aff. ARB/08/5, sentence du 7 févr. 2017, §§ 60–61, 102–103.

Marie Lemey

Professeure de droit public, Univ. Brest, UMR 6308 AMURE¹

Le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles, consacré par l'AGNU en 1962, garantit aux États la maîtrise de leurs ressources tout en s'inscrivant dans une logique de développement et de bien-être des populations. La notion de transition énergétique, n'apparaît pas intrinsèquement incompatible avec ce principe, qui n'a jamais été conçu comme étant absolu et qui connaît des limites. Or, si le droit international de l'environnement encadre assez faiblement l'exploitation des ressources, la jurisprudence récente vient esquisser des limitations ciblant les combustibles fossiles. Au final, l'ampleur des restrictions apportées au principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles dépend largement des soubassements idéologiques que peut recouvrir la notion de transition énergétique, qu'elle soit pensée dans un but écologique, ou dans une finalité économique.

Mots-clefs

Limites de souveraineté

Souveraineté permanente

Transition énergétique

Ressources naturelles

Énergies fossiles
Logique extractiviste

The principle of permanent sovereignty over natural resources, enshrined by the UNGA in 1962, ensures that States retain control over their resources while requiring that this control serve the purposes of development and the well-being of their populations. The concept of energy transition is not inherently incompatible with this principle, which was never intended to be absolute and is subject to limitations. While international environmental law only modestly regulates resource exploitation, recent jurisprudence has begun to outline constraints specifically targeting fossil fuels. Ultimately, the extent of restrictions on the principle of permanent sovereignty over natural resources largely depends on the ideological framework applied to the notion of energy transition, whether conceived for ecological or economic objectives.

1. En décembre 2023, à l'issue de deux semaines de négociations, les États participant à la COP 28 ont adopté une feuille de route prévoyant de s'éloigner des combustibles fossiles. Ce document avait alors été salué comme constituant une « accord historique » selon le Sultan al Jaber, président de la COP 28². Il témoigne, à tout le moins, d'un progrès d'ordre symbolique. Outre le fait qu'il ait été adopté à Dubaï et avec l'aval des pays du Golfe qui figurent parmi les principaux exportateurs mondiaux de pétrole, il marque la reconnaissance explicite de la nécessité de s'éloigner de toutes les énergies fossiles, contrairement à l'accord conclu à l'issue de la COP 26 qui

1 L'auteure tient à remercier César Dugast pour la richesse des échanges qui ont permis de nourrir certaines des réflexions proposées dans cette contribution.

2 « COP 28 : un accord historique trouvé à Dubaï sur une "transition hors des énergies fossiles" », *Le Monde*, 13 décembre 2023.

3 Pacte de Glasgow pour le climat, FCCC/PA/CMA/2021/10/Add.1, Décision 1/CMA.3. À travers les dispositions du Pacte, la COP engage notamment les Parties à « [...] accélérer les efforts destinés à cesser progressivement de produire de l'électricité à partir de charbon sans dispositif d'atténuation et à supprimer graduellement les subventions inefficaces aux combustibles fossiles [...] » (§ 36).

4 Déclaration du Secrétaire général de l'ONU, SG/SM/22082, 13 décembre 2023, <https://press.un.org/fr/2023/sgsm22082.doc.htm>.

5 A. Zahar, « Fact and Fiction in the Dubai COP's Decision on Fossil Fuels », *Climate Law*, 2024, vol. 14, pp. 127-134, p. 129.

6 Depuis 2019, le rapport *Production Gap*, élaboré par le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUÉ), analyse l'écart entre la production de combustibles fossiles prévue par les gouvernements et les niveaux de production mondiaux compatibles avec la limitation du réchauffement à 1,5°C ou 2°C. Le rapport publié en 2025 soulignait ainsi que, si toutes les nouvelles extractions prévues ont lieu, en 2030, le monde produira 120 % de plus de combustibles fossiles que ce qui serait compatible avec un scénario de réchauffement climatique limité à +1,5°C (Rapport 2025, Synthèse relative à l'écart de production, <https://productiongap.org/2025report/>).

7 « Kais Saïed au Sommet du GECF à Alger : "A chaque fois qu'un gisement de pétrole ou qu'un champ de gaz est découvert, les appétits se réveillent, les guerres éclatent et le sang coule », *Le Temps*, 2 mars 2024.

8 Déclaration d'Alger, 2 mars 2024, https://www.gecf.org/_resources/files/events/algers-declaration/algers-declaration.pdf.

9 AGNU, Résolution 523 (VI), « Développement économique intégré et accords commerciaux », 12 janvier 1952. Cette résolution enjoint aux « pays insuffisamment développés » d'utiliser leurs richesses en vue de « se mettre dans une position plus favorable pour faire progresser davantage l'exécution de leurs plans de développement économique » tout en favorisant le « développement de l'économie mondiale ». Cette résolution évoque toutefois le droit d'utiliser et d'exploiter librement les richesses, sans mobiliser la notion de souveraineté. Voir aussi la résolution adoptée quelques mois plus tard : Résolution 626 (VII), « Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles », 21 décembre 1952.

10 AGNU, Résolution 1803 (XVII), « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », 14 décembre 1962.

11 J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 1046.

12 L'article 1er du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ainsi que l'article 1er du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) consacrent tous deux le principe selon lequel « tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles ».

ne visait que le charbon⁵. Pourtant, et bien que le Secrétaire général des Nations Unies ait souligné à cette occasion qu'une « élimination progressive des combustibles fossiles [était] inévitable »⁴, les progrès semblent bien maigres sur le plan normatif si l'on se fie à la tournure peu contraignante employée dans le document final⁵. En tout état de cause, cet acquis essentiel de la COP 28 ne figure pas dans les textes finaux présentés l'année suivante à l'issue de la COP 29 à Bakou. En outre, les progrès salués à l'issue de la COP 28 contrastent avec les faits — la production d'énergies fossiles étant toujours croissante⁶ — et avec les déclarations faites en parallèle par certains États dans d'autres cénacles. En effet, quelques mois plus tard à l'occasion d'une rencontre du Forum des pays exportateurs de gaz (GECF), le chef d'État tunisien affirmait qu'il était temps de « se libérer des chaînes entravant la souveraineté des pays et leurs droits sur leurs propres ressources »⁷. À l'issue de cette rencontre, les États ont d'ailleurs adopté la Déclaration d'Alger qui fixe les principaux axes et les futures mesures relatives à l'extraction, l'exploitation et la distribution du gaz, et débute par une réaffirmation solennelle des « droits souverains absolus et permanents des pays membres sur leurs ressources en gaz naturel »⁸. L'adoption de ces deux documents à quelques mois d'intervalle atteste d'une tension certaine entre les exigences de la transition énergétique et le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

2. La reconnaissance des droits des États sur leurs ressources naturelles s'est progressivement forgée au cours des années 1950⁹, avant que l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) ne consacre en 1962 le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles¹⁰. Ce dernier se conçoit comme un corollaire du principe de souveraineté territoriale et du droit des peuples à l'autodétermination, et renvoie au fait que « l'État décide en dernière instance et en toute indépendance du sort des ressources naturelles qui se trouvent sur son territoire et des activités économiques qui s'y exercent »¹¹. Par la suite, le principe a été également consacré dans les Pactes internationaux de 1966¹², et dans diverses résolutions de l'AGNU¹³. Celle-ci adopte chaque année une résolution réaffirmant « qu'un ordre international démocratique et équitable exige, notamment, la réalisation du droit des peuples et des nations à la souveraineté permanente sur leurs richesses et ressources naturelles »¹⁴, démontrant ainsi l'attachement des États à la pleine maîtrise de leurs ressources.
3. Dégagé dans un contexte de lutte coloniale, le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles apparaît alors comme l'un des instruments devant permettre de rompre avec un impérialisme économique et de « corriger l'injustice historique née de l'exploitation des ressources naturelles »¹⁵ par les États du Nord. La résolution de 1952 témoigne du fait que le principe est fortement empreint d'une logique économique puisqu'elle précise que ces ressources doivent être utilisées :

de manière à se mettre dans une position plus favorable pour faire progresser l'exécution de leurs plans de développement économique [...] et pour encourager le développement de l'économie mondiale¹⁶.

C'est également dans cet esprit que le principe a été consacré dix ans plus tard : la souveraineté permanente sur les ressources naturelles étant perçue comme « la condition préalable du développement économique des États » et l'un des éléments permettant la réalisation d'un nouvel ordre économique mondial¹⁷.

4. Toutefois, si ce principe recèle une logique « individualiste »¹⁸ et purement économique, en parallèle, la coopération internationale s'est progressivement renforcée en matière de gestion des ressources naturelles. Il est ainsi apparu nécessaire de tenir compte du caractère interdépendant des ressources de la biosphère, lesquelles font fi des délimitations territoriales. En outre, la prise de conscience environnementale a permis de réaliser l'importance de la préservation des ressources naturelles, mais aussi de la limitation de l'exploitation des ressources fossiles. Progressivement, la nécessité pour les États d'opérer une transition énergétique est devenue de plus en plus prégnante, à raison de renvois fréquents à cette notion en droit international. Ces renvois peuvent se faire de manière implicite, en incitant les États à augmenter la part des énergies renouvelables dans le bouquet énergétique mondial, comme le fait le septième Objectif de développement durable (ODD) défini dans le Programme de développement durable des Nations Unies à l'horizon 2030¹⁹. Dans d'autres cas de figure, les références sont plus explicites, à l'image du Préambule de l'Accord de Paris dans lequel les Parties reconnaissent l'impératif « d'une transition juste ». Si l'Accord ne reprend pas explicitement les termes « transition énergétique », il en reflète les objectifs en prévoyant la diminution des émissions de gaz à effet de serre et, partant, la réduction de l'utilisation des énergies fossiles. À certains égards, les exigences de la transition énergétique semblent ainsi prendre le contrepied de la logique économique qui a présidé à l'émergence du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Les notions de transition énergétique et de souveraineté étatique ne sont pourtant pas antinomiques. La transition énergétique est d'ailleurs présentée comme étant un élément-clé de la souveraineté, dans la mesure où elle renvoie à la recherche de la sécurité de l'approvisionnement en énergie et peut permettre de réduire la dépendance de certains États de grandes puissances énergétiques²⁰.
5. En outre, la mutation énergétique ne marque pas nécessairement une rupture avec la logique extractiviste. Certains minerais tels que le cuivre, le lithium, le cobalt, ou le nickel deviennent source de convoitises en raison de leur importance dans la fabrication de turbines d'éoliennes ou de batteries de véhicules électriques. Les besoins croissants en métaux entraînent des tensions géopolitiques, mais ils sont aussi à l'origine d'un retour au « souverainisme minier ».

13 Le principe a notamment été réaffirmé dans les résolutions suivantes : AGNU, Résolution 3201 (S-VI), « Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique mondial », 1er mai 1974 ; Résolution 3281 (XXIX), « Charte des droits et des devoirs économiques des États », 14 décembre 1974.

14 Pour le dernier exemple en date, voir : AGNU, Résolution 80/208, « Promotion d'un ordre international démocratique et équitable », 18 décembre 2025.

15 A. Lebreton, *Les évolutions du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Thèse de doctorat, Université d'Angers, 2017, p. 3.

16 AGNU, Résolution 523 (VI), *op. cit.*

17 A. Lebreton, *op. cit.*, pp. 326-327.

18 M. Manguin-Helgeson, « La souveraineté permanente sur les richesses et ressources naturelles » in P. Daillier, G. de la Pradelle, H. Gherari (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Pedone, 2004, pp. 651-659.

19 AGNU, Résolution 70/1, « Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 », 25 septembre 2015. Cette résolution établit 17 objectifs de développement durable devant être réalisés à l'horizon 2030. L'ODD 7 consiste à « [g]arantir l'accès de tous à des services énergétiques fiables, durables et modernes, à un coût abordable ». Sa réalisation implique notamment de « renforcer la coopération internationale en vue de faciliter l'accès aux sciences et technologies de l'énergie propre, notamment les énergies renouvelables, l'efficacité énergétique et les nouvelles technologies de combustion plus propre des combustibles fossiles, et encourager l'investissement dans l'infrastructure énergétique et les technologies propres dans le domaine de l'énergie ».

20 Cette volonté s'illustre notamment, à l'échelle européenne, à travers le plan REPowerEU, initié en 2022 et par lequel l'Union européenne cherche à mettre fin à sa dépendance à l'égard des combustibles fossiles russes. Le plan REPowerEU s'appuie sur la mise en œuvre intégrale du paquet « Ajustement à l'objectif 55 », dont le but est de réduire les émissions de gaz à effet de serre de l'UE d'au moins 55% d'ici à 2030. Cette articulation des deux objectifs témoigne du fait que la transition énergétique participe à la mise en œuvre de la souveraineté énergétique.

Tel est le cas, par exemple, des démarches entreprises par la junte malienne pour réaffirmer sa souveraineté sur ses ressources en éloignant les entreprises étrangères de ses mines d'or²¹, ou des initiatives mexicaines visant à renationaliser les ressources pétrolières afin de conserver les bénéfices générés par ces ressources dans le giron de l'État²². Ces décisions ont notamment pour but de faire en sorte que l'exploitation des ressources naturelles profite aux populations locales, mais leur extraction peut s'avérer extrêmement polluante et entrer en contradiction directe avec les objectifs environnementaux qui sous-tendent la transition énergétique.

6. Dans la mesure où le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles a été dégagé à une époque où les préoccupations relatives à la préservation de l'environnement étaient encore embryonnaires en droit international, la question de l'accommodation de ce principe aux évolutions de la société internationale — et notamment, aux exigences de la transition énergétique — mérite d'être posée. La transition énergétique, en tant que levier essentiel de la lutte contre le réchauffement climatique, viendrait-elle amoindrir la portée du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles ? En invitant au développement massif des énergies renouvelables et à la réduction de la dépendance aux combustibles fossiles, cette transition pourrait être perçue comme venant éroder la maîtrise pleine et entière qu'exercent certains États sur leurs ressources naturelles²³.

L'étude de l'adaptation du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles aux exigences de la transition énergétique renvoie ainsi à un vieux débat théorique portant sur les limites de la souveraineté (I). Une fois admise la possibilité de restreindre le libre exercice de l'État sur ses ressources naturelles, il s'agit d'analyser concrètement si de telles limitations ont effectivement été opérées au nom de la transition énergétique, en particulier au regard des développements contentieux récents (II). Le constat d'une faible limitation en pratique vient alors soulever la question des sous-jacents idéologiques sur lesquels repose la notion de transition énergétique (III).

I. L'absence d'incompatibilité des notions sur le plan théorique

7. Sur un plan purement théorique, l'idée d'une incompatibilité entre le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles et la notion de transition énergétique repose sur une conception absolutiste de la souveraineté, qu'il convient de rejeter (A). Dès lors que la souveraineté est conçue comme « indissociable de limitations inhérentes à son exercice »²⁴, le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles ne saurait être interprété comme une liberté d'exploiter de manière illimitée, sans égard aux dommages qui en résulteraient (B).

21 « Au Mali, comment la junte impose aux groupes étrangers sa "souveraineté retrouvée" sur les mines d'or », *Le Monde*, 17 janvier 2025.

22 « Sel, lithium, pétrole... Pourquoi le Mexique nationalise à tout va », *L'Humanité*, 28 février 2024.

23 En ce sens, voir V. Barral, « National Sovereignty over Natural Resources: Environmental Challenges and Sustainable Development », in E. Morgera, K. Kulovesi (dir.), *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 3-25, p. 5.

24 A. Pellet, « Du bon usage de la souveraineté », in *Souveraineté, sécurité et droits de la personne, Liber amicorum offert en l'honneur du Professeur Mohamed Benmouna*, Pedone, 2023, pp. 35-53, p. 37.

A. Le rejet d'une conception absolutiste de la souveraineté étatique

8. L'idée selon laquelle la souveraineté de l'État désigne un pouvoir suprême et absolu « ne connaissant d'autres limites que celles de sa puissance ou de sa fantaisie »²⁵ a pu être véhiculée par certains écrits de la doctrine internationaliste. Cette conception émerge dans la pensée de Machiavel et Thomas Hobbes, et transparait également à travers les textes d'Emer de Vattel, selon qui le droit des gens se réduirait au droit qui est « posé » par la volonté des États²⁶, venant ainsi répondre aux aspirations de l'absolutisme monarchique. Les excès évidents résultant de cette conception de la souveraineté ont cependant fait l'objet de critiques. En outre, l'idée selon laquelle ces premières conceptions doctrinales percevaient la souveraineté comme illimitée doit être pondérée. C'est notamment ce à quoi s'est employée Emmanuelle Jouannet, qui souligne les nuances de la pensée vattelienne et précise que, si la souveraineté étatique y occupe une place décisive, elle ne traduit pas pour autant la consécration d'une liberté illimitée des États²⁷. En tout état de cause, l'auteur reconnaissait l'existence d'une forme d'éthique supérieure et d'un droit « nécessaire » placé en surplomb de la volonté étatique²⁸. De la même manière, la célèbre formule de Jean Bodin issue des *Six livres de la République* et selon laquelle la souveraineté est la puissance « absolue et perpétuelle d'une république », se trouve en fait tempérée par l'affirmation selon laquelle « la puissance souveraine reste soumise au droit naturel, au droit des gens et aux règles fondamentales du royaume »²⁹. Ainsi, ce pouvoir suprême qu'est la souveraineté était loin d'être conçu comme un pouvoir absolu par les fondateurs du droit des gens. Par la suite, d'autres auteurs se sont employés à rejeter cette conception absolutiste de la souveraineté. Tel est notamment le cas de Nicolas Politis qui, en développant la théorie de l'abus de droit, est venu mettre en lumière le fait que la souveraineté est « entourée de réserves et de restrictions »³⁰ ou, plus récemment, d'Alain Pellet, qui s'est efforcé de rappeler que la notion de souveraineté devait rester compatible avec l'existence même d'une société internationale³¹.
9. Or, de la même manière que la société internationale moderne ne peut s'accommoder d'une conception absolutiste de la souveraineté étatique, le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles ne saurait être pensé comme étant illimité. Cette conception doit être réfutée au profit d'une approche plus nuancée et conforme aux impératifs collectifs contemporains.

B. Le rejet d'une conception absolutiste du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles

10. Dès sa consécration par la résolution 1803 (XVII) de l'AGNU, le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles ne s'est jamais présenté comme illimité. Loin de consacrer une liberté inconditionnée, ce texte fondateur encadre explicitement l'exercice

25 Ch. Dupuis, « Règles générales du droit de la paix », RCADI, 1930, vol. 32, pp. 1-288, p. 13.

26 C'est notamment la conception qui lui est attribuée par Alain Pellet. Voir à ce sujet : A. Pellet, « Histoire du droit international : irréductible souveraineté ? », in G. Guillaume (dir.), *La vie internationale*, Hermann, Paris, 2017, pp. 7-24, p. 13. Dans le même sens, voir également : A. Verdross, « Le fondement du droit international », RCADI, 1927, vol. 16, pp. 247-323, p. 310.

27 E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Pedone, 1998, 490 p., p. 423.

28 A. Verdross, « *Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law », *AJIL*, 1966, vol. 60, pp. 56 et s.

29 A. Verdross, « Le fondement du droit international », *op. cit.*, p. 313 : « Le souverain de Bodin n'est donc pas un souverain absolu dans le domaine international, car il reste lié par le droit conventionnel, comme par le droit coutumier qui, à cette époque, était mêlé avec le droit naturel » ; G. Andrassy, « La souveraineté et la Société des Nations », RCADI, 1937, vol. 61, pp. 637-788, pp. 647-648 ; A. Truyol y Serra, « Théorie du droit international public : cours général », RCADI, 1981, vol. 173, pp. 9-444, pp. 148-149.

30 *Ibid.*, p. 18.

31 A. Pellet, « *Lotus*, que de sottises on profère en ton nom ! : remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet : l'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Pedone, 2008, p. 215-230 ; A. Pellet, « Du bon usage de la souveraineté », *op. cit.*, Pedone, 2023, pp. 35-53.

de cette souveraineté, en précisant qu'elle doit s'opérer « dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'État intéressé ». Si la notion de « bien-être de la population » peut prêter à diverses interprétations, il n'en reste pas moins que ce principe n'est pas inconditionné. Une lecture contemporaine de cette exigence invite à dépasser une conception strictement économique pour y intégrer des considérations sociales et environnementales. Ainsi, la surexploitation des ressources naturelles, lorsqu'elle engendre des atteintes graves à l'environnement, pourrait être appréhendée comme contraire au bien-être de la population étatique et mondiale.

11. Par ailleurs, si le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles permet aux États de disposer librement des ressources qui se trouvent sur leur sol et leur sous-sol, le principe dégagé dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* dès 1938 — et selon lequel ils ont l'obligation de ne pas causer de dommage aux autres États³² — trouve toujours à s'appliquer. Il en résulte que le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles ne saurait fonder un droit illimité à l'exploitation, notamment lorsque celle-ci est susceptible de provoquer des dommages transfrontières.
12. Par conséquent, si le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles signifie que « l'État décide en dernière instance et en toute indépendance du sort des ressources naturelles qui se trouvent sur son territoire »³³, ce pouvoir exclusif dont il dispose ne s'exerce que dans les limites du droit international, et sous réserve des obligations envers les autres sujets de droit³⁴. Dès lors, la transition énergétique ne saurait être perçue comme venant amoindrir le principe de souveraineté permanente sur les ressources car ce dernier n'a jamais été conçu comme illimité. L'incompatibilité théorique entre les deux notions doit donc être réfutée. En pratique, on peut néanmoins s'interroger sur les conséquences de l'expansion du droit international de l'environnement, dans la mesure où ce développement normatif est susceptible de conduire à un encadrement progressif des modalités d'exercice de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

II. L'articulation des notions en pratique

13. Loin d'être réduit à un principe résiduel par l'émergence de normes environnementales, le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles n'a cessé d'être réaffirmé à travers ce développement normatif (A). L'analyse du droit international positif témoigne du fait que l'essor du droit international de l'environnement n'a que très marginalement restreint la liberté dont disposent les États dans l'exercice de cette souveraineté (B).

32 *Arbitrage dans l'affaire de la Fonderie de Trail*, Sentences arbitrales du 16 avril 1938 et du 11 mars 1941, *Reports of International Arbitral Awards*, p. 1965.

33 J. Salmon (dir.), *op. cit.*, p. 1046.

34 G. Abi-Saab, « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles », in M. Bedjaoui (dir.), *Droit international : bilan et perspectives*, Pedone, 1991, pp. 638-661, pp. 642-643.

A. Un principe placé dans une perspective environnementale

14. Dès sa consécration par l'AGNU en 1962, le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles ne présentait pas de caractéristiques

tère absolu et, bien qu'il ait été consacré dans une logique économique, l'Assemblée décidait d'adopter quelques jours plus tard une résolution intitulée « Développement économique et conservation de la nature »³⁵, dans le préambule de laquelle elle se dit consciente des risques découlant de l'exploitation intensive des ressources naturelles. Elle y souligne en effet que « le développement économique des pays en voie de développement peut nuire à leurs ressources naturelles »³⁶ et invite à l'adoption de mesures destinées à en assurer la préservation et l'exploitation rationnelle³⁷.

15. Par la suite, les déclarations adoptées par l'AGNU et les conventions relatives à la protection de l'environnement témoignent de la recherche d'un équilibre entre la reconnaissance du droit souverain des États d'exploiter leurs ressources naturelles d'une part, et la nécessité de ne pas exploiter ces ressources à outrance et de préserver l'environnement d'autre part. Dès 1972, le principe 21 de la Déclaration de Stockholm rappelle que les États « ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement » et précise dans le même temps qu'« ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale »³⁸. Une tournure analogue se retrouve dans la Charte mondiale de la nature, adoptée en 1982 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Celle-ci invite les États, dans l'exercice de leur souveraineté permanente sur les ressources naturelles, à tenir compte de « l'importance suprême de la protection des systèmes naturels, du maintien de l'équilibre et de la conservation des ressources naturelles »³⁹. Ces textes contribuent ainsi à inscrire le principe de souveraineté permanente sur les ressources dans une perspective environnementale⁴⁰.
16. Certains auteurs ont néanmoins souligné le fait que la Déclaration de Rio adoptée en 1992 introduit une nuance en réaffirmant le droit souverain des États d'exploiter leurs ressources « selon leur politique d'environnement *et de développement* »⁴¹, replaçant ainsi la souveraineté permanente sur les ressources naturelles dans une perspective économique. La même formule sera reprise dans le Préambule de la Convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique (CCNUCC)⁴². Ces éléments traduisent le passage à une logique de développement durable, qui vient articuler les exigences environnementales et le principe de souveraineté permanente sur les ressources. Si ce dernier prend ainsi une coloration environnementale indéniable, celle-ci reste très mesurée et tient à des formules générales et faiblement prescriptives.
17. Au-delà des formulations figurant dans ces déclarations environnementales ou dans les préambules des conventions internationales consacrées à la protection de l'environnement, l'analyse témoigne du fait que les règles du droit international de l'environnement n'af-

35 AGNU, Résolution 1831 (XVII), « Développement économique et conservation de la nature », 18 décembre 1962.

36 *Ibid.*

37 A. Lebreton, *op. cit.*, pp. 326-327.

38 CNUE, *Déclaration sur l'environnement*, Stockholm, 16 juin 1972, A/CONF.48/4.

39 AGNU, Résolution 37/7, « Charte mondiale de la nature », 28 octobre 1982.

40 N. Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, Cambridge University Press, 1997, p. 127.

41 CNUE, *Déclaration l'environnement et le développement*, Rio de Janeiro, 14 juin 1992, A/CONF.151/26 (nous soulignons).

42 Voir A. Lebreton, *op. cit.*, p. 329, selon qui ces formules confirmeraient « une certaine prééminence des exigences du développement sur la protection de l'environnement ».

fectent que faiblement le principe de souveraineté permanente sur les ressources.

B. Un principe faiblement affecté par les normes environnementales

18. Si les normes environnementales se sont nettement développées au cours des dernières décennies, celles-ci ne viennent que faiblement restreindre le libre-exercice dont dispose l'État à l'égard de ses ressources naturelles. Ceci tient notamment au fait qu'elles reposent sur des instruments dépourvus de valeur contraignante, mais également à la faiblesse de leur contenu normatif, qui ne crée aucune interdiction, pour les États, d'exploiter leurs ressources naturelles. En effet, les principaux instruments relatifs à la protection de l'environnement cherchent à assurer un équilibre entre les nécessités d'une exploitation économique des ressources naturelles et les exigences liées à leur préservation. Certaines conventions internationales relatives à la protection de l'environnement ne comprennent aucune référence explicite au principe de souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles. C'est le cas, par exemple, du Protocole de Kyoto à la CCNUCC, mais aussi de l'Accord de Paris. Pour autant, et en dépit des objectifs que ces instruments consacrent en termes de réduction des émissions de gaz à effets de serre, ils ne comprennent aucune prescription relative à l'utilisation des ressources naturelles — en particulier des ressources fossiles⁴³. Ces conventions internationales sont ainsi le signe d'une volonté politique qui semble faire défaut en la matière. L'Accord de Dubaï adopté à l'issue de la COP 28 pourrait néanmoins témoigner d'une légère avancée. Il consacre en effet une « transition hors des énergies fossiles », accompagnée d'une élimination progressive des subventions associées à ces sources d'énergie, obligeant ainsi les États à adapter leurs trajectoires de production et de consommation des ressources fossiles⁴⁴. Toutefois, la contrainte pesant sur eux est particulièrement limitée par l'absence de date butoir donnée pour atteindre cet objectif⁴⁵. En outre, si l'on peut noter l'initiative portée depuis 2015 par un groupe d'États du Pacifique et visant à l'adoption d'un Traité de non-prolifération des énergies fossiles⁴⁶, ce projet n'est pour l'heure soutenu que par une petite poignée d'États.

19. Bien que le libre-exercice de l'État à l'égard de ses ressources naturelles ne soit que faiblement impacté par les dispositions conventionnelles en vigueur, les limites qui s'imposent à lui pourraient s'avérer plus contraignantes en raison des évolutions sur le plan jurisprudentiel. C'est du moins ce que suggère l'avis consultatif relatif aux *Obligations des États en matière de changement climatique*, rendu le 23 juillet 2025. La Cour internationale de Justice (CIJ) y affirme en effet que :

43 Il convient d'ailleurs de souligner que, pour atteindre les objectifs fixés par l'Accord de Paris, les États seront contraints de limiter la combustion de leurs ressources fossiles (qui est la plus émettrice de CO₂), mais sans qu'ils ne soient obligés de limiter la production de ces ressources.

44 FCCC/PA/CMA/2023/L.17, 13 décembre 2023, p. 5, § 28 (d) et (h).

45 L'Accord rappelle néanmoins l'objectif visant à atteindre la neutralité carbone d'ici à 2050.

46 « Pacific island nations consider world's first treaty to ban fossil fuels », *The Guardian*, 14 juillet 2016.

le fait pour un État de ne pas prendre les mesures appropriées pour protéger le système climatique [...] — notamment en produisant ou en utilisant des combustibles

fossiles, ou en octroyant des permis d'exploration ou des subventions pour les combustibles fossiles — peut constituer un fait internationalement illicite attribuable à cet État⁴⁷.

Bien qu'elle puisse sembler timide, cette avancée jurisprudentielle est d'une importance cardinale⁴⁸, en ce qu'elle vient cibler la production d'énergies fossiles, là où les instruments juridiques en vigueur s'intéressent avant tout à leur consommation et semblent plutôt de nature à protéger la liberté des États de procéder à des activités d'extraction de leurs ressources. Dans le même sens, il faut également préciser que, un an plus tôt, le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) avait pris le soin de rappeler que l'article 193 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer fixe une limite à l'exercice des États de leur droit souverain d'exploiter leurs ressources naturelles⁴⁹.

20. Les éléments qui précèdent témoignent ainsi du fait que le droit international de l'environnement a longtemps été marqué par une logique essentiellement conservacionniste⁵⁰, laquelle permet d'articuler développement économique des États et gestion environnementale, sans remettre en cause la souveraineté dont ils disposent à l'égard de leurs ressources. L'avis consultatif de la CIJ du 23 juillet 2025 semble toutefois amorcer un infléchissement susceptible de modifier, à terme, les conditions d'exercice de cette souveraineté. En qualifiant la production et l'utilisation de combustibles fossiles, ainsi que l'octroi de permis ou de subventions y afférents, de comportements pouvant constituer un fait internationalement illicite, la Cour ouvre la voie à de possibles différends interétatiques fondés sur la violation des obligations climatiques. Une telle évolution est également de nature à nourrir un contentieux interne croissant, les juridictions nationales étant susceptibles de contrôler la conformité des politiques d'exploitation des ressources fossiles aux engagements internationaux des États. Sans remettre formellement en cause le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles, ce type de contentieux tendrait néanmoins à en resserrer les marges d'exercice, en subordonnant certaines décisions d'exploitation à des exigences environnementales de plus en plus contraignantes.

47 CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, 23 juillet 2025, § 427.

48 Sur le sujet, voir notamment : J. von Bernstorff, I. Venzke, « The Struggle Against Fossil Sovereignty – The International Court of Justice in the Climate Crisis » [en ligne], *Verfassungsblog*, 6 août 2025.

49 L'article 193 de la CNUDM dispose en ces termes : « Les États ont le droit souverain d'exploiter leurs ressources naturelles selon leur politique en matière d'environnement et conformément à leur obligation de protéger et de préserver le milieu marin ». Voir : TIDM, *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international*, Avis consultatif du 21 mai 2024, §§ 185-192.

50 V. Barral, *op. cit.*, p. 5.

21. Les développements récents, en ce qu'ils laissent entrevoir un éventuel renforcement du risque contentieux pesant sur l'exploitation des ressources fossiles, invitent à analyser les ressorts idéologiques qui sous-tendent la notion de transition énergétique, afin de questionner sa compatibilité avec le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

III. Les doutes sur la compatibilité des notions sur le plan idéologique

22. L'approfondissement des politiques de transition énergétique pose la question d'un éventuel décalage idéologique entre une transition

supposée « verte » et la logique extractiviste que justifie le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Ces réflexions invitent alors à questionner les soubassements idéologiques de la notion de « transition énergétique », qui est tantôt conçue comme vectrice d'une transition écologique (A), tantôt comme poursuivant une logique de croissance économique (B). En définitive, c'est la réponse à cette question qui vient déterminer, sur un plan conceptuel, l'ampleur de la restriction portée par la transition énergétique au principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

A. La transition énergétique, vectrice d'une transition écologique

23. La « transition énergétique » n'est que rarement définie dans les dictionnaires de droit international⁵¹, sans doute en raison de son caractère relativement nouveau. Elle figure toutefois dans de nombreux rapports ou documents de l'Agence internationale pour les énergies renouvelables (IRENA), qui l'envisage comme une réduction des combustibles fossiles au profit des énergies renouvelables, dans le but d'atteindre un mix énergétique où les énergies renouvelables jouent un rôle de plus en plus central, et ce afin de parvenir à une réduction des émissions de gaz à effet de serre. En ce sens, elle peut être appréhendée comme :

le passage, à terme, des énergies non renouvelables aux énergies renouvelables pouvant s'accompagner d'une réduction des émissions de gaz à effet de serre, d'une réduction des risques environnementaux et d'une réduction des pollutions et déchets dangereux⁵².

Elle constitue dès lors une sorte de « feuille de route » politique afin de parvenir à un objectif environnemental. Selon cette conception des choses, la transition énergétique implique inévitablement un passage aux énergies décarbonnées et suppose, à terme, de mettre fin à l'exploitation des ressources fossiles. Poussée à son paroxysme, elle semble ainsi restreindre très fortement le libre-exercice dont disposent les États à l'égard de leurs ressources naturelles. En effet, celui-ci se réduirait à peau de chagrin s'ils se voyaient interdits d'exploiter leurs ressources charbonnières, gazières ou pétrolières.

24. Les deux notions ne sont pourtant pas antinomiques. C'est notamment ce que démontre l'exemple du parc Yasuni en Équateur. En 2007, le Président équatorien Rafael Correa proposait de renoncer à l'exploitation de certaines réserves pétrolières situées dans ce parc, afin d'éviter l'émission de 400 millions de tonnes de CO₂, et de préserver les conditions de vie des populations autochtones. Il demandait cependant en échange aux États membres des Nations Unies de compenser cette non-exploitation par une contribution de 3,6 milliards de dollars⁵³. Bien qu'un fonds fiduciaire ait été créé à cet effet et que quelques États se soient engagés à procéder à des verse-

51 Voir néanmoins D.-S. Robin, « Transition énergétique », in V. Ndior (dir.), *Dictionnaire de l'actualité internationale*, Pedone, 2025, pp. 701-702.

52 P. Sablière, *Droit de l'énergie*, Dalloz, 2013, p. 46.

53 Ce versement représentait 50% des bénéfices que l'Équateur aurait tiré de l'exploitation de ces ressources (V. A. Bernier, « Le projet Yasuni, tentative de transition écologique », *Le Monde diplomatique*, 1er juin 2012 ; « Équateur : "Yasuni ITT" ou l'échec de la non-exploitation du pétrole », *Le Monde*, 16 août 2013).

ments, les virements effectivement réalisés n'étaient pas à la hauteur des attentes, si bien que cette proposition a fini par être abandonnée. Elle semble toutefois démontrer que la restriction de l'usage des ressources énergétiques les plus polluantes ne vient pas nécessairement restreindre la portée du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles, le droit souverain de l'Équateur sur ses ressources s'exprimant ici par la décision de ne pas exploiter les gisements pétroliers. Pour certains, il s'agit là d'une proposition innovante, reposant sur une « conception réinventée » de la souveraineté permanente sur les ressources⁵⁴. En pratique, elle suppose néanmoins de réussir à définir les modalités de financement des compensations qui seraient allouées aux États ce qui, au regard des négociations menées lors de la COP 29 à Bakou⁵⁵, peut paraître quelque peu illusoire. Les difficultés rencontrées à cette occasion soulignent le fait qu'au-delà des objectifs environnementaux qu'elle poursuit, la transition énergétique s'inscrit également dans une logique économique, servant les intérêts de développement et de compétitivité des États.

B. La transition énergétique, vectrice d'un modèle économique

54 P. Gümplöva, « Yasuni ITT Initiative and the Reinventing Sovereignty over Natural Resources », *Filozofia*, 2019, vol. 74, pp. 378-393, p. 385.

55 L'un des principaux objectifs de la COP 29 qui s'est tenue à Bakou du 11 au 24 novembre 2024 était de parvenir à un accord au sujet du financement de l'action climatique dans les pays en développement. Les négociations se sont avérées particulièrement complexes et, bien qu'un accord ait été trouvé *in fine*, de nombreux pays et responsables politiques ont dénoncé la faiblesse des engagements pris (Voir : « COP29 : à Bakou, les pays trouvent un accord financier après douze jours de discussions tendues, sans satisfaire les pays les plus vulnérables », *Le Monde*, 24 novembre 2024). Dans sa déclaration finale, le Secrétaire général des Nations Unies António Guterres affirmait qu'il aurait espéré un résultat plus ambitieux : <https://www.un.org/en/unis-nairobi/un-secretary-general-cop29-closing-statement>.

56 Voir sur le sujet les critiques émises par Agathe Van Lang : A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, coll. Thémis, 5ème éd., 2021, p. 7, l'auteure affirmant par exemple que « le concept de développement durable n'a pas tenu les promesses dont il semblait porteur en termes de préservation des ressources naturelles. Pire, sous son influence, nous sommes passés en quelques décennies d'un "raisonnement critique porté sur l'économie politique à l'économicisation de toutes les questions environnementales" ».

57 H. Tordjman, *La croissance verte contre la nature – Critique de l'écologie marchande*, La Découverte, 2024.

58 J.-B. Fressoz, *Sans transition. Une nouvelle histoire de l'énergie*, Éditions du Seuil, 2024.

25. Plusieurs auteurs ont souligné le fait que la notion de transition énergétique n'implique pas forcément la modération des recours aux dispositifs énergétiques. Elle permet de traduire un agenda politique pour parvenir au respect de certaines obligations environnementales, mais n'impose pas pour autant le passage à un modèle plus sobre et ne suppose pas nécessairement une diminution des besoins énergétiques. Selon certains, elle ne constituerait donc qu'un outil de communication destiné à servir des politiques de croissance économique, à l'instar des critiques qui ont pu être émises au sujet du « développement durable »⁵⁶ ou de la « croissance verte »⁵⁷. En ce sens, Jean-Baptiste Fressoz considère que la notion de transition énergétique masquerait une forme de *greenwashing*, et constituerait une manière de reporter systématiquement la mise en œuvre de mesures concrètes permettant de réduire les émissions de gaz à effet de serre⁵⁸. L'auteur démontre en effet que la diversification des sources d'énergies au cours de l'histoire n'a conduit qu'à une accumulation et non à une transition, les besoins en énergie étant toujours plus importants dans un modèle de croissance capitaliste. Selon cette conception, il faudrait craindre que la transition énergétique ne mène qu'à une plus grande diversification des ressources exploitées et à leur additivité, sans tenir ses promesses en termes de réduction des émissions de gaz à effet de serre.
26. Cette critique mérite évidemment d'être discutée mais il convient de constater que, lorsqu'elle est ainsi conçue, la transition énergétique prolonge les logiques productiviste et extractiviste, et apparaît pleinement compatible avec le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Cela est d'autant plus vrai si l'on considère ce principe dans sa conception originelle puisque, lors de sa consé-

cration, il visait à favoriser le développement économique des États. Ces éléments témoignent ainsi du fait que l'ampleur des restrictions apportées au libre-exercice des États à l'égard de leurs ressources dépend de la signification et des soubassements idéologiques que l'on assigne à la notion de transition énergétique. Dans ce contexte, la persistance de politiques énergétiques fortement émettrices, justifiées au nom d'une transition entendue comme simple réorganisation des sources de production, pourrait néanmoins nourrir à terme un contentieux climatique interétatique, notamment à l'initiative d'États particulièrement exposés aux effets du changement climatique à l'encontre des principaux États émetteurs. Sans remettre formellement en cause le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles, ces évolutions viendraient en resserrer les conditions d'exercice, en exposant certaines trajectoires énergétiques à un contrôle juridictionnel accru.

27. En tout état de cause, si l'idée selon laquelle la souveraineté s'accompagne désormais d'obligations à l'égard de la société internationale tend à s'imposer⁵⁹, il faut reconnaître que l'apparition dans les enceintes internationales ou dans le débat public de la notion de transition énergétique n'a jusqu'à présent pas remodelé ou profondément remis en cause la liberté dont disposent les États dans l'exploitation de leurs ressources. C'est précisément ce constat qui invite à s'interroger sur la portée réelle de la transition énergétique, ainsi que sur les promesses ouvertes par l'avis rendu par la CIJ au sujet des *Obligations des États en matière de changement climatique* dont il reste à mesurer les traductions concrètes.

59 N. Schrijver, « State Sovereignty in the Planetary Management of Natural Resources », *Environmental Policy and Law*, 2021, vol. 51, pp. 13-20, p. 14 ; A. Pellet, « Du bon usage de la souveraineté », *op. cit.*, p. 43.

Lilian Larribère

Professeur de droit privé et sciences criminelles à l'Université Paris Nanterre (CEDIN)

Face aux problèmes environnementaux ressentis à l'échelle du Globe, l'arbitrage veut se présenter comme le mode de résolution des litiges idéal, en raison notamment de sa dimension transnationale. L'arbitre pourrait, en effet, apparaître comme le juge global des ressources naturelles. Mais le contentieux des ressources naturelles présente des caractéristiques propres : il doit être transparent, ouvert aux tiers désireux d'y faire valoir leurs intérêts, étudié par des spécialistes de la discipline, et est marqué par la prolifération de normes impératives. A l'inverse, l'arbitrage se présente comme confidentiel, fondé sur un contrat (ou un litige) singulier, et l'application de la norme par l'arbitre présente quelques spécificités. Il semble donc exister un véritable conflit de logiques entre ces deux branches du droit. Il a été partiellement résolu par une adaptation spontanée ou dirigée du droit de l'arbitrage international.

Mots-clefs

Droit transnational

Arbitrage d'investissement

Ordre public international

Arbitrage commercial

Confidentialité

Ressources naturelles

Transparence

Faced with environmental issues experienced on a global scale, arbitration seeks to present itself as a suitable method for resolving disputes arising in this context, particularly due to its transnational dimension. The arbitrator could appear, indeed, as the global adjudicator of natural resources disputes. However, natural resources litigation has its own distinct characteristics: it must be transparent, open to third parties wishing to assert their interests, resolved by specialists. One of its main characteristics is the proliferation of mandatory rules. Conversely, arbitration presents itself as confidential, based on a singular contract (or dispute), and characterized by the arbitrator's specific approach in applying legal rules. There thus appears to be a clash of foundational logics between these two branches of law. This conflict has been partially resolved through spontaneous or directed adaptation of international arbitration law.

1 *Lac Lanoux* (Espagne c. France), sentence du 16 novembre 1957, accessible via https://legal.un.org/riaa/cases/vol_xii/281-317_lanoux.pdf (vérifié le 30 décembre 2025).

2 *Fonderie du Trail* (États-Unis c. Canada), sentences du 16 avril 1938 et du 11 mars 1941, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1905 et s.

3 *Rhin de fer* (Belgique c. Pays-Bas), sentence du 24 mars 2005, <https://pcacases.com/web/sendAttach/481> (vérifié le 30 décembre 2025).

4 *Eaux de l'indus* (Pakistan c. Inde), sentence du 20 décembre 2013, <https://pcacases.com/web/sendAttach/48> (vérifié le 30 décembre 2025).

1. Sans trop caricaturer la réalité, on peut dire qu'une partie du droit international de l'environnement, qui vise notamment à la protection des ressources naturelles, est née de l'arbitrage international, en particulier inter-étatique. Il suffit de penser aux affaires du *Lac Lanoux*¹ ou de la *Fonderie du Trail*² pour se convaincre que l'arbitrage en a permis des développements historiques significatifs ; il suffit de penser aux affaires *Rhin de fer*³, *Eaux de l'indus*⁴, ou encore *Mines de*

*Chine méridionale*⁵, pour se convaincre que l'arbitrage participe toujours à son développement contemporain⁶. On sait aussi que l'arbitrage est largement utilisé dans les secteurs de l'énergie, en particulier le secteur gazier, ou dans l'industrie pétrolière. En ces matières, il est sûrement appelé à se développer à l'occasion de la mise en œuvre du devoir de vigilance pesant sur les entreprises exploitant des ressources naturelles⁷.

C'est peu dire pourtant que l'arbitrage, en particulier d'investissement, est décrié quand des enjeux environnementaux poignent : que l'on pense à l'affaire *Vattenfall*⁸, à celles des panneaux solaires espagnols⁹, ou encore au récent retrait, par la France et l'ensemble des États membres de l'Union, du Traité sur la Charte de l'énergie¹⁰ en raison notamment de la convention d'arbitrage qu'il contient. Mais ce qui, dans ce genre de cas, est attaqué le plus frontalement n'est pas à proprement parler la forme arbitrale elle-même : il s'agit plutôt du droit substantiel des investissements, tel qu'élaboré par les traités bilatéraux d'investissement, et tel qu'il est finalement appliqué par les tribunaux arbitraux. Certes, bien des fois c'est une certaine forme de justice hors l'État qui est stigmatisée, mais c'est avant tout l'absence de prise en compte substantielle des normes protectrices de l'environnement qui est, en particulier, attaquée¹¹. Les principales critiques relèvent donc d'une confrontation entre protection des ressources naturelles et droit international des investissements. Nous les écarterons de notre étude : celle-ci se bornera à s'attacher à la confrontation entre droit de l'arbitrage et exploitation des ressources naturelles.

2. Avant d'explicitier notre programme, relevons que l'arbitrage est aujourd'hui très largement utilisé comme mode de règlement des litiges lorsqu'il y va de l'exploitation des ressources naturelles soit qu'un investisseur se plaigne du traitement que lui fait subir un État dans lequel cette exploitation a lieu, soit qu'un contrat lié à l'exploitation de ressources naturelles contienne une clause d'arbitrage¹². Ces litiges sont, eux aussi, sûrement appelés à se développer¹³. Dans la perspective qui est la nôtre, ces deux formes d'arbitrage, commercial et d'investissement, peuvent être analysées de conserve. Ainsi qu'on l'a dit, notre ambition n'est pas de nous interroger sur les critiques portant sur le droit international des investissements. Il s'agit plutôt de nous interroger sur la confrontation entre ce que l'on pourrait appeler la forme arbitrale, ou les logiques de l'arbitrage international, et la protection des ressources naturelles, ou les logiques du droit de l'environnement *lato sensu*. Or, indépendamment du droit substantiel applicable au fond — que ce droit substantiel des investissements ou commercial prenne ou non en compte les enjeux environnementaux —, le droit de l'arbitrage risque d'imprimer ses propres logiques sur le litige relatif à l'exploitation des ressources naturelles qui serait soumis à un tribunal arbitral. Or, les logiques du droit de l'arbitrage, celles caractéristiques d'un litige tranché à l'abri des regards extérieurs par des juges privés dont le rôle premier n'est pas de sauvegarder l'intérêt général mais de régler un litige privé par

5 *Mer de Chine méridionale* (Philippines c. Chine), sentence du 12 juillet 2016, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086> (vérifié le 30 décembre 2025).

6 Sur quoi, v. notamment Y. Kerbrat, « La contribution des juridictions internationales à l'application effective du droit international de l'environnement », in *L'effectivité du droit international face à l'urgence écologique*, L. Boisson de Chazournes (sous la dir.), Éditions Collège de France, 2024, p. 215 et s., spéc. p. 219 et s.

7 Sur le devoir de vigilance, v. dans ce dossier l'article de M. Nioche. *Adde*, de la même autrice, « Protéger les communautés locales dans l'arbitrage par le devoir de vigilance », *Perspectives contentieuses internationales*, décembre 2024, p. 46 et s.

8 *Vattenfal AB c. Allemagne*, CIRDI n°ARB/12/12, l'affaire a finalement été transigée.

9 Par ex., *Spanish Solar 1 Limited and Spanish Solar 2 Limited c. Espagne*, CIRDI n°ARB/21/39.

10 <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/06/27/energy-charter-treaty-eu-notifies-its-withdrawal/> (vérifié le 30 décembre 2025).

Sur ce traité, v. récemment, S. J. Rowe, « The Energy Charter Treaty and its Role in the Energy Transition », in *ESG and Disputes: Flash in the Pan or Game Changer?*, J. Menz et U. Weber-Stecher (éd.), ASA Special Series, vol. 50, 2024, p. 67 et s.

11 V. ainsi, « Paying Polluters: the Catastrophic Consequences of Investor-State Dispute Settlement for Climate and Environment Action and Human Rights », Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme et l'environnement, 13 juillet 2023, A/78/168.

12 V. déjà, O. Boskovic, « L'arbitrage international en matière environnementale », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, avril 2019, dossier 11.

Adde E. Jolivet, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : aspects du droit de l'environnement dans l'arbitrage CCI », *Gaz. Pal.* 4 déc. 2004, p. 54 et s.

13 Pour une cartographie récente, P. D. Cameron, « New Types of Energy Disputes: in the Era of Low Carbon Transition », in *Arbitration's Age of Enlightenment?*, ICCA Congress Series, vol. 21, Kluwer Law International, 2023, p. 737 et s. ; R. Bundy, « Access to and Use of Freshwater River Resources », in *Arbitration's Age of Enlightenment*, *op. cit.*, p. 749 et s.

application des règles convenues entre les parties¹⁴, risquent d'être contraires à celles du droit de la protection des ressources naturelles, et plus généralement à celles du droit de l'environnement. C'est ce potentiel conflit de logiques qui nous permettra de problématiser les liens entre arbitrage et exploitation des ressources naturelles¹⁵.

3. Ce qu'il y a d'assez remarquable en la matière, c'est que ce conflit abstrait a sinon été révélé, du moins perçu par les acteurs mêmes de l'arbitrage tout en étant probablement un facteur d'adaptation et d'évolution du droit de l'arbitrage. Si ce conflit a été perçu, c'est, en particulier, parce qu'en raison d'une coextensivité peut-être contestable entre problèmes globaux et arbitrage¹⁶, les acteurs de l'arbitrage ont vu dans les litiges relatifs à l'exploitation des ressources naturelles des litiges globaux susceptibles d'être pris en charge par la justice arbitrale, sinon mieux que la justice étatique, du moins aussi bien. La réponse à ces litiges transfrontières, mettant en cause des problèmes posés à l'échelle du Globe, devait être la justice globale qu'est l'arbitrage. Mais pour qu'elle le devienne, les acteurs de l'arbitrage ont scruté les caractéristiques propres de ce type de contentieux pour atténuer les logiques de l'arbitrage susceptibles de poser difficulté aux yeux d'une société civile contestataire et d'institutions publiques non nécessairement acquises à l'arbitrage¹⁷. C'est ce qui explique sûrement pourquoi des règlements spécifiques ont été proposés par certaines institutions arbitrales ou par certains groupes transnationaux ou que des adaptations à la procédurale arbitrale classiques ont été envisagées par ces mêmes acteurs. Ce même conflit de logiques a aussi été un facteur d'évolution du droit de l'arbitrage dans son ensemble, notamment avec l'émergence d'un ordre public véritablement international, ou transnational, à l'occasion d'un contentieux portant sur l'exploitation de ressources naturelles¹⁸.
4. Ces deux évolutions du droit de l'arbitrage ont visé à répondre, chacune, à une forme de conflit de logiques particulière. L'adaptation des règles des institutions d'arbitrage a surtout visé à répondre au conflit de logiques processuelles qui surgit lorsqu'on confronte droit de l'arbitrage et exploitation des ressources naturelles. L'invention d'un ordre public transnational vise surtout à répondre à un potentiel conflit de logiques substantielles, logé dans la manière singulière dont l'arbitre applique le droit choisi par les parties, ou désigné par lui seul. Dans cette double perspective, le dépassement du conflit de logiques, qui agit ici comme un aiguillon pour l'évolution du droit, a été une réponse de droit transnational : soit par une auto-adaptation des règles faites par les acteurs mêmes de l'arbitrage, soit par l'élaboration d'un ordre public transnational devant être appliqué tant par les arbitres que par les juges étatiques chargés du contrôle des sentences. C'est ce que nous envisagerons en mettant en évidence les logiques processuelles distinctes du droit de l'arbitrage et de la protection des ressources naturelles (I), et les logiques substantielles potentiellement contradictoires de ces deux matières (II).

14 En ce sens, P. Thieffry, « L'arbitrage et le droit européen de l'environnement », *Rev. arb.* 2019.1069, spéc. p. 1106-1107, n° 51-52.

15 Sur l'idée de conflit de logiques, et ce qu'elle a à voir avec celle d'évolution du droit, v. A. Supiot, « Le conflit des logiques juridiques : perspectives internationales », in Jean-Paul Murcier – *Histoire d'un engagement, Action juridique – Revue juridique de la CFDT*, 2016, p. 39 et s.

16 V. parmi beaucoup, P. Thieffry, art. précité, p. 1075, n°5 : « Au demeurant, l'aptitude de l'arbitrage à s'emparer de situations juridiques transnationales concernant l'environnement se vérifie empiriquement ».

V. aussi, Th. Clay, « Arbitrage et environnement », *Gaz. Pal.* 29 mai 2003, p. 10 et s.

Sur une autre question que celle de l'exploitation des ressources naturelles, v. M.-A. Frison Roche et A. Wald, « Le cas Petrobas, une juste adéquation de la responsabilité pour protéger les personnes impliquées dans des systèmes globaux », *RIDC* 2023.563, spéc. p. 578.

17 Encore que l'on trouve dans bien des traités, y compris de protection de l'environnement ou de protection des droits humains, une convention d'arbitrage. On sait également que les principes Ruggie font référence aux *non-State based judicial grievance mechanisms*.

18 CA Paris, 16 janv. 2018, n° 15/21703, *MK Group*, D. 2018. 1635, note M. Audit ; *ibid.* 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1934, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2448, obs. T. Clay ; *Rev. arb.* 2018. 401, note S. Lemaire ; *JDI* 2018. comm. 12, note S. Bollée ; *JDI* 2018. comm. 13, note E. Gaillard.

I. Des logiques processuelles distinctes

5. Si, ainsi qu'on l'a dit, l'arbitrage est essentiellement contesté en raison du droit substantiel des investissements, les logiques processuelles de l'arbitrage ne sont pas non plus à l'abri des critiques (A). La réponse proposée a été d'adapter la procédure au niveau transnational (B).

A. Une contradiction de logiques

6. Si le principe même de l'arbitrage peut être contesté, ce n'est pas que juridiquement, il soit, en droit positif, interdit en cette matière : les litiges relatifs aux ressources naturelles sont parfaitement arbitrables¹⁹. Si le principe de l'arbitrage peut être contesté, c'est que les caractéristiques que lui imprime sa nature privée peuvent, à première vue, apparaître comme ne convenant pas au contentieux relatif aux ressources naturelles. En effet, cet arbitrage est contractuel, met aux prises uniquement ceux qui y ont consenti — les tiers étant donc exclus²⁰ —, privé, confidentiel²¹, et limité à un litige singularisé. En ce sens, le tribunal arbitral est réuni ponctuellement pour traiter le cas qui lui est présenté, en fonction d'éléments de fait et de droit propres. Autrement dit, le litige arbitré n'est pas inscrit dans une chaîne continue de litiges présentant des similarités suffisantes pour pouvoir être qualifié de contentieux systémique. De ce point de vue, l'arbitrage n'est pas une « arme du droit »²², permettant de faire avancer une cause dans les prétoires, mais précisément a pu être vu comme une arme empêchant l'évolution du droit par le recours aux prétoires²³. Et s'il peut exister une « jurisprudence arbitrale », cette jurisprudence ne peut structurellement avoir les mêmes traits que la jurisprudence judiciaire classique.
7. Ces caractéristiques du droit de l'arbitrage, qui peuvent apparaître comme des avantages dans le contentieux ordinaire²⁴, sont renversées en désavantages dirimants lorsqu'il y va d'enjeux environnementaux, et de l'exploitation des ressources naturelles²⁵. Car à l'inverse du droit de l'arbitrage, la protection environnementale est très largement passée par le contentieux judiciaire et la mise en cause d'entreprises multinationales devant les juges judiciaires. Le contentieux judiciaire et international est ainsi un facteur déterminant de l'évolution du droit de l'environnement, et de la protection des ressources naturelles²⁶. Certes, on pourrait rétorquer que ce type de contentieux, en particulier celui que l'on nomme le « contentieux stratégique »²⁷, ne pourrait ressortir de l'arbitrage fondé sur le consentement, faute pour les activistes d'avoir consenti à l'arbitrage. Mais on rappellera que dans un contentieux proche, celui relatif aux droits humains, l'affaire du *Rana Plaza* a donné lieu à l'introduction d'une demande d'arbitrage avant que le litige ne soit transigé²⁸. Il n'est donc pas impossible qu'un tel contentieux stratégique soit arbitré, ce que certaines institutions d'arbitrage souhaitent par ailleurs²⁹. Techniquement, il ne serait pas impossible d'inclure dans certains documents sociétaires une offre unilatérale d'arbitrage, que les tiers, ONG en tête, pourraient accepter librement.

19 En ce sens, É. Loquin, « Le droit de l'environnement devant les tribunaux arbitraux internationaux », in *Pour un droit économique de l'environnement – Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Frison-Roche, 2013, p. 299 et s., spéc. p. 299.

20 Très nettement en ce sens, v. CA Paris, 10 sept. 2024, n°24/00151 et 24/00152, *D. actu.* 10 octobre 2024 ; *Gaz. Pal.* 22 oct. 2024, n°GPL468z1, obs. L. Larrivière.

21 La question de savoir si l'arbitrage international est juridiquement confidentiel est débattu, mais il l'est, à tout le moins, en pratique : v. J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, p. 433 et s., n°664 et s.

22 Sur cette expression, v. L. Israël, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009, 2ème éd.

23 V. ainsi, Lord Chief Justice Thomas of Cwmgiedd, « Developing commercial law through the courts: rebalancing the relationship between the courts and arbitration », The Baillii Lecture 2016, 9 mars 2016, accessible via <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailli-lecture-20160309.pdf> (vérifié le 30 décembre 2025).

24 J.-B. Racine, *op. cit.*, p. 80 et s., n°86 et s. 25 V., dans une veine similaire, O. Boskovic, art. précité : « en raison de l'absence d'une jurisprudence arbitrale, ce mode de résolution des litiges ne peut pas contribuer au développement du droit de l'environnement ».

26 En ce sens, par ex. L. Boisson de Chazournes, « Le droit international de l'environnement face au défi de l'effectivité : le droit dans les faits », in *Effectivité du droit international face à l'urgence écologique*, L. Boisson de Chazournes (sous la dir.), Éditions Collège de France, 2024, p. 12 et s., spéc. p. 18-19 : « Le rôle du juge est également essentiel dans la mise en œuvre du droit de l'environnement. Ses contributions sont des marqueurs des évolutions qui se font jour. [...] Les contentieux nationaux dans le domaine de la protection de l'environnement illustrent cette prise en compte des dynamiques alliant droit et objectifs sociaux ».

27 V. par ex. J. Rochfeld, *Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Odile Jacob, 2019.

28 Le rappelant récemment, v. M. Keller et S. Kapoor, « Arbitration as a Means for Resolving Climate Change-Related Disputes », in *ESG and Disputes...*, *op. cit.*, p. 39 et s., spéc. p. 43.

29 V. ICC Report, « Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR », 2019, n° 50, accessible via <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf> (vérifié le 30 décembre 2025).

Dans la même veine, le contentieux de la vigilance, en particulier environnementale, est une pointe avancée de cet activisme judiciaire destiné à faire évoluer le droit de l'environnement, et les pratiques des sociétés transnationales. Or, ce contentieux de la vigilance sera probablement assez largement remis dans les mains d'arbitres, en raison de l'inclusion de clauses compromissaires dans les contrats de la chaîne de valeurs qui comporteraient des obligations de vigilance. Et la jurisprudence actuelle sur l'extension de la clause compromissoire pourrait bien conduire à ce qu'une telle clause s'étende à l'intégralité de la chaîne, même si elle n'a pas été incluse dans l'intégralité des contrats qui la structurent⁵⁰. Il est donc bien possible qu'une grande partie du contentieux de la vigilance relève d'une justice arbitrale dont les caractéristiques risquent de nuire à la portée que les pouvoirs publics semblent souhaiter lui donner.

8. De manière générale, au regard de ces contentieux relatifs à l'exploitation des ressources naturelles, qu'ils soient « stratégiques » ou non, le caractère contractuel de l'arbitrage, et son caractère privé voire confidentiel posent difficulté : ils empêchent très largement les tiers — par exemple des ONG — à participer aux opérations arbitrales, sauf à ce qu'ils consentent à la convention d'arbitrage et que les parties originelles à cette convention l'acceptent⁵¹, et les *amici curiae* n'y sont que rarement tolérés⁵². Ces acteurs non étatiques qui souhaiteraient participer au contentieux arbitral, comme ils participent aujourd'hui activement au contentieux judiciaire⁵³, pour apporter leur expertise, risquent d'en être empêchés par la structure procédurale du procès arbitral⁵⁴. Le caractère privé, contractuel, et en principe confidentiel de l'arbitrage pourrait donc limiter considérablement ce type d'interventions, d'autant plus si l'existence même du litige reste inconnue des tiers.
9. Le risque est, au surplus, que ce caractère contractuel, restreignant l'intervention *lato sensu* des tiers, s'imprime sur l'intégralité de la procédure arbitrale. Dans deux arrêts du 10 septembre 2024⁵⁵, la Cour d'appel de Paris a effectivement jugé toute demande d'intervention d'un tiers irrecevable dans le cadre d'un recours en annulation, même si elle est destinée à appuyer les prétentions de l'une des parties au litige, en raison de la nature contractuelle de l'arbitrage et de l'autonomie procédurale de cette matière⁵⁶. À cet égard, on peut s'interroger sur la possibilité qu'aurait un juge étatique, saisi d'un recours contre une sentence fondée sur une violation de l'ordre public environnemental⁵⁷, d'admettre un *amicus curiae*, tiers à la convention d'arbitrage et à la procédure arbitrale si toutes les parties n'acceptaient pas qu'il soit entendu. Certes, demande d'intervention et *amicus curiae* sont juridiquement distinctes, et entendre un *amicus curiae* relève d'une initiative de la Cour qui pourrait n'être pas tenue par les logiques du droit de l'arbitrage en la matière, mais le raisonnement tenu par la Cour d'appel pourrait, par analogie, interdire les *amici curiae*. Des arrêts récents semblent, cela dit, laisser une telle porte entrouverte.

50 Sur quoi, v. M. Laazouzi, « L'arbitre, le juge et la protection de l'environnement à l'aune de la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité », TCFDIP 2022-2024, Pedone, p. 81 et s. Adde L. Larrivière et R. Legendre, « La directive «vigilance» et le droit international privé », in *Le devoir européen de vigilance des sociétés – La prise en compte par les sociétés des droits de l'homme et de l'environnement dans les chaînes d'activités*, B. Lecourt (dir.), Dalloz, 2025, p. 253 et s.

51 Les mécanismes de transmission et d'extension de la convention d'arbitrage sont ici exclus de l'analyse.

52 Sur un sujet proche, et dans le même sens, P. Jacob, « Des amis trop discrets. La participation des communautés locales à l'arbitrage d'investissement », *Perspectives contentieuses internationales*, décembre 2024, p. 27 et s.

Sur cette question, v. J. El Ahdab et D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage – Théorie et pratique*, LexisNexis, 2021, p. 255, n°300 et p. 257, n°301, et les références.

53 Sur quoi, v. J. M. Angstadt et M. Bettisill, « Non-State Actors », in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, L. Rajamani et J. Peel (ed.), OUP, 2ème éd., 2021, p. 666 et s.

54 Il est vrai que certaines institutions publiques tolèrent également mal l'intervention d'ONG dans les contentieux dont elles ont la charge. Tel est notamment le cas de la Cour internationale de Justice.

55 CA Paris, 10 sept. 2024, préc.

56 Sur cette question, v. nos observations sous ces deux arrêts.

57 Sur cette question de l'ordre public, v. *infra*.

10. Enfin, c'est la structure actuelle du procès arbitral d'investissement qui semble, partiellement, contradictoire avec les logiques de la protection de l'exploitation des ressources naturelles, structure qui pourrait être amendable par adaptation des traités bilatéraux d'investissement. Dans la majeure partie des cas, les textes actuels semblent empêcher qu'à l'occasion d'un arbitrage d'investissement où un investisseur se plaint du comportement de l'État hôte, ce dernier forme une demande reconventionnelle fondée, par exemple, sur la violation par l'investisseur des normes de protection des ressources naturelles³⁸. Ces demandes reconventionnelles ne sauraient être admises car, la plupart des traités d'investissement ne prévoient qu'une protection au bénéfice de l'investisseur. L'arbitrage d'investissement présente ainsi une logique unilatérale, en sorte que l'investisseur se retrouve, à cet égard, structurellement privilégié. Partant, c'est le droit de l'exploitation des ressources naturelles qui se trouve délaissé au profit du droit substantiel des investissements, et du droit de l'arbitrage qui organise la procédure de règlement de ce type de litiges.
11. Ce sont toutes ces faiblesses structurelles, issues des logiques contradictoires que présentent les droits de l'arbitrage et de la protection des ressources naturelles, qui ont suscité une réaction transnationale de la part des acteurs de l'arbitrage dans l'objectif, d'abord, de répondre aux critiques sur l'adéquation de ce mode de règlement des litiges à ce type de contentieux, ensuite, de démontrer que l'arbitrage pouvait constituer un forum approprié pour ce type de contentieux.

B. L'atténuation transnationale des logiques de l'arbitrage

12. Saisissant qu'il y avait là un contentieux nouveau susceptible de relever de l'arbitrage, mais également un nid à critiques si les litiges relatifs à l'exploitation des ressources naturelles étaient arbitrés sans adaptation³⁹, les institutions d'arbitrage et plus généralement les acteurs de l'arbitrage ont été poussés à proposer des modifications significatives de la procédure arbitrale pour atténuer le conflit de logiques identifié⁴⁰. Ce qui apparaît novateur, c'est que la réponse n'est pas ainsi venue essentiellement des États réglementant leur droit de l'arbitrage pour l'adapter aux spécificités de ce contentieux mais par une auto-régulation menée à un niveau transnational.
13. Ainsi, ce sont, en tout premier lieu, et dès 2001, les *optional rules for arbitration of disputes relating to natural resources and/or the environment*⁴¹ [ci-après « PCA Rules »], édictées par la Cour permanente d'arbitrage, qui ont été adoptées, et proposées aux opérateurs du commerce international, aux États et aux organisations internationales. Son *introduction* précise que ces règles ont été édictées pour « refléter les caractéristiques particulières des litiges ayant un volet relatif aux ressources naturelles, à la conservation ou à la protection de l'environnement »⁴². La particularité de ce type de contentieux est donc très nettement identifiée. Les adaptations procédurales proposées apparaissent, cependant, relativement minimes⁴³. Il s'agit essentiellement

38 M. Scherer, S. Bruce et J. Reschke, « Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review*, vol. 36, n°2 (2021), p. 413 et s.

39 V., comme une réponse aux critiques de la « société civile » les adaptations proposées tant au plan procédural qu'au plan substantiel par C. L. Beharry et M. E. Kuritzky, « Going Green: Managing the Environment through International Investment Arbitration », 30 *Am. U. Int'l L. Rev.* 383 (2015).

40 Sur cette question, de manière générale et pour un article récent, v. K. Asschenfeldt et L.-M. Ross, « The Role of International Commercial Arbitration in Mastering Climate Change Disputes: Initiatives, Advantages and Challenges », *Journal of International Arbitration* 2024.317.

41 <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and-or-Natural-Resources.pdf> (vérifié le 30 décembre 2025).

42 Nous traduisons.

43 Pour une analyse plus détaillée de ces règles, v. T. T. van den Hout, « The PCA Environmental Rules », in *ICCA Yearbook Commercial Arbitration* 2001, A. J. van den Berg (éd.), Kluwer Law International, 2001, vol. 26, p. 420 et s. ; T. Meshel, « Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment: Permanent Court of Arbitration (PCA) », *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2016, accessible via https://www.mpi.lu/fileadmin/mpe/medien/research/MPEiPro/Optional_Rules_for_Arbitration_law-mpei-pro-e2810.pdf (vérifié le 22 avril 2025).

de tenir compte de la complexité technique de ce genre de contentieux, en proposant une liste d'arbitres et d'experts spécialistes du droit de l'environnement, dont les parties peuvent toutefois s'affranchir. Elles sont aujourd'hui très modestement utilisées en pratique.

Ce sont surtout, en second lieu, les *Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*⁴⁴ [ci-après « Hague Rules »], publiées en décembre 2019 et élaborées par un groupe de travail « transnational », qui ont tenté de résoudre une partie de ce conflit de logiques processuelles. L'un des objectifs promus par les rédacteurs est ainsi, comme le préambule l'affirme explicitement, de tenir compte « de l'intérêt public dans la résolution de ce type de litiges, qui est susceptible de requérir, entre autres choses, un haut degré de transparence des procédures et une opportunité offerte aux tiers intéressés et aux États d'y participer ». Destinées plus généralement au contentieux des droits humains, dont on sait les liens qu'il entretient avec celui de l'exploitation des ressources naturelles, ces règles comportent ainsi une section IV intitulée « *Transparency* » et accroissant la publicité de la procédure. Sauf exceptions, un certain nombre de documents, dont la demande d'arbitrage, doit être rendu public, ce qui permet aux tiers intéressés d'en connaître l'existence et de décider de l'opportunité d'y participer. L'audience doit, elle aussi, être rendue publique afin d'accroître la transparence des discussions et des arguments échangés. Comme les *PCA Rules*, les *Hague Rules* insistent également sur le degré nécessaire d'expertise pour gérer ce type de contentieux, comme pour rappeler que des arbitres librement choisis par les parties seront peut-être plus fins techniciens en ces matières que des juges étatiques.

C'est dans cette même double perspective — adaptation des règles et tentative d'attirer ce contentieux en insistant sur l'expertise possible des arbitres — que la Chambre de commerce internationale [ci-après « CCI »] a rendu public, en 2019, un rapport intitulé *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*⁴⁵. On y retrouve les mêmes adaptations que dans les *Hague Rules* : transparence⁴⁶, participation de tiers en raison de l'intérêt public, soit par une participation directe à la procédure⁴⁷, soit par le biais d'un *amicus curiae*⁴⁸. À ces règles ou rapport propres aux contentieux environnementaux *lato sensu* ou relatifs aux droits humains, il faut encore ajouter l'initiative de la CNUDCI visant à accroître la transparence de l'arbitrage d'investissement, qui a conduit à l'adoption de la Convention de Maurice sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités en 2014, entrée en vigueur dans 9 États⁴⁹. Mentionnons enfin que l'article 67 du Règlement CIRDI prévoit une procédure spécifique pour l'admission d'un *amicus curiae*.

Cette transparence promue pourrait également avoir pour effet le développement d'une « jurisprudence arbitrale » propre au droit de l'environnement et des ressources naturelles par la publication plus fréquente des sentences, envisagée par ces textes. De la sorte, l'arbitrage ne pourrait plus être perçu comme un frein au développement du droit de l'environnement⁵⁰.

44 <https://docs.pca-cpa.org/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration.pdf> (vérifié le 30 décembre 2025).

Sur lesquelles, v. par ex. C. Kessedjian, « The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration ou comment l'arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l'homme par les entreprises », JDI 2021, var. 1 ; W. Brillat-Capello, « The Hague Rules on business and human rights arbitration : l'arbitrage comme outil de respect des droits humains », *Rev. arb.* 2020.377.

45 <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf> (vérifié le 30 décembre 2025).

46 *Ibid.*, §§ 5.66 et s.

47 *Ibid.*, §§ 5.80 et s.

48 *Ibid.*, §§ 5.89 et s.

49 À la date du 30 décembre 2025. Le 25 mars 2026, la Convention entrera en vigueur dans l'Union européenne.

50 Dubitative, v. O. Boskovic, art. précité, n°9 : « il apparaît que même l'introduction d'une certaine dose de transparence ne suffirait pas ».

14. Le cumul de ces exemples montre la prise de conscience de la spécificité de ce type de contentieux par les acteurs même de l'arbitrage, et ce dans une double perspective : d'abord, répondre aux critiques suscitées par les différences de logiques entre arbitrage privé et confidentiel et contentieux environnemental transparent et d'intérêt public, ensuite justifier que ce contentieux de plus en plus abondant puisse relever de l'arbitrage, en insistant sur sa technicité, et plus généralement sur les avantages de la justice arbitrale. Mais ce qui apparaît juridiquement intéressant, c'est de s'intéresser au concept de « justice arbitrale », tel qu'il est ici promu dans ces textes.

La réponse transnationale ici décrite nous semble, en effet, avoir modifié le concept même de « justice arbitrale ». Il ne s'agit pas de dire qu'il y aurait une dénaturation de l'arbitrage, comme si ce concept était doté d'un contenu intangible, mais plutôt d'une évolution témoignant que la forme du procès arbitral peut être adaptée en fonction du type de contentieux. Car en se rendant transparent et ouvert aux tiers intéressés, l'arbitrage vise à intégrer dans la forme de procès qu'il propose l'intérêt public alors même qu'il est, en principe, un pur « mécanisme contractuel »⁵¹ refermé sur le seul intérêt privé des parties au contrat. En jouant un peu sur les mots, l'arbitrage devient soutenable parce qu'il tente d'écarter les caractéristiques procédurales singulières qui l'empêchaient d'apparaître comme un forum adéquat pour la résolution des contentieux relatifs aux ressources naturelles, voire sources de critiques acerbes, tout en promouvant ce qui peut toujours en faire la force : l'expertise des arbitres choisis par les parties, la possibilité de regrouper devant un seul for une multitude de demandes qui seraient sinon éparpillées en raison des règles de compétence internationale⁵² et encore l'exécution facilitée des sentences arbitrales grâce à la Convention de Washington et à la Convention de New York. En ce sens, cette forme propre d'arbitrage au contentieux relatif aux ressources naturelles n'est plus la forme historique d'une justice privée et confidentielle ; c'est celle d'une justice transnationale réglant les problèmes globaux, un véritable forum mondial transnational où toutes les parties prenantes pourraient discuter des difficultés qui se posent à l'échelle planétaire.

15. Pour qu'un tel forum se mette en place, encore faudrait-il tout de même répondre à un second conflit de logiques, un conflit de logiques substantielles, que l'on a, lui aussi, tenté de régler par une réponse transnationale d'un type légèrement différent.

II. Des logiques substantielles potentiellement contradictoires

16. Par logiques substantielles, il ne faut pas ici entendre le droit substantiel appliqué par l'arbitre, qui concerne au fond assez peu le droit de l'arbitrage. Il faut plutôt entendre la manière dont l'arbitre peut mettre en œuvre le droit substantiel, qu'il soit choisi par les parties, ou qu'il puisse le choisir lui seul. Car, la liberté, certes surveillée, de l'arbitre⁵³ peut le conduire à désactiver l'impérativité des normes de

⁵¹ L'expression est de Pierre Mayer, in « Le contrat illicite », *Rev. arb.* 1984.205, spéc. p. 209.

⁵² V. en ce sens le rapport de la CCI, préc.

⁵³ P. Mayer, « La liberté de l'arbitre », *Rev. arb.* 2013.339.

54 CA Paris, 16 janv. 2018, *MK Group*, arrêt précité.

55 En ce sens, J.-B. Racine, « Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international : un état des lieux », *Rev. arb.* 2022.179, spéc. p. 202-203, n° 34-35.

56 Pourtant, comme le note O. Boskovic, art. préc., n° 8 : « il est remarquable que dans ce débat sur les avantages et les inconvénients respectifs de l'arbitrage et de la justice étatique, la discussion se concentre essentiellement sur la procédure. Rien n'est dit du droit appliqué par les arbitres ».

57 Nous avons déjà ainsi partiellement analysé ces questions, in « L'arbitre et les règles impératives du droit des contrats administratifs français », *Cah. arb.* 2022.483. La question n'est d'ailleurs pas propre à l'arbitrage international mais se retrouve *mutatis mutandis* dans le contentieux international étatique où une clause de choix de loi associée à une clause de choix de juridiction peut aboutir à la violation pratique d'une loi de police.

58 Sur cette question, et l'expression d'impérativité désactivée, v. D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée », *RCDIP* 2009.1 ; L. G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *RCDIP* 2003.1

59 On ajoutera, cependant, que l'arbitre pourrait devoir également tenir compte du droit pénal de l'environnement, s'il ne veut pas prendre le risque d'être complice de la commission d'une infraction, sur quoi, v. D. Chilstein, « Arbitrage et droit pénal », *Rev. arb.* 2009.3.

60 *Eco Oro v. Columbia*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 décembre 2021, accessible via <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-eco-oro-minerals-corp-v-republic-of-columbia-decision-on-jurisdiction-liability-and-directions-on-quantum-thursday-9th-september-2021> (vérifié le 30 décembre 2025).

61 *Eco Oro v. Columbia*, Partial Dissent of Professor Philippe Sands QC, 9 décembre 2021, accessible via https://jsumundi.com/en/document/opinion/en-eco-oro-minerals-corp-v-republic-of-columbia-partial-dissent-by-arbitrator-philippe-sands-thursday-9th-september-2021#opinion_2781 (vérifié le 30 décembre 2025).

62 Comme l'a dit le rapport de la CNUCED intitulé « Treaty-based ISDS cases and climate action », IIA Issues Note, n°3, septembre 2022, p. 2 (accessible via https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d7_en.pdf, vérifié le 30 décembre 2025) : « [cette décision] sème le doute quant à l'effectivité de l'effort des États de rééquilibrer les traités internationaux d'investissement en incluant des garanties explicites et des exceptions pour protéger le droit de l'État à réglementer en faveur de la protection de l'environnement et de l'adaptation climatique ». Nous traduisons. V. également, sur le risque que cette sentence attire les critiques sur l'arbitrage d'investissement, l'opinion dissidente de Ph. Sands, préc.

63 V. O. Boskovic, art. précité, écrit avant que la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ne réforment l'étendue du contrôle du juge étatique en droit de l'arbitrage international.

protection des ressources naturelles (A). C'est par l'invention d'une forme d'impérativité transnationale de ces normes que ce risque a été combattu (B).

A. Une impérativité possiblement désactivée

17. Même si le juge français ne s'est prononcé sur ces questions que partiellement⁵⁴, on peut penser que beaucoup de normes régissant les ressources naturelles en France relèvent de l'ordre public international⁵⁵, et de la catégorie des lois de police. Les logiques du droit de l'arbitrage, quant au droit substantiel applicable, peuvent conduire à les violer, ou à tout le moins, à n'en pas tenir compte⁵⁶. La difficulté n'est pas propre au droit de la protection des ressources naturelles ; elle se retrouve dans l'arbitrage dès qu'un intérêt public est en jeu⁵⁷. Puisque les parties ont la possibilité de désigner la loi qui leur convient, voire un corps de règles non-étatiques, et parce qu'elles peuvent placer le siège de l'arbitrage dans l'État de leur choix, elles peuvent tenter de désactiver l'impérativité de normes protégeant pourtant l'intérêt public⁵⁸. Ainsi, si une norme française de protection des ressources naturelles fait peser sur les parties une trop lourde charge financière, elles pourraient avoir la tentation, dans leur contrat, de prévoir que tout litige relèvera de la loi américaine, et sera soumis à un tribunal arbitral siégeant à New York. Le risque est alors que le tribunal arbitral refuse d'appliquer la loi de police française, qui ne fait pas partie de la *lex contractus* choisie par les parties, et que le juge américain valide une telle sentence, la loi de police française, étrangère à ses yeux, n'étant pas intégrée dans l'ordre public international local. La norme se trouve ainsi potentiellement désactivée par la seule utilisation de l'arbitrage, en raison des logiques propres de cette matière. Certes l'arbitre pourra-t-il, dans ce genre de cas, appliquer la loi de police, mais rien ne l'y contraindra vraiment, sauf à ce qu'il tienne un compte absolu de l'importance de l'exécution en France de la sentence⁵⁹.

Si un tel risque se présente essentiellement dans l'arbitrage commercial, il n'est pas insusceptible de se retrouver, sous des traits certes différents, dans l'arbitrage d'investissement où une norme de protection environnementale incluse de plus en plus fréquemment dans les traités bilatéraux de nouvelle génération peut se trouver comme « désactivée » par le tribunal arbitral. Ainsi que la décision du tribunal⁶⁰ et surtout l'opinion dissidente de Philippe Sands dans l'affaire *Eco Oro c. Columbia*⁶¹ le montrent, cette hypothèse n'est pas simplement d'école⁶².

18. Pour que ces tentatives de désactivation soient empêchées, un contrôle du juge étatique peut être mis en place. Cette *second-look doctrine* ne jouera, cependant, son rôle que si le contrôle exercé par le juge étatique sur la non-violation par la sentence des normes protectrices est un contrôle réel⁶³. Et plus encore, s'agissant de normes environnementales ou protectrices des ressources naturelles visant à saisir des problèmes globaux et non seulement territoriaux, cette *second-look doctrine* ne peut jouer à plein que si le juge étatique du contrôle est

poussé à prendre en compte les lois de police étrangères⁶⁴. Si, en effet, le juge français ou le juge anglais se font aussi les gardiens des normes environnementales impératives allemandes par exemple, alors la localisation du siège ne peut plus être utilisée comme un outil de déconnexion des normes de protection des ressources naturelles : les parties savent que les juges étatiques se feront les protecteurs des normes étrangères. Pour qu'une telle entreprise se réalise, sûrement fallait-il créer un ordre public « réellement international » ou transnational, ce qui a précisément été fait à l'occasion de ce conflit de logiques entre droit de l'arbitrage et droit des ressources naturelles. L'impérativité de la règle a été réactivée grâce à une réponse transnationale.

B. Une réactivation de l'impérativité transnationale

19. L'une des réponses proposées, comme il est classiquement d'usage dans ce genre de cas, a été la création par les arbitres eux-mêmes de règles transnationales de protection de l'environnement et des ressources naturelles⁶⁵. Ces règles transnationales supplanteraient ainsi la loi choisie par les parties, précisément pour résoudre le conflit de logiques substantielles précédemment décrit. Si l'on cite toujours une sentence rendue en 2003 à Paris⁶⁶, à l'occasion de laquelle un tribunal arbitral a décidé que la remise en état d'un site pétrolier relevait « du droit international coutumier », alors que ni la *lex contractus*, ni la loi de l'État d'implantation du site ne faisaient peser sur les opérateurs une telle obligation, cette sentence est restée isolée⁶⁷. Certes la confidentialité encore majoritaire des sentences n'aide guère à s'assurer de cet isolement, mais on peut raisonnablement douter qu'un tel droit transnational de l'environnement soit en voie de création d'autant que l'essentiel des textes issues des institutions d'arbitrage ou des groupes de travail susmentionnés rappelle l'exigence pour les arbitres d'appliquer avant tout la loi choisie par les parties. À titre exemplaire, le rapport de la CCI affirme ainsi très explicitement : « afin d'éviter toute ambiguïté, [le rapport réaffirme que] la CCI et les tribunaux arbitraux sont liés par la loi choisie par les parties, y compris toute règle impérative applicable. La loi applicable est centrale dans la décision du tribunal. La Task Force ne suggère pas qu'il faut, ou qu'il faudrait, que cela change ». Autrement dit, les tribunaux arbitraux doivent en matière environnementale s'en remettre avant tout, comme pour tout contentieux, à la loi choisie par les parties : le contentieux environnemental ne mérite aucune adaptation de ce point de vue-là. On voit donc en quoi on peut douter de l'émergence à court terme, sur l'initiative des seuls acteurs de l'arbitrage, d'un droit transnational de l'environnement protecteur des ressources naturelles⁶⁸.

20. Le renouvellement de la question ne s'est donc pas fait du côté des acteurs de l'arbitrage mais du côté du juge étatique. Ainsi qu'on l'a dit, la première condition pour que la *second-look doctrine*, qui vise à protéger *ex post* les normes impératives, fonctionne est qu'un contrôle sérieux soit fait par le juge étatique. Or, il n'est pas interdit de penser que le droit des ressources naturelles a été, pour une part,

64 Sur cette question, v. l'article de référence de P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981.277.

65 V. en particulier, É. Loquin, art. précité,

66 Dont la première citation semble avoir été faite par Th. Clay, art. précité.

67 V. déjà, O. Boskovic, art. précité, n°10.

68 Rapp. de J. Kleinheisterkamp, « The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration », 71 *American Journal of Comparative Law* (2023), p. 98 et s.

Cela dit, dans un domaine proche sur le plan des évolutions jurisprudentielles, v. E. Gaillard, « The Emergence of Transnational Responses to Corruption in International Arbitration », *Arbitration International* 2019, p. 1 et s.

69 Elle a donné lieu à deux arrêts importants : CA Paris, 21 févr. 2017, n°15/01650, *Belokon*, *Rev. arb.* 2017.915, note M. Audit et S. Bollée ; *JDI* 2017.1361, note E. Gaillard ; Civ. 1ère, 23 mars 2022, D. 2022.1773, obs. S. Bollée ; *D. actu.* 10 mai 2022, obs. V. Chantebout ; *ibid.* 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; *JCP G* 2022.676, note B. Rémy ; *Rev. arb.* 2022.945, note S. Bollée et M. Audit ; *RDC* sept. 2022, n° RDC200w3, note Y.-M. Serinet et X. Boucobza ; *RTD civ.* 2022.701, obs. Ph. Théry ; *Gaz. Pal.* 3 mai 2022, GPL435f0, obs. L. Larribère.

70 CA Paris, 16 janv. 2018, préc.

71 Sur cette question, v. Ch. Seraglini, « Le contrôle par le juge de l'absence de contrariété de la sentence à l'ordre public international : le passé, le présent, le futur », *Rev. arb.* 2020.347 ; J.-B. Racine, art. précité.

72 Sur quoi, v. la contribution de M. Lemey dans ce dossier.

73 V. par exemple, CA Paris, 19 oct. 2021, n°18/01254, *D. actu.* 19 nov. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2021.2272, obs. Th. Clay ; *JDI* 2022.483, note P. Mayer ; *JCP E* 2022, n°27, p. 39, obs. M.-É. Ancel ; *Gaz. Pal.* 3 mai 2022, n°GPL435f0, obs. L. Larribère. L'arrêt a été cassé par Civ. 1ère, 17 mai 2023, n°21-24.106, sur un autre point.

Sur les liens, désormais complexes, entre ordre public international et loi de police, v. S. Bollée, « L'impérativité vue par le droit français de l'arbitrage international (à propos de la jurisprudence récente relative au contrôle de la conformité des sentences aux lois de police) », in *Mélanges en l'honneur d'Emmanuel Gaillard*, à paraître.

74 Dans l'arrêt *MK Group*, c'est la résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 14 décembre 1962 qui est citée.

Sur cette question, v. M. Forteau, « L'ordre public «transnational» ou «réellement international». L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *JDI* 2011.3.

75 Selon la formule saisissante de Sylvain Bollée dans sa note sous l'arrêt *MK Group*, *JDI* 2018, comm. 12, n°13.

La formule se trouve également chez M. Forteau, art. préc., n°15.

76 Au sens de l'Association de Droit international, qui dans sa résolution 2/2002 de New Delhi, affirme au §2 b) que lorsqu'un consensus international existe à propos de l'importance d'un principe, le terme « ordre public transnational » peut être utilisé pour décrire ce phénomène.

77 S. Bollée, note sous CA Paris, 16 janv. 2018, préc., n°13.

78 V. l'article classique sur la question de P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.* 1986.329.

un facteur d'évolution de la jurisprudence générale sur l'étendue du contrôle. Longtemps restrictif, ce contrôle s'est amplifié essentiellement à l'occasion de deux affaires, les affaires *Belokon*⁶⁹ et *MK Group*⁷⁰, même si quelques arrêts antérieurs avaient amorcé un changement⁷¹. Or, dans ces deux affaires, ce sont deux problèmes globaux, largement pris en charge au niveau international, qui étaient au cœur du contrôle de l'ordre public international réalisé par le juge français : la corruption dans l'affaire *Belokon*, et la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles⁷² dans l'affaire *MK Group*. Dans ces deux affaires, la Cour d'appel de Paris, bientôt suivie par la Cour de cassation dans l'arrêt *Belokon*, a affirmé très clairement qu'elle entendait réaliser un contrôle total, en fait et en droit, de l'ordre public international, à rebours de la jurisprudence historique. Si ce contrôle est désormais appliqué même lorsqu'une partie prétend qu'une loi de police d'émanation purement française a été violée⁷³, cette extension du contrôle a été opérée à l'occasion d'affaires où la Cour d'appel justifiait l'inclusion de la lutte contre la corruption et de la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles dans l'ordre public international français par l'existence d'un « consensus international ». Il n'y a qu'un pas pour considérer que l'existence d'un « consensus international » n'a pas seulement justifié l'inclusion de ces principes dans l'ordre public international mais également une extension du contrôle, afin que l'inapplication de ces principes puisse réellement avoir pour conséquence une annulation ou une non-reconnaissance de la sentence. Le conflit de logiques substantielles possibles entre droit de l'arbitrage et droit des ressources naturelles aurait ainsi été un facteur d'évolution du droit de l'arbitrage lui-même.

21. Ce n'est pas le seul renouvellement opéré par l'arrêt *MK Group*. Comme on l'a suggéré, c'est aussi le contenu de l'ordre public international, et la manière de définir ce contenu, qui a évolué par l'idée que les principes faisant l'objet d'un « consensus international » devaient l'intégrer. Ainsi qu'on l'a dit, le conflit de logiques substantielles à l'œuvre risque de permettre la désactivation de normes impératives car le juge du contrôle de la sentence n'a pour charge de défendre que son seul ordre public international, pour le juge français, l'ordre public international français. Ce que réalise l'arrêt *MK Group*, c'est un élargissement des contours de l'ordre public international français en admettant que les principes faisant l'objet d'un consensus international, se matérialisant essentiellement par l'adoption de conventions internationales largement ratifiées ou de normes onusiennes⁷⁴, viennent intégrer l'ordre public international français. L'ordre public international français se trouve comme « internationalisé »⁷⁵ ou « transnationalisé »⁷⁶. Le juge français puise aux « sources authentiquement internationales de l'ordre public »⁷⁷ pour en augmenter le contenu français. Or, selon certains, c'est ce même ordre public authentiquement international dont devrait tenir compte l'arbitre comme juge global⁷⁸. Autrement dit, l'arbitre et le juge français défendraient, pour partie à tout le moins, le même ordre public international, composé des mêmes principes, cet ordre public réellement

international dont le juge français se fait le révélateur. En prenant soin de justifier par un appel à l'international l'inclusion du principe de souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles dans l'ordre public international, le juge français semble inviter l'arbitre à en faire de même s'il veut véritablement se faire juge global, défenseur des principes ayant « valeur universelle » à l'échelle du Globe. Cet appel à l'international vient comme légitimer l'inclusion de ces principes dans l'ordre public international, et sa possible défense par l'arbitre.

Mais, si cet arrêt nous fait aussi croire à une résorption partielle du conflit de logiques substantielles décrit, c'est surtout car l'inclusion de ce principe dans l'ordre public international a permis la prise en compte de lois de police laotiennes, violées en l'espèce, qui visaient à régir l'utilisation des ressources naturelles locales. Comme l'écrit Sylvain Bollée, « le droit international au sens propre [a constitué] le vecteur de l'introduction dans l'ordre public défendu par le juge de l'annulation des lois de police laotiennes »⁷⁹. Concrètement, c'est donc la violation de lois de police étrangères qui est sanctionnée par le juge français. C'est dire que l'ordre public international français est composé pour partie d'un ordre public réellement international, dans lequel se loge notamment le principe de souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles, qui se trouve comme concrétisé par les lois de police locales qui précisent la mise en œuvre locale de ce principe. Le principe abstrait de souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles se trouve précisé, concrétisé par des normes locales dont le juge français se fait le gardien. Du point de vue du conflit de logiques substantielles, le choix du siège, ou du lieu d'exécution, pas plus que de la *lex contractus* ne permettent désormais — en tout cas en France — de désactiver les lois de police régissant les ressources naturelles : ces lois de police, quelle que soit leur origine, seront prises en considération par le juge français si une sentence arbitrale ne les a pas respectées. Si d'autres pays du monde se ralliaient à une telle analyse, cela signifierait que toutes les lois de police locales, concrétisant le principe de souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles, seraient toujours appliquées par le juge du contrôle, même s'il n'est pas le juge de l'État qui les a édictées. Le conflit de logiques substantielles se trouverait ainsi très largement résorbé, sans que l'arbitrage ne puisse plus — en tout cas bien moins — être vu comme un risque pour la bonne application de ces règles.

22. Parce que droit des ressources naturelles et droit de l'arbitrage présentent, à bien des égards, des caractéristiques profondément différentes, nous avons identifié deux types de conflits de logiques potentiels. Il est difficile d'affirmer que ces conflits de logiques ont été aujourd'hui tout à fait dépassés par adaptation du droit de l'arbitrage. Mais ce qu'ils ont montré, c'est que le « conflit de logiques » est, avant tout, un concept heuristiquement fécond pour qui veut comprendre l'évolution du droit, ici du droit de l'arbitrage international.

⁷⁹ S. Bollée, note sous CA Paris, 16 janv. 2018, préc., n° 13.

Joseph Reeves

Maitre de conférences en droit public, Muséum national d'Histoire naturelle, UMR 208, Patrimoines Locaux, Environnement et globalisation (PALOC)

Cet article soutient que le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ne présente pas seulement une lacune environnementale : son architecture normative contribue activement à l'accélération de l'entropie écologique. L'analyse des règles relatives à la prévisibilité tarifaire, au principe de non-discrimination et à la doctrine des « produits similaires » montre que le système commercial traite les ressources naturelles — y compris les communs planétaires tels que les puits de carbone — comme de simples marchandises. En refusant de distinguer les produits selon leurs processus et méthodes de production, le droit de l'OMC neutralise juridiquement la valeur écologique des écosystèmes et limite la capacité des États à orienter le commerce vers des objectifs de conservation. L'étude du contentieux récent révèle ainsi une souveraineté étatique disciplinée par les exigences de la concurrence internationale.

Mots-clefs

Communs planétaires

Droit de l'OMC

Discrimination

Processus et méthodes de production

Unilatéralisme vert

This article argues that the law of the World Trade Organization (WTO) does not merely suffer from an environmental gap: its normative architecture actively contributes to the acceleration of ecological entropy. An analysis of the rules governing tariff predictability, the principle of non-discrimination, and the doctrine of “like products” shows that the trading system treats natural resources — including global commons such as carbon sinks — as simple commodities. By refusing to distinguish products according to their processes and production methods, WTO law legally neutralizes the ecological value of ecosystems and limits the ability of States to orient trade toward conservation objectives. The study of recent dispute settlement thus reveals a form of State sovereignty disciplined by the imperatives of international competition.

1. Conçu pour servir un ordre économique global plaçant la libéralisation des échanges au-dessus de tout, le cadre juridique de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) part du postulat que les ressources naturelles sont des marchandises à exploiter et à échanger, et non les parties de systèmes à préserver. Les principes transversaux du droit de l'OMC consolident, pour la pérenniser, cette logique : les clauses de la nation la plus favorisée, de traitement national et d'accès aux marchés ont été conçues pour maximiser les flux commerciaux,

en partant du postulat implicite que les ressources sont destinées à être exploitées. L'OMC repose ainsi sur des incitations structurelles à la surexploitation des ressources naturelles, institutionnalisant un cycle d'extraction qui déstabilise les écosystèmes. Des accords tels que l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) et l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC), adoptés avec la création de l'OMC en 1994, se concentrent sur la facilitation de l'accès au marché plutôt que sur les impacts environnementaux de l'extraction des ressources. De même, les engagements commerciaux à court terme de l'OMC incitent les nations à céder leur capital naturel pour des gains économiques immédiats, sapant ainsi la stabilité écologique à long terme. Cette cécité écologique rend l'OMC incapable de répondre aux conséquences planétaires aggravées par l'application de son droit. En particulier, la manière avec laquelle elle traite les puits de carbone représente tant l'apothéose normative de l'idéologie néolibérale que les excès de l'utilitarisme qui sous-tend l'exploitation des ressources naturelles.

2. Les puits de carbone sont des systèmes écologiques (forêts, tourbières, prairies, sols et surtout océans) capables d'absorber et de stocker le dioxyde de carbone (CO₂) de l'atmosphère. Ils jouent ainsi un rôle essentiel dans la régulation du climat et la réduction des gaz à effet de serre. Or, dès lors qu'ils sont exclusivement considérés comme des marchandises, les règles de l'OMC accélèrent leur destruction. Ces puits ne sont pourtant pas de simples ressources : ils constituent l'infrastructure biologique de l'économie mondiale, stabilisant les systèmes climatiques dont dépendent les sociétés et, *in fine*, le commerce lui-même. Ces puits de carbone défient le cadre juridique de l'OMC parce qu'ils présentent une dualité fonctionnelle irréductible. D'une part, ils offrent une valeur économique par des usages extractifs tels que le bois, l'expansion agricole et la pêche. D'autre part, ils stabilisent le cycle global du carbone, soutiennent la biodiversité et maintiennent des écosystèmes vitaux pour la survie humaine. Malgré cette dualité, l'OMC ne reconnaît que leur valeur marchande, ignorant leur rôle en tant qu'infrastructures planétaires.
3. Pire encore, alors que les fonctions des puits de carbone transcendent les frontières, l'OMC traite leur gestion comme une question de juridiction domestique. La déforestation en Amazonie déstabilise les systèmes climatiques mondiaux, tandis que la destruction des tourbières en Asie du Sud-Est accélère le réchauffement climatique. Ces problématiques ne relèvent pas de la souveraineté d'un seul État : elles sont globales. Dans ces conditions, en traitant de la gouvernance des ressources comme une question relevant du droit interne, l'OMC soustrait les États à leur responsabilité pour dommages écologiques transfrontaliers. Les nations riches en ressources sont incitées à exploiter leur capital naturel pour rester compétitives, tandis que les nations consommatrices bénéficient de l'externalisation des coûts environnementaux. Cette dynamique n'est pas un défaut d'application du droit de l'OMC mais le résultat de sa logique intrinsèque.

4. Ainsi, le droit de l'OMC institue une rationalité économique et juridique dont l'effet pervers se révèle dans sa qualification des infrastructures planétaires en simples intrants nationaux. Par l'effet combiné, d'un côté, des principes d'accès au marché, qui neutralisent toute valeur écologique aux ressources exploitées, et, de l'autre, de la fiction d'une souveraineté exclusive des Etats sur celles-ci, l'OMC convertit les communs écologiques en objets de propriété sur lesquels est exercé le droit d'émettre ou de détruire. La libéralisation du commerce fonctionne ainsi comme un bouclier dogmatique légitimant l'inaction systémique face aux dommages transfrontaliers ; tandis que le droit international du commerce devient dès lors, par sa structure même, le vecteur juridique de l'entropie environnementale.

I. L'incitation juridique a la marchandisation des écosystèmes

A. La neutralisation de la valeur écologique par la légitimation de l'extractivisme

5. La rationalité de l'OMC opère par des mécanismes qui stimulent juridiquement la conversion des écosystèmes en marchandises. En ce sens, les principes fondamentaux de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (dit « GATT » pour reprendre l'acronyme anglais) et de l'Accord sur l'agriculture imposent une indifférence normative à l'origine et à l'impact écologique des produits. Les mécanismes de prévisibilité tarifaire et de légitimation des subventions agricoles, présentés comme des outils techniques neutres, fonctionnent en réalité comme les deux piliers d'une stimulation juridique active à la marchandisation des écosystèmes. Rappelons, s'il le fallait, que l'*éthos* de l'OMC découle d'une forme de gouvernance environnementale néolibérale¹. Sam Adelman décrit en ce sens un pouvoir qui ne cherche pas à protéger l'environnement *du* marché, mais à le gouverner *par* le marché². Autrement dit, au contraire d'une absence de règles, un interventionnisme légal maximal est nécessaire pour construire et maintenir un espace où la nature est gérée selon la seule logique de la valeur marchande. Au cœur de cet interventionnisme, les principes fondamentaux du droit de l'OMC, en particulier les articles I (clause de la nation la plus favorisée (CNPF)) et II (concessions tarifaires) du GATT, opèrent comme une machine d'abstraction visant à générer une marchandise pure, fongible et décontextualisée³.

6. La prévisibilité tarifaire en est l'un des rouages essentiels. La consolidation des listes tarifaires sous l'article II du GATT encourage les nations exportatrices de ressources, telles que le Brésil, à prioriser des produits comme le soja et le bœuf, moteurs clés de la déforestation amazonienne. En effet, l'article II:1(a) garantit des tarifs réduits, faisant de l'accès prévisible au marché une priorité normative. En garantissant la stabilité des droits de douane, la prévisibilité tarifaire ne fait pas que sécuriser les investissements à long terme dans l'exploitation des ressources, car elle rend cette abstraction éco-

1 M. Foucault, *La Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Le Seuil, 2004, p. 60.

2 S. Adelman, « Tropical forests, climate change and neoliberal environmental governmentality », in C. Tan, J. Faundez, (dir.), *Natural Resources and Sustainable Development: International Economic Law Perspectives*, Edward Elgar, p. 191.

3 F. Smith, « Natural resources and global value chains: What role for the WTO? », *IJLC*, vol. 11, no 2, p. 246.

nomiquement performante. Cette prévisibilité amplifie en outre la demande mondiale pour les exportations brésiliennes, établissant un lien direct entre la libéralisation des échanges et la conversion des terres en Amazonie. La forêt amazonienne, un puits de carbone qualifié de poumons de la Terre, stockant entre 100 et 120 milliards de tonnes de carbone, joue un rôle vital dans la stabilisation du climat. Pourtant, la déforestation, exacerbée par la libéralisation des échanges, transforme progressivement l'Amazonie d'un puits de carbone en une source majeure d'émissions. En 2020 seulement, la déforestation a libéré 1,1 milliard de tonnes de CO₂, équivalant aux émissions annuelles du Japon⁴. Ce phénomène résulte en grande partie de l'expansion agricole facilitée par la libéralisation commerciale. Entre 2001 et 2020, le Brésil a perdu 55 millions d'hectares de couverture forestière, dont 65 % des terres déboisées ont été converties en pâturages pour le bétail, et des portions significatives utilisées pour la culture du soja. Cette perte de 55 millions d'hectares de forêt coïncide avec une explosion des exportations de soja et de bœuf.

7. Sous son apparence de neutralité, la CNPF encourage cette dynamique extractiviste en exigeant un traitement égal pour tous les partenaires commerciaux. En effet, la prévisibilité tarifaire pourrait être contournée si les États pouvaient distinguer les produits selon leur impact écologique ou leur origine. L'appréhension formaliste de la discrimination neutralise cette possibilité en deux temps. Premièrement, la CNPF exacerbe la concurrence entre les nations exportatrices de ressources. En uniformisant les conditions d'accès au marché, elle pousse des pays riches en ressources à intensifier l'exploitation de leur capital naturel pour simplement préserver leurs parts de marché face à des concurrents soumis aux mêmes règles. Secondement, et de manière plus contraignante encore, elle leur interdit d'adopter des politiques commerciales différenciées fondées sur des critères écologiques.

8. La jurisprudence de l'OMC a constamment renforcé cette architecture normative. Le principe de la CNPF a été érigé en dogme, interdisant toute application de mesures environnementales qui opérerait une distinction entre partenaires commerciaux, imposant une indifférence à l'hétérogénéité des impacts écologiques⁵. Sur cette base, l'Organe d'appel (OA) du système de règlement des différends de l'OMC a sanctuarisé le caractère contraignant des engagements tarifaires et l'impératif de prévisibilité de l'accès aux marchés⁶. En particulier, dans l'affaire *CE — Matériel informatique*, l'OA a rejeté l'idée que les « attentes légitimes » d'un membre exportateur pouvaient déterminer la portée d'une concession tarifaire. Il a au contraire qualifié les négociations tarifaires de processus de « concessions réciproques » et de « donnant-donnant ». En conséquence, les listes de concessions, bien qu'émanant de chaque membre, représentent un « accord commun entre tous les Membres ». Il a ainsi consolidé la fonction première du droit commercial : sécuriser les flux de marchandises en neutralisant la capacité des États membres à ajuster

4 SEEG, *Survey on the analysis of emissions in Brazil and its implications on Brazil's climate objectives. 1970–2021*, 2023.

5 OMC, 9 septembre 1997, *CE — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Bananes III)*, WT/DS27/AB/R, para. 190; OMC, 20 novembre 2015, *États-Unis — Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon (Thon II) (Mexique) (article 21.5 — Mexique)*, WT/DS381/AB/RW, para. 7.283; OMC, 5 mars 2024, *UE — Certaines mesures visant l'huile de palme et les biocarburants dérivés du palmier à huile*, WT/DS600/R, para. 7.1245.

6 *CE — Bananes III*, op. cit., para; OMC, 15 mars 2005, *CE — Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés*, WT/DS269/R, paras. 7.425–7.427.

leurs politiques en fonction de considérations non marchandes⁷. En combinant la prévisibilité garantie par l'article II et l'uniformité imposée par l'article I, le droit de l'OMC institutionnalise des pressions systémiques. Pour rester compétitives, les industries du Sud doivent sacrifier ce qui ne présente pas de coût immédiat : forêts, sols et rivières. Leur capital naturel devient ainsi la principale variable d'ajustement économique, dont le coût de l'exploitation est diffus et payé sur le temps long, bien après l'occurrence d'une transaction marchande. La déforestation de l'Amazonie, pour garder cet exemple, n'est donc pas une conséquence involontaire de ces normes mais le résultat direct de leur application. Prise en étau entre une prévisibilité tarifaire qui rentabilise la déforestation et une obligation de non-discrimination qui empêche la valorisation de la conservation, cette abstraction fondamentale qui rend invisible le contexte écologique et les fonctions systémiques d'un puits de carbone défend activement le système OMC contre toute tentative d'y réintroduire la matérialité écologique.

B. L'antinomie entre la reconnaissance du lien écologique et l'interdit discriminatoire

9. L'instrument qui sanctuarise l'indifférence normative à l'égard de l'origine et de l'impact des produits est la doctrine jurisprudentielle des « produits similaires ». Cette doctrine, dégagée par la jurisprudence sur la base de l'article III du GATT⁸, interdit de créer, au regard de leurs processus et méthodes de productions (PMP), une discrimination entre des produits qui sont commercialement interchangeables du point de vue du consommateur. Sur le papier, il s'agit d'empêcher un protectionnisme déguisé derrière une différenciation arbitraire et artificielle pour favoriser sa production nationale. Dans sa mise en œuvre par le juge de l'OMC, c'est un outil rigide solidement attaché à l'objectif de maximisation du libre-échange.
10. L'affaire *UE — Huile de palme* est à ce titre emblématique⁹. L'UE a adopté une réglementation modulant le soutien aux biocarburants en fonction du risque de « changement indirect dans l'affectation des sols » qu'ils induisent. Cette tentative d'introduire la matérialité écologique du produit avait pour objectif de défavoriser les filières associées à une forte probabilité de déforestation, au profit de celles présentant un bilan carbone plus vertueux sur l'ensemble de leur cycle de vie. La distinction ne portait donc pas sur le produit final mais sur son mode de production. Le Groupe spécial (chargé de traiter l'affaire en première instance) a adopté une approche purement fonctionnaliste¹⁰. Il a comparé les produits finis (les biocarburants) en se basant sur leurs propriétés physiques, leur composition chimique et leur usage final. Sur cette base, il a jugé les biocarburants « similaires ». En conséquence, toute tentative de les traiter différemment (par des taxes ou des quotas) a été jugée comme une discrimination illégale¹¹. Ce faisant, le raisonnement de l'OMC rend la réalité de la déforestation juridiquement invisible. Le coût écologique, pourtant

7 OMC, 5 juin 1998, *CE — Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, paras. 109–110.

8 GATT, 17 juin 1987, *États-Unis — Taxes sur le pétrole*, L/6175 - 34S/154; GATT, 16 juin 1994, *États-Unis — Restrictions à l'importation de thon*, DS29/R; OMC, 4 octobre 1996, *Japon — Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R; OMC, 18 janvier 1999, *Corée — Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS75/AB/R.

9 *UE — Huile de palme*, *op. cit.*

10 S. Grosbon, « L'affaire de l'Huile de palme devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC : condensé et dilution de grandes controverses contemporaines », *JDI(Clunet)*, no 4, doct. 10, § 37.

11 *UE — Huile de palme*, *op. cit.*, 7.456.

majeur, est effacé de l'équation au profit d'une analyse des seules caractéristiques matérielles du produit. Cette vision de la similarité apparaît ainsi comme un obstacle épistémologique. La distinction produit/PMP, bien que matériellement déterminante, n'a pourtant, comme l'a démontré Robert Howse, aucune base solide dans les textes fondateurs du GATT¹². Elle est un choix politique visant à protéger l'abstraction marchande. L'approche du juge, qualifiée de « dilution » par Sophie Grosbon, consiste à se réfugier dans une hypertechnicité pour ne pas avoir à trancher une contradiction que le système est incapable de résoudre¹³.

11. Cette rationalité qui gouverne les échanges trouverait une limite si elle ne disposait pas d'un instrument pour façonner la production en amont. L'Accord sur l'agriculture de l'OMC fournit cet instrument grâce à la « Boîte Verte ». Il s'agit d'une catégorie de subventions agricoles autorisées, car considérées *par nature* comme ne faussant pas (ou très peu) les échanges commerciaux, qui ne sont donc pas, à ce titre, soumises à des limites de réduction. Ces subventions visent à soutenir les agriculteurs financièrement sans les inciter directement à plus produire un produit spécifique. On les dit donc « découplées » de la production. Or, ce critère du découplage est une fiction juridique construite sur la même cécité volontaire que celle appliquée aux « produits similaires ». Le système refuse d'évaluer les effets écologiques et structurels de ces subventions pour ne juger que leur conformité formelle à une définition abstraite du découplage et ses effets sur le système commercial. Cette ingénierie de l'abstraction permet ainsi de légitimer des aides qui, en réalité, financent directement le cadre opérationnel de l'extractivisme. Les subventions aux infrastructures (routes, ports, irrigation) ou au développement rural, classées « vertes », fonctionnent comme des investissements publics massifs qui rendent possible et économiquement rationnelle une agriculture intensive à grande échelle, moteur de la déforestation. La Boîte Verte devient ainsi l'outil par lequel l'État, peut financer l'extractivisme sous couvert de neutralité technique, sans contrevenir aux dogmes du système. Appliqué uniformément *via* le principe de non-discrimination, ce régime ne peut qu'instituer une asymétrie structurelle. Il permet aux pays développés de subventionner massivement l'infrastructure de leur agro-industrie tout en contraignant les pays du Sud, soumis à la compétition par les coûts, à faire de leur capital naturel la seule variable d'ajustement.
12. L'externalisation des coûts écologiques quitte alors le champ de la contingence économique pour devenir une prérogative sanctuarisée par le droit. En effet, en traduisant toute tentative d'imposer une responsabilité écologique en discrimination, l'OMC se fait le masque et l'instrument d'une inégalité historique et matérielle qu'elle pérennise. Cette asymétrie met en lumière un antagonisme analysé par Gabrielle Marceau et Maria George¹⁴. D'une part, le droit international de l'environnement, notamment à travers le principe des responsabilités communes, mais différenciées, est fondé sur une équité matérielle.

12 R. Howse, « The World Trade Organization and the Protection of Workers' Rights », *LCLR*, vol. 3, no 1, p. 136.

13 S. Grosbon, « L'affaire de l'Huile de palme devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC », *op. cit.*, § 90.

14 G. Marceau, M. George, « Trade, climate and differentiation: an analysis of the interaction between the 'Principle of Common But Differentiated Responsibilities' and the WTO agreement », *JIDS*, vol. 16 no 3, p. 3.

Il acte un déséquilibre structurant : si la crise écologique est un fardeau commun, la responsabilité historique de son avènement et les capacités à y remédier sont, elles, profondément inégales. Ce principe légitime donc un traitement différencié des États. D'autre part, l'ordre juridique de l'OMC repose sur le dogme de l'égalité formelle¹⁵, incarné par une souveraineté poussiéreuse. Cette rationalité opère une abstraction radicale : elle ne connaît que des produits et des États membres interchangeables, purgés de toute profondeur historique ou de tout contexte matériel. Dès lors, en refusant de reconnaître une différenciation basée sur la responsabilité historique, le droit de l'OMC ne fait pas qu'ignorer un principe concurrent, il pousse le vice jusqu'à juridiquement l'invalider. Passée au tamis de la normativité de l'OMC, une revendication d'équité du tiers monde devient ainsi une illégalité. Ainsi, la pleine performance du système ne réside pas seulement dans sa capacité à abstraire la nature, mais se révèle dans sa capacité, plus fondamentale encore, à discipliner le souverain pour qu'il devienne le gestionnaire zélé de cette abstraction, qui semble pourtant contraindre ses choix fondamentaux.

II. La mise en échec du droit de l'OMC par la matérialité des communs écologiques

A. La réduction de la souveraineté à une compétence marchande

13. Faute de pouvoir nier la souveraineté comme ont pu le rêver les plus fervents défenseurs du libre-échange, les tenants du libéralisme contemporain se satisfont de la discipliner¹⁶. En ce sens, le droit de l'OMC énonce le respect de la souveraineté tout en la produisant activement sous une forme spécifique : la souveraineté-marché¹⁷. Dans cette conception, l'autorité de l'État n'est légitime que si elle contribue à la fluidité et à la prévisibilité du marché mondial. L'autonomie politique, soit la capacité d'une nation à définir ses propres fins, est ainsi subordonnée à une compétence marchande, celle de gérer efficacement ses ressources en tant qu'intrants pour les chaînes de valeur globales¹⁸. Réduite à sa fonction effective dans ce cadre, la souveraineté, dans le cadre de l'OMC, n'est donc pas le droit de protéger le commun, mais l'obligation de le mettre en circulation.

14. Cette subordination de la souveraineté à la compétence marchande est mise à l'épreuve dès que les États prétendent user de leur autonomie à des fins politiques, situation incarnée par l'affaire *Canada — Programme de tarifs de rachat garantis*. En 2009, l'Ontario avait mis en place un programme pour encourager la production d'énergie renouvelable, en exigeant que les équipements (éoliennes, panneaux solaires) contiennent un certain pourcentage de contenu local. Cette mesure relevait d'un choix politique clair : utiliser la commande publique pour atteindre un objectif environnemental (la décarbonation) tout en développant une filière industrielle nationale. Le droit de l'OMC, à travers l'exception de l'article III:8(a) du GATT, autorise en

15 J. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, CUP, 2006, p. 57.

16 F. Hayek, *La constitution de la liberté*, Coppet, 2019, p. 359.

17 *Ibid.*, pp. 210-211.

18 OMC, 5 juillet 2011, *Chine — Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/R, para. 7.376; voir aussi Gonzalez Arreaza A., *The WTO, Natural Resources, Trade, and Sustainable Development: Commentaries on Recent Trends in International Economic Law*, 2016, <https://ssrn.com/abstract=2859377>

principe les gouvernements à favoriser les fournisseurs nationaux pour les produits qu'ils achètent « pour les besoins des pouvoirs publics ». Bien que l'Organe de règlement des différends (ORD) ait reconnu cette latitude à l'État pour définir ses besoins, il y a cependant apporté une limite radicale : l'exception vaut seulement si l'achat est destiné à une consommation directe de l'État, sans finalité commerciale¹⁹. Or, l'électricité produite était revendue sur le réseau. Cet acte de revente suffisait à faire basculer l'ensemble du dispositif sous les règles ordinaires de non-discrimination. Dès lors, si l'autonomie de l'État est reconnue pour son acte de consommation, elle est invalidée dès qu'elle prétend orienter la production industrielle. L'État peut être un consommateur « vert », mais il ne peut pas être un architecte de filières industrielles vertes si cela contrevient à la logique de la concurrence mondiale. La portée de cette rationalité s'étend donc jusqu'aux prérogatives régaliennes dans la conservation des ressources naturelles.

15. De la même façon, l'ORD estime que la conservation des ressources n'est légitime qu'à la condition de ne pas altérer la compétition internationale. Il ressort de l'affaire *Chine — Terres rares* que le droit souverain de protéger un écosystème est subordonné à l'impératif supérieur de la fluidité des flux commerciaux. À l'origine de la dispute, la Chine, soutenait que son droit souverain sur ses ressources naturelles justifiait l'adoption de mesures de restrictions à l'exportation de ressources naturelles épuisables, dès lors que ces mesures visaient à conserver ces ressources en équilibrant leur disponibilité entre les consommateurs nationaux et étrangers. En l'espèce, la Chine a invoqué le concept évolutif de « conservation », affirmant que la gestion des taux d'extraction des terres rares relevait de l'objectif de conservation décrit dans l'article XX(g) du GATT (l'article XX offrant certaines exceptions aux obligations déterminées par l'Accord, son (g) ayant trait à la conservation des ressources naturelles épuisables). Le Groupe spécial a appuyé cette interprétation, affirmant qu'il « convient avec la Chine que son contingent d'exportation peut signaler aux pays du monde ses ressources limitées et sa politique de conservation »²⁰. En définissant la conservation, le Groupe spécial a adopté une interprétation constatant que « ce mot avait un “sens large” qui établissait un équilibre approprié entre la libéralisation des échanges, la souveraineté sur les ressources naturelles et le droit à un développement durable »²¹. L'OA a confirmé cette définition, reconnaissant le droit des États d'appliquer une approche flexible de la conservation pour les ressources épuisables dans le cadre des accords commerciaux²². Néanmoins, le véritable jugement, le seul qui compte pour cette rationalité, tombe sur les effets de la mesure. L'ORD applique en effet un standard de contrôle implacable et aveugle à sa propre validation de la cause environnementale de la mesure. Pour être justifiée, une restriction commerciale doit être appliquée de manière « équitable » (*even-handed*), c'est-à-dire être couplée à des restrictions effectives sur la production ou la consommation intérieure. Or, en restreignant *uniquement* les exportations, la Chine a créé l'effet intolérable pour le système : une distorsion de concurrence en avantageant ses propres industries.

19 OMC, 6 mai 2013, *Canada — Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable/Canada — Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis*, WT/DS412/AB/R; WT/DS436/AB/R, paras. 5.70–5.71.

20 OMC, 26 mars 2014, *Chine — Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, WT/DS432/R, para. 7.604.

21 *Ibid.*, para. 7.277.

22 OMC, 7 août 2014, *Chine — Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, WT/DS432/AB/R, para 5.94.

16. L'État n'est alors plus l'arbitre souverain entre des valeurs concurrentes et souvent contradictoires, telles que l'écologie, le social, l'économique. Il se voit au contraire réduit au rôle d'ingénieur réglementaire chargé de concevoir des solutions techniques capables d'atteindre des objectifs politiques dont la légitimité dépend de l'innocuité sur la structure de la concurrence mondiale. Cette exigence de neutralité marchande vide la souveraineté de sa substance politique : le droit de faire des choix qui, par définition, ont des effets distributifs, créant des avantages pour certains et des contraintes pour d'autres. Cette souveraineté, ainsi conditionnée par ses effets et non par sa finalité, opère une dépolitisation radicale de l'action étatique²³. Le primat des effets sur l'intention rend ainsi la logique de l'OMC à la fois parfaitement cohérente dans son ordre normatif propre et fondamentalement exclusive de l'autonomie politique. Car ce modèle fonctionne tant que la matérialité du réel se laisse discipliner par ces catégories juridiques²⁴. Or, les communs climatiques ne sont pas simplement une ressource de plus à gérer. Par leur nature systémique et transfrontalière, ils représentent pour cette rationalité une anomalie irréductible, un réel qui résiste à son pouvoir d'abstraction.

B. L'entérinement de l'entropie climatique par l'exception environnementale

17. La rationalité de l'OMC, fondée sur la qualification d'objets discrets, territorialisés et échangeables, ne peut conceptuellement pas « voir » un commun planétaire. Un puits de carbone, dont la fonction est systémique et non appropriable, est une anomalie pour ce système²⁵. Cette cécité n'est pas une lacune mais une nécessité fonctionnelle. Pour maintenir sa cohérence, le droit opère une réduction forcée : l'infrastructure planétaire est ramenée à ses composantes (arbres, terres), qualifiées d'intrants nationaux soumis à la souveraineté marchande. En rendant ainsi les fonctions régulatrices du commun juridiquement invisibles, il parachève la logique de la marchandise : la fonction de régulation elle-même est transformée en actif financier *via* les marchés carbone. Cette cécité intrinsèque explique la fonction performative négative qu'acquiert l'exception de l'article XX du GATT. Loin d'être une soupape de sécurité, cette clause devient l'instrument qui gère cette contradiction insoluble. Elle nomme et reconnaît formellement la finalité environnementale, mais uniquement sous le statut d'exception à une règle qui demeure indétronable. Ce faisant, elle confirme et renforce la hiérarchie qu'elle prétend amender. C'est *in fine* toujours l'État qui prétend agir en faveur d'un objectif environnemental qui se trouve en position de justifier les mesures qu'il adopte.

23 U. Baxi, « Sovereign Rights, State Obligations and Natural Resources », in S. Alam, J. Hossain Bhuiyan, J. Razzaque, *International Natural Resources Law, Investment and Sustainability*, Routledge, 2019, p. 60.

24 V. Vij, « Changing Realities: Evolution and Extraterritoriality Within Article XX(G) of GATT for Global Environmental Concerns », *TLD*, vol. 14, no 2, p. 236.

25 L. Bartels, « Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction. The Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights », *JWT*, vol. 36, no 2, p. 374.

18. L'affaire emblématique *États-Unis — Crevettes* doit se lire comme le moment fondateur où l'OA a forgé son principal instrument de dépolitisation de la souveraineté. Le véritable enjeu n'est pas la reconnaissance de la légitimité de la finalité — la protection des tortues — validée provisoirement au titre de l'article XX(g). Cette validation n'est qu'un prétexte destiné à attirer la mesure sur le terrain du

Chapeau de l'article XX, celui du contrôle de ses effets discriminatoires. En se concentrant sur la « manière » dont la mesure est appliquée, l'OA fait bien plus que sanctionner une simple « discrimination arbitraire ou injustifiable » : il définit *a contrario* les caractéristiques de l'État-ingénieur, seul souverain légitime de l'ordre marchand. La mesure américaine est invalidée non pas parce qu'elle est unilatérale au sens politique, mais parce qu'elle est *techniquement* défailante aux yeux de la rationalité marchande. En effet, elle impose un dispositif d'exclusion des tortues et contraint les autres États à adopter « essentiellement le même programme de réglementation »²⁶, sans tenir compte des « conditions différentes » ou de l'efficacité d'autres politiques de conservation. De plus, derrière le reproche de l'absence de négociation multilatérale²⁷, l'OA a substitué la souveraineté politique (le droit de choisir une fin *et* ses moyens) par une compétence technique (le devoir de concevoir un algorithme flexible, transparent et non discriminatoire dans ses effets). Le droit de protéger le commun est reconnu, mais son exercice conditionné à des exigences procédurales et diplomatiques si lourdes qu'elles l'invalident.

19. L'analyse plus générale de la jurisprudence confirme que l'organe de règlement des différends a atteint les limites de sa capacité à « accommoder » ces valeurs contradictoires²⁸. Chaque décision, même en apparence favorable à l'environnement, ne remet jamais en cause les principes fondamentaux du système²⁹. Les « défauts congénitaux » de l'Accord sur les subventions à la pêche adopté à l'OMC en juin 2022 en sont la preuve la plus récente : même lorsqu'il s'attaque à un commun, le droit de l'OMC le fait à travers le prisme de la distorsion de concurrence, et non de la préservation écologique³⁰. Contrairement à la règle de l'engagement unique, l'accord sur les subventions à la pêche ne lie que les États qui le ratifient³¹, plaçant une part majeure du problème hors de sa portée dès lors que des Membres responsables à eux seuls d'un quart des captures mondiales de poissons ne l'ont pas ratifié³². Le système se neutralise lui-même car la rationalité de l'OMC interdit toute tentative de sanctionner ces *free riders* pour les contraindre à y participer, une telle action étant immédiatement qualifiée de discrimination illégale.
20. Cette contradiction interne est si profonde qu'elle se manifeste même dans les outils empiriques mobilisés dans l'économétrie du commerce international pour en mesurer les effets. La distinction opérée par les économistes entre les « effets de technique » et les « effets d'échelle » offre ici une grille de lecture qui dépasse l'abstraction juridique. La Courbe de Kuznets Environnementale postule que la croissance dégrade d'abord l'environnement avant de l'assainir, sous l'effet d'une tension entre deux forces. D'un côté, l'effet d'échelle agit comme un multiplicateur de pollution : la libéralisation accroît mécaniquement le volume de la production et du transport. De l'autre, l'effet technique agit comme un correcteur : l'enrichissement permet l'adoption de technologies plus propres et une exigence sociétale de régulation. Or, les données confirment que si

26 OMC, 12 octobre 1998, *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, para. 165.

27 *Ibid.*, para. 181.

28 A. Gonzalez Arreaza, *The WTO, Natural Resources, Trade, and Sustainable Development*, *op. cit.*

29 V. Vij, « Changing Realities », *op. cit.*, p. 230.

30 B. Hoekman, P. Mavroidis, S. Sasmal, « Managing Externalities in the WTO: The Agreement on Fisheries Subsidies », *JIEL*, vol. 26, no 2, pp. 266-284.

31 *Accord sur les subventions à la pêche*, décision de la conférence ministérielle de l'OMC, WT/MIN(22)/33 – WT/L/1144, 22 juin 2022, para. 3.

32 Voir P. Ungphakorn, « Compilation of FAO's capture production statistics pertaining to members' share of the global volume of marine capture production », *Trade β Blog*, décembre 2023.

l'effet technique finit par l'emporter pour les polluants strictement territoriaux (tels que le dioxyde de soufre ou les particules fines), la mécanique s'enraye pour les communs³³. Cette configuration s'explique pour les externalités locales : circonscrites à un territoire, elles peuvent être internalisées par l'État *via* des régulations domestiques qui ne contreviennent pas à la fluidité du marché. En revanche, pour le CO₂, les études démontrent que l'effet d'échelle (l'augmentation du volume de production et de transport) submerge systématiquement l'effet technique³⁴. Pire encore, la libéralisation organise structurellement les fuites de carbone (*carbon leakage*), dissociant les lieux de consommation des lieux d'émission³⁵. C'est une nécessité systémique : en interdisant la discrimination sur les modes de production, le droit commercial empêche le ciblage des émissions importées. Il force ainsi les États à ignorer l'empreinte carbone réelle de leur consommation, rendant impossible toute politique climatique cohérente à l'échelle globale. L'analyse quantitative mesure les deux faces de la contradiction interne du système en établissant que la tolérance pour une écologie cosmétique, où l'incitation à l'externalisation des coûts est maximale, aggrave les problèmes liés aux communs planétaires en stimulant activement l'entropie globale³⁶.

33 Sur l'effet technique dominant et la baisse des concentrations de dioxyde de soufre (SO₂) induite par le commerce : W. Antweiler, B. Copeland, M. Taylor, « Is Free Trade Good for the Environment? », *AER*, vol. 91, no 4, pp. 877-908. Sur la courbe en U inversé pour les polluants locaux : G. Grossman, A. Krueger, « Economic Growth and the Environment », *QJE*, vol. 110, no 2, pp. 353-377.

34 Sur l'invalidation de la courbe de Kuznets pour le CO₂ et la prédominance de l'effet d'échelle : B. Copeland, J. Shapiro, M. Taylor, « Globalization and the Environment », *Handbook of International Economics*, vol. 5, pp. 61-146 ; Stern D., « The Rise and Fall of the Environmental Kuznets Curve », *World Development*, vol. 32, no 8, pp. 1419-1439 ; M. Cole, R. Elliott, « Determining the trade-environment composition effect: the role of capital, labor and pollution regulations », *JEAM*, vol. 46, no 1, pp. 1-22.

35 Sur la quantification des transferts d'émissions des pays en développement vers les pays développés : G. Peters, J. Minx, C. Weber, O. Edenhofer, « Growth in emission transfers via international trade from 1990 to 2008 », *PNAS*, vol. 108, no 21, pp. 8903-8908 ; S. Davis, K. Caldeira, « Consumption-based accounting of CO₂ emissions », *PNAS*, vol. 107, no 12, pp. 5687-5692.

36 Sur l'absence de découplage entre richesse et impact matériel global : T. Wiedmann, M. Lenzen, L. Keyßer, J. Steinberger, « Scientists' warning on affluence », *Nature Communications*, vol. 11, no 1, art. 3107. Sur la structure d'échange écologiquement inégal : C. Dorninger, A. Hornborg, D. Abson, « Global patterns of ecologically unequal exchange: Implications for sustainability in the 21st century », *GEC*, vol. 66, art. 102207.

21. Si l'ouverture commerciale peut assainir l'air des capitales occidentales (nettoyage territorial), elle le fait au prix d'une accélération de l'entropie climatique globale (salissure systémique). Dès lors, la consigne d'usage pour le praticien ou le décideur devient claire : l'efficacité d'une mesure de gouvernance des communs ne s'évalue plus à l'aune de sa compatibilité avec le droit de l'OMC mais à sa capacité à opérer en dehors de la rationalité de ce dernier. Reste ouverte, en tant qu'horizon politique, la question cruciale de la légitimité et des effets (notamment en termes de justice distributive) de cet unilatéralisme émergent, afin qu'il ne reproduise pas, sous couvert d'écologie, de nouvelles formes d'hégémonie.

Sandrine Clavel

Professeure à l'université Paris-Saclay, UVSQ, DANTE

L'article analyse, dans une logique en grande partie prospective, les voies contentieuses de droit privé que pourraient emprunter les communautés locales voulant agir contre des entreprises minières, à raison des nuisances et préjudices subis par elles du fait de l'exploitation de projets miniers. Il envisage dans un premier temps la voie du contentieux contractuel, susceptible d'être ouverte soit du fait de la conclusion d'un contrat — de type accord de partage de bénéfices entre une entreprise minière et une communauté locale, soit sur le fondement de relations contractuelles tacites naissant d'une stipulation pour autrui tacite ou déduite d'une *social license to operate*. Il aborde dans un second temps les contentieux délictuels, qui peuvent être fondés sur une violation des droits des communautés locales par l'entreprise minière, mais aussi désormais sur une méconnaissance par celle-ci de son devoir de vigilance.

Mots-clefs

Peuples autochtones

Stipulation pour autrui

Entreprises minières

Accords de partage de bénéfices

Arbitrage

Droits fondamentaux

Activités extractives

Contentieux étatique

Devoir de vigilance

Communautés locales

Social license to operate

Contentieux délictuel

The article analyses, from a largely forward-looking perspective, the private law litigation avenues that local communities could pursue against mining companies for the nuisance and damage they suffer as a result of mining projects. It first considers contractual litigation, which may be initiated either as a result of the conclusion of a contract—such as a benefit sharing agreement—between a mining company and a local community, or on the basis of tacit contractual relations arising from the doctrine of third party beneficiary or inferred from a social license to operate. Secondly, it addresses tort litigation, which may be based on a violation of the rights of local communities by the mining company, but also, from now on, on the company's failure to fulfill its duty of care.

1. La réalisation des projets économiques d'exploitation des ressources naturelles, que ce soit dans leurs phases exploratoires, préparatoires, d'exploitation active, ou encore postérieures au terme du projet, ne sont pas sans effets sur les communautés locales, que l'on pourrait définir de façon très générale comme celles qui, parce qu'elles vivent sur un territoire se situant à proximité géographique de lieu où l'activité extractive est menée, se trouvent directement affectées par cette activité.

1 La notion est utilisée tantôt par des textes portant spécifiquement sur les droits des peuples autochtones (convention OIT n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989 ; Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 2007), tantôt par des textes visant à la fois des peuples autochtones et les communautés locales (v. les réf. *infra* note 4). Une récente prise de position de l'Assemblée des Nations Premières appelle à une claire distinction entre les notions de « peuples autochtones » et de « communautés locales » : [AFN Position Paper on the Terminology "Indigenous Peoples and local communities"](#), juin 2024.

2 En France : la notion de « communautés d'habitants » est inscrite dans le Code de l'environnement (art. L. 412-4 (4°) et dans le Code général de la propriété des personnes publiques (Article L. 5143-1). Sur cette notion, v. P.-A. Collot, « Communautés d'habitants et communautés locales dans le dispositif d'accès et partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées », *Civitas Europa*, 2019, 43(2), pp. 113 s.

3 Le terme est employé par exemple dans la Norme de performance 1 des *Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale* de la Société Financière internationale (SFI).

4 La notion apparaît par exemple, à côté de celle de « peuples autochtones », dans la Convention de l'ONU sur la biodiversité biologique (1992), dans le Protocole de Nagoya (2012), dans l'Accord des Nations Unies sur la haute mer (2023), ou encore dans le Traité de la FAO sur les ressources phytogénétiques (2004). On la retrouve aujourd'hui aussi dans certains textes européens, par ex. le règlement « Matières critiques » (sur lequel v. *infra* n°18).

5 CA Paris, 18 juin 2024, [RG n° 23/14348](#).

6 L'important impact négatif des activités extractives sur la vie des communautés locales implantées dans les secteurs d'extraction est abondamment documenté. V. not. : J. Ruggie, *Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Commission des droits de l'Homme, ONU, E/CN.4/2006/97, 22 février 2006, n°25, p. 8 ; v. aussi : M. Pappila, S. Nysten-Haarala, E. Britcyna, « Participation in Benefit-Sharing Arrangements in the Komi Republic », *Russian Analytical Digest* No. 202, 28 Avril 2017, p. 6 s.

2. **Notion de communautés locales.** Pour l'heure, la notion de *communautés locales* ne fait pas l'objet d'une véritable définition juridique, alors même qu'elle commence à apparaître dans certains textes de droit dur. Le vocabulaire juridique ne semble d'ailleurs pas totalement fixé, puisque selon les contextes il peut être fait référence aux peuples autochtones¹, aux communautés d'habitants², aux communautés affectées³ ou encore aux communautés locales⁴. C'est ce dernier concept que nous retiendrons, en ce qu'il nous paraît le plus large et englobant, et ce en dépit des nombreuses questions qu'il soulève encore : d'une part, une « communauté » doit-elle s'entendre d'une *entité délimitée juridiquement* sur des bases administratives (comme une collectivité locale) ou en raison d'une identité commune (comme un peuple autochtone), ou peut-elle prendre la forme d'une simple *agrégation d'individus unis par des intérêts partiellement communs*, que ce collectif soit formalisé (association de défense des riverains) ou non ? Sur ce point, la conception la plus large nous paraît devoir être retenue. D'autre part, à partir de quand une communauté peut-elle être qualifiée de « locale » ? Les communautés locales sont souvent définies comme celles dont la vie quotidienne est affectée par l'activité d'exploitation considérée, en raison d'une certaine proximité géographique avec le lieu de cette exploitation. Ce critère géographique s'avère cependant difficile à conceptualiser, et ce d'autant plus que dans le cas d'activités polluantes ou ayant une incidence climatique, le cercle des personnes affectées peut être conçu très largement, puisque les victimes de ces effets peuvent vivre très loin du lieu où les activités sont menées. La décision de la Cour d'appel de Paris⁵ dans l'affaire TotalEnergies (climat), en déclarant irrecevables à agir contre Total des communautés locales telle que l'Etat de New-York, au motif que n'était pas suffisamment démontrée l'existence d'une atteinte ou d'un retentissement particulier du réchauffement climatique sur leur territoire, incite à réfléchir à un critère non géographique, tiré du constat de la violation directe d'un droit. La notion de communauté locale tendrait alors à rejoindre celle de *communauté affectée*. Les deux critères, géographique et substantiel, pourraient tantôt se combiner, tantôt se substituer l'un à l'autre. Si la définition du concept de communauté locale importe, au moment d'envisager la juridictionnalisation des relations entre communautés locales et entreprises minières, c'est que, nous y reviendrons, des conséquences concrètes non négligeables devraient y être attachées dans l'appréhension des questions processuelles.

3. **Effets des activités extractives sur les communautés locales.** Les effets que les activités conduites par les entreprises minières génèrent pour les communautés locales sont souvent négatifs⁶ : nuisances, atteintes environnementales, atteintes à la vie culturelle, sociale ou religieuse. Ils peuvent également être positifs : développement économique, accès à l'emploi, soutien à la vie socio-culturelle... Dans un cas comme dans l'autre, le besoin de protection des populations locales peut se faire sentir. C'est une évidence lorsque les effets sont négatifs : on peut vouloir les prévenir, y mettre un terme, ou encore en réparer

les conséquences. Mais cela est aussi vrai lorsque ces effets sont positifs, car il faut alors organiser l'allocation et la répartition des retombées économiques issues de l'activité extractive, sans fracturer ces populations et communautés, qui peuvent parfois se déchirer dans une compétition pour la répartition des avantages. Cette protection des communautés locales doit être organisée juridiquement.

4. **Protection des communautés locales.** La protection des communautés locales implique de leur reconnaître *des droits*, opposables aux entreprises extractives. Les sources de ces droits sont aujourd'hui multiples : normes publiques, de *hard* comme de *soft law* ; normes privées, unilatérales (codes de conduite, chartes), bilatérales (contrats conclus avec les communautés, ou avec des tiers dans l'intérêt des communautés) ou multilatérales (standards, guides édictés par des organisations privées). Quant à la définition de ces droits, elle résulte de l'intrication complexe de prérogatives reconnues spécifiquement aux communautés locales et/ou aux peuples autochtones, par exemple pour ces derniers le droit au consentement libre, préalable et éclairé⁷ et de prérogatives plus généralement reconnues à l'ensemble des sujets de droits mais qui ont, pour les communautés locales, une résonance particulière, par exemple le droit à vivre dans un environnement sain⁸ ou le droit à la participation du public en matière environnementale⁹. C'est pour traduire cette complexité qu'il est désormais quasi-systématiquement fait référence, en matière minière, au concept de *social license to operate* (SLO, parfois aussi orthographiée *social licence to operate* ; sur laquelle v. *infra* n°18 s.), qui renvoie à l'idée d'une acceptabilité sociale des projets, acceptabilité sociale dont les communautés locales sont l'un des acteurs centraux¹⁰. Le Panel international des ressources (IRP) du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), dans son rapport [*Mineral Resource Governance in the 21st Century : Gearing Extractive Industries Towards Sustainable Development*](#) publié en 2020, propose ainsi une reconceptualisation de la gouvernance du secteur extractif en fonction des exigences d'obtention d'une « *Sustainable Development Licence to operate* » (SDLO), condition nécessaire pour assurer sa compatibilité avec les Objectifs de Développement Durable (ODD). L'acceptabilité sociale d'un projet minier passe par son aptitude d'une part à préserver les droits fondamentaux, humains, sociaux et environnementaux des parties prenantes, d'autre part à assurer un meilleur partage des bénéfices avec ces parties prenantes.

5. **Droit au recours effectif.** Toute reconnaissance juridique de droits devrait s'accompagner de la consécration d'un droit à un recours juridictionnel effectif pour en garantir le respect. La juridictionnalisation des relations entre les entreprises minières et les communautés locales sous-tend cette réalité, puisqu'elle vise les situations dans lesquelles les droits que les communautés locales peuvent opposer aux entreprises minières sont invoqués dans des procédures contentieuses, que celles-ci soient menées devant des juridictions publiques (contentieux étatique) ou privées (contentieux

7 Consacré par les textes internationaux cités *supra*, note 1.

8 Sur lequel v. *infra* n°27.

9 Sur lequel v. *infra* n°27.

10 Si les communautés locales sont des parties prenantes importantes dans la doctrine de la SLO, elles ne sont pas les seules : les syndicats, les ONG mais aussi tous les acteurs de l'environnement institutionnel et économique dans lequel se réalise l'opération minière sont concernés.

arbitral), internationales (notamment cours régionales des droits humains) ou nationales (juridictions administratives ou civiles). Les communautés locales ne sont pas nécessairement parties à ces procédures : leurs droits peuvent être invoqués par d'autres, et au premier chef par l'Etat sur le territoire duquel elles vivent, dans des contentieux opposant celui-ci aux entreprises minières : les communautés locales sont alors des tiers, intéressés à la procédure¹¹. Notre sentiment est toutefois que la multiplication des références faites aux droits des communautés locales dans les textes juridiques pourrait conduire à une multiplication des contentieux dans lesquels ces communautés seront directement impliquées en qualité de parties. Ce sont ces contentieux que nous voudrions plus spécifiquement explorer ici, même si nous pourrions mentionner, incidemment, certains des contentieux dans lesquels les communautés locales n'apparaissent qu'en qualité de tiers intéressés. Deux types de contentieux mettant directement en opposition les communautés locales et les entreprises minières nous paraissent devoir être distingués, selon que leurs relations aient (I) ou n'aient pas (II) été formalisées par contrats, car ils font naître des problématiques juridiques différentes, malgré des aspects communs.

I. Les contentieux contractuels entre communautés locales et entreprises minières

6. Les contentieux contractuels entre communautés locales et entreprises minières pourraient sembler, de prime abord, les plus aisés à appréhender puisque l'existence d'un contrat, conclu en amont de la procédure, aide à cadrer celle-ci. La simplicité, qui doit déjà être nuancée lorsque les relations contractuelles sont expresses (A), se mue toutefois en réelle complexité lorsque l'on cherche à établir l'existence de relations contractuelles tacites (B).

A. Les contentieux fondés sur des relations contractuelles expresses

7. **Contractualisation directe.** La juridicisation progressive des relations entre entreprises minières et communautés locales pourrait inciter les premières à développer plus intensément la pratique, déjà connue et documentée, de la contractualisation directe avec les secondes. *L'International Council on Mining and Metals (ICMM)*, dans le *Community Development Toolkit*¹² qu'il a rédigé à l'intention des entreprises du secteur, préconise ainsi au titre des outils de « management » la conclusion de « *Community development agreements* » (outil 14) en relevant que :

such agreements can form a basis for structured engagement between companies and communities around matters of mutual concern, in pursuit of mining projects that deliver mutual benefit. The process of agreement making (and necessary follow-up engagement) can also

11 V. Patrick Jacob, « Des amis trop discrets. La participation des communautés locales à l'arbitrage d'investissement », *PCI* déc. 2024, vol. 1, pp. 27 s.

12 ICMM, *Community Development Toolkit*. A set of 20 revised and updated tools intended for use throughout the mining project cycle, 2012, spéc. p. 155 sur les accords de développement communautaire.

help to support mutual understanding and diffuse tensions before they arise, provided that it is approached in a respectful manner by all parties. In addition, it provides an effective means for administering not just community development activities, but also related aspects such as mitigation and compensation.

8. Instrument de prévision, le contrat est en effet un outil privilégié pour fixer avec certitude les droits substantiels reconnus aux communautés locales, dont la portée en droit positif est parfois discutée (v. *infra* n°27) ; or cette incertitude est facteur de risque pour l'entreprise et le contrat peut aider à limiter ce risque. Instrument de gestion de la relation entre les parties, le contrat est également un moyen pertinent pour anticiper le risque contentieux, et organiser les droits et obligations des parties lorsque ce risque survient.

9. **Accords de partage de bénéfices.** Nous appelons accords de partage de bénéfices¹³ (APB) — expression issue d'une traduction volontairement générale de la notion anglophone de *benefit sharing agreements* — les conventions que des entreprises exploitant des ressources naturelles concluent avec des communautés locales aux fins de sécuriser la réalisation d'un projet en lien avec leur activité extractive¹⁴. Usuellement, ces accords tendent à offrir à ces communautés une participation aux retombées économiques du projet (partage de bénéfices), mais aussi à les rassurer quant aux impacts que le projet pourrait avoir sur leur vie, leur santé et leur environnement. A cet égard, l'intérêt des APB est de permettre la création, à la charge des entreprises extractives, d'obligations substantielles précises à l'égard des communautés locales. Ces obligations peuvent aller au-delà de ce que prévoit le droit applicable, par exemple en instituant l'obligation pour les entreprises extractives de consulter les communautés locales, voire d'obtenir leur accord préalable, avant toute extension du projet en cours ou tout développement de nouveaux projets, alors même que cette obligation n'est généralement pas consacrée dans les législations nationales qui ne bornent à consacrer un droit des communautés locales à l'information. Elles peuvent aussi, plus modestement, organiser de façon concrète les modalités de mise en œuvre de prérogatives reconnues aux communautés locales par le droit positif, par exemple le droit à l'information. Dans un cas comme dans l'autre, le contrat participe d'une clarification des droits substantiels des parties, ce qui est fondamental pour l'entreprise minière dont la principale préoccupation est de limiter le facteur risque lié à l'imprévisibilité de ses devoirs vis-à-vis des communautés locales. Ces obligations instituées par l'APB, même lorsqu'elles sont par ailleurs ancrées dans un texte de droit positif, deviennent par l'effet de leur insertion dans l'accord des obligations contractuelles de droit privé, dont l'exécution est garantie par le droit des contrats. Elles peuvent alors donner lieu à contentieux.

10. **Délimitation de la communauté locale.** En cas de contentieux, et dans une perspective purement processuelle, la conclusion d'un

13 Sur lesquels v. : Sandrine Clavel. « Les accords de partage de bénéfices : Les entreprises extractives face aux communautés locales ». 2023. <[hal-04309497](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-04309497)>

14 Les accords de partage de bénéfices sont presque toujours accessoires, soit à un contrat principal auquel les communautés locales ne sont pas parties (un contrat d'exploitation minière conclu entre une entreprise et l'Etat par ex.), soit à un acte public unilatéral (un permis d'exploitation délivré par l'Etat).

contrat avec la communauté locale présente deux avantages majeurs. Le premier est d'obliger les parties à réfléchir, en amont, aux contours de la communauté locale concernée et à sa représentation. L'ICMM, dans son *Toolkit* mentionné plus haut, souligne ainsi la nécessité to « *establish who in the community has the authority to negotiate on behalf of the community and who else should be included in the process* ». Par le contrat, l'entreprise minière sécurise partiellement son risque contentieux, puisqu'elle peut anticiper la détermination de ses interlocuteurs ; elle pourrait ainsi exiger que la communauté locale se formalise, par exemple par constitution d'une association de riverains dont les contours mais aussi les représentants seraient clairement identifiés. Cette sécurisation n'est à l'évidence que partielle : l'entreprise ne peut jamais avoir la certitude que l'ensemble des personnes intéressées acceptera d'adhérer à l'organisation représentative. Ceux qui décideraient de conserver leur liberté ne pourraient se voir opposer d'obstacles à l'exercice d'une action en justice individuelle, voire collective, fondée sur la responsabilité délictuelle de l'entreprise. Il n'est pas même certain que l'existence du contrat soit toujours un obstacle à l'exercice, par un membre de la communauté formalisée, d'une action individuelle : tout dépendra du motif de l'action, et de la rédaction du contrat. Mais les membres de la communauté devraient être incités à privilégier la voie contractuelle lorsqu'un contrat existe, dès lors que celui-ci offre l'avantage majeur de clarifier les droits substantiels reconnus à la communauté, dont l'existence pourrait autrement s'avérer délicate à démontrer.

11. **Clauses de procédure.** Le second avantage pour l'entreprise minière réside, à l'évidence, dans la capacité qu'offre le contrat d'appréhender et d'aménager le risque contentieux par des clauses de procédure. L'entreprise est ainsi en situation d'intégrer une *clause de règlement amiable des différends*, préalable à tout contentieux, lui assurant un canal de communication direct avec les membres de la communauté locale. Une telle clause est recommandée dans un APB, car tout en limitant les risques de contentieux, elle permet d'assurer une information permanente de l'entreprise minière quant aux causes de mécontentement des communautés locales et de lui offrir un espace de dialogue avec celles-ci. L'entreprise minière peut également se ménager un recours à l'arbitrage par l'insertion d'une *clause compromissoire* dans l'APB, ce qu'elle peut juger préférable à un contentieux porté devant les juridictions étatiques du lieu d'exploitation de la mine dont elle pourrait craindre les biais. Il reste que le recours à l'arbitrage dans les relations avec les communautés locales doit être appréhendé avec prudence, car les communautés locales pourraient légitimement être considérées comme des parties faibles, avec une potentielle incidence sur l'accès effectif à l'arbitrage¹⁵ ou sur ses modalités¹⁶. L'entreprise minière pourrait encore choisir d'insérer dans l'APB une *clause attributive de juridiction*, ce qui peut s'avérer particulièrement pertinent pour elle lorsqu'elle conduit un projet dans un Etat dont la réglementation est moins exigeante que celle de l'Etat où elle a son siège social : le jeu des règles de compétence

15 M. de Fontmichel, « L'articulation de la protection des parties faibles avec la convention d'arbitrage à la lumière d'une décennie d'application du décret », *Revue de l'arbitrage*, 2022, pp. 1 s. ; *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013.

16 V. le dossier « Arbitrage et communautés locales », sous la direction de S. Clavel et P. Jacob, *PCI*, déc. 2024, vol. 1, pp. 6 s.

internationale ouvre en effet aux communautés locales un accès aux juridictions de l'Etat du siège de la société, et aux potentielles réglementations impératives applicables dans cet Etat¹⁷. La clause attributive pourrait être utilisée pour fermer cet accès si les réglementations impératives en vigueur dans l'Etat du siège sont trop strictes, ou au contraire le conforter si l'entreprise a des raisons de craindre un biais des juridictions locales.

12. En définitive, la conclusion d'un contrat avec la ou les communautés locales concernées par le projet minier présente des avantages certains pour l'entreprise minière. Cela est d'autant plus vrai que, en l'absence de contrat formalisé, celle-ci n'est pas à l'abri que soit reconnue l'existence d'un contrat tacite sur le fondement duquel les communautés locales pourraient agir.

B. Les contentieux fondés sur des relations contractuelles tacites

13. Deux pistes nous paraissent devoir être explorées pour établir l'existence de relations contractuelles tacites entre communautés locales et entreprises minières, sur le fondement desquelles un contentieux contractuel pourrait être engagé : celle de la stipulation pour autrui tacite, et celle de la *social license to operate*.
14. **Stipulation pour autrui tacite.** Les communautés locales, se présentant *a priori* comme tiers à un contrat extractif conclu entre l'entreprise minière et une autre personne — le plus souvent l'Etat ou un opérateur de l'Etat sur le territoire duquel l'exploitation est menée — peuvent néanmoins être reconnues comme titulaires de droits nés du contrat, en raison d'une stipulation pour autrui en leur faveur. C'est un sujet que nous avons déjà exploré dans les lignes de cette même revue¹⁸. Il suffira ici de rappeler que l'enjeu central tient au fait que les contrats extractifs comportent très rarement une stipulation pour autrui expresse au profit des communautés locales concernées par les projets miniers. Il faudra donc le plus souvent rechercher, pour conférer des droits aux communautés locales sur la base de ces contrats, une stipulation pour autrui tacite.

17 Dans l'affaire *Shell/Ogoni*, Shell a été poursuivie par les communautés nigérianes devant les juridictions des Pays-Bas, pour les faits de sa filiale établie au Nigéria. Il n'existait aucun contrat avec les communautés locales, en sorte que celles-ci pouvaient librement agir au siège social de la société.

18 S. Clavel, « Ouvrir l'arbitrage aux communautés locales par le droit privé : Repenser la stipulation pour autrui à la lumière du *third party beneficiary principle* », *PCI* 2024, vol. 1, p. 59.

19 J. Gathii, "Incorporating The Third Party Beneficiary Principle In Natural Resource Contracts", *Loyola University Chicago School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper* No. 2015-005 ; et v. notre art. préc., spéc. n°15 s.

15. Une doctrine publiciste américaine¹⁹ soutient que les communautés locales devraient nécessairement être reconnues comme *third party beneficiaries* dans les contrats d'exploitation des ressources naturelles conclues par les gouvernements étatiques avec des entreprises privées, pour quatre principales raisons : 1) l'existence d'une nécessaire intention des parties de stipuler en leur faveur, dès lors que l'intention des contrats d'exploitation de ressources naturelles est forcément de bénéficier au public ; 2) la conformité d'une telle stipulation au principe de droit international public selon lequel le développement des ressources d'un Etat doit bénéficier à tous les citoyens ; 3) sa conformité à des impératifs de justice et de morale, en lien avec la responsabilité sociale et environnementale des entreprises ;

4) sa conformité, enfin, à l'ordre public, le droit au bénéfice des ressources naturelles pour les populations locales constituant un droit fondamental émergent. Même si les difficultés pouvant émailler un tel processus d'extension du bénéfice de certains droits contractuels aux communautés locales ne peuvent être ignorées²⁰, l'idée mérite d'être envisagée et pourrait être exploitée pour fonder un contentieux contractuel contre une entreprise minière.

16. Cependant, alors qu'une stipulation expresse pourrait être assez aisément mobilisée au soutien d'une procédure juridictionnelle, la stipulation tacite soulèvera nécessairement deux questions complexes. La première, récurrente dans les contentieux impliquant les communautés locales, est celle de la détermination du périmètre des bénéficiaires de la stipulation : par hypothèse, la stipulation tacite n'identifie pas ses bénéficiaires. Il pourrait donc s'avérer fort délicat de circonscrire avec précision la ou les communautés, ou les individus au sein d'une communauté donnée, pouvant se prévaloir de cette stipulation pour autrui.

17. La seconde question est celle des droits résultant, pour la communauté, de la stipulation pour autrui. Au nombre des droits dont la communauté locale peut être déclarée bénéficiaire figurent en premier lieu des droits substantiels, dont il faudra identifier la teneur : le droit au partage des bénéfices paraît être le premier concerné, mais d'autres droits pourraient également être invoqués, comme par exemple un droit à l'information sur la conduite du projet. En outre, la stipulation pour autrui peut s'appliquer à des droits processuels. Nous avons déjà exposé la tendance qui nous semble se dessiner en droit positif en faveur de la reconnaissance d'une application de la convention d'arbitrage, stipulée dans le contrat minier, dans les relations entre l'entreprise minière et la communauté locale reconnue comme tiers bénéficiaire²¹. Nous avons également expliqué pourquoi, si la convention d'arbitrage doit toujours est considérée comme *opposable par* la communauté locale, elle ne devrait en revanche être *opposable à* la communauté locale que lorsque des droits substantiels ont été expressément stipulé en sa faveur dans le contrat et qu'elle agit en défense de ces droits²².

20 V. notre art. préc., spéc. n°19 s.

21 Art. préc., n°24 s.

22 Art. préc., n°33 s.

23 V., les références à la SLO dans le *Community Development Toolkit* de l'ICMM, préc. note 12 ; ou encore dans le Standard IRMA (*Initiative for Responsible Mining Assurance*), dont le chapitre 2.3, intitulé « Obtention du soutien communautaire et offre de retombées », décrit la Licence sociale d'exploitation comme une pratique « amplement reconnu dans le monde des industries extractives », et en fait un critère du standard, sauf exception.

24 [Règlement \(UE\) 2024/1252 du Parlement européen et du Conseil du 11 avril 2024 établissant un cadre visant à garantir un approvisionnement sûr et durable en matières premières critiques et modifiant les règlements \(UE\) no 168/2013, \(UE\) 2018/858, \(UE\) 2018/1724 et \(UE\) 2019/1020.](#)

18. **Social license to operate.** Le second fondement que l'on pourrait songer à mobiliser pour contractualiser les relations, et donc les contentieux, naissant entre communautés locales et entreprises minières, est celui de la *social license to operate*. L'obtention d'une *social license to operate* par les entreprises minières devient aujourd'hui une exigence qui dépasse le cadre de la seule *soft law* et des pratiques et standards du secteur²³. Le récent règlement européen « Matières premières critiques »²⁴ illustre bien cette évolution, en mettant en évidence la nécessité pour l'entreprise exploitante de garantir l'acceptabilité sociale de son projet et de mettre en place les dispositifs de nature à assurer celle-ci. Le considérant 17 du préambule du règlement souligne ainsi que « [L]es projets devraient également garantir

une coopération de bonne foi et une consultation exhaustive et équitable des parties prenantes pertinentes, telles que les communautés locales et les populations autochtones », tandis que le considérant 19 précise que « [L]’acceptation des projets miniers par le public étant capitale pour leur bonne mise en œuvre, le promoteur de projet devrait également fournir un plan contenant des mesures destinées à favoriser cette acceptation. Une attention particulière devrait être accordée aux partenaires sociaux, à la société civile et aux organes de supervision ». Le législateur européen traduit concrètement ces exigences, puisqu’il prévoit que ne pourront être reconnus comme « projets stratégiques européens » que des projets dont les promoteurs auront assuré l’acceptabilité sociale, notamment en instaurant un « dialogue constructif avec les communautés locales et les partenaires sociaux concernés » (art. 6, point 1, c). L’article 7, point 1, c) du règlement prévoit spécifiquement que la demande présentée par le porteur du projet doit comprendre :

un plan contenant des mesures visant à faciliter l’acceptation par le public, incluant, le cas échéant, des mesures visant à faciliter une association réelle et la participation active des communautés concernées, la mise en place de canaux de communication récurrents avec les communautés locales, les organisations, en ce compris les partenaires sociaux, et les autorités pertinentes, ainsi que l’organisation de campagnes de sensibilisation et d’information et la mise en place d’éventuels mécanismes d’atténuation et de compensation.

19. Théorisé depuis la fin des années 1990 par les sciences sociales, la *licence sociale d’opérer* a d’abord été essentiellement conçue comme une méthode de management de projet impliquant en particulier, en amont, la collecte de données et la réalisation d’études d’impact (diagnostics) internes sur les risques environnementaux, sociaux, stratégiques et politiques induits par le projet, et en aval la mise en place d’un dialogue interactif, loyal et continu avec la société civile, destiné à assurer sa participation effective, ainsi que d’un dispositif effectif de signalement des plaintes et une gestion des risques adaptée. Dans ce contexte, elle était essentiellement perçue comme renvoyant à l’autorisation²⁵ informelle, continue et évolutive, conférée par la société civile à un projet minier. Depuis quelques années, on observe toutefois un mouvement de juridicisation de la *licence sociale d’opérer*, conduisant à en déduire de véritables obligations juridiques à la charge des entreprises minières²⁶, mouvement qui s’accompagne d’une progressive juridictionnalisation du concept. Pour l’heure les communautés locales ne tiennent dans ces contentieux qu’un rôle extérieur, mais central : des sentences arbitrales ont en effet analysé le comportement d’opérateurs miniers à l’aune de leur « obligation » d’obtenir et de conserver la SLO, notamment de la part des communautés locales, dans des contentieux opposant le plus souvent ces opérateurs à l’Etat²⁷.

25 Les travaux de sciences sociales évoquent différents degrés possibles d’autorisation du projet, entre simple acceptation, approbation et adhésion. Le degré d’acceptation ont fondé sur une analyse du niveau de légitimité, crédibilité et confiance placé dans le projet et son promoteur. V. not : S. Joyce, I. Thomson (2000), “Earning a social licence to operate: social acceptability and resource development in Latin America”, *Can Mining Metallur Bull.* 93:49–52 ; I. Thomson, R.G. Boutilier (2011), “Social licence to operate”, in P. Darling (dir.), *SME mining engineering handbook*, Littleton, CO: Society for Mining, Metallurgy and Exploration; pp. 1779-1796.

26 V. les travaux de: K. Buhmann, “Public Regulators and CSR : The ‘Social Licence to Operate’ in Recent United Nations Instruments on Business and Human Rights and the Juridification of CSR” (2016) 136 *Journal of Business Ethics* 699 ; H. Lindahl, “One Pillar: Legal Authority and a Social License to Operate in a Global Context”, (2016) 23 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 201; M.-M. Barnes, “The ‘Social License to Operate’: An Emerging Concept in the Practice of International Investment Tribunals”, *Journal of International Dispute Settlement*, juin 2019, vol. 10, n° 2, pp. 328-360 ; R. Mandal, “Analyzing the Social License to Operate in International Investment Law”, (2021) *Christ University Law Journal*, 9(2), 1-17 ; R. F. Zúñiga Peralta, “The Judicialisation of the Social License to Operate: Criteria for International Investment Law”, *Journal of World Investment & Trade* (2021), vol. 22; J. Zhao, X. Lu, W. Lin, “Promoting Corporate Extraterritorial Sustainable Responsibility through the Lens of Social License to Operate”, *Sustainability*, 2022, 14, 8019; C. Nwapi, “Can the Concept of Social License to Operate Find its Way into the Formal Legal System?”, (2016) 18 *Flinders Law Journal* 349.

27 V. en part.: *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú*, ICSID Case No. ARB/14/21, 30 nov. 2017, et son analyse par: J. Paine, “Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru: Judging the Social License of Foreign Investments and Applying New Style Investment Treaties” (2018) 33 *ICSID Rev* 340.

20. Dans ce contexte, il est intéressant d'envisager la perspective de contentieux initiés par les communautés locales, en tant que parties demanderesse, à l'encontre d'opérateurs miniers dont elles estimeraient qu'ils ont méconnu les obligations qui s'imposent à eux en vertu de la SLO. Ces contentieux pourraient être de nature très diverses. On songe à titre principal à un contentieux visant à interdire à l'entreprise minière de poursuivre le projet, ou à lui enjoindre de le poursuivre dans le respect de certaines conditions jugées essentielles au maintien de la SLO. En France, un tel contentieux serait principalement de nature administrative : les ressources minières, même localisées sur des terres privées, sont administrées par l'Etat qui délivre les permis nécessaires et définit les conditions de l'exploitation, conformément au Code minier. Cette « publicisation » du contentieux de la SLO ne doit pas étonner : des chercheurs ont mis en évidence le fait que, dans de nombreux pays notamment européens, les objectifs de la SLO et les obligations qui en résultent sont largement internalisés dans les réglementations publiques²⁸. Ces mêmes chercheurs observent cependant aussi une tendance à l'autonomisation de la SLO y compris dans des environnements fortement réglementés comme celui de l'Europe, dans un contexte de perte de confiance des citoyens dans la capacité (ou la volonté) de leurs gouvernants à protéger leurs intérêts légitimes.
21. On peut donc penser que la reconnaissance juridique de la SLO pourrait s'accompagner, dans un avenir proche, de l'émergence d'un contentieux privatiste, initié devant les juridictions judiciaires par les communautés locales, contre les entreprises minières. Ce contentieux pourrait être un contentieux de l'injonction, proche de celui ouvert devant les juridictions administratives, et/ou un contentieux de l'indemnisation. Il faudrait alors s'interroger sur la nature juridique des obligations qui découlent de la SLO : s'agit-il d'obligations délictuelles, ou faut-il considérer que les obligations sont contractuelles ? La question se pose car les auteurs de science sociale qui analysent depuis des années la SLO ont ponctuellement fait référence à la notion de « contrat social tacite » pour la décrire²⁹. Aussi les juristes s'interrogent-ils naturellement sur sa potentielle nature contractuelle³⁰, pouvant résulter de la reconnaissance d'un contrat implicite sous-tendant la SLO, dans les relations entre l'entreprise minière et les parties prenantes, dont les communautés locales.
22. Force est d'admettre que reconnaître la nature contractuelle du contentieux ne réglerait pas les principales difficultés auxquelles expose tout contentieux fondé sur la SLO : du fait du caractère informel de la SLO, la définition de la teneur précise des obligations qui en découlent, de même que le périmètre de la ou des communautés locales disposant d'un intérêt à agir, suppose une délicate analyse au cas par cas. La qualification contractuelle pourrait cependant présenter l'avantage de mieux intégrer, dans la définition des obligations de l'entreprise exploitante, les engagements unilatéralement souscrits par celle-ci, le cas échéant par voie de simple déclaration

28 V. : P. Lesser, K. Gugerell, G. Poelzer, M. Hitch, M. Tost, "European mining and the social license to operate", *The Extractive Industries and Society* 8 (2021) 100787; v. aussi: [Handbook for Sociale Licence to Operate in Arctic Industries](#), projet ArcticHubs

29 T. Sarker, V. Munro, *Responsible Mining: Case Studies in Managing Social & Environmental Risks in the Developed World*, SME, 2015, spéc. p. 66; D. M Franks, T. Cohen, "Social Licence in Design: Constructive Technology Assessment Within a Mineral Research and Development Institution", (2012) 79 *Technological Forecasting and Social Change* 1231; J. Lacey, J. Lamont, "[Using social contract to inform social licence to operate: an application in the Australian coal seamgas industry](#)", *J Cleaner Prod.* 2013, Vol. 84, 1 December 2014, Pages 831-839

30 C. Nwapi, art. préc.

publique, dont on pourrait considérer qu'ils forment la base de la relation contractuelle tacite nouée avec les communautés locales. La qualification aurait en outre une incidence non négligeable, lorsque la situation est internationale (par exemple parce que l'entreprise minière est une société étrangère), pour déterminer le droit applicable.

23. Il reste que, fondée sur un contrat seulement tacite, tout contentieux intenté par une communauté locale contre une entreprise minière se heurte à des difficultés très comparables à celles observées dans les contentieux non contractuels, tenant à la capacité et à l'intérêt à agir des communautés locales, ainsi qu'à l'identification précise des obligations juridiques soutenant leur action.

II. Les contentieux non contractuels entre communautés locales et entreprises minières

24. Les contentieux non contractuels, intentés par les communautés locales contre des entreprises minières, sont les plus nombreux et donc pour l'heure les plus connus et les mieux documentés. Historiquement, ces contentieux relèvent de la responsabilité civile délictuelle des entreprises pour violation des droits des communautés locales, dans le cadre de l'exploitation d'un projet minier (A). Il faut cependant désormais compter avec l'émergence d'un contentieux de la vigilance, faisant grief aux entreprises minières de ne pas prendre, ou de ne pas avoir pris, les mesures nécessaires pour prévenir ces violations (B).

A. Les contentieux fondés sur la violation des droits des communautés locales

25. Les litiges entre des communautés locales — seules ou soutenues par des ONG — et des entreprises minières, en raison de violation des droits des premières par les secondes, sont malheureusement assez considérables. Le groupe minier anglo-australien Rio Tinto a, par exemple, été visé par de très nombreuses plaintes : l'une contre sa filiale guinéenne Compagnie des Bauxites de Guinée (CBG) pour des faits liés à la délocalisation d'un village guinéen en 2020 ; une autre lui reprochant de ne pas avoir procédé au nettoyage des déchets toxiques du site de la mine de Panguna, sur l'île papouasienne de Bougainville, après son abandon, occasionnant une pollution des cours d'eau environnant ; plusieurs, encore, à raison de la destruction de sites aborigènes historiques. Les activités d'exploitation des sables minéralisés du Sénégal par la société française Eramet sont actuellement l'objet de très fortes contestations de la part des communautés locales, qui lui reprochent des déplacements de populations, un accaparement des terres pour des compensations dérisoires, une destruction d'écosystèmes uniques et une défertilisation des sols générant une atteinte à leur sécurité alimentaire, ou encore une atteinte aux ressources hydriques. Dans la célèbre affaire *Vedanta*³¹, près de deux mille villageois zambiens ont

³¹ [UK Supreme Court, 10 avril 2019, \[2019\] UKSC 20.](#)

32 Sur laquelle v. : <https://action4justice.org/resource-bank/legal-documents-choc-v-hudbay-minerals-inc-canada/>

33 En effet, les *Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale* de la Société Financière Internationale (SFI) du Groupe Banque Mondiale, auxquelles se trouve subordonné le soutien financier pouvant être accordé par la SFI, comportent plusieurs exigences relatives au respect des droits des communautés locales.

34 Ces actions contre l'Etat peuvent déboucher sur une décision des juridictions nationales (v. la condamnation du Commonwealth par une juridiction australienne pour des concessions sur les terres aborigènes : <https://theconversation.com/the-high-court-made-a-land-mark-decision-on-native-title-law-heres-what-it-means-236507>) ou de juridictions internationales (V. à cet égard la riche jurisprudence de la cour interaméricaine des droits de l'Homme, dont not., en matière minière : *Saramaka People v. Suriname*, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* ; et en matière pétrolière, mais systématiquement citée dans les affaires minières : *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*).

35 C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Hudbay Minerals* (v. [le communiqué de presse de la société](#)) et probablement dans l'affaire *RioTinto-CGB Guinée*, dans laquelle une transaction a été annoncée par une ONG (v. [l'article du CDHE](#)), sans que nous en trouvions confirmation officielle. C'est surtout l'issue de l'affaire *Vedanta*, dont la particularité est que la transaction est intervenue après trois décisions (de la High Court of Justice, de la Supreme Court et de l'Appeal Court, sur lesquelles v. : <https://www.bhr-law.org/court-cases/lungowe-v-vedanta-resources>) concluant à la recevabilité de l'action des communautés locales et à la compétence des juridictions anglaises.

36 Résolution de l'AG des NU, 26 juil. 2022 (Droit à un environnement propre, sain et durable) ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (art. 24) ; Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'Homme (art. 11 et décisions de la CIADH : Avis consultatif (OC-23/17) , 7 fév. 2018; *Habitantes de La Oroya Vs. Perú*, 27 nov. 2023 ; décisions de la CEDH (Lopez-Ostra c/ Espagne, 1994, série A, N° 303C ; Klima c. Suisse, [GC] no 53600/20, Carême c. France [GC] (déc.), n° 7189/21, et Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres [GC] (déc.), n° 39371/20, 9 avril 2024 ; Constitution péruvienne (1993): art. 2, §22 ; Conseil d'Etat (France), 20 sept. 2022, n° 451129.

37 V. en part. : Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, 1998 ; Accord d'Escazú du 4 mars 2018, sur l'accès à l'information, la participation publique et la justice en matière d'environnement en Amérique latine et dans les Caraïbes ; Directive 2011/92/UE ; Art. 7 de la Charte de l'environnement (France).

poursuivi Vedanta Resources et sa filiale locale, Konkola Copper Mines (KCM) devant les juridictions anglaises, faisant valoir que l'exploitation d'une mine de cuivre par KCM avait causé une contamination de l'eau potable, des atteintes à leur santé et une perte de moyens de subsistance agricoles. L'affaire *Hudbay Minerals*³² a conduit les communautés mayas Q'eqchi' du Guatemala à introduire une action civile contre cette société devant la *Ontario Superior Court of Justice* au Canada, pour des faits d'expulsions forcées, viols et violences commis par des agents de sécurité liés au projet minier exploité par sa filiale guatémaltèque.

26. **Modalités d'action.** Cet inventaire à la Prévert suscite deux observations liminaires. Tout d'abord, les voies procédurales pouvant être suivies sont multiples et de nature variée. Si les actions en responsabilité civile formées devant des juridictions nationales — comme dans les affaires *Vedanta* ou *Hudbay Minerals* — constituent le recours le plus naturel, il existe d'autres fors, y compris internationaux et non juridictionnels : dans l'affaire *Rio Tinto/CBG* en Guinée, par exemple, la plainte des communautés locales a été déposée auprès de la Société Financière Internationale pour violation de ses normes³³. Ensuite, et c'est la seconde observation, peu de ces contestations ont jusqu'alors débouché effectivement sur une action en justice exercée par les communautés locales contre l'entreprise minière, et encore moins sur une condamnation de cette dernière. Ceci s'explique parfois par le choix des communautés locales de former leur action, non contre la société minière, mais contre l'Etat sur le territoire duquel le projet a été conduit : le fondement de l'action est alors le manquement par l'Etat à ses obligations à l'égard de ses propres communautés locales³⁴. Il arrive également fréquemment que la société minière et les communautés locales parviennent à une transaction³⁵. Enfin, certaines contestations semblent être purement et simplement dépourvues de toute suite concrète, ce qui peut s'expliquer soit par un renoncement des communautés, soit par un règlement « invisible » par d'autres voies, notamment politiques.

27. **Droits substantiels en cause.** Si l'on envisage à présent plus spécifiquement les actions en responsabilité civile que forment ou pourraient former les communautés locales contre les entreprises minières, la première question à explorer est celle des droits dont la violation peut fonder ces actions. La principale difficulté en la matière n'est pas l'identification de ces droits ni même leur consécration. Nombre de ces droits sont inscrits dans les législations nationales et/ou les conventions internationales : les droits humains fondamentaux bien sûr, dans lesquels on peut désormais inclure le droit à un environnement sain³⁶, mais aussi des droits plus sociaux, comme le droit à la participation du public en matière environnementale³⁷. Certains droits, tout en faisant l'objet d'une reconnaissance de principe, suscitent en revanche des discussions quant à leur portée précise ; c'est le cas par exemple du droit d'accès des populations locales aux ressources naturelles, dont on peut se demander s'il

implique un droit au partage des bénéfices³⁸, ou des droits fonciers des peuples autochtones, dont la reconnaissance ne s'accompagne pas toujours d'une définition claire des prérogatives s'y attachant³⁹. Il peut en outre s'avérer complexe d'établir l'opposabilité de certains droits aux entreprises minières privées, lorsqu'ils sont consacrés dans des traités internationaux mais ne sont pas transposés dans les Etats concernés par une législation nationale : longtemps réfutée, l'opposabilité aux entreprises privées d'obligations issues du droit international fait l'objet d'une admission progressive, en doctrine comme en droit positif⁴⁰, mais encore fragile.

28. **Enjeux procéduraux.** Concernant les principaux enjeux procéduraux que suscitent ces actions, il faut d'abord observer que la question de la détermination des *personnes ayant qualité et intérêt à agir* pour le compte des communautés locales, dont nous avons souligné la potentielle complexité (*supra* n°16 et 22), ne paraît pas constituer pour l'heure un obstacle majeur à la recevabilité des actions. Cela s'explique en partie par l'existence, dans de nombreux fors, de règles favorisant l'action des ONG lorsqu'elles agissent pour la protection des droits humains ou de l'environnement, et en partie par le fait qu'en matière minière, les actions individuelles sont exercées, lorsqu'elles le sont, par des personnes physiques ou morales (associations de riverains, collectivités reconnues d'un point de vue administratif) dont la qualité de victimes n'est pas sérieusement contestable (par contraste avec ce que l'on peut observer par exemple en matière climatique). Le développement des actions collectives, qu'elles soient environnementales ou pour la poursuite d'atteintes aux droits humains, constitue à cet égard une tendance à encourager, en ce qu'elle facilite l'accès des victimes à la justice.

29. Le principal écueil procédural se situe sur le terrain de la compétence internationale des juridictions. Deux principaux chefs de compétence peuvent être observés en droit comparé, l'un au profit des juridictions du domicile du défendeur, la société minière, l'autre au profit des juridictions du lieu d'exploitation, qui correspondra souvent au domicile des victimes. Lorsque cette alternative se présente sous la forme d'une option ouverte aux demandeurs, elle semble *a priori* favorable à ces derniers. Les sociétés minières européennes, nord-américaines ou australiennes opèrent cependant souvent dans les pays étrangers au travers de filiales locales, ouvertes dans le pays où le projet minier est développé. Cette situation peut conduire à fermer l'option pour les victimes, qui ne conservent que la possibilité d'agir dans le pays où le projet minier est conduit (lequel correspond aussi au pays du domicile du défendeur, la filiale locale).

30. L'enjeu est alors de parvenir à assigner la filiale locale avec sa société mère, au siège de celle-ci, pour ouvrir une possibilité d'agir devant un autre for que celui du pays où la mine est exploitée. Cette logique pose la question de la recevabilité de l'action des victimes contre la société mère de la société exploitante. Ces dernières années, des

38 J. Cabrera Medaglia, F. Perron-Welch, "The benefit-sharing principle in international law", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Volume 14, Issue 1, January 2019, pp. 62 s.; C. Carmona Caldera, "Impact and benefit agreements in natural resource development: a way to fulfil the ILO 169 benefit-sharing duty?", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2022, 40:1, pp. 105 s.; E. Morgera, "The Need for an International Legal Concept of Fair and Equitable Benefit Sharing", *European Journal of International Law*, Volume 27, Issue 2, May 2016, pp. 353 s.; S. Clavel, "Les accords de partage de bénéfices", art. préc., n°26.

39 S. Clavel, « Entre ciels et terres : les droits fonciers des peuples autochtones », in *Le droit entre ciels et terres. Mélanges en l'honneur du professeur Laurence Ravillon*, Pédone, 2022, pp. 373 s.

40 T. Andro, *L'émergence d'obligations internationales à la charge des investisseurs étrangers*, thèse Paris 2, 2024.

affaires comme *Vedanta* au Royaume-Uni, *Hudbay Minerals* au Canada ou *Shell* aux Pays-Bas, témoignent d'une sensibilité accrue des juges nationaux à l'importance d'assurer la recevabilité de telles actions, quand bien même elles pourraient conduire, une fois l'affaire tranchée au fond, à écarter toute responsabilité personnelle de la société mère. L'extension progressive de la responsabilité des sociétés mères est en outre désormais soutenue par le développement du devoir de vigilance.

B. Les contentieux fondés sur le devoir de vigilance de l'entreprise minière

31. Les entreprises minières ne sauraient échapper au mouvement de responsabilisation des entreprises⁴¹ que constitue la consécration de leur devoir de vigilance en droit positif⁴². Le devoir de vigilance implique pour les entreprises concernées l'obligation d'identifier les risques, induits par leurs activités et celles de leur chaîne de valeur, d'« atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »⁴³, ce afin de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir et atténuer les incidences négatives potentielles de ces risques et pour mettre un terme ou atténuer l'ampleur des atteintes qui se produiraient malgré le déploiement de ces mesures de prévention.
32. Il constitue donc un fondement particulièrement pertinent pour les actions en justice que les communautés locales pourraient vouloir tenter contre des entreprises minières. D'un côté en effet, les activités des entreprises minières les placent assurément dans le champ du devoir de vigilance, pour peu que leur taille les conduise à atteindre les seuils requis. En France, des entreprises comme Eramet dans le secteur minier, Orano et TotalEnergies dans le secteur énergétique, sont assujetties au devoir de vigilance. De l'autre, le devoir de vigilance des entreprises, en ce qu'il vise à prévenir les atteintes aux droits humains et à l'environnement, intègre nécessairement un certain nombre de devoirs à l'égard des communautés locales. C'est ce que confirme expressément la directive européenne CS3D, qui détaille les droits dont le devoir de vigilance devrait assurer la préservation et vise à ce titre de nombreuses prérogatives dont les communautés locales pourraient se prévaloir, en particulier le droit des populations à vivre dans un environnement sain impliquant l'interdiction de provoquer une modification nocive des sols, une pollution de l'eau ou de l'air, une consommation excessive d'eau ou une dégradation des sols⁴⁴ ou encore le droit d'accès aux ressources naturelles pour les populations locales⁴⁵, sans même mentionner l'interdiction du travail forcé ou celle du travail des enfants.
33. Même si la violation du devoir de vigilance n'a, à notre connaissance, pas encore suscité d'actions de la part de communautés locales ou d'ONG représentant leurs intérêts contre des entreprises minières *stricto sensu*, l'action judiciaire en cours dans l'affaire *TotalEnergies/*

41 V. dans ce dossier : M. Nioche, « [Directive vigilance et droit international privé : vers une exploitation des ressources naturelles plus responsable ?](#) »

42 Si l'on pense en premier lieu à la loi française (Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JO*, n° 0074, 28 mars 2017, codifiée aux articles L225-102-4 et s. du code de commerce) et à la directive européenne dite « CS3D » (Directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, *JOUE*, 5 juillet 2024), ce mouvement est plus général, même s'il reste actuellement essentiellement européen-centré (v. par ex. la loi norvégienne sur la vigilance : *Norwegian Transparency Act 2021*).

43 Formule retenue par l'art. L225-102-4, I, al.3 C. com. français.

44 Directive CS3D, Annexe, Partie I, point 1, sous 15.

45 Directive CS3D, Annexe, Partie I, point 1, sous 16.

Ouganda, concernant le secteur extractif au sens large, offre un bon aperçu de la configuration de ce type d'actions. Cinq associations françaises et ougandaises, ainsi que 27 personnes physiques résidant en Ouganda, ont en effet agi contre la société pétrolière française en juin 2023⁴⁶, en application de la loi française sur le devoir de vigilance, pour engager sa responsabilité civile et lui demander réparation pour les violations de droits causées par ses projets pétroliers Tilenga et EACOP en Ouganda. Au titre de la faute, il est reproché à Total d'avoir été défaillante dans l'identification et le suivi des risques sociaux et environnementaux tels que le risque d'inondation, les risques d'atteinte à la liberté d'opinion, au droit de propriété et au droit à l'alimentation des personnes concernées. Au titre des préjudices subis par les populations locales, sont en particulier invoqués des expropriations de petits paysans de leurs terres moyennant des indemnités insuffisantes, la privation de leur droit d'en jouir et de les cultiver, ou encore des risques d'atteintes à l'environnement. Une première décision a été rendue par le juge de la mise en état le 18 septembre 2025⁴⁷, faisant partiellement droit à la demande de production, formée par les demandeurs, d'un certain nombre de documents internes à Total, jugés indispensables pour établir la preuve du bienfondé de leur action, et que Total refusait de produire.

34. Il faut insister ici sur ce qui distingue une telle action, fondée sur le devoir de vigilance, de celles, analysées plus haut, fondées sur la responsabilité civile délictuelle pour violation des droits des populations locales : les préjudices invoqués pourraient en effet, de prime abord, justifier ce second type d'actions. La différence se situe cependant sur le terrain de *la nature de la faute* reprochée à l'exploitant. Dans l'affaire qui vient d'être évoquée, les violations de droits alléguées ne sont en effet pas directement reprochées à *TotalEnergie*, mais à ses filiales française Total E&P Uganda (TEPU) et anglaise, East African Crude Oil Pipeline Ltd (EACOP) et à différents sous-traitants de ces dernières. Dès lors, c'est bien un manquement au devoir de vigilance de *TotalEnergies* — dont il est allégué qu'elle aurait pu et dû prévenir la réalisation des dommages s'il avait été correctement mis en œuvre — qui se trouve au cœur du litige.
35. Le devoir de vigilance ouvre aux communautés locales un chemin certes semé d'embûches, tant il est admis que les conditions de la responsabilité civile de droit commun, que mobilisent les actions fondées sur la loi française sur le devoir de vigilance, font peser une charge probatoire lourde sur les demandeurs. Il ne leur en offre pas moins une nouvelle voie procédurale dans les contentieux qui les opposeront aux entreprises minières, en leur permettant d'agir contre celles-ci pour des faits qui ne leur sont pas directement imputables, mais dont on estimera qu'elles auraient pu ou dû les prévenir en exécutant convenablement leur devoir de vigilance.

46 Une première action, formée en référé, avait été déclarée irrecevable par le tribunal judiciaire de Paris ([TJ Paris, référés, 28 Fév. 2023](#)).

47 [TJ Paris, 18 sept. 2025, RG n° 23/09018](#).

Julien Dellaux

Professeur de droit public à l'Université Côte-d'Azur, Laboratoire de droit international et européen (LADIE), UPR 7414

Les ressources forestières sont au cœur des enjeux de la transition énergétique. Leur protection, bien qu'essentielle à la préservation du climat global et de la biodiversité, est souvent compromise face aux besoins de développement économique et aux stratégies visant à assurer l'indépendance énergétique des pays. La diversité de ces intérêts s'est historiquement opposée à l'adoption d'une Convention internationale en matière forestière, laissant place à un régime disparate inapte à répondre à ces enjeux. Au cours des deux dernières décennies, les efforts de protection des forêts tropicales se sont concentrés autour d'un mécanisme de déforestation évitée (REDD+), adopté au sein de la Convention-cadre sur les changements climatiques. Négocié au sein d'un cadre spécifique, les potentiels effets positifs et négatifs associés à sa mise en œuvre sont nombreux et ils interrogent sur la capacité d'un droit international fragmenté à gérer de tels antagonismes. La présente contribution révèle que ceux-ci ne pouvaient être règlementés dans le cadre de la convention, sans risquer de compromettre l'atteinte d'un consensus, mais qu'ils le sont progressivement au stade de la mise en œuvre au sein d'autres espaces normatifs.

Mots-clefs

Forêts / International environmental law

Droit international de l'environnement

Climat Changes

Changements climatiques

Forest

Forest resources are at the heart of energy transition issues. Their protection, although essential to preserving the global climate and biodiversity, is often compromised by economic development needs and strategies aimed at ensuring countries' energy independence. The diversity of these interests has historically prevented the adoption of an international convention on forestry, leaving room for a disparate regime that is unable to respond to these challenges. Over the past two decades, efforts to protect tropical forests have focused on a mechanism for avoiding deforestation (REDD+), adopted within the Framework Convention on Climate Change. Negotiated within this specific framework, the potential positive and negative effects associated with its implementation are numerous and raise questions about the ability of a fragmented international regime to manage such antagonisms. This contribution reveals that these antagonisms could not be regulated within the framework of the convention without risking compromising the reach of a consensus, but that they are gradually being regulated at the implementation stage within other normative spaces.

1 T.K. Rudel, O.T. Coomes, E. Moran et F. Achard, « Forest Transitions: Towards a Global Understanding of Land Use Change », *Global Environmental Change*, 2005, vol. 15, n° 1, pp. 23-31.

2 S. Sayuri Mandai, E. Albiach Branco, E. Mateus Moretto, et al., « Two Decades of Clear-Cutting Threats in the Brazilian Amazonian Protected Areas around the Jirau, Santo Antônio, and Belo Monte Large Dams », *Journal of Environmental Management*, vol. 359, 2024, pp. 1-16. À l'inverse, la déforestation peut réduire la production énergétique des barrages. R.S. Pinto, J. Arbache, L. Antonaccio, J. Chiavari, *Cutting Down the (Hydropower) Plants: How the Amazon Deforestation is Jeopardizing Electricity Generation in Brazil*. Rio de Janeiro, Climate Policy Initiative, 2024, 22 p.

3 M. Ladewig, A. Angelsen, R.N. Masolele, C. Chervier, « Deforestation Triggered by Artisanal Mining in Eastern Democratic Republic of the Congo », *Nature Sustainability*, vol. 7., 2024, pp. 1452-1460.

4 Plus d'un dixième des émissions globales est imputable à la déforestation. IPCC, *Climate Change 2022. Mitigation of Climate Change, Working Group III Contribution to the Sixth Assessment Report*, IPCC, 2022, Chapitre 7.

5 La capacité des forêts tropicales à stocker le carbone est presque deux fois supérieure à la moyenne FAO, *Evaluation des ressources forestières mondiales 2015. Comment les forêts de la planète changent-elles ?*, 2e éd., 2015, p. 30.

6 La protection des forêts et la gestion durable des terres pourraient permettre de réaliser près de 37% des réductions d'émissions de gaz à effet de serre nécessaires afin d'atteindre l'objectif de l'Accord de Paris Ibid. B.W. Griscom J. Adams, P.W. Ellis, et al., « Natural Climate Solutions », *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 114, 2017, pp. 11645-11650.

7 M. Rautner, M. Legett, F. Davis, *Le petit livre des grands moteurs de déforestation*, Oxford, Global Canopy Programme, 2013, 192 p.

8 D. Humphreys, *Logjam. Deforestation and the Crisis of Global Governance*, Earthscan Publication Limited, 2006, 302 p.

9 D. Humphreys, « Elusive Quest for a Global Forests Convention », *R.E.C.I.E.L.*, vol. 14, n° 1, 2005, pp. 1-10. M.A. Mekouar, « Rio et les forêts : de la déclaration à la convention ? », in M. Prieur et S. Doumbé-Billé (dir.), *Droit, forêts et développement durable*, Bruylant, 1996, pp. 483-500.

10 J. Dellaux, « Réglementer la gestion des forêts tropicales, ou le droit international à l'épreuve de la complexité », *RGDIP*, 2026 (à paraître).

11 La Cour a précisé que les résolutions de la commission baleinière internationale (qui sont assimilables aux décisions des COP) peuvent, lorsqu'elles « sont adoptées par consensus ou à l'unanimité, être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ». CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)*, 31 mars 2014, *Rec.*, 2014, § 46.

12 Décision 15/4. *Cadre mondial de la biodiversité de Kunming-Montréal*, 2022, cible n°10.

1. La gestion de ressources forestières est au cœur des antagonismes liés à la transition énergétique. Il est bien établi que la déforestation est corrélée aux niveaux de développement économique et social des États¹. Mais aujourd'hui le développement des énergies renouvelables, qu'elles soient hydrauliques² ou thermiques (le bois énergie)³, ainsi que l'exploitation minière sont des causes importantes de la déforestation tropicale. Pourtant, agir pour le climat impose de gérer durablement les forêts⁴ tropicales⁵, il s'agit même là d'une nécessité si l'on souhaite atteindre l'objectif de l'Accord de Paris⁶. Parallèlement, leur conservation est un enjeu pour la protection de la biodiversité et afin de garantir la sécurité alimentaire, hydrique, sanitaire, et énergétique des populations locales⁷.
2. La question forestière est à l'agenda des négociations internationales depuis les années soixante-dix, mais sa réglementation demeure encore insuffisante. Les intérêts divergents des pays du Nord et du Sud ont empêché l'adoption, pourtant espérée⁸, d'une convention internationale en 1992 à Rio⁹ et depuis lors. À défaut, le régime juridique existant repose sur un ensemble d'instruments dont le champ d'application et la portée juridique sont disparates¹⁰. D'un côté, des instruments déclaratoires adoptés par divers organes subsidiaires des Nations Unies afin de réglementer spécifiquement la gestion forestière. De l'autre, plusieurs traités environnementaux règlementent indirectement cette question. Néanmoins, les dispositions de ces conventions sont imprécises et les décisions adoptées par les COP afin de les compléter sont juridiquement non contraignantes¹¹. Tel est le cas de l'objectif de gestion durable des forêts défini au sein du nouveau cadre mondial pour la biodiversité¹², mais aussi de la déclaration sur les forêts adoptées lors de la COP climat de Glasgow¹³. Le régime international des forêts est donc caractéristique du phénomène de fragmentation observé en droit international¹⁴. Toutefois depuis vingt ans, l'attention se concentre autour d'un mécanisme mis en place au sein de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et visant à réduire les émissions liées à la déforestation et la dégradation des forêts sur le territoire des pays en développement (REDD+¹⁵).
3. Ce mécanisme repose sur une incitation économique, financée par les pays développés, afin de rétribuer les réductions des émissions réalisées dans le secteur forestier par les pays en développement. Formellement, le cadre juridique repose sur un ensemble de décisions adoptées par la COP climat depuis 2007¹⁶ et auxquelles fait référence l'article 5 de l'Accord de Paris qui encourage les Parties à agir en ce domaine¹⁷. Il s'agit aujourd'hui et probablement historiquement de la principale initiative internationale visant à conserver les forêts tropicales. La quasi-totalité des pays en développement disposant d'un important couvert forestier y est impliquée. Ils ont élaboré les instruments de planification et de suivi nécessaires¹⁸ et des centaines de projets pilotes ont été menés sur leur territoire¹⁹. Les pays développés sont engagés financièrement dans le cadre d'accords bilatéraux

13 *Glasgow Leader's Declaration on Forests and Land Use*, 2021.

14 CDI, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 2006, Doc. N.U. A/CN.4/L.682.

15 Cet acronyme désigne cinq types d'activités pouvant être volontairement mises en œuvre par les pays en développement : la réduction des émissions dues au déboisement ; la réduction des émissions dues à la dégradation des forêts ; la conservation des stocks de carbone forestiers ; la gestion durable des forêts ; le renforcement des stocks de carbone forestiers.

16 Pour une analyse détaillée du cadre, voir : J. Dellaux, *Le cadre juridique international pour la réduction des émissions résultant de la déforestation tropicale (REDD+). Contribution à l'étude des nouvelles formes du droit*, Bruylant, Col. Droit international, 2022, 989 p.

17 *Accord de Paris*, Paris, 12 décembre 2015, R.T.N.U., n° 54113, p. 109 (ci-après : *Accord de Paris*), article 5.

18 <https://redd.unfccc.int/fact-sheets/forest-reference-emission-levels.html>

19 Une base de données internationale recense les projets : <https://www.reddprojectsdatabase.org/>

20 C. Watson, L. Schalatek, A. Exequoz, « Climate Finance Thematic Briefing: REDD+ finance », *Climate Fund Update-Climate Finance Fundamentals* 5, 2025. Voir aussi les données disponibles sur la plateforme REDD+ de la Convention : <https://redd.unfccc.int/info-hub.html>.

21 ECOSOC, *Resolution 2000/35, Report on the Fourth Session of the Intergovernmental Forum on Forests*, 2000, Doc. N.U. E/2000/35.

22 H. van Hasselt, « Managing the Fragmentation of International Environmental Law: Forests at the Intersection of the Climate and Biodiversity Regimes », *International Law and Politics*, vol. 44, pp. 1205-1278.

23 J. Cazala, « Le rôle de l'interprétation des traités à la lumière de toute autre "règle pertinente de droit international applicable entre les Parties" en tant que "passerelle" jetée entre systèmes juridiques différents », in H. Ruiz-Fabri, L. Gradoni (dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Société de législation comparée, 2009, pp. 95-136.

24 M. Forteau, « Les renvois inter-conventionnels », *A.F.D.I.*, vol. 49, 2003, pp. 71-104. J. Dellaux, « Les renvois opérés par les décisions des conférences des Parties (COP), éléments d'une structuration *ad hoc* du droit international de l'environnement », *A.F.D.I.*, 2022, pp. 665-693.

25 *Déclaration de principes, non juridiquement contraignante mais faisant autorité, pour un consensus mondial sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêts*, 1992, préambule b) et c), et principe 1 b).

26 J. Dellaux, A. Dolez, « La formation du consensus en droit international des forêts sous le prisme du concept de gestion durable des forêts », *Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, vol. 12, 2021, pp. 77-96.

et multilatéraux et des dizaines de milliards de dollars ont été alloués au renforcement des capacités et au paiement des résultats²⁰. Cette implication sans précédent des pays à travers le monde au sein d'un cadre international de protection des forêts interroge toutefois sur les risques d'effets pervers potentiellement associés.

4. La présente contribution s'attachera à évaluer comment ces risques sont pris en compte par le cadre juridique existant. Nous verrons que bien que le cadre juridique défini au sein de la Convention climat présente sous cet angle des lacunes importantes (I), elles tendent à être comblées dans la pratique (II).

I. Une réglementation insuffisante des antagonismes au sein du régime climat

5. Le droit international des forêts s'est formé de manière *ad hoc* au sein de différentes enceintes. À l'instar de ce que l'on peut observer en droit international de l'environnement, la gouvernance forestière demeure largement décentralisée, malgré la création en 2001 d'un organe subsidiaire permanent : le Forum international des Nations Unies sur les Forêts²¹. Face à cette fragmentation institutionnelle et normative, une structuration *ad hoc* peut toutefois être observée²². Sur le plan normatif, elle s'appuie sur les mécanismes classiques du droit international, tel que l'interprétation intersystémique²³, les règles relatives à la priorité d'application des dispositions conventionnelles, les principes de *lex posterior* et de *lex specialis*, ou le recours à des renvois²⁴. En sus de permettre de gérer les conflits normatifs, cette dernière technique permet d'organiser la coordination et de renforcer les synergies entre les régimes. Sur le plan institutionnel, cette structuration prend la forme d'une participation informelle des représentants des secrétariats des conventions aux réunions organisées par les autres conventions, ou plus formellement par la mise en place de groupe de liaison mixte entre les trois conventions de Rio.
6. En ce qui concerne le cadre de gestion des forêts tropicales défini par la Convention climat, nous verrons que malgré l'ampleur des effets pervers associés (A), leur prise en compte est simplement recommandée (B).

A. Une diversité d'effets pervers

7. Les forêts sont une ressource multifonctionnelle au centre d'intérêts environnementaux, économiques, sociaux et culturels. Les instruments internationaux pertinents reconnaissent explicitement la diversité des services qu'elles rendent²⁵ et organisent leur gestion de manière holistique au travers du concept de gestion durable des forêts²⁶. Les activités REDD+ auront nécessairement des conséquences positives ou négatives sur les services non-carbone rendus par les forêts, et elles influenceront la mise en œuvre de nombreux

autres accords internationaux. Les conséquences les plus importantes se manifestent à l'égard de la protection de la biodiversité (1) et des droits des populations locales (2).

1. Les effets sur la protection de la biodiversité

La mise en œuvre des activités REDD+ peut avoir des impacts positifs et négatifs sur la mise en œuvre des conventions relatives à la protection de la biodiversité. Elle concourra nécessairement à atteindre les objectifs de conservation et d'utilisation durable des habitats forestiers définis au titre de la Convention sur la diversité biologique (CBD)²⁷, de la Convention sur les espèces migratrices (CMS)²⁸, ou encore de la Convention de Ramsar²⁹ et de celle de l'UNESCO³⁰ sur le patrimoine mondial. Par ce biais, les pays en développement pourront aussi satisfaire à certaines des obligations de moyens prévus par ces traités, les invitant à élaborer des plans et politiques forestières nationales³¹, ou à suivre leur couvert forestier³².

8. Mais les activités REDD+ sont aussi source de potentiels effets pervers sur la biodiversité. Elles peuvent induire un déplacement de la déforestation dans des zones à faible teneur en carbone et haute valeur en biodiversité³³, inciter à la protection des forêts « jeunes » (qui absorbent davantage de carbone) et à la plantation d'essences à croissance rapide, au détriment de la protection des forêts naturelles qui sont des *hotspot* de biodiversité.

2. Les effets sur les populations locales

9. De même, la mise en œuvre de la REDD+ peut être source d'effets positifs et négatifs pour les populations autochtones³⁴. Certains effets positifs sont directement liés à la mise en œuvre des activités. Les populations bénéficieront de la réduction des effets des changements climatiques, de la préservation de leurs ressources forestières, mais aussi d'une source de revenus substantielle si une répartition équitable des bénéfices est assurée³⁵. D'autres sont plus indirectes et résultent des réformes nécessaires à l'établissement d'un cadre national adéquat. La REDD+ pourrait ainsi conduire à une clarification des régimes fonciers et forestiers, ainsi qu'à une meilleure protection des droits et des connaissances des peuples autochtones³⁶ dont l'implication est essentielle à la bonne conduite des activités³⁷ sur leurs terres, qui figurent parmi les plus riches en carbone et en biodiversité³⁸.
10. À l'inverse, les intérêts financiers en jeu pourraient conduire à une violation accrue des droits des populations locales. Tout d'abord de leurs propriétés traditionnelles, les populations risquant de voir leurs droits d'usage limités³⁹, leurs terres être accaparées ou d'être déplacées⁴⁰. Ensuite, elles pourraient faire l'objet de discriminations, en étant écartées des processus de décision (notamment par les élites locales), de l'accès aux bénéfices⁴¹ ou de la conduite des activités⁴².

27 *Convention sur la diversité biologique*, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, R.T.N.U., vol. 1760, p. 79 (ci-après CBD), Article 8.

28 *Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage*, Bonn, 23 juin 1979, R.T.N.U., vol. 1651, p. 377 (ci-après CMS), article III§ 4 a).

29 *Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau*, Ramsar, 2 février 1971, R.T.N.U., vol. 996, p. 251 (ci-après Ramsar), article 3.

30 *Convention pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel*, Paris, 16 novembre 1972, R.T.N.U., vol 1037 (ci-après UNESCO), p. 173, article 4.

31 *Ibid.*, article 5 a). CBD, article 6 a).

32 Ramsar, article 4 § 5. CBD, article 7. CNULD, article 16. UNESCO, article 5 c et e).

33 CBD, *Outcomes of the Global Expert Workshop on Biodiversity Benefits of Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation in Developing Countries*.

34 K. Suisseeya, R. Marion. « Contesting Justice in Global Forest Governance: The Promises and Pitfalls of REDD+ », *Conservation & Society*, vol. 15, no. 2, 2017, pp. 189-200.

35 Instance permanente sur les questions autochtones, *Étude sur les droits et les garanties assurés aux peuples autochtones dans les projets liés à la réduction des émissions causées par le déboisement et la dégradation des forêts dans les pays en développement*, 2013, Doc. N.U. : E/C.19/2013/7».

36 *Ibid.* A. Fincke, *Peuples autochtones et REDD-Plus. Participation des peuples autochtones et des communautés locales à la REDD-plus : enjeux et possibilités*, Washington, UICN, 2010, 8 p.

37 F. Chianese, *L'avantage des savoirs traditionnels. Les savoirs des peuples autochtones dans les stratégies d'adaptation au changement climatique et d'atténuation de ses effets*, Rome, FIDA, 2016, 60 p. OIT, *Indigenous Peoples and Climate Change. From Victims to Change Agents Through Decent Work*, Genève, OIT, 2017, pp. 26 et s.

38 T. Osborne, L. Bellante, *Indigenous Peoples's Biocultural Climate Change Assessment Initiative*, Cuzco, IPCC, 2014, p. 34.

39 F. Seymour, « Forest, Climate Change, and Human Rights: Managing Risks and Trade-offs », *op. cit.*, pp. 207- 237.

40 A. Fincke, *op. cit.* Instance permanente sur les questions autochtones, *op. cit.*

41 *Ibid.* C. Hirsch, M. Aguilar-Stoen, D. Mc. Neill, *REDD+ and indigenous peoples*, Oslo, Centre for Development and the Environment, 2012, 8 p.

42 Les populations ne disposent généralement pas des droits de propriété et font face à un manque d'information et des coûts de mise en œuvre élevés qui leur empêcherait de mener des activités REDD+. Voir : Instance permanente sur les questions autochtones, *op. cit.*

B. Une prise en compte volontaire

11. En raison du cadre conventionnel au sein duquel le mécanisme a été négocié et afin de répondre aux intérêts des pays développés devant le financer, son champ d'application a été circonscrit à la fonction carbone des forêts⁴³. Le cadre juridique ne permet pas d'écartier les risques d'effets pervers associés à la REDD+, puisqu'il se borne à inviter les pays en développement à les prendre en compte (1), et à imposer la transparence des informations relatives à leur mise en œuvre (2).

1. Une prise en compte recommandée par la COP

12. La participation des pays en développement à la mise en œuvre des activités REDD+ et leur financement par les pays développés sont strictement volontaires. En effet, les dispositions conventionnelles⁴⁴ et les décisions de la COP⁴⁵ ne font qu'inviter les Parties à agir en ce domaine en précisant, pour ces dernières, que les activités REDD+ sont « des options offertes aux Parties »⁴⁶. Si les pays en développement ne sont pas juridiquement tenus de participer au mécanisme, ils sont toutefois économiquement incités à le faire. En effet, les activités conduites pourront bénéficier de paiements axés sur les résultats, c'est-à-dire de financements versés *ex post* par les pays développés en proportion des résultats obtenus par les pays en développement. Néanmoins, seuls les résultats carbonés⁴⁷ ayant par ailleurs fait l'objet d'une procédure internationale de vérification sont éligibles à ces paiements⁴⁸.
13. À l'inverse, l'incitation économique n'est pas directement ou indirectement liée à l'atteinte de bénéfices non carbone⁴⁹. La COP a toutefois reconnu l'importance de promouvoir ces retombées positives⁵⁰ et les pays en développement peuvent solliciter un appui supplémentaire afin de les intégrer dans les activités REDD+⁵¹. Certains co-bénéfices, dénommés « garanties » et mentionnés à l'annexe I de la Décision 1/CP.16, bénéficient d'un régime renforcé. Nous y retrouvons notamment la conservation des forêts naturelles et de la diversité biologique, ainsi que le respect des connaissances, des droits et la participation des peuples autochtones⁵². Sans que la mise en œuvre de ces garanties soit juridiquement imposée, ou économiquement incitée, elle est recommandée par la COP qui a demandé aux pays en développement de les « prendre en considération » lorsqu'ils élaborent et mettent en œuvre leur stratégie nationale REDD+⁵³.

2. Une prise en compte faisant l'objet d'un suivi

14. Le cadre juridique sur la REDD+ impose aux pays en développement souhaitant bénéficier de paiements axés sur les résultats de mettre en place au préalable un ensemble d'éléments nécessaires à la planification et au suivi de la mise en œuvre des activités : une stratégie nationale, un système de suivi des forêts, un niveau de référence et un système de communication d'information sur le respect des garanties⁵⁴. Ces éléments représentent autant de conditions à l'éligibilité des pays

43 Pour une analyse du contexte politique ayant conduit à l'atteinte d'un consensus : J. Dellaux, « Le cadre REDD+ pour la conservation des forêts tropicales, une réglementation internationale sectorielle d'une ressource multifonctionnelle », in M. They, *La protection des forêts à l'heure des défis environnementaux*, Pedone, 2025, pp. 119-132.

44 La Convention-cadre « encourage » et l'Accord de Paris prévoit que les Parties « devraient » prendre des mesures pour conserver les forêts. L'Accord de Paris « invite » aussi les Parties à mettre en œuvre des activités REDD+ et à les soutenir financièrement, conformément au cadre défini par les décisions de la COP. CCNUCC, *op. cit.*, article 4§1 c) et d). Accord de Paris, *op. cit.*, article 5§2.

45 La COP « encourage » les pays en développement à mettre en œuvre les activités REDD+ et « exhorte » les pays développés à les soutenir. Décision 1/CP.16, *Les accords de Cancún*, 2010, §70 et 76.

46 Les accords de Cancún précisent que les activités REDD+ suivent « une démarche impulsée par les pays et sont considérées comme des options offertes aux Parties ». Décision 1/16, *op. cit.*, annexe I, §1 c).

47 Les résultats doivent être exprimés en tCO₂eq. Décision 14/CP.19, *Modalités de mesure, de notification et de vérification*, 2013.

48 Décision 9/CP.19, *Programme de travail sur le financement axé sur les résultats visant à favoriser la pleine mise en œuvre des activités mentionnées au paragraphe 70 de la décision 1/CP.16*, 2013, § 3.

49 Décision 18/CP.21, *Questions de méthodologie relatives aux avantages non liés au carbone résultant de la mise en œuvre des activités visées au paragraphe 70 de la décision 1/CP.16*, 2015, § 5.

50 Décision 2/CP.13, *Réduction des émissions résultant du déboisement dans les pays en développement : démarches incitatives*, préambule. Décision 4/CP.15, *Principes méthodologiques concernant les activités liées à la réduction des émissions résultant du déboisement et de la dégradation des forêts et le rôle de la conservation, de la gestion durable des forêts et de l'accroissement des stocks de carbone forestiers dans les pays en développement*, 2009, préambule.

51 Décision 18/CP.21, *op. cit.*, 2015.

52 Décision 1/CP.16, *op. cit.*, appendice I.

53 *Ibid.*, § 72.

54 Décision 9/CP.19, *op. cit.*, § 4.

en développement aux paiements venant rétribuer les réductions opérées et vérifiées. Ce faisant, le respect de ces exigences est indirectement économiquement incité.

15. Cette incitation indirecte produit ses effets à l'égard de la mise en œuvre des garanties sociales et environnementales. En effet, bien qu'elle demeure simplement recommandée, elle est sécurisée par l'imposition de deux obligations procédurales. En effet, avant de pouvoir recevoir des paiements pour les résultats atteints, les pays en développement doivent mettre en place, comme nous l'avons vu, un système national de suivi de la mise en œuvre des garanties⁵⁵, mais ils doivent aussi transmettre le résumé le plus récent des informations relatives au respect des garanties⁵⁶. Ce faisant, le cadre juridique assure la transparence des informations relatives à la mise en œuvre des garanties. Par le droit de regard qu'il instaure, il incite les pays en développement, bien que d'une manière insuffisante, à en assurer le respect.

II. Une réglementation croissante au sein d'autres espaces normatifs

16. Afin de garantir l'atteinte d'un consensus dans l'élaboration du cadre juridique pour la REDD+, il était essentiel de maintenir la focale sur les services climatiques rendus par les forêts et d'y circonscrire l'incitation économique. Si les risques d'effets pervers sont insuffisamment encadrés, ils tendent toutefois à l'être en pratique par les institutions engagées dans le financement des activités REDD+ (A) et au sein des cadres juridiques nationaux (B).

A. Un encadrement par les institutions financières

17. La mise en œuvre de la REDD+ s'opère par phases⁵⁷. Au cours des deux premières, les pays en développement doivent élaborer leur stratégie nationale et renforcer leurs capacités de suivi. Une fois que leur préparation est suffisante et qu'ils satisfont aux conditions fixées par la COP, ils peuvent initier la phase de mise en œuvre axée sur les résultats, où les activités REDD+ conduites sont évaluées, vérifiées, et ouvrent droit à des paiements. Le financement des activités de préparation et des résultats est assuré, conformément aux directives de la COP⁵⁸, par une grande diversité d'acteurs privés, comme publics (des fonds multilatéraux, régionaux et nationaux ou par le biais d'accords bilatéraux)⁵⁹. Nous verrons que tant les fonds (1), que les marchés (2) tendent à imposer le respect de garanties socio-environnementales.

1. Une pression des fonds multilatéraux

18. Les fonds multilatéraux existants disposent de mandats complémentaires. Certains sont impliqués dans le soutien aux activités de préparation, avec un mandat général (le fond de préparation du *Forest Carbon Partnership Facility*, FCPF⁶⁰), ou avec un focus sur la première (fond vert pour le climat, FVC⁶¹), ou la deuxième

55 Décision 1/CP.16, *op. cit.*, § 71.

56 Décision 9/CP.19, *op. cit.*, § 4.

57 Décision 1/CP.16, *op. cit.*

58 La COP a affirmé la diversité des sources potentielles de financement de la REDD+ : Décision 9/CP.19, *op. cit.*, § 1.

59 C. Watson, L. Schalatek, A. Exequoz, « Climate Finance Thematic Briefing: REDD+ Finance », *Climate Fund Update-Climate Finance Fundamentals* 5, 2025.

60 Le FCPF est un programme précurseur lancé par la Banque mondiale lors de la COP13 est devenu opérationnel en juin 2008. FCPF, *Mémoire d'information*, 13 juin 2008, pp. 13-14.

61 <https://www.greenclimate.fund/redd>.

62 <https://www.cifor.org/topics/sustainable-forests>.

63 Par le biais de ses organisations partenaires (le PNUD, le PNUE et de la FAO). ONU-REDD, *Stratégie du programme ONU-REDD (2011-2015)*, 24 p.

64 À cela s'ajoute un fonds national, le Fond Amazonia gérée par la banque nationale de développement brésilienne et financé principalement par la Norvège. <https://www.amazonfund.gov.br/en/home/>.

65 À travers son projet pilotes REDD+ : <https://www.greenclimate.fund/redd#redd-results-based-payments-pilot>.

66 <https://www.forestcarbonpartnership.org/carbon-fund>.

67 <https://www.biocarbonfund-isfl.org/results-based-climate-finance>.

68 Cela est explicitement prévu par le cadre méthodologique du FCPF. FCPF, *Resolution CFM/14/2016/4, Revised Methodological Framework for the Carbon Fund of the FCPF*, 2016, Critères 24 et 25. Pour le FVC, cela ressort des critères conditionnant le paiement uniquement à la transmission d'informations sur le respect des garanties. GCF, *Terms of reference for the pilot programme for REDD+ results-based payments*, 2017. Le cadre du BioCarbon Fund ne fait pas mention des garanties de Cancún. BioCarbon Fund, *ISFL Emission Reductions (ER) Program Requirements*, 2021.

69 L'éligibilité des programmes aux financements du FVC est conditionnée à cette double exigence. GCF, *Terms of reference for the pilot programme for REDD+ results-based payments*, 2017, § 6. De même, pour le FCPF : FCPF, *Resolution CFM/14/2016/4, Revised Methodological Framework for the Carbon Fund of the FCPF*, 2016, Critères 24 et 25.

70 FCPF, *Resolution CFM/14/2016/4, Revised Methodological Framework for the Carbon Fund of the FCPF*, 2016, Critère 24. GCF, *Terms of reference for the pilot programme for REDD+ results-based payments*, 2017, §18. BioCarbon Fund, *ISFL Emission Reductions (ER) Program Requirements*, 2021, § 2.1.1.

71 BioCarbon Fund, *ISFL Emission Reductions (ER) Program Requirements*, 2021, § 3.4.

72 Les règles du FCPF imposent ces deux obligations : FCPF, *Resolution CFM/14/2016/4, Revised Methodological Framework for the Carbon Fund of the FCPF*, 2016, Critères 24 et 26.

73 GCF, *Terms of reference for the pilot program for REDD+ results-based payments*, 2017, §18 c).

74 BioCarbon Fund, *ISFL Emission Reductions (ER) Program Requirements*, 2021, § 3.3.

75 GCF, *Terms of reference for the pilot program for REDD+ results-based payments*, 2017, § 6 et Annexe XII, Section 3b.

76 C. Streck, J. Costenbader, *Standards for Result-Based Finance for REDD+*, *Overview and Design Parameters*, Climate Focus, 2012, 63 p. Gulbrandsen (L.H.), « Overlapping Public and Private Governance: Can Forest Certification Fill the Gaps in the Global Forest Regime ? », *Global Environmental Politics*, vol. 4, n°2, 2004, pp. 75-99.

77 Ce standard laisse une grande flexibilité aux porteurs de projets qui peuvent élaborer leurs propres méthodologies. Le standard vérifie l'additionnalité du projet et impose l'évaluation des risques de fuites.

phase (le Programme pour l'investissement forestier, FIP⁶²), ou sur l'apport d'un soutien technique (le programme ONU-REDD⁶³). Parallèlement, trois fonds multilatéraux⁶⁴ sont impliqués dans le financement des activités axées sur les résultats : le fond vert pour le climat⁶⁵, le fond carbone du FCPF⁶⁶, et le programme de paiements axés sur les résultats du *Biocarbon Fund*⁶⁷. Les règles gouvernant le fonctionnement des programmes de financement des activités axées sur les résultats au sein de ces fonds intègrent généralement les exigences fixées par la COP. Ainsi, elles n'imposent pas aux pays participants de respecter les garanties de Cancún, mais seulement de les promouvoir⁶⁸. Cette invitation est là encore complétée par une double obligation procédurale imposant la mise en place d'un système de suivi du respect des garanties et à la transmission du résumé le plus récent d'information sur leur respect⁶⁹.

19. Néanmoins, les cadres juridiques établis par ces fonds vont bien au-delà de celui défini par la COP. Tout d'abord, ils imposent le respect de leurs garanties socio-environnementales additionnelles⁷⁰, ainsi que la mise en place d'un mécanisme de réparation des griefs⁷¹, et/ou d'un plan de gestion des risques pour les garanties socio-environnementales⁷². Le respect de ces exigences est vérifié à chacune des étapes du processus. Les règles gouvernant le fonctionnement du programme dirigé par le FVC sont moins strictes à cet égard puisqu'elles n'imposent pas le respect de ces exigences, mais seulement la notification d'informations relatives à leur mise en œuvre⁷³. Ensuite, certains fonds incitent à la production de co-bénéfices autres que ceux mentionnés au sein des garanties de Cancún. C'est le cas du *Biocarbon Fund* où tous ces co-bénéfices font l'objet d'un suivi et sont envisagés au cours de la sélection des programmes⁷⁴. Plus encore, dans le cadre du FVC les pays en développement sont économiquement incités (par une majoration des paiements de 2,5%) à transmettre des informations détaillées sur la nature et l'ampleur de tous les bénéfices non-carbone, ainsi que sur leur contribution à la durabilité des activités REDD+⁷⁵.

2. Une pression des marchés

20. Les marchés volontaires, comme les marchés règlementés incitent les pays en développement à respecter les garanties socio-environnementales dans la mise en œuvre des activités REDD+ axées sur les résultats.
21. Sur les marchés volontaires, la quasi-totalité des crédits échangés est certifiée. Les standards existants sont nombreux et se distinguent par leur échelle (internationale, nationale, infranationale), leur champ d'application (les types d'activités REDD+ couvertes), et leurs objectifs (carbones et/ou les co-bénéfices)⁷⁶. Alors que certains se limitent à l'évaluation du carbone (notamment le *Verified Carbon Standards*, VCS)⁷⁷, d'autres permettent d'évaluer l'implication des

78 Les projets REDD+ sont éligibles à cette certification au titre des activités de prévention de la conversion des écosystèmes et de leur dégradation. Plan Vivo, *The Plan Vivo Standard for Community Payments for Ecosystem Services Programmes*, 2013, 31 p.

79 Le CCB définit différents niveaux de certification. Certains critères sont obligatoires et d'autres optionnels. Le respect de ces derniers permet une certification « Gold level ». Il est élaboré par un partenariat d'ONG (le CCBA). CCB, *Standards Climat, Communauté et Biodiversité*, 3e éd., 2013. Ce partenariat a élaboré en sus de la certification CCB une seconde certification pour la REDD+ (le REDD+ SES). CCB, *The leading social and environmental standards for land-based carbon projects*, Factsheet. CCB, *Standards Climat, Communauté et Biodiversité*, 3e éd., 2013.

80 Six indicateurs sont utilisés (la biodiversité, les ressources naturelles, les ressources financières, les ressources humaines, les ressources sociales, les ressources carbone), chacun d'eux se voyant attribuer une note d'un à six sur la base des données obtenues selon une approche participative (entretiens, questionnaires, réunion avec les parties prenantes). Ecologica Institute, *Social carbon standard*, Version 5.0, 2013, 27 p.

81 A. Goldstein, *Not so niche. Co-benefits at the Intersection of Forest Carbon and Sustainable Development*, Washington, Forest Trends' Ecosystem Marketplace, 2016, p. 19. J.D. Schneck, B.C. Murray, C.S. Galik, W.A. Jenkins, *Demand for REDD Carbon Credits. A primer on Buyers, Markets, and Factor Impacting Prices*, Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions, 2011, p. 9.

82 Il s'agit du premier marché mis en place aux États-Unis en 2013. Il couvre aujourd'hui 80% des émissions de l'État et régle les activités de 450 entités.

83 Le 6 octobre 2016, l'Assemblée générale de l'OACI a adopté une résolution formalisant un engagement de neutralité carbone à partir de l'année 2020 et instituant un système mondial de compensation des émissions du secteur, souvent dénommé par son acronyme anglais CORSIA (*Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation*). ICAO, Résolution A39-3, *Exposé récapitulatif de la politique permanente et des pratiques de l'OACI dans le domaine de la protection de l'environnement — Régime mondial de mesures basées sur le marché (MBM)*, 2016.

84 Et dans la limite d'une quantité équivalente à 4% à 6% des quotas délivrés pour chaque période d'engagement. *California Code of Regulations*, Title 17, Division 3, Chapter 1, Subchapter 10, article 5, Subarticle 13, §95854.

85 CARB, *California tropical Forest Standard. Criteria for Assessing Jurisdiction-Scale Programs that reduce Emissions from Tropical Deforestation*, 19 septembre 2019, chapitre 10.

86 Les crédits certifiés par l'*American Carbon Registry*, la *Climate Action Reserve*, le *Gold Standard* ou le *Verified Carbon Standard* sont aussi autorisés, mais seulement pour des activités de faible ampleur (dont les résultats estimés sont inférieurs à sept mille unités par an).

populations locales (*Plan Vivo*⁷⁸) et/ou les bénéfiques pour la biodiversité (*Climate Community & Biodiversity*, CCB)⁷⁹, ou encore la durabilité des projets (le *Social Carbon*⁸⁰). Les porteurs de projets REDD+ souhaitant vendre leurs crédits sur les marchés volontaires sont incités à y améliorer les co-bénéfices puisque les réductions d'émissions dont les co-bénéfices ont été certifiés s'échangent à un prix supérieur⁸¹.

22. Il existe à l'heure actuelle deux principaux marchés règlementés où peuvent s'échanger des crédits REDD+ à des fins de compensation : le marché de l'État de Californie⁸² et le marché de l'aviation civile, dit CORSIA⁸³. Ne sont toutefois acceptées que les réductions opérées dans le cadre des programmes qui ont été préalablement approuvés (respectivement par le *California Air Resources Board* et le Conseil de l'OACI⁸⁴) et qui se conforment aux standards applicables. Ces derniers s'avèrent beaucoup plus exigeants que les directives de la COP en ce qui concerne le respect des garanties socio-environnementales. Pour le premier marché considéré, le *California Tropical Forest Standard* (TFS) exige que les programmes assurent la participation des populations locales, qu'ils intègrent les garanties de Cancún et de manière volontaire d'autres garanties socio-environnementales (telles que celles du FVC et du FCPF), que le respect de ces garanties soit soumis à un contrôle indépendant, et il impose de diffuser les informations sur le respect des garanties et sur le mécanisme de réception des plaintes mis en place⁸⁵. Pour être échangés sur le marché CORSIA, les crédits REDD+ doivent être certifiés par l'*Architecture for REDD+ Transactions*⁸⁶. Ce standard intègre les exigences de la COP qui sont détaillées en plusieurs composantes (« thèmes »), dont le respect est évalué par le biais d'indicateurs (structurel, de processus et de résultat) et dont le non-respect systémique s'oppose à la certification des réductions d'émissions⁸⁷. Ainsi, la teneur mais aussi la portée des garanties définies par la COP sont renforcées.

B. Une réglementation imposée par les juridictions internes

23. Nombre des constitutions et des législations nationales comportent des dispositions imposant la protection de la biodiversité et des droits des populations autochtones. Leur respect devrait ainsi permettre de pallier l'insuffisance du cadre international. Néanmoins, lorsque le cadre national s'avère insuffisamment protecteur, ou lorsqu'il n'est pas respecté, le juge représente la dernière source d'espoir. Le rôle joué par les juridictions nationales⁸⁸ et internationales⁸⁹ en matière climatique n'est plus à démontrer. En se fondant sur les engagements pris au titre de l'Accord de Paris, certains juges n'ont pas hésité à imposer le respect d'objectif de réduction de la déforestation⁹⁰. La mise en œuvre de ces objectifs et des activités REDD+ a été à l'origine de nombreuses contestations de la société civile en raison de leurs inefficacités ou des effets pervers associés. Celles-ci ont parfois conduit à une saisine du juge national, amené à se prononcer

sur les obligations s'imposant aux États, aux fins de protection des droits des populations locales, dans la mise en œuvre des activités REDD+. Ce faisant, le cadre flexible défini par la COP tend à se voir conférer une portée obligatoire. Nous envisagerons cela à travers deux exemples. Alors que les juridictions péruviennes sont venues sanctionner la violation des droits des populations locales dans le cadre de projets REDD+ (1), les juridictions colombiennes sont allées au-delà en imposant en outre au gouvernement de définir un cadre adéquat satisfaisant à des standards allant au-delà de ceux définis par la COP (2).

1. L'exemple péruvien

24. Le Pérou est activement impliqué dans la REDD+ depuis l'adoption de sa stratégie nationale le 21 juillet 2016⁹¹, et avec plus de quarante projets menés sur son territoire⁹². Les craintes de voir les droits des populations locales restreints, qui ont été exprimées lors de la phase de préparation⁹³, se sont malheureusement matérialisées au cours de la mise en œuvre de plusieurs projets⁹⁴. De vives critiques ont notamment été formulées par la communauté indigène Kichwa dans la région de Puerto Franco, en raison de la création d'un parc national sur leurs terres autochtones en 2001 et de la mise en œuvre depuis 2008 d'un projet REDD+ en son sein. Sans que ces peuples autochtones n'aient été consulté, le projet a été autorisé, les crédits certifiés et vendus à des compagnies pétrolières sur les marchés volontaires, leurs droits d'usage ont été limités et ils n'ont bénéficié d'aucune rétribution. Les populations y voient une violation de leurs droits fondamentaux sur leurs terres ancestrales, ainsi que de leurs droits à l'information et à la consultation préalable.
25. La population indigène a initié, via ses représentants, un recours d'*amparo* dirigé contre le gouvernement et les services et agences en charge de la gestion du parc afin que leur soit reconnus leurs droits sur leurs terres traditionnelles au sein du parc. Dans une décision rendue le 13 décembre 2024⁹⁵, les juridictions de deuxième instance accueillent la demande des requérants, constatent la violation de leurs droits et ordonnent aux autorités compétentes de reconnaître à la communauté la propriété sur leurs terres et en conséquence d'annuler les concessions autorisées en son sein, d'autoriser les communautés à accéder à leurs ressources naturelles, et de les consulter quant à leur volonté d'exclure leurs terres du parc. En ce qui concerne le projet REDD+, le tribunal ordonne de permettre aux communautés de participer à la gestion du projet et de se voir attribuer une part des bénéfices. Bien que cette décision marque une victoire pour la protection des droits des populations locales et qu'elle permette de pallier les déficiences du cadre international pour la REDD+ en matière de garanties sociales, sa portée demeure limitée au cas d'espèce. Les juridictions péruviennes n'ont pas imposé l'adoption d'un cadre juridique spécifique, comme l'ont fait leurs homologues colombiennes.

87 <https://www.artredd.org/wp-content/uploads/2021/12/TREES-ESG-Safeguards-Guidance-Document-Oct-2023-fr.pdf>

88 C. Cournil (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, Confluence des droits, 2020, 676 p. C. Cournil, L. Varison (dir.), *Les procès climatiques. Entre le national et l'international*, Pedone, 2018, 300 p. C. Huglo, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, 2018, 396 p.

89 J. Delliaux, *Le rôle des juridictions internationales dans la protection du climat*, Pedone, 2026, (à paraître).

90 Cour suprême de Colombie, STC4360-2018. F. Lafaille, « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », *RJE*, vol. 43, 2018, pp. 549-563.

91 Presidente de la republica, Decreto supremo n° 007-2016-MINAM, *Aprueban estrategia Nacional Sobre Bosques y Cambio Climático*.

92 42 projets sont recensés : <https://www.reddprojectsdatabase.org/>

93 S. Snoeck, I. Ramos Urrutia, *Pueblos indígenas & REDD+ en el Perú. Análisis y recomendaciones para el cumplimiento de los derechos a la consulta, territorio y recursos naturales a la luz del Derecho internacional*. Lima, DAR, 2012. 165 p.

94 J.G. Montoya-Zumaeta, J. Naime, « Lessons from Early REDD+ Initiatives to Inform Effective and Equitable Carbon Mitigation Efforts in Peru », *CIFOR Info Brief*, n°365, 2022, 6 p.

95 Corte superior de justicia de San Martín, Resolución n°36, 13 décembre 2024, n°00038-2021-0-2202-JM-CI-01.

2. L'exemple colombien

26. Depuis 2015, la Colombie s'est formellement engagée dans la mise en œuvre nationale de la REDD+ avec l'adoption de la loi n°1753 ordonnant l'élaboration de sa stratégie nationale et du niveau de référence des émissions⁹⁶. Celle-ci a été adoptée deux ans plus tard⁹⁷ et sa mise en œuvre repose principalement sur la résolution n°1447 de 2018⁹⁸, qui définit les normes et les instruments nécessaires à la comptabilisation des réductions des émissions. Plusieurs dizaines de projets REDD+ ont depuis été conduits, particulièrement en Amazonie Colombienne⁹⁹ et n'ont pas manqué de révéler des défaillances dans la prise en compte des garanties socio-environnementales¹⁰⁰. Entre 2021 et 2022, un projet REDD+ dénommé Baka Rokarire, implanté sur le territoire indigène du Pira Paraná, a été élaboré, validé et ses émissions certifiées par trois entreprises. Celle en charge de sa mise en œuvre avait, à cette fin, obtenu au préalable l'accord du représentant de l'Association des autorités traditionnelles présentes sur le territoire (l'ACAIPI). Or, depuis 2019 l'ensemble des autorités traditionnelles avaient décidé de créer un Conseil indigène constituant l'autorité suprême, seule apte à les représenter et à les engager officiellement.
27. Le 15 juillet 2022, le représentant du Conseil et le nouveau représentant de l'ACAIPI ont initié une action de « tutelle » à l'encontre des trois entreprises et du Ministère de l'environnement, aux fins de protection des droits constitutionnels fondamentaux de leurs peuples autochtones. Après que les requérants ont été débouté en première et deuxième instance respectivement en septembre et octobre 2022, l'action a été transmise à la Cour constitutionnelle. Ils invoquent la violation de leur droit à la libre détermination, de leur droit à la terre, du droit à l'intégrité physique et culturelle, ainsi que de leur droit au consentement libre et éclairé. Non seulement par les entreprises en raison de la mise en œuvre du projet, de sa validation et de sa certification, mais aussi par l'État qui a failli à son obligation positive d'imposer le respect de garanties suffisantes.
28. Dans une décision rendue le 25 juin 2024, la Cour constitutionnelle conclut à la violation des droits fondamentaux des populations. Tout d'abord, par l'entreprise porteuse du projet, qui par les restrictions apportées aux droits des populations sur leurs terres et en devenant la seule entité titulaire des crédits générés a violé leur droit à l'autodétermination, mais aussi leur droit à l'information et à la consultation eu égard à l'insuffisance et au retard des procédures conduites. La violation de ces droits est aussi imputable aux entreprises ayant validé et certifié le projet en raison de l'insuffisante protection des populations assurée par leurs standards, de l'absence d'une évaluation indépendante du projet, et l'absence d'un véritable mécanisme de réception des plaintes. La Cour conclut aussi à la violation des droits des populations par l'État colombien qui a manqué à son obligation d'adopter un cadre réglementaire adéquate pour les projets REDD+ financés sur les marchés volontaires. En effet, la Cour consi-

96 Congreso de la Republica de Colombia, Ley 1753, 9 junio de 2015, *Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018*, article 170 et 175.

97 *Estrategia Integral de Control a la Deforestación y la Gestión de Bosques (EICD)*, adoptée le 20 diciembre de 2017.

98 Ministerio de ambiente y desarrollo sostenible, Resolución n°1447, 1er aout 2018. Cette résolution a ensuite été modifiée par la résolution n°831 de 2020.

99 Actuellement 75 projets ont été recensés. <https://www.reddprojectsdatabase.org>.

100 M.A Vélez, T. Martínez, A. Londoño, « Iniciativas REDD+ en Colombia: Balance y Recomendaciones (REDD+ Initiatives in Colombia: Overview and Recommendations) », *Documento CEDE*, No. 26, 2024. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4898825> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4898825>.

dère que le cadre existant s'avère insuffisant en raison des imprécisions entourant la titularité des crédits, de l'absence de normes imposant le respect des garanties de Cancún, et du manque de contrôle de l'administration lors du processus de validation/certification.

29. La Cour constitutionnelle annule la décision de la juridiction d'appel et impose aux entreprises de définir des standards et des procédures permettant de protéger les droits des populations locales, d'obtenir leur consentement libre et éclairé, de prévenir et réduire les impacts négatifs des projets et de les suivre. Parallèlement elle invite les populations à se prononcer sur la poursuite du projet, en définissant la procédure à suivre afin d'éviter toute interférence des autres parties prenantes. La Cour ordonne enfin au gouvernement d'adopter un cadre juridique réglementant la conduite de projets REDD+ sur des territoires indigènes, en précisant la procédure à suivre, ainsi que les standards minimums devant y être intégrés. Ceux-ci vont bien au-delà des garanties définies par la COP, puisque le cadre devra garantir la participation libre et éclairée des populations et imposer l'identification de la titularité des projets, la mise en place d'un mécanisme de partage des bénéfices, mais aussi prévoir des directives pour la promotion du devoir de diligence des entreprises¹⁰¹.

* * *

30. La lutte contre les changements climatiques impose de parvenir à une gestion durable des forêts. Les incitations économiques offertes en ce domaine aux pays en développement ont permis de les impliquer activement, mais les potentielles conséquences négatives associées à ces mesures sont nombreuses et n'ont pas tardé à être observées en pratique. Eu égard aux difficultés à parvenir à un consensus en matière climatique et forestière, le cadre international négocié se borne à réglementer la production des bénéfices carbone et à simplement inviter les Parties à favoriser les co-bénéfices et à éviter les effets négatifs. Malgré ces insuffisances, les risques tendent à être encadrés en pratique puisque les institutions financières et les juridictions internes imposent progressivement le respect des droits des populations locales et la préservation de la biodiversité. Si nous observons la situation du point de vue des pays en développement, nous pouvons regretter une remise en cause factuelle de leur souveraineté par l'imposition de normes auxquelles ils ont refusé de consentir à l'échelle internationale, afin d'obtenir les financements promis. Si l'on se positionne du point de vue du droit international de l'environnement, nous pouvons nous réjouir de la structuration des régimes juridiques et du renforcement de leurs synergies dans un contexte de fragmentation du droit international.

101 Cour constitutionnelle colombienne, Sentencia T-248, 25 juin 2024, §432.

Niki Aloupi

Professeure, Université Paris-Panthéon-Assas, directrice de l'Institut des hautes études internationales et membre de la Commission juridique et technique de l'Autorité internationale des fonds marins

L'AIFM constitue un exemple de gouvernance multilatérale inédit et exceptionnel pour ce qui est de l'exploration actuelle et de l'exploitation potentielle future de la Zone des grands fonds marins. Son Conseil et un de ses organes subsidiaires, la CJT, exercent des fonctions de contrôle, suivi, surveillance et *compliance*. Pour ce qui est du régime et du cadre juridique, en dépit de la non-adoption, pour l'instant, d'un Code minier, l'on n'est guère en présence d'un vide juridique mais bien au contraire d'un véritable acquis de normes et de *soft law*, constitué bien évidemment de la CNUDM et de l'Accord de 1994 mais également des règlements d'exploration et de tous les documents qui gravitent autour, applicables par analogie. Cela étant dit, c'est le Code Minier qui posera le véritable cadre juridique, indispensable, et c'est la raison pour laquelle le Conseil insiste autant sur le besoin de ne pas commencer l'exploitation avant d'avoir adopté le Règlement la régissant. Ce système de gouvernance multilatérale est fortement remis en question actuellement par l'unilatéralisme américain, dans un contexte politique et diplomatique particulièrement tendus.

Mots-clefs

Patrimoine commun de l'humanité

Autorité internationale des fonds marins

Gouvernance multilatérale

Exploitation des grands fonds marins

Enjeux environnementaux

Unilatéralisme américain

Code minier

The ISA is an unprecedented and exceptional example of multilateral governance for the current exploration and potential future exploitation of the Deep Seabed Area. Its Council and one of its subsidiary bodies, the LTC, perform control, monitoring, surveillance, and compliance functions. With regard to the legal regime and framework, despite the fact that the Mining Code has not yet been adopted, there is hardly a legal vacuum, but rather a genuine body of standards and soft law, consisting of UNCLOS and the 1994 Agreement, but also of the exploration regulations and all related documents applicable by analogy. That said, it is the Mining Code that will establish the essential legal framework, which is why the Council insists so strongly on the need not to begin mining operations before the regulations governing them have been adopted. This system of multilateral governance is currently being strongly challenged by American unilateralism, in a particularly tense political and diplomatic context.

1. Dans un contexte international fort tendu eu égard à la (non-)exploitation future des grands fonds marins, Donald Trump a signé le 24 avril

2025 un décret destiné à préparer l'extraction minière, y compris dans la Zone, qualifiée par la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (ci-après Convention de Montego Bay ou CNUDM) de patrimoine commun de l'humanité. Il s'agit d'une remise en cause inquiétante du multilatéralisme en droit international de la mer. Le décret américain prétend répondre au « défi économique et de sécurité nationale sans précédent [auquel les Etats-Unis font face], à savoir la sécurisation de leurs approvisionnements en minéraux critiques sans en passer par des adversaires étrangers », notamment « pour contrer l'influence croissante de la Chine sur les ressources minérales des fonds marins »². S'il ne mentionne guère la CNUDM, le droit international ou le droit de la mer, le *Deep Seabed Hard Mineral Resources Act*³, i.e. la loi américaine de 1980 sur l'exploration et exploitation des grands fonds marins qui en constitue le fondement, s'y réfère explicitement.

2. Outre le fait que la conformité du décret américain au droit international de la mer est fort contestable, ce qui est absolument certain est qu'il tend à intentionnellement fragiliser le système de gouvernance multilatérale mis en place par la Partie XI de la Convention de Montego Bay pour la gestion des activités dans la Zone. Si le décret ne contourne pas explicitement l'Autorité internationale des fonds marins (ci-après AIFM ou l'Autorité), qui constitue précisément le socle de cette gouvernance internationale, il pose sans aucun doute les bases pour ce faire à l'avenir si besoin.
3. Sans surprise, une société privée, *The Metals Company* (ci-après TMC) — détenant *via* ses filiales plusieurs contrats d'exploration conclus avec l'AIFM et ayant récemment annoncé qu'elle allait déposer la première demande d'exploitation auprès de celle-ci en juin 2025 par le biais de sa filiale *Nauru Ocean Resources Company Inc.* (ci-après NORI) dont l'Etat qui patronne est Nauru — a d'ores et déjà saisi l'opportunité. TMC a en effet annoncé le 29 avril 2025 que sa filiale TMC USA a déposé auprès de la *National Oceanic and Atmospheric Administration* (ci-après NOAA) la toute première demande d'exploitation de l'histoire. TMC précise notamment que « la demande de permis de récupération commerciale [...] renforç[e] [...] le leadership de la société dans le secteur des minéraux aux grands fonds marins »⁴. Sans même mentionner l'AIFM, TMC assume pleinement le fait d'avoir choisi de la contourner et s'en félicite.
4. Dans un tel contexte, de mépris flagrant aussi bien pour le régime mis en place par la Partie XI CNUDM eu égard à l'exploitation de la Zone des grands fonds marins que pour la gouvernance multilatérale en découlant, rappeler l'un (I) et l'autre (II) n'en est que plus crucial.

I. Le régime et cadre juridiques de la zone des grands fonds marins dans l'hypothèse de son exploitation

5. Le régime (A) et le cadre (B) juridiques de la Zone et des activités qui y sont ou qui y seront menées constituent un véritable modèle de gouvernance multilatérale.

² *Unleashing America's Offshore Critical Minerals and Resources*, Executive Order, April 24, 2025. <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/04/unleashing-americas-offshore-critical-minerals-and-resources/>; notre traduction.

³ *Deep Seabed Hard Mineral Resources Act*, 1980. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1561/pdf/COMPS-1561.pdf>

⁴ TMC, *World First: TMC USA Submits Application for Commercial Recovery of Deep-Sea Minerals in the High Seas Under U.S. Seabed Mining Code*, April 29, 2025. <https://investors.metals.co/news-releases/news-release-details/world-first-tmc-usa-submits-application-commercial-recovery-deep>.

A. Le régime juridique de la Zone et de ses ressources

6. La Zone est constituée du sol et du sous-sol marins situés au-delà des juridictions nationales et au-dessous de la haute mer⁵. Elle est soumise à un régime distinct par rapport à celui des eaux surjacentes, constituant quant à elles la « haute mer ». Contrairement à ce qui est le cas pour cette dernière, soumise à un régime juridique d'« internationalisation négative »⁶, la Zone et ses ressources sont le « patrimoine commun de l'humanité » en vertu de l'article 136 de la Convention de Montego Bay. Cela revient à dire que la haute mer demeure un espace international « classique » (articles 87-89 CNDUM), avec un régime de non-appropriation et de libre utilisation par tous les Etats, de manière telle que la seule limite à la liberté de l'un soit celle de l'autre (originellement en tout cas, les choses ayant grandement évolué depuis et continuant d'évoluer bien davantage encore avec l'adoption du nouvel instrument juridiquement contraignant pour la protection de la biodiversité marine au-delà des zones de juridiction nationale, dit BBNJ, qui entre en vigueur le 17 janvier 2026).
7. En revanche, dans un objectif de communautarisation et d'« internationalisation positive »⁷, la Zone et ses ressources⁸ sont certes internationales et non susceptibles d'appropriation, mais leur utilisation (exploration ou *a fortiori* exploitation potentielle⁹) doit se faire dans l'intérêt de l'humanité tout entière ; les limites à la libre utilisation sont donc à l'évidence, en tout cas en théorie, bien plus nombreuses.
8. En effet, si — à l'instar de la haute mer — elle est insusceptible d'appropriation, son utilisation est strictement encadrée par la Convention, dans une logique redistributrice de ses ressources marines au profit notamment des pays en développement. C'est l'humanité tout entière, pour le compte de laquelle agit l'AIFM, qui est investie de tous les droits sur les ressources de la Zone. Ces ressources sont par ailleurs inaliénables. Les minéraux extraits de la Zone ne peuvent, quant à eux, être aliénés que conformément à la Convention et aux règles, règlements et procédures de l'Autorité. L'Entreprise, organe de l'Autorité, est chargée de l'aspect opérationnel des activités concrètes de transport, de traitement et de commercialisation des minéraux tirés de la Zone¹⁰. En bref, à l'origine et sur le papier, le régime de la Zone laissait de côté les intérêts individuels des Etats au bénéfice d'une communautarisation marquée.
9. Or, ce régime inédit et révolutionnaire, longuement négocié lors de la troisième conférence sur le droit de la mer dont est issue la Convention de Montego Bay, n'a jamais vu le jour tel quel. En raison d'une vive opposition américaine et afin que la Convention de Montego Bay puisse entrer enfin en vigueur, un accord a été adopté en 1994¹¹, qui est revenu sur les aspects les plus importants de la Convention quant à l'exploitation de la Zone, pour se contenter en définitive d'un schéma bien plus classique laissant la place aux ini-

5 Sur cette partie cf. N. Aloupi, « Les Etats et les espaces maritimes », *Questions internationales, Géopolitique des océans*, n° 107-108, mai-août 2021, pp. 19-25, d'où sont tirés certains des développements qui suivent.

6 J. Combacau, *Le droit international de la mer*, coll. « Que-sais-je ? », n° 2257, PUF, 1985, p. 26.

7 *Ibid.* p. 28.

8 Propriété sur les minerais, le processus et résultat de l'extraction, pas les ressources naturelles en tant que telles.

9 L'article 1er de la CNUDM définit les « activités menées dans la Zone » comme « toutes les activités d'exploration et d'exploitation des ressources de la Zone ». Les ressources visées à l'article 1er sont définies à l'article 133 de la CNUDM comme « toutes les ressources minérales solides, liquides ou gazeuses *in situ* qui, dans la Zone, se trouvent sur les fonds marins ou dans leur sous-sol, y compris les nodules polymétalliques ».

10 Sur la Zone, voir articles 136-149 de la Convention de Montego Bay.

11 Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, conclu à New York le 28 juillet 1994.

tiatives unilatérales des Etats et gommant certaines des particularités de l'internationalisation positive. Et ce alors même que finalement les Etats-Unis ne sont jamais devenues partie à la Convention... A la suite de cet accord, le rôle de l'Entreprise en tant que bras commercial de l'AIFM fut suspendu et ce sont en définitive les Etats et les entreprises privées patronnées par eux qui mènent à l'heure actuelle les activités dans la Zone, à savoir pour l'instant son exploration, en vue d'une potentielle future exploitation.

10. Quoi qu'il en soit, l'ensemble du régime juridique ainsi décrit ne concerne pour l'instant que les activités d'exploration qui ont d'ores et déjà lieu dans la Zone. Mais son importance et ses enjeux majeurs se feront bien davantage sentir dans l'hypothèse d'une exploitation future, dont le cadre juridique sera également crucial.

B. Le cadre juridique des activités dans la Zone

11. Depuis sa création, la Commission juridique et technique de l'AIFM (ci-après CJT) a élaboré trois règlements, qui ont été adoptés par le Conseil et approuvés par l'Assemblée : 1) Règlement sur la prospection et l'exploration des nodules polymétalliques dans la zone ; 2) Règlement sur la prospection et l'exploration des sulfures polymétalliques et 3) Règlement sur la prospection et l'exploration des croûtes de ferromanganèse riches en cobalt dans la région. Ils constituent le socle du cadre juridique actuel pour l'exploration, seule activité pour l'instant entreprise dans la Zone par les trente contractants actuels.
12. Celui-ci est complété par plusieurs recommandations relatives à l'évaluation des impacts environnementaux possibles découlant de l'exploration de minéraux marins dans la Zone ; aux programmes de formation dans le cadre des plans de travail pour l'exploration ; à la déclaration des dépenses d'exploration réelles et directes ; au contenu, au format et à la structure des rapports annuels et à la renonciation à des zones faisant l'objet de contrats d'exploration de sulfures polymétalliques ou d'encroûtements de ferromanganèse riches en cobalt.
13. Or, actuellement, c'est évidemment la question de l'exploitation et de son cadre juridique qui est au centre de toutes les préoccupations. Contrairement à l'exploration, qui consiste en :

la recherche, faisant l'objet de droits exclusifs, de gisements de nodules polymétalliques dans la Zone, l'analyse de ces gisements, l'utilisation et l'essai des procédés et du matériel d'extraction, des installations de traitement et des systèmes de transport, et l'établissement d'études des facteurs environnementaux, techniques, économiques, commerciaux et autres à prendre en considération dans l'exploitation¹²,

¹² Article 1, paragraphe 3 (a) commun à Décision de l'Assemblée concernant le Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des sulfures polymétalliques dans la Zone, 4 mai 2010, ISBA/16/A/12/Rev.1*, article 1, paragraphe 3 (e) ; Décision de l'Assemblée de l'Autorité internationale des fonds marins concernant le Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des encroûtements cobaltifères de ferromanganèse dans la Zone, 22 octobre 2012, ISBA/18/A/11 ; Décision du Conseil de l'Autorité internationale des fonds marins concernant les modifications à apporter au Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques dans la Zone et des questions connexes, 22 juillet 2013, ISBA/19/C/17. Nous soulignons.

l'exploitation est :

la collecte à des fins commerciales de nodules polymétalliques dans la Zone et l'extraction des minéraux qu'ils contiennent, notamment la construction et l'exploitation de systèmes d'extraction minière, de traitement et de transport pour la production et la vente de minéraux¹³.

À l'évidence, les enjeux sont complètement différents entre les deux activités. En effet, l'exploration a des effets nocifs très limités sur l'environnement marin lorsqu'elle est utilisée ponctuellement. En revanche, l'exploitation minière aura, quant à elle, indéniablement et inévitablement des impacts sur l'environnement marin¹⁴, mais dont l'ampleur et l'étendue demeurent à ce jour relativement inconnues, l'état des connaissances ne permettant pas d'en préciser l'intensité et la capacité de résilience des écosystèmes restant encore peu documentée.

14. Les modalités de l'élaboration d'un projet de Règlement d'exploitation des ressources minérales dans la Zone (instrument principal du Code minier) ont été envisagées par l'AIFM dès 2011. En 2013 le Secrétariat a soumis un rapport¹⁵ y relatif au Conseil. Il a également produit une étude technique¹⁶. La CJT a rédigé en 2015 un premier projet¹⁷, qui fut retravaillé et enrichi lors des sessions suivantes. En mars 2019, elle l'a enfin soumis au Conseil pour examen et éventuelle approbation. Or, eu égard aux enjeux majeurs du projet de Règlement d'exploitation et à la très forte polarisation étatique, les négociations s'avèrent beaucoup plus complexes, laborieuses et chronophages, notamment en raison des questions épineuses des clauses financières, du partage des bénéfices et des clauses environnementales. Le projet du Code minier est alors toujours en cours de négociation au sein du Conseil, qui a créé en 2020 cinq groupes de travail informels consacrés à chacun des grands thèmes du projet¹⁸. En juillet 2023, le Conseil a indiqué qu'il « entend[ait] poursuivre l'élaboration [du Code minier] en vue de [son] adoption lors de la trentième session de l'Autorité [c'est à dire en 2025] ». Il ajoutait en annexe un plan de travail indicatif¹⁹. Lors de la vingt-neuvième session, en 2024, fut pour la première fois examinée la version consolidée du Règlement. Le Code n'a toutefois pas pu être adopté lors de la trentième session en 2025, les points d'achoppement et de divergence entre les Etats étant encore trop nombreux. Les négociations doivent reprendre en mars 2026.
15. En attendant, la CJT élabore actuellement d'autres recommandations (notamment sur les seuils environnementaux) pour compléter le cadre juridique des activités dans la Zone. Par ailleurs, le projet de Règlement sur l'exploitation prévoit l'élaboration de normes et de lignes directrices spécifiques pour soutenir sa mise en œuvre. Les normes seront obligatoires pour les contractants et l'Autorité, tandis que les lignes directrices constitueront des recommandations non

13 *Ibid.*, article 1 paragraphe 3 (b). Nous soulignons.

14 Par exemple destruction durable de l'habitat et de la faune associée, modification du pH et de la température ou encore pollution acoustique, lumineuse, et électromagnétique.

15 *Vers l'élaboration d'un règlement relatif à l'exploitation des nodules polymétalliques dans la Zone*, document ISBA/19/C/15 du 25 mars 2013.

16 ISA, *Towards the Development of a Regulatory Framework for Polymetallic Nodule Exploitation in the Area*, Technical Study 11, Kingston, Jamaica, 2013, 83 p.

17 CJT, *Projet de règlement relatif à l'exploitation des ressources minérales dans la Zone*, 22 mars 2019. ISBA/25/C/WP.1.

18 Pendant la 28ème session (2023), huit groupes de travail intersession sont actifs sur des sujets tels que les taxes sur le transfert de droits des contrats, l'élaboration du système d'inspection, la standardisation des processus de consultation des parties prenantes, les obligations des Etats côtiers, le patrimoine culturel subaquatique, les tests miniers, les plans de clôture, ou la révision du texte de certaines réglementations.

19 Décision du Conseil concernant le calendrier pour donner suite à l'expiration de la période de deux ans prévue au paragraphe 15 de la section 1 de l'annexe à l'Accord relatif à l'application de la partie XI, 21 juillet 2023. ISBA/28/C/24.

contraignantes²⁰. La CJT a recommandé, et le Conseil a approuvé, une approche pour leur développement axée sur les résultats (*outcome-based approach*), les normes et les lignes directrices devant être élaborées en plusieurs phases. Les dix premières normes et lignes directrices de la phase 1 ont été préparées par la Commission et soumises à l'examen du Conseil en 2022²¹. Lors de la session de mars 2025, le Conseil a abordé la question de la révision desdites normes et lignes directrices. La discussion n'a pas beaucoup avancé sur ce point en juillet 2025, mais un projet actualisé sur la liste des standards et directives a été présenté²².

16. En bref, en dépit de la non-adoption pour l'instant du Code minier, l'on n'est pas en présence d'un vide juridique pour ce qui est de l'exploitation de la Zone, mais bien au contraire d'un véritable acquis de normes juridiques et de la *soft law*, constitué bien évidemment de la CNUDM et de l'Accord de 1994, mais également des règlements d'exploration et de tous les documents qui gravitent autour applicables par analogie. Cela étant dit, c'est le Règlement sur l'exploitation qui posera le véritable cadre juridique, indispensable, et c'est la raison pour laquelle le Conseil insiste autant sur le besoin de ne pas commencer l'exploitation avant d'avoir adopté le Règlement la régissant.

II. La gouvernance multilatérale dans l'hypothèse d'une exploitation de la zone grands fonds marins (et sa remise en cause...)

17. Ce système de gouvernance multilatérale mis en place par la Convention de Montego Bay, qui fait de l'AIFM l'incarnation institutionnelle²³ du régime juridique de la Zone (A) est fortement remis en question actuellement dans un contexte politique et diplomatique particulièrement tendus (B).

A. Les organes et outils de la gouvernance multilatérale des activités dans la Zone

18. Pour ce qui est de la gouvernance de l'exploitation de la Zone, outre l'élaboration du cadre juridique, l'existence de l'AIFM permet une internationalisation et une centralisation assez inédites du contrôle général des activités qui y sont menées ou qui le seront à l'avenir. L'article 153 de la Convention de Montego Bay, prévoit que les activités, dans la Zone, sont organisées, menées et contrôlées par l'Autorité pour le compte de l'humanité tout entière. Elles sont menées selon un plan de travail formel et écrit et approuvé par le Conseil de l'AIFM après examen par sa CJT²⁴, qui sont les deux organes les plus actifs — aux côtés bien évidemment du Secrétariat — de la gouvernance mise en place par l'AIFM.

19. L'Autorité exerce sur les activités menées dans la Zone le contrôle nécessaire pour assurer le respect des dispositions pertinentes de la Convention. Les Etats parties quant à eux l'aident en prenant toutes les mesures nécessaires pour assurer le respect de ces textes. Ils ont

20 *Rapport de la présidence de la CJT sur les travaux de la Commission à la seconde partie de sa vingt-quatrième session*, 11 juillet 2019. ISBA/25/C/19/Add.1, section IV.A et annexe.

21 *Rapport de la présidence de la CJT sur les travaux de la Commission durant la première partie de sa trentième session*, 14 mars 2025. ISBA/30/C/CRP.4 *Draft list of Standards and/or Guidelines associated with the draft regulations on exploitation of Mineral resources in the Area*, 23 March 2025.

22 *Updated draft list of Standards and/or Guidelines associated with the draft regulations on exploitation of Mineral resources in the Area*, 11 July 2025, ISBA/30/C/CRP.5.

23 Expression d'Elie Jarmache.

24 Parmi les six organes principaux de l'AIFM (l'Assemblée, le Conseil, le Secrétariat, l'Entreprise, le Comité des finances et la Commission juridique et technique), les deux centraux pour ce qui est de l'élaboration du cadre juridique de la potentielle exploitation des grands fonds marins et de sa mise en œuvre sont le Conseil et la CJT, pour le fonctionnement desquels l'apport du Secrétariat est essentiel. Ce sont ces deux organes qui se réunissent à Kingston au moins deux fois par an (voire trois pour le Conseil) pendant quinze jours chacun à chaque fois afin, notamment, d'élaborer ledit cadre juridique. Les réunions de la CJT précèdent généralement les sessions du Conseil.

par ailleurs la charge de contrôler les activités menées par des entités privées. Dans son avis consultatif du 1^{er} février 2011²⁵, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer (ci-après TIDM) a précisé que le manquement du contractant patronné à ses obligations n'engage pas automatiquement la responsabilité de l'Etat qui patronne ; la responsabilité internationale de ce dernier n'est en effet engagée, selon la Chambre, que lorsqu'il y a manquement à ses obligations « propres », qui lui incombent en vertu de la convention et des instruments qui s'y rapportent²⁶. Elle a qualifié par ailleurs les obligations de l'Etat qui patronne comme obligations de diligence requise.

20. Mais indépendamment du rôle des Etats, l'AIFM constitue un exemple de gouvernance mondiale exceptionnel. La CJT notamment exerce de fonctions de contrôle, suivi, surveillance ou *compliance*. En effet, elle évalue les demandes de plans de travail d'exploration (et à terme, le cas échéant, d'exploitation), et émet des recommandations en vue de leur approbation ou non par le Conseil. Par ailleurs, la CJT, dans une fonction de *compliance* et de supervision des activités d'exploration ou à l'avenir d'exploitation minière évalue également les rapports annuels d'activités des contractants afin de vérifier s'ils respectent bien leurs obligations contractuelles et participe à l'évaluation des rapports périodiques sur les plans de travail et programmes d'activités pour cinq ans. Elle est celle qui connaît le mieux quels contractants présentent un risque de *non-compliance* ou *non-performance* (inobservation ou inadéquation/insuffisance²⁷) et qui peut alors informer le Conseil dans ce sens. L'identification des contractants posant un tel risque de non-conformité est une demande récurrente du Conseil envers la Commission ces dernières années²⁸. Dès 2017, le Conseil a prié le secrétariat ou la Commission de fournir des précisions supplémentaires concernant les cas dans lesquels un contractant n'avait pas observé une exigence spécifiquement formulée dans une lettre adressée par le Secrétaire général, notamment des précisions relatives au contractant concerné et aux cas répétés d'inobservation, ainsi que des recommandations sur les mesures à prendre en conséquence. En juillet 2025, après avoir suivi un processus robuste d'évaluation et d'échange de vues²⁹ avec les contractants identifiés comme posant potentiellement un risque d'inobservation ou d'inadéquation ou d'insuffisance des résultats au regard d'un plan de travail approuvé, la Commission a, pour la première fois, nommé au Conseil ceux qui posent un tel risque³⁰.

21. La Convention de Montego Bay prévoit également un « examen périodique » des contractants de la part de l'Autorité, puisque tous les cinq ans l'Assemblée de l'AIFM procède à un examen général et systématique de la manière dont le régime international de la Zone a fonctionné dans la pratique. A la lumière de cet examen, l'Assemblée peut prendre ou recommander à d'autres organes de prendre des mesures conformes aux dispositions et procédures prévues dans la Convention permettant d'améliorer le fonctionnement du régime³¹.

25 TIDM, Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins)*, avis consultatif du 1^{er} février 2011.

26 *Ibid.*, § 181. Cf. §§ 107-120, notamment §§ 109-110.

27 Sur cette distinction, voir Conseil, *Informations concernant le respect par les contractants des plans de travail relatifs à l'exploration*, 16 janvier 2018, §§ 18 et 19. ISBA/24/C/4.

28 *Ibid.* Voir aussi: *Décision du Conseil de l'AIFM concernant les rapports de la présidence de la CJT*, 11 novembre 2022. ISBA/27/C/44; *Décision du Conseil de l'AIFM concernant les rapports de la présidence de la CJT*, 8 novembre 2023. ISBA/28/C/27 § 5.

29 CJT, *Dispositions visant à faciliter les échanges de vues entre les contractants et les membres de la Commission juridique et technique*, 19 avril 2024. ISBA/29/LTC/6.

30 *Rapport de la présidence de la CJT sur les travaux de la Commission durant la deuxième partie de sa trentième session*, 7 juillet 2025, § 9. ISBA/30/C/4/Add.1

31 Article 154 de la Convention de Montego Bay.

22. L'ensemble de ces dispositions met alors en place des bases solides pour une gouvernance multilatérale des activités dans la Zone. Et ce d'autant plus que la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du TIDM vient compléter ce régime. En effet, en vertu de l'article 187 de la Convention de Montego Bay, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a compétence pour connaître des différends portant sur des activités menées dans la Zone entre les Etats parties, entre un Etat partie et l'Autorité ou même entre une entité privée patronnée par un Etat et l'Autorité. Dans la mesure où la Partie XV de la Convention met en place un mécanisme de règlement « obligatoire » des différends, cette disposition permet le contrôle juridictionnel des activités, y compris étatiques, dans la Zone.
23. En somme, il existe une véritable gouvernance internationale, multilatérale, centralisée et institutionnalisée, pour ce qui des activités *lato sensu* dans la Zone. Mais celle-ci est malheureusement remise en question actuellement.

B. La remise en question de la gouvernance multilatérale dans l'hypothèse de l'exploitation de la Zone

24. L'importance d'un tel véritable modèle de gouvernance multilatérale avec des pouvoirs centralisés et institutionnalisés normatifs, para-normatifs et de contrôle/*compliance* s'est faite particulièrement sentir ces dernières années. Après des décennies d'oubli relatif, les possibilités d'extraction minière des grands fonds marins suscitent, de la part du secteur privé et des gouvernements, un regain d'intérêt dû à la fois aux avancées technologiques et à l'augmentation de la demande de minerais. Les oppositions actuelles sont notamment relatives à l'équilibre indispensable à trouver (voire à la question de savoir s'il est même possible d'en trouver un) entre exploitation des grands fonds marins (et toutes les promesses de celle-ci pour, entre autres, la transition énergétique) et préservation du milieu marin. En l'absence de connaissances scientifiques suffisantes, le débat n'en devient que plus complexe. Si l'exploitation est explicitement prévue par Convention de Montego Bay, il est également prévu qu'en ce qui concerne les activités menées dans la Zone, les mesures nécessaires doivent être prises conformément à la Convention pour protéger efficacement le milieu marin des effets nocifs que pourraient avoir ces activités (article 145).

25. Les négociations du Code minier se font dans un contexte très tendu et politiquement chargé. Les Etats sont très divisés, sous forte pression du côté de l'industrie d'une part (qui menace de recours devant le TIDM pour violation notamment de leurs attentes légitimes³²) et des ONG de l'autre (qui multiplient les appels pour un moratoire³³). Les négociations sont dès lors laborieuses et chronophages. Actuellement, trente-et-un Etats prônent la « pause de précaution » ou « un moratoire », alors que la France appelle aussi à une « interdiction totale »³⁴.

32 TMC, *CEO Statement on ISA and USA*, March 2025. <https://metals.co/ceo-statement-on-isa-and-usa/>.

33 PEW, *Seabed Mining Moratorium Is Legally Required by U.N. Treaty, Legal Experts Find*, 30 June 2023, <https://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/fact-sheets/2023/06/seabed-mining-moratorium-is-legally-required-by-un-treaty-legal-experts-find>.

34 Discours du Président Macron prononcé le lundi 7 novembre 2022 à l'occasion de l'ouverture de la COP27 sur le climat (27e conférence des parties à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques) : <https://onu.delegfrance.org/discours-du-president-de-la-republique-a-l-occasion-de-la-cop-27>.

26. Or, en 2021, Nauru, l'Etat patronnant de NORI, filiale de la société canadienne TMC, a déclenché la « clause de deux ans » prévue dans l'Accord de 1994 relatif à l'application de la Partie XI de la CNUDM (Section 1, paragraphe 15, al. a) b) et c) de l'Accord). Cette « clause »³⁵ dispose que si un Etat demande au Conseil de l'AIFM d'élaborer des règles, règlements ou procédures d'exploitation car un de ses ressortissants entend présenter une demande d'exploitation, le Conseil a deux ans pour les adopter. À défaut :

il doit néanmoins examiner et approuver provisoirement [cette demande] sur la base des dispositions de la Convention ainsi que des règles, règlements et procédures qu'il a pu adopter à titre provisoire, ou sur la base des normes énoncées dans la Convention [...] et du principe de la non-discrimination entre contractants.

27. Le délai de deux ans a expiré le 9 juillet 2023. Nauru a fini à l'époque par déclarer qu'il n'introduirait pas de demande d'exploitation tant qu'un cadre juridique abouti et protecteur de l'environnement ne soit pas adopté³⁶. Or, le 12 novembre 2024, TMC a annoncé officiellement que NORI allait déposer sa demande d'exploitation le 27 juin 2025³⁷, alors que Nauru demandait au Conseil d'ajouter à l'ordre du jour de sa prochaine session la discussion sur le processus à suivre le cas échéant.

28. Au sein de l'AIFM, lors de la première partie de la trentième session de mars 2025, cette discussion n'a pas pu être véritablement approfondie, mais la Secrétaire générale de l'AIFM et les Etats du Conseil ont fortement exprimé leur attachement au multilatéralisme et au mandat exclusif de l'AIFM, ainsi qu'au statut de la Zone en tant que patrimoine commun de l'humanité³⁸, afin de répondre à l'annonce de TMC du 27 mars 2025 selon laquelle elle s'apprêtait à demander une autorisation d'exploitation de la Zone aux Etats-Unis³⁹. A l'évidence, TMC voulait à tout prix mettre la pression à l'Autorité pour l'adoption immédiate du Code minier et, le cas échéant, l'approbation de la demande d'exploitation de sa filiale NORI, adoptant dans ses communications des raisonnements tirés du droit international des investissements et des attentes légitimes des investisseurs (en l'espèce des contractants ayant investi pendant des années à l'exploration de la Zone) et menaçant de saisir la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins en cas de refus de l'AIFM.

29. Cette annonce fut le premier coup contre la gouvernance multilatérale de l'AIFM, mais malheureusement pas le dernier. Le décret américain du 24 avril 2025 et le dépôt par TMC USA auprès de NOAA d'une demande d'exploitation complètent le tableau. La zone d'application du permis de récupération commerciale couvre une superficie totale combinée de 25.160 kilomètres carrés dans la zone de Clarion-Clipperton dans le Pacifique, connue pour sa concentration en nodules polymétalliques. Une triste première qui marque l'histoire

35 Section 1, paragraphe 15, al. a) b) et c) de l'Accord de 1994.

36 Déclaration du Président du Conseil sur les travaux du Conseil pendant la troisième partie de la vingt-septième session, 14 décembre 2022, ISBA/27/C/21/Add.2, paragraphes (13) et (18).

37 TMC, *TMC Announces June 27, 2025 Submission Date for Subsidiary NORI's ISA Application, and Expanded Company Strategy*, 12 November 2024, <https://investors.metals.co/news-releases/news-release-details/tmc-announces-june-27-2025-submission-date-subsidiary-noris-isa/>.

38 ISA press release, *The Council of the International Seabed Authority concludes Part I of its thirtieth session*, 29 March 2025, <https://www.isa.org.jm/news/the-council-of-the-international-seabed-authority-concludes-part-i-of-its-thirtieth-session/>.

39 TMC, *The Metals Company to Apply for Permits under Existing U.S. Mining Code for Deep-Sea Minerals in the High Seas in Second Quarter of 2025*, 27 March 2025, [https://investors.metals.co/news-releases/news-release-details/metals-company-apply-permits-under-existing-us-mining-code-deep/#:~:text=\(Nasdaq%3A%20TMC\)%20\(%E2%80%9C,process%20with%20NOAA%20under%20the](https://investors.metals.co/news-releases/news-release-details/metals-company-apply-permits-under-existing-us-mining-code-deep/#:~:text=(Nasdaq%3A%20TMC)%20(%E2%80%9C,process%20with%20NOAA%20under%20the)

du droit international et du multilatéralisme, en les méprisant ouvertement et en remettant en cause la gouvernance de l'AIFM pour ce qui est des activités d'exploitation dans la Zone. TMC a annoncé le 30 mai 2025 que la NOAA a affirmé la *substantial compliance* de leur demande, ce qui laissait présager une autorisation imminente. Depuis, le rythme semble quelque peu se ralentir, dans la mesure où l'administration américaine souhaite adopter une réglementation d'exploitation nationale (équivalente à un code minier) avant la délivrance des licences. Mais le contexte n'en demeure pas moins fort préoccupant.

30. Certes, la question de la conformité dudit décret américain au droit international ne concerne que ses stipulations relatives à l'exploitation des grands fonds marins au-delà des limites de la juridiction des Etats-Unis. Autrement dit, pour tout ce qui est de l'exploitation du Plateau continental américain, y compris de leur Plateau continental étendu au-delà des 200 milles marins, dont la délinéation a eu lieu en 2023 de manière unilatérale⁴⁰, le décret ne pose pas de difficulté eu égard au droit de la mer. En effet, les Etats-Unis y exercent des droits souverains exclusifs et leur juridiction.
31. Quant à l'exploitation de la Zone, au-delà donc des limites de la juridiction américaine, une distinction doit être faite entre obligations conventionnelles et obligations coutumières. Pour ce qui est des premières, les Etats-Unis ne sont pas partie à la Convention de Montego Bay et ne sont donc pas liés par le régime mis en place par sa Partie XI. Ils ne sont pas partie non plus à l'Accord de 1994 relatif à l'application de la Partie XI de la CNUDM, qu'ils n'ont jamais ratifié. Néanmoins, ils sont signataires dudit Accord, ce qui, en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités codificatrice du droit coutumier, signifie qu'ils sont à tout le moins liés par l'obligation prévue dans son article 18 de ne pas priver le traité de son objet de son but, puisqu'ils n'ont pas explicitement manifesté leur intention de ne jamais devenir partie, bien au contraire⁴¹. Or, un contournement unilatéral de tout le régime mis en place par la Partie XI de la CNUDM peut être considéré comme privant l'Accord de 1994 relatif à l'application de cette dernière de son objet et de son but.
32. Quant à leurs obligations coutumières, les Etats-Unis n'étant pas partie à la Convention, la question est celle de savoir si le régime de la Zone en tant que patrimoine commun de l'humanité (non soumise donc aux libertés traditionnelles de la haute mer) et, le cas échéant, le mandat de l'AIFM, ont acquis le statut des règles coutumières. Si la réponse peut paraître moins évidente pour ce qui est du mandat exclusif de l'AIFM — une organisation internationale mise en place par une Convention à laquelle les Etats-Unis ne sont pas partie (bien que le précédent de l'Avis consultatif de 1949 de la CIJ relatif aux réparations des dommages subis au service des Nations unies semble pouvoir être mobilisé pour ce qui est à tout le moins de l'opposabilité aux tiers de la personnalité juridique internationale de l'AIFM) — elle semble bien plus aisée concernant le régime de la Zone. Non seu-

40 Les Etats-Unis n'étant pas soumis à la procédure de la CNUDM devant la Commission des limites du plateau continental ; titre et date ? https://www.state.gov/wp-content/uploads/2023/12/ECS_Executive_Summary.pdf

41 Office of the Staff Judge Advocate, The U.S. Position on the U.N. Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), *International Law Studies*, vol. 97, 2021 (97 INT'L L. STUD. 81 (2021)). <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2949&context=ils>.

lement la CNUDM, qualifiée de véritable « Constitution » des océans, est un instrument universel avec 170 parties (169 Etats et l'UE), dont la pratique et l'*opinio juris* semblent constantes concernant le rôle de l'AIFM quant aux activités dans la Zone depuis plus de 30 ans, mais de surcroît les Etats-Unis sont observateurs actifs à l'AIFM et, surtout, le site du NOAA se réfère à la Convention de Montego Bay comme reflétant le droit coutumier pour présenter les différentes zones maritimes, en distinguant notamment entre haute mer et Zone⁴². Tout ceci semble indiquer qu'ils acceptent comme coutumier à tout le moins le régime distinct de cette dernière et que, en dépit de leur rejet de la Partie XI de la Convention de Montego Bay, ils ne peuvent guère être considérés comme objecteur persistant de la qualification de la Zone comme patrimoine commun de l'humanité.

33. Cela étant dit, aucun de ses éléments ne peut dans les faits empêcher qu'une société privée se lance, avec licence américaine, dans l'exploitation de la Zone, en dehors du système de gouvernance multilatérale de l'AIFM. Un tel unilatéralisme serait fort regrettable, mais à condition que les Etats-Unis cherchent à respecter les caractéristiques du régime du patrimoine commun de l'humanité (pour ce qui est plus particulièrement du respect des principes environnementaux et du partage des bénéfices, ce qui est tout de même particulièrement complexe à mettre en œuvre de manière unilatérale !), il semble malheureusement possible. Et ce d'autant plus qu'il n'y a pas vraiment de *forum* pour un contentieux éventuel, afin de contester l'action unilatérale américaine, puisqu'ils ne sont pas liés par le mécanisme obligatoire de règlement des différends de la Partie XV de la Convention, ni par une Déclaration facultative reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice (CIJ). Ce n'est donc que par compromis qu'ils peuvent se trouver devant le juge international, hypothèse très peu probable. La seule voie serait celle d'un avis consultatif du TIDM ou de la CIJ, qui n'aurait à l'évidence pas le même poids qu'un arrêt condamnant les Etats-Unis.
34. Quoi qu'il en soit, NORI n'a en définitive pas déposé de demande d'exploitation le 27 juin 2025 auprès de l'AIFM et il semble qu'ils se contenteront pour l'instant d'une future demande d'extension de leur contrat d'exploration. Ce qui évidemment n'a rien d'anodin dans la mesure où leur contrat d'exploration concerne le même bloc que la demande d'exploitation déposée par TMC USA à la NOAA américaine... La CJT, chargée de l'examen de la demande d'extension afin d'émettre des recommandations pour le Conseil, devra jouer à cet égard un rôle particulièrement sensible. En effet, le Conseil dans sa décision de juillet 2025 concernant les rapports de la présidence de la CJT :

demande instamment à la Commission (...) d'accorder une attention particulière au non-respect éventuel par les contractants de l'obligation selon laquelle eux-mêmes, leurs employés, sous-traitants, agents et toutes les personnes travaillant ou agissant pour eux dans la

42 NOAA, *Seabed Activities*, 10 July 2025. <https://www.noaa.gov/seabed-activities>.

conduite des opérations effectuées en vertu de leurs contrats d'exploration observent le droit applicable, en particulier lorsque ce non-respect éventuel peut résulter d'actions directes ou indirectes liées à des activités menées dans la Zone, y compris les obligations contractuelles d'agir conformément au cadre juridique multilatéral établi par la Convention et l'Accord⁴³.

35. En somme, même s'il semble difficile de rester optimiste quant à cet ambitieux modèle de gouvernance, qui risque un véritable effondrement, alors qu'il est absolument indispensable dans l'hypothèse d'une exploitation de la Zone, le multilatéralisme n'a pas dit son dernier mot. Dans une époque malheureusement beaucoup trop marquée par la remise en cause constante du droit international, de manière générale, et spécifiquement pour ce qui est de l'exploitation de la Zone, le rôle de l'AIFM doit autant que possible être préservé et mis en valeur.

⁴³ *Décision du Conseil concernant les rapports de la présidence de la CJT*, 21 juillet 2025, ISBA/30/C/19, §§ 9 et 10.

Marie Nioche

Maître de conférences, Université Paris Nanterre et membre du Centre de Droit International de Nanterre (CEDIN)

La directive vigilance (CS3D) contraint les entreprises à prévenir les risques engendrés par l'exploitation des ressources naturelles et à diffuser la vigilance, notamment *via* le contrat, le long de leurs chaînes d'activités. Des mécanismes de *public* et de *private enforcement* sont mis en place. Le contrat international et le contentieux international privé — judiciaire et arbitral — deviennent ainsi des outils de régulation des chaînes transnationales de valeur. Les règles de droit international privé — et la pratique arbitrale — doivent cependant évoluer pour s'adapter à cette mutation. À défaut, l'effectivité du devoir de vigilance européen ne sera pas garantie, en particulier à l'égard des entreprises non européennes.

Mots-clefs Devoir de vigilance Directive CS3D Directive vigilance Directive Omnibus
 Droit international privé Contentieux international Arbitrage Contrat
 Ressources naturelles Entreprises multinationales Chaînes transnationales de valeur

1 V. not. M. Nioche, « Responsabilité sociétale des entreprises et compétence civile extraterritoriale », in A. Miron, B. Taxil (dir.), SFDI, Colloque d'Angers, *Extraterritorialités et droit international*, Pedone, Paris, 2020, pp. 233-261 ; sur la jurisprudence anglaise, v. également C. Bright, « Le devoir de vigilance de la société mère dans la jurisprudence anglaise », *Droit social*, 2017, pp. 828 et s. ; B. Parance, E. Groulx, V. Chatelin, « Devoir de vigilance - Regards croisés sur le devoir de vigilance et le *duty of care* », *JDI*, 2018, doct. 2, spéc. n° 11 ; J. Camy, *La diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux : étude de droit français et de droit anglais (devoir de vigilance et duty of care)*, Thèse, Univ. Paris Nanterre, 2022.

2 Cour supérieure de l'Ontario, *Choc v. HudBay Minerals Inc. et al.* (2013 CSON 998).

3 Cour Suprême du Canada, 28 janvier 2020, *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5. V. déjà Cour d'appel de Colombie Britannique, *Araya v. Nevsun Resources Ltd.* (2017 BCCA 401).

4 Cour suprême du Royaume-Uni, *Vedanta Resources PLC and another v. Lungowe and others*, 10 avril 2019, [2019] UKSC 20.

5 Cour suprême du Royaume-Uni, *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3. V. aussi : Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, *His Royal Highness Okpabi v. Royal Dutch Shell*, [2018] EWCA (Civ) 191.

6 Cour d'appel de La Haye, ch. civile, 12 nov. 2024, *JCPE*, 2024, p.1374, comm. J.-B. Barbiéri et A. Touzain ; *EEL*, 2025, n°2, étude 4, comm. F.-G. Trébulle. V. aussi le jugement du tribunal de district de la Haye, 26 mai 2021, *Assoc. Vereniging Milieudefensie, Greenpeace Pays-Bas, ActionAid c. Royal Dutch Shell, EEL* 2021, comm. 86, n° 11, note F.-G. Trébulle.

The Directive on due diligence obliges companies to prevent the risks arising from the exploitation of natural resources and to impose, notably via contracts, due diligence obligations throughout their chains of activity. Public and private enforcement mechanisms have been put in place. International contracts and private international litigation — judicial and arbitral — are thus becoming tools for regulating transnational value chains. However, private international law — and arbitration practice — must evolve to adapt to this mutation. Otherwise, the effectiveness of the Directive on due diligence will not be guaranteed, particularly with regard to non-European companies.

1. Les atteintes à l'environnement ou aux droits humains engendrées par l'exploitation des ressources naturelles sont connues. Commises par des multinationales occidentales, dans des pays en développement, à travers une entité juridiquement autonome, elles restent souvent impunies. De même, aucun compte n'est demandé quant aux émissions de CO2 engendrées.
2. La jurisprudence sur le *duty of care*, qui a fait entrer le devoir de vigilance dans le droit dur des pays de *common law* et aux Pays-Bas¹, visait précisément à sanctionner des violations, des droits humains ou de l'environnement, par des entreprises occidentales exploitant les ressources naturelles de pays en développement. On songe notamment aux affaires *Choc c. Hudbay*² et *Araya c. Nevsun*³ au Canada. À l'affaire *Vedanta*, en Grande-Bretagne⁴. Ou encore aux affaires *Shell*, en Grande-Bretagne⁵ et aux Pays-Bas⁶. Ces affaires ont

7 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JO, 28 mars 2017, n° 0074.

8 Loi allemande sur le devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement, *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)*, adoptée le 11 juin 2021, entrée en vigueur le 1er janvier 2023.

9 Loi norvégienne sur la transparence, *Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold "åpenhetsloven"*, ("Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions" or "Transparency Act"), adoptée le 10 juin 2021 et entrée en vigueur le 1er juillet 2022.

10 Directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, JOUE, 5 juillet 2024 (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*), dite « directive CS3D » ou « directive vigilance ». La directive est entrée en vigueur le 25 juillet 2024. V. not. A. Ioannidou, « La directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité : simple compromis ou révolution juridique ? », *Rev. UE*, 2024, p. 421 ; A. Gaudemet, Th. Duchesne, « Devoir de vigilance : les apports de la directive européenne sur le droit français », *BRDA*, 1er oct. 2024, n° 19, p. 31 ; B. Lecourt (dir.), *Le devoir européen de vigilance des sociétés, La prise en compte des droits de l'homme et de l'environnement dans les chaînes d'activités*, Dalloz, Paris, 2025.

11 Colloque du 5 novembre 2024, « L'exploitation des ressources naturelles à l'épreuve de la transition énergétique », organisé par le Centre de Droit International de Nanterre (CEDIN), sous la direction scientifique de R. Legendre et D.-S. Robin.

12 S. Clavel, « La directive Devoir de Vigilance (CS3D), entre ambition politique et réalisme économique », *JDI*, 2025, doct. 1, spéc. para. n°28.

13 V. not. M. Ho-Dac, « *Level playing field* en matière de devoir de vigilance des entreprises : entre harmonisation des droits et coordination des ordres juridiques », *RTD eur.*, 2023, p. 633.

14 V. not. I. Parachkevova-Racine, « Le champ d'application de la directive vigilance quant aux sociétés », in B. Lecourt (dir.), v. *supra* note n°10, pp. 91-107, spéc. para n°25 ; L. Larrière et R. Legendre, « La directive vigilance et le droit international privé », in B. Lecourt (dir.), v. *supra* note n°10, pp. 253-279, spéc. para n°7 ; S. Clavel, v. *supra* note n°12, spéc. para. n°8.

15 V. not. I. Parachkevova-Racine, *ibid.*

16 A. Bradford, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the world*, Oxford University Press, 2020.

17 V. not. S. Clavel, v. *supra* note n°12, spéc. para. n°30. V. aussi : M. Hautereau-Boutonnet, « Le devoir européen de vigilance des sociétés : le pari du contrat », in B. Lecourt (dir.), v. *supra* note n°10, p. 201-217.

braqué les projecteurs sur la fréquence et la gravité des atteintes aux droits humains ou à l'environnement commises par les entreprises des pays du nord exploitant les ressources naturelles des pays du sud.

3. C'est en réaction à cette prise de conscience que la jurisprudence sur le *duty of care* s'est construite. Entraînant dans son sillage le mouvement plus profond et plus global que l'on connaît de « durcissement » du devoir de vigilance. Après la loi française de 2017⁷ puis, en 2021, les lois allemande⁸ et norvégienne⁹, a été adoptée, le 13 juin 2024, la directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité¹⁰. Cette évolution capitale est-elle de nature à changer la donne en matière d'exploitation des ressources naturelles ? C'est la question que les organisateurs du présent colloque¹¹ m'ont posée.
4. La directive vigilance a pour objectif de « mettre un terme, au moins symbolique, à une forme d'exploitation de la mondialisation »¹², dont les multinationales occidentales se sont rendues coupables. Elle vise à les rendre responsables des incidences négatives, sur les droits humains ou l'environnement, des activités qui concourent à créer la valeur dont elles tirent profit. Les entreprises soumises devront ainsi mettre en place des mesures pour prévenir les risques et diffuser la vigilance — notamment *via* le contrat — sur tous les échelons de leurs chaînes transnationales d'activités, en amont comme en aval. À défaut, elles seront sanctionnées et pourront être condamnées à réparer les dommages causés.
5. Seront assujetties aux obligations de vigilance issues de la directive, sous réserve qu'elles dépassent certains seuils, les entreprises européennes mais aussi non-européennes, si elles sont actives sur le marché européen. Indispensable pour préserver le jeu de la concurrence¹³, la soumission des entreprises non européennes permet aussi de diffuser sur la planète les valeurs de l'Union¹⁴. Leur respect sera ainsi une condition *sine qua non*, un ticket d'entrée, si les entreprises d'États tiers prétendent opérer sur le marché européen¹⁵. Par un « effet Bruxelles »¹⁶, observé en matière de données personnelles et qui pourrait se reproduire ici, il est donc possible que la directive ait pour effet de propager la vigilance dans le monde, au-delà de son domaine d'application. C'est en tout cas le « pari »¹⁷ qui est fait.
6. On peut toutefois se demander si le législateur européen s'est donné les moyens de son ambitieux programme politique. La question se posait dès le départ, le texte initialement adopté étant un texte de compromis, fruit du souci de protéger les droits humains, l'environnement et le climat, mais aussi de préserver la compétitivité des entreprises européennes. La question se pose plus encore aujourd'hui, au regard du recul considérable — et préoccupant — auquel on vient d'assister de la part du législateur européen, *via* deux directives

18 Directive (UE) 2025/794 du 14 avril 2025 (« Omnibus ») modifiant les directives (UE) 2022/2464 et (UE) 2024/1760 en ce qui concerne les dates à partir desquelles les États membres doivent appliquer certaines obligations relatives à la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises et au devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.

19 Résolution législative du Parlement européen du 16 décembre 2025 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 et (UE) 2024/1760 en ce qui concerne certaines obligations relatives à la publication d'informations en matière de durabilité et au devoir de vigilance applicables aux entreprises (COM(2025)0081 – C10-0037/2025 – 2025/0045(COD)). V. également : Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 16 décembre 2025 en vue de l'adoption de la directive (UE) 2025/... du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 et (UE) 2024/1760 en ce qui concerne certaines obligations relatives à la publication d'informations en matière de durabilité et au devoir de vigilance applicables aux entreprises, P10_TC1-COD(2025)0045. V. aussi : Proposition de directive « Omnibus », modifiant les directives 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 et (UE) 2024/1760 en ce qui concerne certaines obligations relatives à la publication d'informations en matière de durabilité et au devoir de vigilance applicable aux entreprises, COM(2025) 81 final, 26 févr. 2025.

20 V. E. Pataut, « Omnibus ? », Édito, *RTD Eur.*, 2025, p. 5 ; M. Tirel, « Reporting extra-financier et devoir de vigilance - Propositions de directives Omnibus : recul majeur en vue pour les directives CSRD et CS3D », *Droit soc.*, avr. 2025, comm. n° 50.

21 Directive CS3D, art. 371, modifié par l'art. 4 para. 14 de la Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 16 décembre 2025 sur la seconde proposition de directive « Omnibus », v. *supra*, note n°19.

22 Directive (UE) 2022/2464 du 14 déc. 2022 mod. le Règlement (UE) n° 537/2014 et les Directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises « *Corporate sustainability reporting directive* ».

23 V. Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 16 décembre 2025 sur la seconde proposition de directive « Omnibus », v. *supra* note n°19, consid. 19 quinquies et art. 4, para. 1 bis, modifiant l'art. 2 de la directive CS3D.

24 Selon les art. 2.1 et 2.2 de la directive CS3D, ainsi modifiée, celle-ci s'appliquera : (i) premièrement aux entreprises européennes ou sociétés mères européennes d'un groupe employant plus de 5 000 salariés et ayant réalisé un chiffre d'affaires annuel mondial de plus de 1,5 milliards (art. 2.1 a et b), (ii) Deuxièmement, aux entreprises non européennes, ou sociétés mères d'un groupe, ayant réalisé dans l'Union européenne un chiffre d'affaires annuel mondial de plus de 1,5 milliards (art. 2.2 a et b), (iii) Enfin, troisièmement, seront éga-

« Omnibus ». La première a été adoptée le 14 avril 2025¹⁸. La seconde a été approuvée par le Parlement européen le 16 décembre 2025¹⁹. Ce recul n'incite guère à l'optimisme²⁰.

7. La directive vigilance prévoyait qu'elle devait être transposée par les États membres deux ans après son entrée en vigueur, soit d'ici le 26 juillet 2026 et qu'elle s'imposerait de façon progressive à partir du 26 juillet 2027. Cependant, reportés d'un an par la première directive « Omnibus », ces délais ont encore été reportés d'une année supplémentaire par la seconde. Les États membres auront donc jusqu'au 26 juillet 2028 pour transposer la directive CS3D, laquelle n'entrera en application qu'à partir du 26 juillet 2029²¹. Par ailleurs, et c'est plus grave, la directive vigilance — de même que celle sur le *reporting* extra-financier²² — a été modifiée en profondeur par la deuxième directive « Omnibus », laquelle vide le texte initial d'une partie de sa substance. D'une part, la seconde directive « Omnibus » réduit drastiquement le champ d'application de la directive vigilance en ce qui concerne les entreprises visées²³. Ne seront en effet soumises que les entreprises européennes dépassant 5000 salariés et un chiffre d'affaires net de 1,5 milliards d'euros et les entreprises non européennes atteignant le même seuil de chiffre d'affaires²⁴. D'autre part, la seconde directive « Omnibus » revoit à la baisse les obligations mises à la charge des entreprises.
8. Au delà de ces rebondissements récents²⁵, l'effectivité du devoir de vigilance issu de la directive, en particulier à l'égard des entreprises non européennes, paraît subordonnée à la résolution de difficultés tenant au droit international privé. Difficultés imparfaitement résolues par la directive vigilance et aggravées par la seconde directive « Omnibus »²⁶. Les législations sur le devoir de vigilance revêtent en effet des caractéristiques originales (nature publique des intérêts défendus ; extraterritorialité et même double extraterritorialité de la directive ; fonction régulatrice des acteurs privés et des litiges internationaux privés)²⁷, dont il résulte une certaine inadaptation des règles générales de droit international privé et la nécessité de règles spéciales²⁸. Pourtant, à la lecture du texte de la directive vigilance, on est frappé par la quasi-absence de règles de droit international privé²⁹. On peut même à présent parler d'une totale absence, l'unique règle en la matière, l'article 29.7, ayant été supprimée par la seconde directive « Omnibus »³⁰. La doctrine avait pourtant alerté le législateur européen³¹ sur les lacunes que comportait à cet égard la proposition de la Commission³². Elle n'a pas été entendue, ou à peine. Les règles de mise en œuvre internationale de la directive, que cette dernière a prévues, sont insuffisantes. S'il perdure, le manque d'attention portée par le législateur européen, aux questions de droit international privé³³ soulevées par le devoir de vigilance, pourrait compromettre la responsabilisation des entreprises — en particulier non européennes — dans l'exploitation des ressources naturelles. Créant par là-même des conditions de concurrence inégales sur le marché européen.

lement soumises, qu'elles soient européennes ou non, les entreprises ou sociétés mères d'un groupe ayant conclu des accords de franchise ou de licence dans l'Union européenne si elles ont réalisé un chiffre d'affaires annuel mondial supérieur à 275 millions d'euros (dans l'Union européenne pour les entreprises non européennes), dont au moins 75 millions d'euros ont été générés par des redevances (art. 2.1 c et 2.2 c).

25 Intervenues après la rédaction de la présente contribution, ces bouleversements y ont été intégrés.

26 V. *infra* para. n°37 et s.

27 V. M. Nioche, « Directive vigilance et spécialisation du droit international privé », in G. Widiez (dir.), *La spécialisation du droit international privé. Réflexion dans le champ du droit des affaires*, Collection Les travaux du CREDIMI, LexisNexis, Paris, 2025, p. 31-56. Sur le rôle central conféré aux acteurs privés et au contentieux privé, v. aussi M. Nioche, « Le contentieux international privé fondé sur le devoir de vigilance : nouvel outil de régulation environnementale ? », in A.-S. Epstein, M. Nioche (dir.), *Le droit économique, levier de la transition écologique ?*, Bruylant, Bruxelles, 2022, pp. 277-308.

28 *Ibid.*

29 Sur ce point, v. aussi S. Clavel, v. *supra* note n°12, spéc. para. n°38.

30 V. *infra* para. n°37 et s.

31 V. not. M. Nioche, « Le contentieux international privé fondé sur le devoir de vigilance : nouvel outil de régulation environnementale ? », v. *supra*, note n°27.

32 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, Bruxelles, 23 février 2022, COM(2022) 71 final.

33 Sur les questions de droit international privé soulevées par la directive vigilance (CS5D) v. not. : S. Clavel, v. *supra* note n°12 ; M. Nioche, « Directive vigilance et spécialisation du droit international privé », v. *supra*, note n°27 ; L. Larrivière et R. Legendre, v. *supra*, note n°14 ; M. Nioche, « Le contentieux international privé fondé sur le devoir de vigilance : nouvel outil de régulation environnementale ? », v. *supra*, note n°27 ; M. Laazouzi, « L'arbitre, le juge et la protection de l'environnement à l'aune de la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2022-2024, Pedone, Paris, 2024 ; O. Boskovic, « Quelle extraterritorialité pour le devoir de vigilance ? », *Revue des Sociétés*, 2023, p. 590 ; O. Boskovic et S. Corneloup, « Les atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement : Faut-il réviser le règlement ? », in M.-E. Ancel, P. de Vareilles-Sommières (dir.), *La révision du règlement Bruxelles I bis*, Société de législation comparée, à paraître 2026, déjà disponible en ligne <https://www.assas-universite.fr/fr/cycle-conferences-revision-reglement-bruxelles-1-bis>

Sur les questions de droit international privé soulevées par la jurisprudence sur le *duty of care* et la loi française de 2017, v. M. Nioche, « Responsabilité sociétale des entreprises et compétence civile extraterritoriale », v. *supra*, note n°1 ; V. Pironon, « Le devoir de vigilance et le droit international privé. Influences croisées », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2028-2020, Pedone, Paris, 2020, p. 223 ; H. Muir Watt, « Devoir de vigi-

9. Les interrogations tenant au droit international privé³⁴ concernent en premier lieu les obligations légales de vigilance (I) qui pèseront sur les multinationales, principales actrices de l'exploitation des ressources naturelles. Elles concernent aussi, en second lieu, les obligations contractuelles de vigilance (II) qui s'imposeront à leurs partenaires commerciaux, directs ou indirects.

I. Exploitation des ressources naturelles et obligations légales de vigilance

10. On verra les nouvelles règles du jeu (A), puis les interrogations tenant au droit international privé (B).

A. De nouvelles règles du jeu

11. La directive sur le devoir de vigilance rebat les cartes et bouleverse les règles du jeu. *Ex ante*, elle contraint les entreprises à prévenir les risques engendrés par l'exploitation des ressources naturelles en mettant à leur charge une série d'obligations légales de vigilance (1°). *Ex post*, elle prévoit des mécanismes de contrôle, de sanctions et de réparation des dommages causés par le non-respect de ces obligations (2°).

1. *Ex ante* : de nouvelles obligations légales

12. Les entreprises assujetties au devoir de vigilance européen devront l'intégrer dans leurs politiques et leurs systèmes de gestion des risques³⁵. Adopter un code de conduite, décrivant les règles et principes à suivre, y compris par leurs filiales et partenaires commerciaux directs et indirects³⁶. Identifier, évaluer et hiérarchiser les atteintes aux droits humains ou à l'environnement, causées — ou susceptibles de l'être — par leur chaîne d'activités³⁷, en tout cas au regard des informations raisonnablement disponibles³⁸. Prendre des mesures pour prévenir ces atteintes, les atténuer ou y mettre un terme³⁹. À cette fin, elles devront, si nécessaire, adopter un plan. Soit un plan d'action en matière de prévention. Soit un plan de mesures correctives. Les entreprises visées devront également réparer les atteintes avérées⁴⁰. Consulter les parties prenantes⁴¹. Prévoir un mécanisme de notification et une procédure de traitement des plaintes⁴². Évaluer l'efficacité des mesures prises et en rendre compte à travers des obligations d'évaluation⁴³ et de *reporting*⁴⁴. En revanche, l'obligation d'adopter un plan de transition pour l'atténuation du changement climatique, initialement prévue par la directive vigilance, est supprimée par la seconde directive « Omnibus »⁴⁵.
13. Principales actrices de l'exploitation des ressources naturelles, les multinationales sont donc enjointes de devenir les principales actrices de la prévention des risques engendrés. Afin de s'assurer que les obligations de vigilance issues de la directive seront respectées,

lance et droit international privé. Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017 », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 2017, 4, p. 52 ; E. Pataut, « Le devoir de vigilance : aspects de droit international privé », *Droit social*, 2017, p. 833.

34 Et, pour certaines d'entre elles, à la pratique arbitrale, voir *infra*, para. n°63 et s.

35 Directive CS3D, art. 7.

36 Directive CS3D, art. 7.2 b.

37 Directive CS3D, art. 8 et 9.

38 V. Résolution législative du Parlement européen du 16 décembre 2025 sur la seconde proposition de directive « Omnibus », v. *supra* note n°19, ainsi que la Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 16 décembre 2025, consid. 21 et s.

39 Directive CS3D, art. 10 et 11.

40 Directive CS3D, art. 12.

41 Directive CS3D, art. 15. Cependant, la seconde directive « Omnibus » réduit tant la notion de « parties prenantes » que les étapes du processus de vigilance auxquels celles-ci devront être consultées. V. *supra* note n°19, Résolution législative du Parlement européen du 16 décembre 2025 sur la seconde proposition de directive « Omnibus » et Position du Parlement européen arrêtée en première lecture, v. le consid. 24 ainsi que l'art. 4, para. 1 bis, modifiant le point n) de l'art. 3.1 de la directive CS3D et l'art. 4 para. 7 modifiant l'art. 13.3 de la directive CS3D.

42 Directive CS3D, art. 14.

43 Directive CS3D, art. 15. La seconde directive « Omnibus » prévoit toutefois une évaluation par les entreprises des mesures prises, non pas tous les ans, mais tous les cinq ans. V. *supra* note n°19, Résolution législative du Parlement européen sur la seconde proposition de directive « Omnibus » et Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 16 décembre 2025, art. 4 para. 8 modifiant l'art. 15 de la directive CS3D.

44 Directive CS3D, art. 16. V. aussi : l'art. 4 para. 8 bis de la Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 16 décembre 2025 sur la seconde directive « Omnibus » (v. *supra* note n°19), modifiant l'art. 16.3 de la directive CS3D. Conformément à l'art. 37.1 de la directive CS3D, modifié par l'art. 4, para. 14 de la Position du Parlement européen arrêtée en première lecture, l'obligation de *reporting* ne s'appliquera qu'à compter du 1er janvier 2030.

45 V. Résolution législative du Parlement européen sur la seconde proposition de directive « Omnibus », v. *supra* note n°19, ainsi que la Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 16 décembre 2025. V. en particulier le consid. 26 et l'art. 4, para. 1, para 8 quinquies, para. 10 et para. 13 b) lesquels prévoient la suppression de l'art. 1.1 (c), de l'art. 19.2 b), de l'art. 22 et de l'art. 36.2 e) de la directive CS3D.

46 Directive CS3D, art. 24.1.

47 Directive CS3D, art. 28.

48 Selon l'art. 24.1 de la directive CS3D, modifié par l'art. 4 para. 10 bis de la Position du Parlement européen sur la seconde directive « Omnibus », arrêtée en première lecture le 16 décembre 2025 (v. *supra* note n°19), les autorités de contrôle devront « surveiller le respect des obligations prévues dans les dispositions du droit national adoptées en application des art. 7 à 16 ».

cette dernière met en place des mécanismes *ex post* de contrôle, de sanctions et de réparation.

2. *Ex post* : le contrôle, les sanctions et la réparation des dommages

14. Au delà des procédures internes d'autocontrôle, le respect des obligations légales de vigilance issues de la directive sera assuré par un mécanisme de *public enforcement*, mis en œuvre par des autorités administratives (a) ; mais aussi par un mécanisme de *private enforcement* qui prendra la forme d'actions judiciaires en réparation (b).

a. Un mécanisme de *public enforcement*, mis en œuvre par des autorités administratives

15. Les États devront instituer une — ou plusieurs — autorités administratives⁴⁶, regroupées en un réseau européen⁴⁷. Ces autorités indépendantes seront chargées de contrôler le respect, par les entreprises concernées, de leurs obligations de vigilance⁴⁸. En procédant notamment à des inspections⁴⁹. Les entreprises non européennes entrant dans le champ d'application de la directive désigneront un mandataire, chargé des relations entre l'entreprise et l'autorité de contrôle⁵⁰. Il devra s'agir d'une personne physique ou morale domiciliée ou établie dans l'un des États membres dans lequel l'entreprise non européenne exerce ses activités⁵¹.
16. Les personnes qui ont des raisons de penser qu'une entreprise ne se conforme pas à son devoir de vigilance pourront présenter à toute autorité de contrôle des « rapports étayés faisant état de préoccupations »⁵². L'autorité de contrôle devra évaluer ces rapports et, si elle le juge utile, mener une enquête⁵³. Ce qu'elle pourra aussi faire de sa propre initiative⁵⁴. Si, suite à cela, une autorité de contrôle constate le non-respect par une entreprise de ses obligations de vigilance, elle lui accordera un délai pour prendre des mesures correctives si celles-ci sont possibles⁵⁵. Conformément à l'article 27, les autorités de contrôle auront aussi le pouvoir d'imposer des sanctions⁵⁶. Lesquelles devront être effectives et proportionnées, mais aussi dissuasives. La seconde directive « Omnibus » précise toutefois qu'étant donné que les incidences négatives doivent être hiérarchisées — en fonction de leur gravité et probabilité — et traitées progressivement, s'il n'est pas possible de remédier simultanément à toutes, une entreprise ne devrait pas être sanctionnée au titre de l'article 27⁵⁷. La seconde directive « Omnibus » prévoit également que les sanctions pécuniaires, qui devaient initialement s'élever à au moins 5% du chiffre d'affaires net mondial de l'entreprise⁵⁸, seront au contraire plafonnées à 3% de ce chiffre d'affaires⁵⁹.
17. Au delà des sanctions susceptibles d'être prononcées par l'autorité de contrôle compétente si, en ne respectant pas son devoir de vigilance, une entreprise a causé un dommage, elle pourra être condamnée à le réparer.

49 Directive CS3D, art. 25.3.

50 Directive CS3D, art. 23.

51 *Ibid.*

52 Directive CS3D, art. 26. L'art. 26.3 précise que : « Lorsqu'un rapport étayé faisant état de préoccupations relève de la compétence d'une autre autorité de contrôle, l'autorité destinataire le transmet à ladite autorité ».

53 Selon l'art. 26.4 : « Les États membres veillent à ce que les autorités de contrôle évaluent les rapports étayés faisant état de préoccupations dans un délai approprié et, le cas échéant, exercent leurs pouvoirs visés à l'art. 25 ».

54 Directive CS3D, art. 25.2.

55 Directive CS3D, art. 25.4.

56 L'art. 25.4 *in fine* précise que : « L'adoption de mesures correctives ne s'oppose pas à l'imposition de sanctions ou à l'engagement de la responsabilité civile, conformément aux art. 27 et 29, respectivement ».

57 V. Résolution législative du Parlement européen du 16 décembre 2025 sur la seconde proposition de directive « Omnibus » et consid. 22 bis de la Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 16 décembre 2025, v. *supra* note n°19.

58 V. art. 11.4 de la directive CS3D, avant modification par la seconde directive Omnibus.

59 V. Position adoptée en première lecture le 16 décembre 2025 sur la seconde proposition de directive « Omnibus », v. *supra* note n°19, art. 4 para. 11, modifiant l'art. 11.4 de la directive CS3D.

60 Directive CS3D, art. 29.

61 Selon l'art. 29.5 de la directive CS3D, modifié par l'art. 4 para. 12 e) de la Position adoptée en première lecture le 16 décembre 2025 sur la seconde proposition de directive « Omnibus », v. *supra* note n°19 : « La responsabilité civile d'une entreprise pour les dommages visés dans le présent article est sans préjudice de la responsabilité civile de ses filiales ou de tout partenaire commercial direct et indirect dans la chaîne d'activités de l'entreprise ».

62 Directive CS3D, art. 3.1 (c).

63 Directive CS3D, art. 3.1 (b).

64 Annexe de la directive CS3D, partie I, section 1.

65 On trouve en effet, au point 15 (Annexe de la directive CS3D, Partie I, section I) : « L'interdiction de provoquer toute dégradation mesurable de l'environnement, telle qu'une modification nocive des sols, une pollution de l'eau ou de l'air, des émissions nocives, une consommation excessive d'eau, une dégradation des terres, ou d'autres incidences sur les ressources naturelles, telles que la déforestation, ayant pour effet : a) de porter fortement atteinte aux bases naturelles de la conservation et de la production de denrées alimentaires; b) de refuser à une personne l'accès à une eau potable sûre et propre; c) de rendre difficile l'accès d'une personne aux installations sanitaires ou de détruire ces dernières; d) de nuire à la santé ou à la sécurité d'une personne ou à l'utilisation normale de terres ou de biens d'une personne acquis légalement; e) de porter fortement atteinte aux services écosystémiques par lesquels un écosystème contribue directement ou indirectement au bien-être humain (...) »

66 Le point 16 (Annexe de la directive CS3D, Partie I, section I) consacre en effet :

b. Un mécanisme de *private enforcement* :
les actions judiciaires en réparation

18. La responsabilité de l'entreprise pourra être engagée en cas de violation de ses obligations de vigilance découlant des articles 10 et 11, si celle-ci a causé un dommage⁶⁰. Autrement dit, en cas de non-respect de ses obligations de prévenir, atténuer, ou supprimer les incidences négatives de ses activités, ou de celles de ses filiales ou partenaires commerciaux. En pratique, les victimes pourront agir concomitamment contre le responsable direct du dommage (filiale ou partenaire commercial local) et contre la multinationale pour non respect de son devoir de vigilance⁶¹. Les « incidences négatives » auxquelles font référence les articles 10 et 11 sont définies par l'article 3 § 1 b) et c). Lequel renvoie à des listes fermées, figurant en annexe de la directive vigilance.
19. En ce qui concerne les droits humains, les incidences négatives doivent porter sur les personnes et résulter en principe de la violation de l'un des droits énumérés dans la section 1 de la partie I de l'annexe de la directive vigilance. Sachant que ces droits sont consacrés par les instruments internationaux énumérés dans la section 2. À certaines conditions, les incidences négatives peuvent toutefois résulter de la violation d'un droit non énuméré dans la section 1, mais consacré par un instrument listé dans la section 2⁶².
20. En ce qui concerne l'environnement, les incidences négatives doivent résulter de la violation de l'une des interdictions et obligations énumérées dans l'annexe, soit aux points 15 et 16 de la section 1 de la partie I, soit dans la partie II⁶³. Sur la question qui nous occupe, à savoir l'exploitation des ressources naturelles, on s'intéressera tout particulièrement aux points 15 et 16⁶⁴. Lesquels consacrent, en substance, le droit de vivre dans un environnement sain (point 15)⁶⁵ et le droit d'accès des populations locales à leurs ressources naturelles (point 16)⁶⁶. Si l'un de ces droits était violé par une multinationale exploitant les ressources naturelles d'un pays en développement et s'il en résultait un dommage, elle pourrait être condamnée à le réparer.
21. La seconde directive « Omnibus » supprime toutefois le régime de responsabilité civile harmonisé prévu par la directive CS3D à l'article 29.1⁶⁷. C'est donc en vertu du droit national qu'une entreprise pourra, le cas échéant, être tenue pour responsable d'une violation de ses obligations de vigilance. La réparation devra être intégrale, sans être excessive⁶⁸.
22. Par ailleurs, et en tout état de cause, l'effectivité des obligations légales de vigilance, et des mécanismes de contrôle, de sanction et de responsabilité mis en place, dépendra aussi de la façon dont seront réglées les questions de droit international privé. Or, à cet égard, le texte de la directive suscite un certain nombre d'interrogations.

B. Des interrogations tenant au droit international privé

23. La directive vigilance ne brille pas par ses règles de droit international privé⁶⁹. À proprement parler, le texte initialement adopté ne comportait qu'une seule règle en la matière, l'article 29.7, lequel est désormais supprimé⁷⁰. Le législateur européen a toutefois prévu des règles de mise en œuvre internationale de la directive, dans le respect desquelles des règles de droit international privé devront être adoptées⁷¹. Eu égard à l'aspect préventif et au volet *public enforcement*, les solutions retenues soulèvent des questions de méthode mais paraissent, dans le fond, satisfaisantes (1°). En revanche, en ce qui concerne l'aspect *private enforcement*, le dispositif mis en place — ou plutôt son absence — met en péril l'effectivité du devoir de vigilance européen, en particulier à l'égard des entreprises non européennes (2°).

1. L'aspect préventif et le volet *public enforcement*

24. On évoquera successivement la loi applicable *ex ante* aux obligations légales de vigilance (a). Puis la compétence des autorités administratives (b).

a. La loi applicable *ex ante* aux obligations légales de vigilance

25. Selon l'article 2.6, à l'égard des entreprises européennes, l'État membre compétent pour réglementer les questions relevant de la directive est celui dans lequel l'entreprise a son siège statutaire. À l'égard des entreprises non européennes, l'article 2.7 dispose que l'État membre compétent est celui où l'entreprise possède une succursale ou, si elle ne possède pas de succursale dans l'Union européenne, ou si elle en possède dans différents États membres, celui dans lequel elle a réalisé son chiffre d'affaires le plus important dans l'Union.
26. Ces deux règles sont déconcertantes pour l'internationaliste privatiste car elles ne sont pas formulées en termes de conflits de lois⁷². Elles se contentent de préciser l'étendu des pouvoirs des États membres pour réglementer les questions régies par la directive. Les règles de conflit qui départageront les lois de transposition une fois celles-ci adoptées n'ont, en tant que telles, pas été édictées par la directive. On peut cependant en partie les déduire des articles 2.6 et 2.7. En effet, bien que ces dispositions ne prennent pas la forme de règles de conflits de lois, elles fournissent des indications précises sur les critères de rattachement qu'il conviendra de retenir⁷³. À savoir, le critère du siège social statutaire si l'entreprise est européenne ; et, si elle relève d'un État tiers, le critère de la succursale ou, à défaut (ou en cas de pluralité de succursales dans différents États membres), celui du plus grand chiffre d'affaires dans l'Union européenne.
27. Sur le fondement de ces critères, chaque État membre aura la liberté de retenir, soit une règle de conflit bilatérale, permettant de désigner n'importe quelle loi de transposition⁷⁴ ; soit une règle de conflit uni-

« Le droit des individus, des groupements et des communautés à la terre et aux ressources et à ne pas être privés de moyens de subsistance, ce qui implique l'interdiction de prendre illégalement possession de terres, de forêts et d'eaux, ou d'en chasser une personne, lors de l'acquisition, du développement ou de l'utilisation, y compris par la déforestation, de terres, de forêts et d'eaux, dont l'utilisation doit garantir les moyens de subsistance d'une personne, interprétée conformément aux articles 1er et 27 du pacte international relatif aux droits civils et politiques et aux articles 1er, 2 et 11 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ».

67 V. Position du Parlement européen sur la seconde proposition de directive « Omnibus », arrêtée en première lecture le 16 décembre 2025, v. *supra* note n°19, art. 4, para. 12 a), supprimant l'art. 29.1 de la directive CS3D.

68 V. l'art. 29.2 de la directive CS3D, modifié par l'art. 4, para. 12 b) de la Position adoptée par le Parlement en première lecture le 16 décembre 2025 (v. *supra* note n°19).

69 V. dans le même sens S. Clavel, v. *supra* note n°12, spéc. para. n°38.

70 V. *infra* para. n°37 et s.

71 Ces règles doivent donc servir de « guide », même si ce dernier est très incomplet, v. L. Larribère et R. Legendre, v. *supra*, note n°14.

72 *Ibid.* V. aussi M. Nioche, « Directive vigilance et spécialisation du droit international privé », v. *supra*, note n°27.

73 *Ibid.*

74 La première option (règle de conflit bilatérale) consiste à énoncer que les entreprises européennes seront soumises *ex ante* à la loi de transposition de l'État membre de leur siège statutaire et que les entreprises non européennes seront soumises *ex ante* à loi de transposition de l'État membre dans lequel elles ont une succursale et à défaut (ou en cas de pluralité de succursales dans différents États membres), à la loi de l'État dans lequel elles réalisent leur plus grand chiffre d'affaires dans l'Union européenne.

latérale, permettant uniquement à l'État membre concerné de déterminer les hypothèses dans lesquelles sa propre loi de transposition sera applicable⁷⁵. Toujours est-il que, dans les deux hypothèses, les solutions apportées aux conflits de lois seront identiques, les critères de rattachement étant imposés par les articles 2.6 et 2.7.

28. La précision selon laquelle les entreprises européennes seront rattachées, *ex ante*, à la loi de l'État membre de leur siège n'était *a priori* pas indispensable puisque c'est une application de la règle générale selon laquelle les sociétés sont soumises à la *lex societatis*, la loi de leur siège social⁷⁶. La précision est toutefois bienvenue. D'autant que le choix clair du législateur européen en faveur du siège statutaire — et non réel — permet d'éviter tout débat et toute ambiguïté sur ce point. Il simplifie donc l'identification de la loi de transposition applicable⁷⁷.
29. En ce qui concerne les entreprises non européennes, l'application de la règle générale aurait conduit à leur appliquer la loi de leur siège. Et donc, par hypothèse, la loi d'un État tiers. La directive aurait donc été inapplicable aux entreprises non européennes, alors qu'elles entrent dans son domaine d'application. Une règle de conflit conduisant à l'application de la loi d'un État membre était donc indispensable. Or, bien que l'article 2.7 ne soit pas formulé comme telle, on peut en déduire que la loi d'un État membre régira toujours *ex ante* une entreprise non européenne assujettie à la directive. À savoir, la loi de l'État membre dans lequel cette dernière a une succursale, et à défaut (ou en cas de pluralité de succursales dans différents États membres), la loi de l'État membre dans lequel elle réalise son plus grand chiffre d'affaires dans l'Union.
30. Sur le fond, les rattachements retenus par les articles 2.6 et 2.7 paraissent donc satisfaisants. Il en va de même des articles 24.2 et 24.3, portant sur la compétence des autorités administratives.

b. La compétence des autorités administratives

31. Les articles 24.2 et 24.3 sont calqués sur les articles 2.6 et 2.7. Si l'entreprise contrôlée est européenne, l'article 24.2 prévoit que l'autorité de contrôle compétente sera celle de l'État membre où elle a son siège statutaire. Et si elle est non européenne, conformément à l'article 24.3, sera compétente l'autorité de l'État membre dans lequel elle a une succursale et, à défaut (ou en cas de pluralité de succursales dans différents États membres), l'autorité de l'État membre dans lequel elle réalise son plus grand chiffre d'affaires dans l'Union. Ces règles spéciales de compétence permettent que l'ensemble des entreprises soumises à la directive, qu'elles soient européennes ou non, soient rattachées à l'autorité de contrôle d'un État membre.
32. Deux règles de conflits de lois peuvent donc être déduites — au moins en ce qui concerne les critères de rattachement retenus — des

75 La seconde option (règle de conflit unilatérale) consiste, pour un État membre, à se cantonner à préciser les hypothèses dans lesquelles sa propre loi de transposition sera applicable. Le législateur français, énoncerait ainsi que seront soumises à la loi de transposition française les entreprises constituées en application de la législation d'un État membre ayant leur siège social statutaire en France. En ce qui concerne les entreprises constituées en application de la législation d'un État tiers, seront soumises à la loi française celles qui ont au moins une succursale en France, sans en avoir dans aucun autre État membre; et, en cas d'absence de succursale dans l'Union européenne ou de pluralité de succursales dans différents États membres, seront soumises à la loi française, les entreprises constituées en application de la législation d'un État tiers qui réalisent en France la plus grande partie de leur chiffre d'affaires dans l'Union européenne.

76 En droit international privé français, la règle figure à l'art. 1837 al. 1er du Code civil et à l'art. L. 210-3 al. 1er du Code de commerce.

77 Sans remettre en cause la pertinence de ce choix, on peut toutefois émettre deux réserves. La première est que ce critère ne fera pas toujours coïncider la loi de la vigilance (loi du siège statutaire) avec la *lex societatis* régissant de façon générale la société (loi qui pourra, dans certains États membres comme la France, être la loi du siège réel). Notre seconde réserve est que le critère du siège social statutaire pourra avoir l'inconvénient — par rapport au siège social réel — de faciliter le *lex shopping*. Des entreprises européennes pourront en effet être tentées de déplacer leur siège statutaire dans un État membre dont la loi serait moins contraignante que celle de leur siège réel. V. dans le même sens : L. Larribère et R. Legendre, v. *supra*, note n°14, spéc. para. n°11.

articles 2.6 et 2.7. Par ailleurs, deux règles de compétence des autorités de contrôle figurent aux articles 24.2 et 24.3. En dépit de la façon « inhabituelle »⁷⁸ dont les articles 2.6 et 2.7 sont rédigés, sur le fond, les solutions retenues pour régir l'aspect préventif de la directive et son volet *public enforcement* paraissent plutôt satisfaisantes. Elles garantissent que les entreprises européennes, mais aussi non européennes, seront soumises *ex ante* à la loi de transposition d'un État membre et qu'elles entreront dans le champ de compétence d'une autorité de contrôle d'un État membre. De surcroît, puisque les mêmes critères sont retenus sur le terrain de la loi applicable et sur celui de la compétence des autorités de contrôle, chaque autorité de contrôle appliquera sa propre loi, ce qui est parfaitement cohérent.

33. En revanche, les règles de droit international privé sont loin d'être satisfaisantes en ce qui concerne le volet *private enforcement*.

2. Le volet *private enforcement*

34. On envisagera successivement la loi applicable (a), puis la compétence du juge (b).

a. La loi applicable

35. L'article 4.1 du règlement Rome II⁷⁹ retient, en matière d'action extracontractuelle, la loi du lieu du dommage⁸⁰. Cela pose problème au regard de l'effectivité du devoir de vigilance européen puisque, le plus souvent, il s'agira de la loi d'un pays en développement et donc de la loi d'un État tiers⁸¹. Certes, si le dommage est environnemental, l'article 7 permet au demandeur d'opter pour la loi du siège de l'entreprise défenderesse en tant que loi du fait générateur. Cet article permet donc d'opter pour la loi d'un État membre dans l'hypothèse où l'entreprise défenderesse est européenne. Cependant, dans le cas contraire, la loi du fait générateur sera, là encore, la loi d'un État tiers. Les règles de conflit de lois issues du règlement Rome II ne permettent donc d'appliquer la loi d'un État membre ayant transposé la directive, que dans le cas d'une action en réparation en matière environnementale intentée contre une entreprise européenne. Dans les autres hypothèses, elles conduisent à l'application de la loi d'un État tiers, ce qui pose problème au regard de l'effectivité du devoir de vigilance européen.

36. C'est pour parer à cette difficulté que la directive vigilance prévoyait initialement, à l'article 29.7⁸², qu'il convenait, dans ce cas, d'écarter la loi de cet État tiers au profit de la loi d'un État membre, applicable en tant que loi de police⁸⁵. Cependant, l'article 29.7 ne résolvait que partiellement la difficulté car, combiné avec l'article 16 du règlement Rome II⁸⁴, il ne permettait d'appliquer la loi d'un État membre en tant que loi de police que si le juge saisi relevait d'un État membre. Or, comme on va le voir, c'est loin d'être garanti à l'égard des entreprises non européennes⁸⁵. D'où un risque d'ineffectivité de la directive vis-à-vis d'elles.

78 L. Larribère et R. Legendre, v. *supra*, note n°14, spéc. para. n°9.

79 Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

80 V. art. 4.1 du règlement Rome II.

81 M. Nioche, « Le contentieux international privé fondé sur le devoir de vigilance : nouvel outil de régulation environnementale ? », v. *supra*, note n°27.

82 Selon l'art. 29.7 (supprimé) : « Les États membres veillent à ce que les dispositions de droit national transposant le présent article soient de nature impérative dans les cas où la loi applicable aux actions en réparation à cet effet n'est pas la loi nationale d'un État membre ».

83 Selon L. Larribère et R. Legendre (v. *supra* note n°14) cette disposition obligeait seulement les États membres à rendre impératives les dispositions transposant l'art. 29 lorsque la loi applicable à l'action en réparation n'était pas la loi d'un État membre, mais les États membres restaient libres de la méthode employée (loi de police ou exception d'ordre public). Cependant, beaucoup d'éléments penchaient pour la première interprétation (loi de police) et c'est en ce sens que la plupart des commentateurs avaient interprété l'art. 29.7. v. not, parmi bien d'autres : O. Boskovic et S. Corneloup, v. *supra*, note n°33.

84 Lequel prévoit uniquement l'application des lois de police du for.

85 V. *infra*, para. n°42.

37. La seconde directive « Omnibus » fait disparaître l'article 29.⁸⁶ Le législateur européen se contente de préciser que sa suppression ne porte pas atteinte à la possibilité pour les États membres de prévoir que les dispositions de droit national qui transposent l'article 29 sont des lois de police, qui priment impérativement sur la loi applicable aux actions en réparation si celle-ci est celle d'un État tiers⁸⁷. Le juge d'un État membre saisi d'une action en réparation contre une entreprise n'ayant pas respecté son devoir de vigilance pourra donc, en se fondant sur l'article 16 du règlement Rome II, appliquer en tant que loi de police la loi de transposition de son for, de préférence à la loi d'un État tiers qui aurait été en principe applicable. Cela ne sera toutefois possible, là encore, que si le juge saisi relève d'un État membre. Le problème que posait l'article 29.7 n'est donc nullement résolu par sa suppression. Le risque d'ineffectivité de la directive à l'égard des entreprises non européennes — si aucune règle de compétence satisfaisante n'est adoptée à leur égard — reste inchangé.
38. Non seulement la suppression de l'article 29.7 ne règle pas cette difficulté, mais elle aggrave les risques d'ineffectivité de la directive vigilance lorsque l'entreprise défenderesse est européenne. En effet, désormais privée de son article 29.7, la directive s'en remet aux juges des différents États membres pour décider s'ils qualifient, ou non, de lois de police les dispositions de leur loi nationale transposant l'article 29 — alors que le paragraphe 7 ne leur laissait pas de choix à cet égard. On peut donc déplorer sa suppression, dont il résulte que même dans l'hypothèse où l'action en réparation est dirigée contre une entreprise européenne devant le juge de l'État de son siège, la directive ne garantit plus l'application de la loi de transposition de cet État en tant que loi de police.
39. La suppression de l'article 29.7, n'eût été opportune que si elle avait été compensée par l'insertion, dans la directive vigilance, de deux règles de conflit de lois retenant, pour régir le volet *private enforcement* de la directive, les mêmes critères de rattachement que ceux découlant des articles 2.6 et 2.7 pour régir son aspect préventif. À savoir, le critère du siège social statutaire si l'entreprise est européenne ; et, si elle relève d'un État tiers, le critère de la succursale ou, à défaut (ou en cas de pluralité de succursales dans différents États membres), celui du plus grand chiffre d'affaires dans l'Union européenne. La loi du même État membre eût ainsi été appliquée *ex ante* et *ex post*, aux entreprises européennes comme non européennes. À défaut de telles règles de conflit de lois, l'application de la loi d'un État membre au volet *private enforcement* de la directive ne sera, dans bien des hypothèses, nullement garantie. *A fortiori* à l'égard des entreprises non européennes.
40. Le risque d'ineffectivité de la directive à l'égard de ces dernières pourrait toutefois être réduit si une règle garantissait la compétence des juridictions d'un État membre en cas d'actions en réparation

86 Position du Parlement européen sur la seconde proposition de directive « Omnibus », arrêtée en première lecture le 16 décembre 2025, v. *supra* note n°19, art. 4, para. 12 f).

87 *Ibid.*, consid. 28.

intentées contre elles, pour non-respect de leur devoir de vigilance. Le juge saisi, relevant d'un État membre, pourrait alors appliquer la loi de transposition de son for en tant que loi de police. Pour l'heure, une telle règle de compétence fait toutefois défaut.

b. La compétence du juge

41. Si l'entreprise défenderesse est européenne, même si le dommage a été causé dans un pays en développement, elle pourra être attraite devant les juridictions de l'État membre de son siège, sur le fondement de la règle générale de compétence issue de l'article 4 du règlement Bruxelles I bis⁸⁸. Un autre fondement pourrait être l'article 7.2, puisque, en matière extracontractuelle, le demandeur peut choisir d'agir devant les juridictions de l'État dans lequel le fait générateur s'est produit. Il pourrait donc agir devant les juridictions de l'État du siège de l'entreprise européenne n'ayant pas respecté ses obligations de vigilance⁸⁹.
42. En revanche, si l'entreprise défenderesse est non européenne, le règlement Bruxelles I bis n'est pas applicable⁹⁰. Le juge saisi, qu'il relève ou non d'un État membre, appliquera ses propres règles de droit international privé. Or, celles-ci désigneront presque toujours les juridictions d'un État tiers (soit celles de l'État du siège de l'entreprise non européenne ; soit celles du pays en développement dans lequel le dommage s'est produit). Et il y a peu de chance que le juge d'un État tiers applique à une entreprise non européenne la loi de transposition d'un État membre en tant que loi de police. Les actions en réparation intentées contre une entreprise non européenne, pour non-respect de ses obligations de vigilance, ne pourront donc pas prospérer en l'absence d'une règle spéciale conférant compétence aux juridictions d'un État membre.
43. On ne peut donc que s'étonner que le législateur européen n'ait ni inséré une telle règle dans la directive, ni prévu une modification en ce sens du règlement Bruxelles I bis. À ce stade, il ne reste plus qu'à appeler de nos vœux l'adoption d'une telle règle lors de la prochaine révision du règlement Bruxelles I bis. Ce qui supposera d'étendre son domaine d'application aux litiges impliquant une entreprise défenderesse ayant son siège dans un État tiers pour les actions fondées sur le devoir de vigilance européen. Cette règle de compétence pourrait être rédigée sur le modèle de l'article 24.3. Elle indiquerait ainsi que, pour statuer sur une action en réparation à l'encontre d'une entreprise non européenne, pour violation de son devoir de vigilance, est compétent le juge de l'État membre dans lequel cette entreprise a une succursale et, à défaut (ou en cas de pluralité de succursales dans différents États membres), le juge de l'État dans lequel elle réalise son plus grand chiffre d'affaires dans l'Union Européenne⁹¹. Tant qu'une telle règle ne sera pas adoptée, l'effectivité du devoir de vigilance européen sera compromise à l'égard des entreprises d'États tiers⁹².

88 Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), (« Bruxelles I bis »).

89 V. M. Laazouzi, v. *supra*, note n°33, para. n°56.

90 Règlement (UE) n° 1215/2012, art. 6.

91 V. déjà en ce sens : M. Nioche, « Le contentieux international privé fondé sur le devoir de vigilance : nouvel outil de régulation environnementale ? », v. *supra*, note n°27.

92 V. aussi les propositions de révision du règlement Bruxelles I bis défendues par O. Boskovic et S. Corneloup, v. *supra*, note n°33. Les autrices suggèrent, entre autres pistes, une compétence fondée sur l'applicabilité des lois de police européennes.

44. On signalera aussi qu'il serait souhaitable, lors de la prochaine révision du règlement Bruxelles I bis, que l'article 8.1 soit internationalisé. L'article 8.1 permet, lorsque le défendeur principal est domicilié dans un État membre, de s'en servir comme « défendeur d'ancrage » pour attirer également, devant les juridictions de cet État, un ou plusieurs codéfendeurs domiciliés dans un autre État membre. Cette disposition n'est toutefois pas applicable aux codéfendeurs domiciliés dans un État tiers. Les victimes, qui agiront contre une multinationale devant les juridictions de l'État membre de son siège, ne pourront donc pas se fonder sur cet article pour y attirer aussi la filiale ou le sous-traitant local directement responsable du dommage si celui-ci a eu lieu dans un pays en développement. Cela ne veut pas dire que ces entreprises locales ne pourront pas être attirées devant les juridictions d'un État membre en tant que codéfenderesses. Le plus souvent ce sera possible, mais en application des règles de droit international privé du for⁹³. Cependant, comme le relève la Commission européenne dans son dernier rapport sur l'application du règlement Bruxelles I bis, le droit de certains États membres ne connaît pas le for des codéfendeurs⁹⁴. C'est le cas notamment du droit allemand⁹⁵. *De lege ferenda*, il serait donc souhaitable de pouvoir se fonder sur l'article 8.1 du règlement Bruxelles I bis pour attirer les entreprises d'États tiers co-responsables du dommage devant les juridictions de l'État membre du siège de la multinationale. L'internationalisation de l'article 8.1 du règlement Bruxelles I bis serait donc opportune⁹⁶. La Commission européenne semble d'ailleurs y être favorable⁹⁷.

93 V. not. M. Nioche, « Responsabilité sociétale des entreprises et compétence civile extraterritoriale », v. *supra*, note n°1.

94 Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application du règlement (UE) no 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) [SWD(2025) 135 final], Bruxelles, le 2.6.2025 COM(2025) 268 final.

95 En droit allemand, le juge doit établir sa compétence de façon autonome pour chaque défendeur, cf. E.-M. Kieninger, « Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Schadensersatzklagen wegen der Verletzung von Sorgfaltspflichten in Lieferketten », *RW Rechtswissenschaft*, p. 584 et s. V. aussi O. Boskovic et S. Corneloup, v. *supra*, note n°33.

96 V. dans le même sens : Recommandation du Groupe européen de droit international privé concernant la proposition de directive du 23 février 2022 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, sept. 2022 ; O. Boskovic et S. Corneloup, v. *supra*, note n°33 ; R. Michaels, A. Sommerfeld, « The EU Sustainability Directive and Jurisdiction », *EAPIL blog*, 3 août 2023 ; E.-M. Kieninger, v. *supra*, note n°95.

97 La Commission a invité à réfléchir sur l'opportunité qu'il y aurait à étendre, de façon plus générale, les règles de compétence prévues par le règlement Bruxelles I bis aux défendeurs domiciliés dans des pays tiers, v. *supra*, note n°94.

45. Les règles de droit international privé régissant les obligations légales de vigilance devront donc, à divers égards, être précisées et améliorées. Notamment en ce qui concerne le volet *private enforcement*. À défaut, les multinationales — en particulier non européennes — exploitant les ressources naturelles ne pourront pas véritablement être responsabilisées. Par ailleurs, la vigilance issue de la directive a vocation à se diffuser aussi à travers des obligations — et actions — contractuelles. Les entreprises assujetties sont en effet sommées de répercuter leurs obligations de vigilance sur leurs chaînes de valeur, en amont comme en aval, notamment *via* le contrat. Elles devront donc insérer des clauses en ce sens dans les contrats qui les lient à leurs partenaires directs et conclure des contrats de vigilance avec leurs partenaires indirects. Cette multiplication des obligations contractuelles de vigilance est-elle de nature à responsabiliser les différents acteurs — en particulier locaux — de l'exploitation des ressources naturelles ?

II. Exploitation des ressources naturelles et obligations contractuelles de vigilance

46. Le législateur européen entend exploiter le contrat — et les actions contractuelles — comme outils de régulation, par les multinationales, du comportement de leurs chaînes transnationales d'activités (A). Or, là aussi, cela soulève des questions délicates de droit international privé et de droit de l'arbitrage (B).

A. Le contrat et les actions contractuelles comme outils de régulation des chaînes transnationales d'activités

47. La directive impose aux sociétés mères ou donneuses d'ordre de diffuser la vigilance à tous les étages de leurs chaînes de valeur. L'objectif ultime est de modifier le comportement des entreprises locales à travers lesquelles les multinationales exercent leurs activités et exploitent des ressources naturelles. À l'égard des filiales, la diffusion de la vigilance passera par un contrôle capitalistique⁹⁸. À l'égard des partenaires commerciaux, directs et indirects, le contrat va se révéler être un outil précieux. Grâce auquel tous les acteurs constituant la chaîne d'activités, y compris les fournisseurs et sous-traitants situés dans un pays en développement, seront *ex ante* contractuellement débiteurs d'obligations de vigilance (1^o). Lesquelles pourront, *ex post*, faire l'objet d'actions de nature contractuelle, devant un juge ou un arbitre (2^o).

1. *Ex ante* : le contrat, outil de diffusion de la vigilance

48. Les entreprises, européennes et non européennes, assujetties à la directive devront, *via* le contrat, contraindre leurs partenaires commerciaux, directs et indirects, à être vigilants. L'article 18 prévoit que la Commission adoptera, en concertation avec les États membres et les parties prenantes, des « orientations sur les clauses contractuelles types volontaires »⁹⁹. Pour ce faire, elle pourra s'inspirer des modèles de clauses relatives aux droits humains et à l'environnement déjà élaborés par des parties prenantes¹⁰⁰, en les adaptant au contexte de la directive¹⁰¹. Ainsi qu'aux particularités et risques de chaque chaîne d'activités¹⁰². Le contrat permet en effet de mettre en place une « vigilance sur mesure »¹⁰³.
49. En général, les clauses contractuelles de vigilance contiennent quatre éléments¹⁰⁴. Premièrement un ensemble de « référentiels normatifs ». Ces derniers incluront les instruments visés en annexe de la directive, éventuellement d'autres textes internationaux de *soft law*, ainsi que le code de conduite de l'entreprise et, le cas échéant, le ou les plans adoptés. Deuxièmement, un mécanisme d'évaluation du respect de ces normes, *via* un contrôle interne ou externe¹⁰⁵. Troisièmement, un mécanisme de responsabilité en cas de non respect de celles-ci. Quatrièmement, la détermination de leur périmètre d'application.
50. À cet égard, la directive indique que les clauses de vigilance insérées dans les contrats passés entre les entreprises assujetties et leurs partenaires directs¹⁰⁶ (garanties contractuelles de premier niveau) devront être répercutées à toute la chaîne d'activités de l'entreprise¹⁰⁷, via un mécanisme de « cascade contractuelle »¹⁰⁸ (garanties contractuelles de second niveau)¹⁰⁹. Par ailleurs, les entreprises soumises pourront aussi chercher à conclure des contrats de vigilance (sans objet économique sous-jacent) avec leurs partenaires indirects, afin que ces derniers s'engagent à respecter le code de conduite et, le cas échéant, le plan adopté¹¹⁰.

98 V. not. S. Clavel, « Le renouvellement des modèles de régulation : l'implication des acteurs privés dans la régulation environnementale », in A.S. Epstein, M. Nioche (dir.), *Le droit économique, levier de la transition écologique ?*, Bruylant, 2022, pp. 247-250.

99 Selon la Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 16 décembre 2025 sur la seconde proposition de directive « Omnibus », v. *supra* note n°19, art. 4 para. 8 quater, modifiant l'art. 18 de la directive CS3D, la Commission européenne devra publier ces orientations sur les clauses contractuelles types volontaires au plus tard le 26 juillet 2027.

100 V. not. *Responsible Contracting Project*, <https://www.responsiblecontracting.org/toolkit>; American Bar Association, *Contractual Clauses Project*, https://www.americanbar.org/groups/human_rights/business-human-rights-initiative/contractual-clauses-project/.

101 V. S. Clavel, v. *supra* note n°12, spéc. para. n°5.

102 C'est un point essentiel puisque « la première étape de la démarche de vigilance réside dans l'identification des risques ou des incidences négatives. Ce n'est qu'à partir de cette identification que l'ensemble des mesures de vigilance peuvent se mettre en place », S. Mac Cionnaith et G. Jazottes, « L'entreprise responsabilisée et le devoir de vigilance : le recours à la technique contractuelle », in M.-P. Blin-Franchomme, I. Desbarats, G. Jazottes et A. Mendoza-Caminade (dir.), *L'entreprise résiliente*, LexisNexis, coll. « Planète social », Paris, 2023, pp. 371-380, spéc. n°295.

103 *Ibid.*, spéc. n°294 et s.

104 *Ibid.* spéc. n°295.

105 La directive prévoit expressément que les garanties contractuelles devront être accompagnées de mesures pour vérifier leur application. V. *infra*, para. n°54.

106 Directive CS3D, art. 10.2 (b) (prévention) et 11.3 (c) (mesures correctives).

107 *Ibid.*

108 L'expression, très imagée, de « cascade contractuelle », pour désigner ce mécanisme de répercussion des clauses contractuelles de vigilance à toute la chaîne d'activités, a été supprimée du texte définitif. Elle figurait dans le texte proposé par la Commission, aux art. 7.2 (b) et 8.3 (c). V. *supra*, note n°32.

109 Nous empruntons les expressions « garanties contractuelles de premier niveau » et « garanties contractuelles de second niveau » à M. Laazouzi, v. *supra*, note n°33, spéc. para. n°40.

110 Directive CS3D, art. 10.4 (prévention) et 11.5 (mesures correctives).

51. Lorsque des garanties contractuelles seront obtenues d'une PME ou qu'un contrat de vigilance sera conclu avec celle-ci, les conditions devront être équitables, raisonnables et non discriminatoires¹¹¹. Les entreprises soumises au devoir de vigilance européen seront même tenues d'apporter un soutien ciblé et proportionné aux PME qui font partie de leurs partenaires commerciaux si cela semble nécessaire au regard des ressources de celles-ci, de leurs connaissances et de leurs contraintes¹¹².
52. Le contrat, « ce formidable outil mis à disposition des personnes pour organiser leurs besoins »¹¹³, va ainsi jouer un rôle de levier, permettant de répercuter le devoir de vigilance européen dans le monde entier, sur un grand nombre d'entreprises, participant — à un stade ou à un autre — à l'exploitation des ressources naturelles. Cette dernière ayant souvent lieu dans un pays en développement, dont le droit local est moins exigeant, le contrat va permettre de garantir un minimum de protection aux employés et populations locales¹¹⁴. Il va ainsi devenir un instrument de régulation, par les grandes entreprises, du comportement de leurs chaînes transnationales d'activités¹¹⁵. Dans le passé, l'outil contractuel leur avait permis d'imposer des normes de qualité¹¹⁶. Il devrait leur permettre, à l'avenir, d'imposer le respect de normes éthiques¹¹⁷.
53. L'effectivité de ces clauses et contrats de vigilance sera assurée, *ex post*, par un contrôle, des sanctions et des actions de nature contractuelle.
2. *Ex post* : le contrôle, les sanctions et actions fondées sur les clauses contractuelles de vigilance
54. Les garanties contractuelles devront être accompagnées de mesures pour vérifier leur application¹¹⁸. Il pourra, pour cela, être fait recours à un tiers indépendant¹¹⁹. La directive vigilance prévoit par ailleurs des sanctions. En ce qui concerne les atteintes aux droits humains ou à l'environnement qu'il n'a pas été possible de prévenir ou qui n'ont pas pu être atténuées, l'entreprise s'abstiendra de nouer de nouvelles relations ou d'étendre les relations existantes avec le partenaire en cause. Et ce, jusqu'à ce que l'incidence négative ait été traitée¹²⁰. Si le droit applicable le permet, la multinationale pourra même — jusqu'à ce que l'incidence négative soit traitée — suspendre sa relation avec ledit partenaire, à condition de s'assurer que les conséquences ne seront pas plus graves que les incidences négatives qu'il n'a pas été possible de prévenir. Dans ce cas, elle devra aussi respecter un préavis raisonnable et revoir régulièrement sa décision¹²¹. L'entreprise devra également adopter un plan renforcé, de prévention ou de correction des incidences négatives, si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que ces efforts aboutissent¹²².
55. Par ailleurs, l'effectivité des obligations contractuelles de vigilance sera assurée par des actions en justice. Nul doute que la multiplication des clauses et contrats de vigilance entraînera celle des contentieux

111 Directive CS3D, art. 10.5 (prévention) et 11.6 (mesures correctives).

112 Directive CS3D, art. 10.2 (e) (mesures préventives) et 11.3 (f) (mesures correctives). Un soutien financier devra en particulier être apporté dans l'hypothèse où le respect du code de conduite ou du plan d'action en matière de prévention pourrait compromettre la viabilité de ces PME. Ce soutien pourra consister, par exemple, en un financement direct, en des prêts à taux d'intérêt réduit, en des garanties quant au maintien de l'approvisionnement ou en une aide à l'obtention d'un financement.

113 M. Hautereau-Boutonnet, « Le devoir européen de vigilance des sociétés : le pari du contrat », in B. Lecourt (dir.), v. *supra* note 10, p. 201-217, spéc. para. n°3.

114 V. M. Nioche, « Protéger les communautés locales dans l'arbitrage par le devoir de vigilance », *Perspectives contentieuses internationales*, déc. 2024, p. 46-54.
 115 *Ibid.* V. aussi : S. Clavel, v. *supra* note n°12, spéc. para. n°23 ; M. Mekki, « Contrat et devoir de vigilance », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 104, 1er mai 2015 ; S. Dadush, D. Schönfelder, M. Streibelt, « What Does the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Say About Contracts ? », 8 juillet 2024, en libre accès sur SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4888176>.

116 O. Charpateau, « Déployer le devoir de vigilance dans l'entreprise », in S. Schiller (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, Paris, 2019, p. 117-124.

117 *Ibid.* Comme le relève O. Charpateau : « La méthode n'est pas tellement différente ». Voir aussi S. Clavel, v. *supra* note n°12, spéc. para. n°23 : « L'entreprise multinationale devient (...) prescriptrice de normes éthiques à l'adresse de ses partenaires commerciaux directs et indirects ».

118 Directive CS3D, art. 10.5 (prévention) et 11.6 (mesures correctives).

119 *Ibid.* Les mêmes articles prévoient que, si des mesures sont prises pour s'assurer le respect par une PME de ses obligations contractuelles de vigilance, c'est en principe l'entreprise directement soumise au devoir de vigilance qui supportera le coût de la vérification par un expert indépendant.

120 Directive CS3D, art. 10.6 (mesures préventives) et 11.7 (mesures correctives), modifiés par l'art. 4, para. 5 et 6 de la position adoptée en première lecture le 16 décembre 2025 sur la seconde proposition de directive « Omnibus », v. *supra* note n°19.

121 *Ibid.*

122 *Ibid.*

qui porteront sur leur interprétation, leur respect ou la réparation de dommages résultant de leur violation. Une entreprise exploitant localement les ressources naturelles d'un pays en développement (partenaire indirect de la multinationale) pourra ainsi se voir reprocher par son partenaire direct¹²³ de ne pas avoir respecté ses obligations contractuelles de vigilance en ayant, par exemple, pollué les terres adjacentes ou usé de violence à l'égard des employés ou populations locales. On pourrait aussi imaginer un litige dans lequel une entreprise locale, se voyant reprocher par son partenaire direct l'imparfaite exécution de ses obligations contractuelles de nature économique, invoquerait une clause de vigilance comme moyen de défense¹²⁴. En pratique, toute une gamme de contentieux, impliquant des clauses contractuelles ou des contrats de vigilance, sont envisageables.

56. Or, les contrats de vigilance, ou les contrats contenant de telles clauses, seront très souvent des contrats internationaux, de nombreux partenaires commerciaux des multinationales opérant à l'étranger, en particulier dans des pays en développement. *A fortiori* en matière d'exploitation des ressources naturelles. Il en résulte un certain nombre d'interrogations tenant au droit international privé, mais aussi au droit de l'arbitrage.

B. Des interrogations tenant au droit international privé et au droit de l'arbitrage

57. On s'interrogera sur la loi applicable aux obligations contractuelles de vigilance, en particulier dans les contrats internationaux portant sur l'exploitation des ressources naturelles (1°). Ainsi que sur la juridiction compétente en cas d'actions fondées sur de telles clauses (2°). Par ailleurs, puisque beaucoup de contrats de vigilance, ou incluant de telles clauses, comporteront une clause compromissoire, on se demandera dans quelle mesure les arbitres du commerce international sont outillés pour garantir leur effectivité (3°).

1. La loi applicable aux contrats et clauses de vigilance

58. La loi applicable aux obligations contractuelles de vigilance sera la *lex contractus*. Le plus souvent, celle-ci aura été choisie par les parties. À défaut de précision contraire, la loi désignée pour régir un contrat ayant un objet économique sous-jacent régira aussi les clauses de vigilance qu'il contient. Un dépeçage est toutefois envisageable, les parties choisissant une loi pour régir les aspects économiques du contrat et une autre pour régir ses clauses de vigilance. Ce dernier choix pourra résulter d'une clause expresse du contrat, ou de la référence au code de conduite de l'entreprise, si celui-ci contient une clause de choix de loi rédigée « de manière à pouvoir s'appliquer non seulement au code, mais aussi aux obligations contractuelles qui s'y réfèrent »¹²⁵. Dans le silence des parties, la *lex contractus* devra être déterminée par application des règles applicables à défaut de choix. Lesquelles seront issues du règlement Rome I¹²⁶, si le juge saisi relève d'un État membre.

123 Ou par la multinationale, si elle a conclu avec ce partenaire indirect un contrat de vigilance.

124 En montrant, par exemple que le respect de celles-ci, notamment à l'égard des populations locales, qui ont refusé de se déplacer, a rendu impossible l'exploitation du site telle que prévue par le contrat.

125 M. Laazouzi, v. *supra*, note n°33, para. n°46 et s.

126 Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

127 Dans les contrats conclus entre les entreprises soumises au devoir de vigilance et leurs partenaires directs, on peut supposer que les premières, en tout cas si elles sont européennes, chercheront à faire accepter aux seconds le choix de la loi d'un État membre. Cependant, ce choix, nullement imposé par la directive, n'aura rien de systématique, surtout si l'entreprise en question est non européenne. La loi choisie par les parties pourra donc être celle d'un État tiers. *A fortiori* dans les contrats conclus entre un partenaire direct et un partenaire indirect (ou entre deux partenaires indirects).

128 À défaut de choix des parties, conformément à l'article 4 du règlement Rome I – applicable si le juge saisi est le juge d'un État membre – le contrat sera régi par la loi du débiteur de la prestation caractéristique. Or, en matière d'exploitation des ressources naturelles, les relations commerciales que l'entreprise donneuse d'ordre envisagera de suspendre seront souvent ses relations avec un sous-traitant local, situé dans un pays en développement. À défaut de choix des parties, la loi applicable au contrat sera donc presque toujours la loi d'un État tiers et ce, même si l'entreprise défenderesse est européenne.

129 S. Mac Cionnaith et G. Jazottes, « L'entreprise responsabilisée et le devoir de vigilance : le recours à la technique contractuelle », in M.-P. Blin-Franchomme, I. Desbarats, G. Jazottes et A. Mendoza-Caminade (dir.), *L'entreprise résiliente*, LexisNexis, coll. « Planète Social », Paris, 2023, pp. 371-380, spéc. n°295.

130 M. Hautereau-Boutonnet, « Le devoir européen de vigilance des sociétés : le pari du contrat », in B. Lecourt (dir.), v. *supra* note 10, p. 201-217, spéc. para. n°10 ; v. aussi B. Lecourt, « Le devoir de vigilance des sociétés en matière de droits de l'homme et d'environnement consacré par la directive du 13 juin 2024 », *Rev. sociétés*, déc. 2024, p. 687, spéc. para. n°16.

131 V. *supra*, para. n°54.

132 Directive CS3D, art. 10.6 (mesures préventives) et 11.7 (mesures correctives), modifiés par l'art. 4, para. 5 et 6 de la position adoptée en première lecture le 16 décembre 2025 sur la seconde proposition de directive « Omnibus », v. *supra* note n°19.

133 Directive CS3D, art. 10.6 al. 3 et art. 11.7 al. 3.

134 V. *supra*, notes n°127 et 128.

135 V. en particulier S. Clavel, v. *supra* note n°12, spéc. para. n°39.

136 V. L. Larribère et R. Legendre, v. *supra*, note n°14, spéc. para. n°14. V. aussi S. Clavel, *ibid.*, soulignant cependant qu'une telle solution serait « particulièrement perturbatrice ».

137 V. dans le même sens, S. Clavel, *ibid.*

59. De nombreux contrats de vigilance, ou contenant de telles clauses, ne seront pas soumis à la loi d'un État membre, mais à celle — moins protectrice — d'un État tiers, et ce, que les parties aient choisi la *lex contractus*¹²⁷, ou non¹²⁸. Cela ne remet nullement en cause le caractère contraignant des obligations de vigilance convenues. Lesquelles obligeront notamment au respect du code de conduite de la multinationale et, le cas échéant, du plan adopté. Ces derniers acquerront, quelle que soit la *lex contractus*, la force normative du contrat¹²⁹. Si le législateur européen s'appuie sur l'outil contractuel, c'est précisément pour cette raison. Parce qu'il permet de diffuser et de rendre applicables, sur toute la chaîne d'activités de l'entreprise, et « jusqu'à la source »¹³⁰, un certain nombre de normes de protection de l'environnement et des droits humains et ce, quelle que soit la loi locale et quelle que soit la loi régissant le contrat.
60. En revanche, les obligations légales issues de la directive ne s'imposeront que si la loi applicable est celle d'un État membre. Or, certaines concernent les relations contractuelles entre l'entreprise assujettie et ses partenaires commerciaux. La directive prévoit ainsi, comme on vient de le rappeler, qu'en ce qui concerne les atteintes qu'il n'a pas été possible de prévenir ou qui n'ont pas pu être atténuées, l'entreprise devra suspendre sa relation avec le partenaire en cause, jusqu'à ce que l'incidence négative ait été traitée¹³¹. Or, comme le législateur européen le reconnaît, cette suspension ne sera possible que « lorsque le droit régissant sa relation avec le partenaire commercial concerné le permet »¹³². C'est pourquoi la directive indique que les États membres devront modifier leur droit des contrats en ce sens¹³³. Cependant, cela ne résout pas toutes les difficultés, puisque la loi régissant le contrat sera parfois — voire souvent — celle d'un État tiers¹³⁴. Or, cette dernière ne permettra pas toujours de suspendre la relation commerciale dans l'hypothèse envisagée par la directive. Face à cette difficulté, certains commentateurs ont été jusqu'à se demander — sans pour autant répondre par l'affirmative — si on ne devrait pas considérer que le choix du droit d'un État membre fait partie des « garanties contractuelles » que les entreprises soumises devraient s'efforcer d'obtenir¹³⁵. Ou encore, si on ne devait pas qualifier de loi de police le droit d'un État membre qui permettrait la suspension de la relation contractuelle dans une telle hypothèse¹³⁶. La directive ne dit cependant rien de tel et ne semble pas devoir être interprétée en ce sens, sous peine d'engendrer d'autres difficultés¹³⁷. Par ailleurs, et en tout état de cause, si le juge saisi est le juge d'un État tiers, il serait hasardeux de compter sur lui pour appliquer, dans une telle hypothèse, la loi d'un État membre en tant que loi de police. Cela pose la question de la juridiction compétente en cas d'actions fondées sur des clauses ou contrats de vigilance.

2. La juridiction compétente en cas d'actions fondées sur des clauses ou contrats de vigilance

61. Les parties pourront désigner *via* une clause attributive de juridiction, le juge d'un État membre ou celui d'un État tiers. Ou encore, ce qui sera plus fréquent en pratique, insérer dans leur contrat une clause

compromissoire. À défaut, le juge saisi déterminera s'il est compétent au regard de ses règles de droit international privé. Si le juge saisi est le juge d'un État membre et que l'entreprise défenderesse a son siège dans cet État, le règlement Bruxelles I bis sera applicable et ce juge pourra se déclarer compétent sur le fondement de l'article 4¹³⁸. En revanche, si l'entreprise défenderesse est non européenne, le règlement Bruxelles I bis sera inapplicable. On appliquera les règles de droit international privé du for. Lesquelles ne conduiront qu'exceptionnellement à désigner le juge d'un État membre¹³⁹. Ce qui ne facilitera pas l'application de la loi d'un État membre en tant que loi de police.

62. Enfin, si les parties ont inséré dans leur contrat une clause compromissoire, cela soulève d'autres interrogations, portant notamment sur la capacité des arbitres à faire respecter les obligations contractuelles de vigilance.

3. Les arbitres du commerce international sont-ils en mesure d'assurer l'effectivité des obligations contractuelles de vigilance ?

63. Le plus souvent les contrats internationaux de vigilance, ou contenant des garanties contractuelles de vigilance, de premier ou second niveau, comporteront une clause compromissoire. Les litiges qui surgiront à l'occasion de leur exécution seront alors tranchés par des tribunaux arbitraux. Ces derniers auront donc vocation, à l'avenir, à faire application de clauses contractuelles de vigilance, sous peine de voir leurs sentences annulées pour non respect de leur mission. Des difficultés, que nous avons déjà abordées dans cette revue¹⁴⁰, pourront toutefois se présenter. Tenant essentiellement au fait que les victimes de l'inexécution d'une clause contractuelle de vigilance, ou d'un contrat de vigilance, ne sont le plus souvent pas parties au contrat. Et donc pas parties à la procédure arbitrale. Il pourra s'agir, par exemple, des employés de l'entreprise locale. Ou encore des communautés locales vivant à proximité du site exploité.

138 Ou encore, en se fondant sur le for du contrat de l'art. 7.1, lequel désigne le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande. Si l'obligation qui sert de base à la demande est l'obligation contractuelle de vigilance qui pesait sur l'entreprise européenne défenderesse, cela peut conduire à désigner – aussi – les juridictions du siège de cette entreprise.

139 On pourrait songer au for du contrat, si les règles de droit international privé du for le consacrent, à condition qu'il soit possible de localiser le lieu d'exécution dans un État membre, ce qui en pratique sera rarement le cas.

140 M. Nioche, « Protéger les communautés locales dans l'arbitrage par le devoir de vigilance », *v. supra*, note n°114.

141 Sur cette question, *v. not.* : M. de Fontmichel, « Les mécanismes permettant à un tiers d'intervenir dans ou de participer à la procédure arbitrale », *Perspectives contentieuses internationales*, déc. 2024, p. 16-26.

64. En réalité, le problème se pose aussi devant un juge (les victimes directes de l'inexécution d'une clause contractuelle de vigilance ne sont pas parties au contrat), mais dans des termes différents. D'une part, parce qu'il sera en général plus facile à ces victimes d'intervenir volontairement devant un juge que devant un tribunal arbitral¹⁴¹. D'autre part, parce que, même à défaut d'intervention des victimes directes de l'inexécution de clauses contractuelles de vigilance, on peut penser qu'un juge aura davantage tendance à défendre leurs intérêts — ou l'intérêt général — qu'un arbitre. Lequel, parce qu'il tient son pouvoir juridictionnel de la convention des parties, pourra avoir tendance à ne se sentir investi que de la protection de leurs intérêts. Et non de l'intérêt général ou de l'intérêt de tiers.
65. Néanmoins, il est de plus en plus attendu de l'arbitre qu'il tienne compte d'intérêts autres que ceux des parties, et en particulier de

l'intérêt général¹⁴², comme le montre la transformation progressive de son office en matière d'ordre public¹⁴³. On peut donc supposer que les tribunaux arbitraux sauront évoluer face à la mutation que constitue le durcissement du devoir de vigilance. Le temps et les moyens dont ils disposent — à la différence du juge étatique — devraient d'ailleurs leur permettre d'analyser avec la minutie requise la situation et d'apprécier l'adéquation des mesures prises aux risques identifiés.

66. On évoquera cependant, sans développer ce point, traité ailleurs¹⁴⁴, une difficulté spécifique, tenant aux sanctions ou réparations susceptibles d'être prononcées par un arbitre. Lesquelles paraissent moins adaptées que celles qu'un juge pourrait ordonner pour rendre effectives des obligations contractuelles de vigilance. Un tribunal arbitral paraît ainsi moins bien placé qu'un juge étatique pour prononcer — et faire respecter — des injonctions de faire¹⁴⁵. Par ailleurs, si l'arbitre ordonne la réparation du dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle de vigilance, il n'est pas aisé d'en faire bénéficier les victimes directes (employés ou populations locales par exemple), ces dernières n'étant pas parties à la procédure arbitrale. On voit cependant apparaître, dans la pratique arbitrale, des pistes pour surmonter cette difficulté¹⁴⁶.

* * *

67. En conclusion, est-ce que le devoir de vigilance européen est de nature à responsabiliser les entreprises occidentales exploitant les ressources naturelles des pays du Sud ? L'avenir nous le dira. Ce qu'on peut dire dès à présent c'est qu'en dépit du recul résultant des deux directives Omnibus, les règles du jeu changent. Les entreprises doivent devenir plus actives dans la prévention des risques et adopter des comportements plus vertueux dans les pays dont elles exploitent les ressources naturelles. Les multinationales se verront imposer un certain nombre d'obligations légales de vigilance. Elles devront par ailleurs diffuser la vigilance, notamment *via* le contrat, à tous les étages de leurs chaînes de valeur. L'effectivité des obligations de vigilance sera assurée, d'une part, par des autorités administratives et des actions extracontractuelles et, d'autre part, par des actions de nature contractuelle. Le contrat international et le contentieux international privé — judiciaire et arbitral — deviennent ainsi, à côté du mécanisme de *public enforcement* mis en place, des outils de régulation des chaînes transnationales d'activité¹⁴⁷. Cependant, les entreprises, en particulier non européennes, ne seront véritablement responsabilisées que si les règles de droit international privé — et la pratique arbitrale — évoluent pour s'adapter à ce nouveau rôle.

142 V. aussi, dans ce dossier, L. Larribère, « Conflit de logiques au forum mondial ? L'arbitre international comme juge global des ressources naturelles », spéc. n°14.

143 V. not. N. Gaucher-Mbodji, *L'office de l'arbitre international à l'épreuve de l'ordre public*, Thèse, Univ. d'Aix-Marseille, 2024. [Sur cette question, v. aussi](https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2019-1-page-105.htm) : L. Dossios et J.-B. Racine, « L'arbitre, juge des parties et/ou régulateur ? », *Revue internationale de droit économique*, 2019/1, t. XXXIII, p. 105-122. URL : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2019-1-page-105.htm>

144 V. M. Nioche, « Protéger les communautés locales dans l'arbitrage par le devoir de vigilance », v. *supra*, note n°114.

145 *Ibid.*

146 V. *ibid.*, nos développements sur la sentence *Spentex Netherlands B. V. c. République d'Ouzbékistan* CIRDI n°ARB/13/26. V. aussi I. Michou, « La prise en compte des intérêts des communautés locales : Réflexions à partir de la sentence *Spentex Netherlands B. V. c. République d'Ouzbékistan* CIRDI n°ARB/13/26, *Perspectives contentieuses internationales*, déc. 2024, p. 55-58.

147 M. Nioche, « Le contentieux international privé fondé sur le devoir de vigilance : nouvel outil de régulation environnementale ? », v. *supra*, note n°27.

Sarah Cassella

Professeure de droit public, Université Paris Cité, Centre Maurice Hauriou pour la recherche en droit public, F-92240 Malakoff, France

La transition énergétique est susceptible d'accroître les risques environnementaux liés à l'exploitation des ressources naturelles, *via* le phénomène du « *problem shifting* » (transfert de problème) qui peut être spatial, temporel et sectoriel. La responsabilité internationale des États peut s'en trouver engagée, non seulement pour des dommages avérés, mais également en cas de risque, par l'élargissement des obligations de vigilance et de prévention fondées sur la notion d'intérêt commun de l'humanité, la *due diligence* et le principe de précaution. Le contentieux climatique illustre cette évolution, en acceptant une causalité probable et la prise en compte du dommage global et en mobilisant des mesures conservatoires et des garanties de non-répétition pour anticiper des préjudices graves ou irréversibles.

Mots-clefs

Due diligence

Transfert de problèmes

Principe de précaution

Transition énergétique

Ressources naturelles

Responsabilité internationale

Contentieux climatiques

Intérêt commun de l'humanité

The energy transition is likely to increase environmental risks linked to the exploitation of natural resources, through spatial, temporal and sectoral “problem shifting”. State international responsibility may thus be engaged not only for actual damage, but also in the presence of risk, via the broadening of vigilance and prevention obligations grounded in the common interest of humankind, in due diligence and in the precautionary principle. Climate litigation illustrates this development by accepting probable causation and taking into account global damage, and by relying on conservatory measures and guarantees of non-repetition to anticipate serious or irreversible harm.

1. La Cour internationale de Justice (CIJ) a confirmé de façon retentissante, dans son avis consultatif sur les obligations climatiques des États, la contribution que peut apporter la responsabilité internationale de l'État en matière de protection de l'environnement face à l'exploitation des ressources naturelles¹.
2. La transition énergétique implique la révision de toute la chaîne de valeur qui transforme les ressources naturelles en pouvoir utilisable. C'est en particulier le cas au regard de la règle de zéro émission nette de gaz à effet de serre (GES), objectif qui doit être atteint à la moitié du XXI^e siècle². Celle-ci nécessite la mise en œuvre de deux actions : la réduction des émissions de GES dans la conception des systèmes énergétiques et

¹ CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, avis consultatif du 23 juillet 2025.

² V. en particulier le Pacte de Glasgow. Cf <https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cop26_auv_2f_cover_decision.pdf>.

industriels à un niveau aussi proche que possible de zéro et l'élimination des émissions résiduelles de GES dans l'atmosphère par des mesures naturelles ou artificielles³. L'exploitation des ressources naturelles relève essentiellement des acteurs privés, mais la fonction de l'État consiste à la réorienter pour les besoins de la transition énergétique.

3. L'action de l'État en vue de la transition est ainsi non seulement licite, mais peut même être considérée comme la mise en œuvre d'un certain nombre d'obligations internationales. Cette action implique des besoins accrus de certains minéraux tels que le cobalt, le cuivre, le manganèse ou encore le lithium⁴. Or la mise en œuvre de la transition énergétique a vu émerger le phénomène désigné sous l'expression de « *problem shifting* » ou transfert de problème, le « problème » désignant aussi bien les risques que les dommages par rapport aux nécessités de la transition. Les mesures adoptées pour répondre à un défi en termes de gestion des ressources naturelles sont en effet susceptibles de créer de nouveaux dommages dans d'autres domaines⁵, sur la base de trois types de transferts : spatial, temporel ou sectoriel⁶. Le transfert peut en premier lieu être spatial : en l'absence de coopération entre États, notamment, il existe un risque de relocalisation de l'activité polluante dans des États qui n'ont pas adopté de politique de zéro émission nette⁷. Ou encore, la surexploitation de certains métaux permettant de développer des batteries électriques pour répondre au changement climatique risque de porter atteinte à la biodiversité dans des régions qui ne connaissaient pas ce problème. Du point de vue temporel, en deuxième lieu, certaines mesures adoptées en matière d'atténuation ou d'adaptation aux changements climatiques peuvent transférer une charge induite sur les générations futures, comme cela a été reconnu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁸. Le transfert est enfin très souvent sectoriel : les exemples sont nombreux de développement des énergies renouvelables portant atteinte à la biodiversité ou à la mise en œuvre de certains droits humains⁹. On peut notamment citer la déforestation nécessaire à l'augmentation des terres utilisées pour produire de la biomasse destinée aux biocarburants qui menace la biodiversité et aggrave le changement climatique¹⁰. La CIJ a reconnu et mis en évidence les risques accrus pour l'environnement en cas de mauvaise adaptation au changement climatique¹¹.
4. Le phénomène du déplacement ou transfert de problèmes n'est pas nouveau, mais il peut désormais intervenir à l'échelle planétaire dans le contexte de l'Anthropocène¹² où les ressources naturelles sont exploitées à un niveau sans précédent¹³. Cela est manifeste dans la multiplication des solutions fondées sur la nature (« *nature-based solutions* » ou « *ecosystem-based approaches* »), qui interviennent à large échelle et consistent à protéger, gérer et restaurer les écosystèmes naturels, en poursuivant notamment les objectifs d'atténuation et d'adaptation au changement climatique¹⁴ ; un exemple classique est celui de la reforestation. Les moyens technologiques permettent désormais également d'envisager des mécanismes de géo-ingénierie consistant à manipuler des processus géologiques. Il en existe deux grandes catégories, la pre-

3 D. S. Olawuyi, J. J. González, H. Mostert, M. F. Montoya, C. Banet, « Introduction », in D. S. Olawuyi, J. J. González, H. Mostert, M. F. Montoya, C. Banet (eds), *Net Zero and Natural Resources Law: Sovereignty, Security, and Solidarity in the Clean Energy Transition*, Oxford University Press, 2024, p. 3.

4 *Ibid.*, p. 10.

5 Cette notion « refers to a paradoxical situation in which the management of one type of natural resources results in negative impacts on the sustainable management of another resource », R. E. Kim, H. van Asselt, « Global Governance: Problem Shifting in the Anthropocene and the Limits of International Law », in E. Morgera, K. Kulovesi (eds), *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 475.

6 V. les nombreux exemples étudiés in IPBES-IPCC co-sponsored workshop on biodiversity and climate change, Workshop report (https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2021/07/IPBES_IPCC_WR_12_2020.pdf).

7 D. S. Olawuyi, J. J. González, H. Mostert, M. F. Montoya, C. Banet, « Introduction », *op. cit.*, p. 12.

8 Cour constitutionnelle fédérale allemande, *Neubauer, et a. c. Allemagne*, ordonnance du 24 mars 2021.

9 R. Leal-Arcas, S. Minas, « Renewable Energy », in E. Morgera, K. Kulovesi (eds), *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 280.

10 M. Jansson, S. Romppanen, « Biofuels », in E. Morgera, K. Kulovesi (eds), *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 281.

11 CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, *op. cit.*, § 87.

12 Bien que contesté par certains scientifiques, ce terme est ici utilisé dans le langage devenu commun désignant une époque au cours de laquelle l'influence de l'être humain sur les écosystèmes a changé de dimension. Cf <<https://www.science.org/content/article/anthropocene-dead-long-live-anthropocene>>.

13 R. E. Kim, H. van Asselt, « Global Governance: Problem Shifting in the Anthropocene and the Limits of International Law », *op. cit.*, p. 474.

14 IPBES-IPCC co-sponsored workshop on biodiversity and climate change, Workshop report, *op. cit.*, p. 16.

mière consistant à refroidir la planète en éliminant les gaz à effet de serre (par exemple, installation de dispositifs d'absorption du dioxyde de carbone sur le sol ou fertilisation des océans), la deuxième visant à bloquer ou réfléchir un faible pourcentage de la lumière et de la chaleur du soleil (méthodes de gestion du rayonnement solaire telles que l'éclaircissement des nuages marins ou les aérosols stratosphériques).

5. La réponse nécessaire pour éviter le *problem-shifting* ne se situe pas tant au niveau de la responsabilité, mais plutôt au niveau des normes primaires, en particulier par une approche intégrée des différents régimes juridiques concernés¹⁵. La preuve en est que la plupart des activités conduisant à l'externalisation des problèmes sont parfaitement licites *a priori*, voire souhaitables. La seule solution pour éviter cette difficulté est d'établir une action coordonnée entre toutes les parties prenantes. Cela est cependant encore loin d'être le cas et, en attendant que cette coordination soit effective, il s'agit de se demander si la responsabilité internationale fournit des moyens pour contribuer à trouver des solutions et pour pousser les États à prendre en compte les différents intérêts en jeu.
6. La principale difficulté concerne la très grande indétermination de la dynamique et des conséquences du déplacement de problèmes et donc la nécessaire recherche d'anticipation : on ne sait pas par exemple quelles seront les conséquences exactes des nouvelles exploitations des ressources naturelles en termes de perte de biodiversité, même au regard des changements climatiques. Certains dommages sont envisageables, d'autres non car ils dépendent d'un nombre trop élevé de variables et dans la mesure où tous les éléments de la biosphère sont liés entre eux. L'exemple de l'exploitation des grands fonds marins est édifiant à cet égard. Plusieurs juridictions, surtout nationales mais aussi internationales dans leur fonction consultative, ont déjà commencé à être confrontées à ces questions. Des enseignements peuvent être tirés en particulier du contentieux climatique ; des questions tout à fait similaires se posent au plan national comme au niveau international dans un cadre interétatique aussi bien que transétatique, en matière d'investissement international par exemple.
7. Ce contentieux donne des indices d'une possible contribution en termes de responsabilité à la réponse à ces défis liés à l'indétermination de la réalisation de risques globaux touchant l'exploitation des ressources naturelles. On examine ici la contribution de la responsabilité internationale par le moyen de l'élargissement du fait illicite au lien avec le risque (I) et de l'effet conservatoire grâce à la prise en compte de l'éventualité du préjudice (II).

15 « Dans certains cas, les mesures de protection de l'écosystème peuvent faire simultanément office de mesures d'atténuation des changements climatiques ou d'adaptation à ceux-ci », CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, *op. cit.*, § 127.

I. Le fait internationalement illicite fondé sur le lien avec les risques d'exploitation des ressources naturelles

8. Le fait internationalement illicite de l'État n'est pas évident puisque celui-ci agit par hypothèse pour répondre aux effets néfastes des

changements climatiques ou encore pour protéger la biodiversité, dans le cadre de la mise en œuvre de ses obligations internationales. C'est cependant l'État qui a la fonction de décider des grandes orientations de la transition énergétique. L'obligation générale de vigilance et les standards de *due diligence* permettent de relier l'État qui a le pouvoir de préserver les ressources naturelles aux risques qu'elles encourent. C'est précisément ce défaut de diligence dans l'exercice du pouvoir d'organisation de l'exploitation des ressources en vue de mettre en œuvre la transition qui peut être à l'origine de la responsabilité internationale de l'État. Or ce pouvoir se déploie différemment en fonction du statut juridique de l'espace sur lequel se trouvent les ressources concernées, ce qui conduit à distinguer les ressources communes ou partagées, d'une part (A), des ressources relevant du territoire de l'État, d'autre part (B).

A. Les risques d'exploitation des ressources communes ou partagées

9. *L'International Law Association* a précisé dans une résolution les normes applicables aux différents espaces où se trouvent les ressources naturelles qui doivent être conservées et exploitées de façon raisonnée¹⁶. Celles-ci peuvent tout d'abord se trouver dans des espaces internationaux tels que la haute mer ou les fonds marins. Selon les principes généraux qui sont applicables à ces espaces, les États ont l'obligation de contrôler que leurs ressortissants ne portent pas atteinte à l'environnement lors de l'exploitation des ressources qui s'y trouvent. Les obligations des États au regard de cette exploitation dépendent bien sûr du régime juridique propre à chaque espace, mais il semble en général que le standard de diligence qui leur est imposé soit assez élevé. C'est notamment ce qu'a affirmé au sujet de la Zone la chambre du Tribunal international du droit de la mer (TIDM) au sujet de l'exploitation des grands fonds marins dans son avis consultatif relatif aux *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*. Selon elle :

L'obligation de diligence requise exige des États qui patronnent de prendre toutes les mesures appropriées afin de prévenir les dommages qui pourraient résulter des activités des contractants qu'ils patronnent. Cette obligation s'applique aux situations où les preuves scientifiques quant à la portée et aux effets négatifs éventuels des activités concernées sont insuffisantes, mais où il existe des indices plausibles de risques potentiels¹⁷.

Au vu de la gravité potentielle des risques en cause, cette obligation de diligence s'applique même en l'absence de données scientifiques précises, c'est-à-dire qu'elle inclut une approche de précaution. Le même raisonnement peut être transposé au contrôle des procédés de géo-ingénierie. En ce qui concerne l'ingénierie solaire, par exemple, l'approche de précaution est justifiée par le fait que cer-

16 International Law Association, Kyoto Conference (2020), Resolution No. 4 /2020, « The Role of International Law in Sustainable Natural Resources Management for Development ». V. aussi C. Tams, « Authority over Natural Resources: No End of Geography », in M. L. Fremuth, J. Griebel, R. Heinsch (eds), *Natural Resources and International Law – Developments and Challenges. A Liber Amicorum in Honour of Stephan Hobe*, Nomos, 2021, pp. 307-319.

17 TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif du 1er février 2011, § 131.

taines études suggèrent de possibles déplacements de problèmes tels que les sécheresses dues à la diminution des précipitations, sans que ce risque ne soit entièrement avéré¹⁸.

10. Les risques liés à l'exploitation peuvent aussi concerner les ressources naturelles partagées, soit qu'elles constituent la frontière, soit qu'elles traversent le territoire, de deux ou plusieurs États. L'exemple classique est celui de la construction d'un barrage hydroélectrique qui peut créer des risques pour l'écosystème fluvial et pour la diversité biologique. Cette hypothèse est régie depuis longtemps par le droit international, en particulier *via* le principe d'utilisation durable de la ressource partagée en tant que standard permettant d'évaluer si l'État en cause a utilisé tous les moyens raisonnables en vue d'éviter la survenance du dommage¹⁹.

B. Les risques d'exploitation des ressources sur le territoire de l'État

11. La plupart du temps l'action de l'État au sujet de l'exploitation des ressources naturelles concerne des ressources se trouvant sur son territoire, comme cela est le cas des impacts environnementaux produits par l'exploitation minière. D'autres exemples comprennent la construction d'usines marémotrices pour répondre aux changements climatiques qui peut créer des dommages aux zones humides côtières et à leurs habitats, le remplacement de l'essence par de l'éthanol de maïs qui peut causer une pauvreté en eau et des problèmes agricoles ou encore le cas déjà évoqué de l'utilisation massive des terres nécessaires pour produire des biocarburants ou des énergies renouvelables qui peut nuire à la biodiversité, voire à la lutte contre les changements climatiques en cas de déforestation.
12. Les États disposent le plus souvent d'une grande marge de liberté pour définir les moyens à employer pour réviser leur mix énergétique ou dans le cadre de leur contribution déterminée au niveau national (CDN) au sens de l'Accord de Paris. Cette discrétion est cependant limitée par la qualification de la conservation de certaines ressources naturelles en tant qu'intérêt commun de l'humanité²⁰. L'action — ou l'inaction — de l'État au regard de l'exploitation des ressources naturelles peut être remise en cause tout d'abord au niveau national. Au sujet de l'exploitation minière du lithium, une région du Chili a par exemple introduit un recours constitutionnel à l'encontre des décisions du gouvernement et des contrats relatifs à cette exploitation, se fondant sur l'absence de prise en compte des risques aussi bien pour la biodiversité que pour les droits des peuples autochtones. La Cour suprême a annulé les contrats en 2022 sur le fondement de l'inconstitutionnalité de l'action du gouvernement²¹.
13. Au niveau international, c'est la notion d'intérêt commun (ou préoccupation commune) de l'humanité, par exemple pour la biodiversité et le climat, qui permet de fonder une éventuelle responsabilité de

18 R. E. Kim, H. van Asselt, « Global Governance: Problem Shifting in the Anthropocene and the Limits of International Law », *op. cit.*, p. 478.

19 V. notamment CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997.

20 V. Barral, « National Sovereignty over Natural Resources: Environmental Challenges and Sustainable Development », in E. Morgera, K. Kulovesi (eds), *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 3-25.

21 *Chile, Regional Government of Atacama v. Ministry of Mining and Other*, Court of Appeal of Copiapo, 9-2022, 30 January 2022.

l'État pour négligence dans l'exploitation de ses ressources naturelles. La notion d'intérêt commun établit le lien avec le pouvoir de l'État et donc l'étendue de son devoir de vigilance. De plus, certains traités incluent le principe d'utilisation durable en rapport avec les ressources naturelles nationales, comme cela est le cas de l'article 10 de la Convention sur la diversité biologique.

14. La CIJ semble avoir confirmé cet élargissement de la responsabilité de l'État dans son avis consultatif de 2025. Elle a en effet considéré qu'elle devait prendre en compte « l'éventail complet des activités humaines »²², en étendant la portée de son avis à toutes les actions et omissions qui ont comme effet de créer des dommages climatiques ou aux autres composantes de l'environnement²³. A partir de cette base, elle a pu reconnaître que la responsabilité internationale de l'État est susceptible de découler du fait même de permettre l'exploitation et la production d'énergies fossiles²⁴ ou encore d'omettre de mettre en œuvre le principe d'intégration²⁵ ainsi que de prendre en compte de façon conjointe ses différentes obligations complémentaires. La Cour semble poursuivre ainsi l'élargissement des obligations de *due diligence* des États, notamment dans le cadre de la mise en œuvre du principe de prévention²⁶. La réduction drastique de la marge de discrétion dans le choix par les États des énergies fossiles, d'où découlent des conséquences très importantes pour les acteurs privés dans ce secteur, conduit à faciliter l'engagement de la responsabilité de l'État.

II. L'effet conservatoire face à l'éventualité du préjudice causé par l'exploitation des ressources naturelles

15. L'un des principaux enjeux de la responsabilité de l'État pour l'exploitation des ressources naturelles réside dans sa dimension anticipatoire : plus le risque de préjudice grave ou irréparable est élevé, plus il s'agit de prévenir sa réalisation. Les règles de la responsabilité internationale peuvent-elles contribuer à cet objectif ? Plus précisément, l'enjeu est de déterminer comment ce régime juridique peut s'adapter à l'indétermination élevée liée au phénomène du transfert de problème. Comment établir le lien de causalité entre les décisions relatives à l'exploitation des ressources naturelles liées à la transition énergétique et les dommages éventuels causés par cette exploitation (qui peuvent se révéler sur le long terme) ? Comment quantifier le risque ou le dommage déplacé ? Très souvent ce dommage n'est pas immédiatement quantifiable, comme c'est le cas de la perte de biodiversité. Le contentieux étatique et international ouvre des perspectives aussi bien en termes de causalité complexe (A) que de prise en compte du préjudice éventuel (B).

A. Prise en compte de la causalité probable

16. La très forte interconnexion entre tous les éléments de la biosphère rend particulièrement difficile la détermination des causes exactes des phénomènes naturels observés. En termes de responsabilité des États, la difficulté réside dans le fait qu'une action d'un État dans un

22 CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, op. cit., § 94.

23 *Ibid.*, § 95.

24 *Ibid.*, § 427.

25 Ce qui est aussi désigné comme « *the guiding principles of nexus and integrated resource governance* », D. S. Olawuyi, J. J. González, H. Mostert, M. F. Montoya, C. Banet, « Conclusion », in D. S. Olawuyi, J. J. González, H. Mostert, M. F. Montoya, C. Banet (eds), *Net Zero and Natural Resources Law: Sovereignty, Security, and Solidarity in the Clean Energy Transition*, Oxford University Press, 2024, p. 354.

26 V. S. Maljean-Dubois, « Les obligations de diligence dans la pratique : la protection de l'environnement », in SFDI – S. Cassella (dir.), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Pedone, pp. 145-162.

lieu donné peut entraîner des répercussions, y compris très loin de ses frontières, par exemple en matière climatique ; or les dommages environnementaux constatés ont le plus souvent plusieurs causes concomitantes. Il n'est cependant pas impossible de retenir ce type de causalité complexe dans le droit de la responsabilité de l'État, comme cela apparaît dans différents types de contentieux.

17. La causalité probable en matière de risques globaux et plus généralement pour la protection de l'environnement a en effet déjà été acceptée. La CIJ l'a reconnu dans des termes généraux dans un contexte transfrontalier :

Dans le cas de dommages environnementaux allégués, la question de leur existence et du lien de causalité peut soulever des difficultés particulières. Il se peut en effet que le dommage soit attribuable à plusieurs causes concomitantes, ou encore que l'état des connaissances scientifiques ne permette pas de le relier avec certitude au fait illicite par un lien de causalité. Ces difficultés doivent être examinées au moment où elles surviennent, à la lumière des faits propres à l'affaire et des éléments de preuve présentés à la Cour. Il revient in fine à la Cour de décider s'il existe un lien de causalité suffisant entre le fait illicite et le préjudice subi²⁷.

On en déduit que la Cour n'exclut pas la possibilité de retenir un lien de causalité même dans le cas où celle-ci ne pourrait être établie de façon certaine. Dans le cadre climatique, de nombreuses juridictions nationales ont considéré que la causalité entre la négligence de l'État et le préjudice est suffisamment établie dès lors que la contribution de chaque État est de plus désormais clairement modélisée par des études scientifiques²⁸.

18. Le principe de précaution, prévu dans la plupart des régimes juridiques environnementaux, permet de déterminer le degré de prévisibilité en vue d'établir le lien de causalité entre l'inaction ou l'action d'un État et le préjudice probable. Il existe de nombreuses études scientifiques qui alertent sur les risques par exemple de l'utilisation de moyens de géo-ingénierie, même si ceux-ci ne sont pas totalement établis. C'est sur ce fondement que la conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique a adopté en 2008 un moratoire sur la fertilisation des océans et sur la séquestration du CO₂ dans des formations géologiques sous-marines²⁹, tant qu'il n'y a pas d'étude scientifique assez complète sur les effets de ces deux procédés. Il existe en effet des doutes sur le danger d'une acidification des océans produite par d'éventuelles fuites de CO₂ dans les colonnes d'eau³⁰. Même dans le cadre climatique, la CIJ a considéré que :

si le lien de causalité entre les actions ou omissions illicites d'un État et les dommages résultant des change-

27 CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt du 2 février 2018, § 34.

28 V., parmi les premières décisions en ce sens, Cour suprême des États-Unis, *Massachusetts et al. v. Environmental protection agency et al. (Massachusetts v. EPA)*, 2 avril 2007. En juin 2025, 14 citoyens français affectés par des événements liés au climat, soutenus par Greenpeace France, Notre Affaire à Tous et Oxfam France, ont intenté une action en justice contre l'État français devant le Conseil d'État, contestant l'insuffisance du troisième Plan national d'adaptation au changement climatique (PNACC 3). Ils appuient leur requête notamment sur ce type de modélisation de la part de contribution de chaque État à la lutte contre le changement climatique.

29 CBD Decision IX/16 Biodiversity and Climate Change, 9 octobre 2008, UN Doc UNEP/CBD/COP/9/29 ; V. aussi CBD Decision X/33 Biodiversity and Climate Change, 20 janvier 2011, UN Doc UNEP/CBD/COP/10/27.

30 R. E. Kim, H. van Asselt, « Global Governance: Problem Shifting in the Anthropocene and the Limits of International Law », *op. cit.*, p. 484. V. aussi sur cette question G. H. Hong, Y. J. Lee, « International Governance on Marine Geo-Engineering for Climate Change Mitigation », in K. Zou (ed.), *Global Commons and the Law of the Sea*, Brill Nijhoff, 2018, pp. 259-285.

ments climatiques est plus tenu que lorsqu'il s'agit d'une pollution ayant des origines locales, il n'est cependant pas impossible à établir³¹.

B. Les conséquences au regard du dommage global

19. Les dommages causés par les actions et omissions des États dans la gestion de l'exploitation des ressources naturelles sont très difficiles à évaluer et à quantifier dans la mesure où ils résultent souvent d'une accumulation de différents préjudices dans le temps et dans l'espace. Au sujet du déplacement de problème, il est ardu de déterminer si le dommage final peut être considéré comme équivalent à celui qui a été évité par l'action de l'État. Or, selon le droit de la responsabilité internationale, si le dommage n'est pas une condition nécessaire pour l'engagement de la responsabilité, il constitue le critère même de sa mise en œuvre³². Le choix des modalités de réparation, en particulier, dépend des caractéristiques du dommage causé. Plusieurs juridictions nationales ont déjà abordé la question et accepté de prendre en compte le dommage global causé par l'État, en particulier dans le cadre du contentieux climatique. Le tribunal administratif de Paris a par exemple considéré que le préjudice écologique causé par l'inaction climatique de la France était établi, en tenant compte de projections sur les dommages qui en résulteraient dans le futur³³. Au Royaume-Uni un tribunal a estimé que le gouvernement britannique avait manqué à ses obligations en vertu de la loi de 2008 sur le changement climatique dans la conception et l'approbation de sa stratégie zéro émission nette³⁴. Il s'est fondé en particulier sur le fait que le ministre n'avait pas suffisamment d'informations à disposition pour mesurer les risques liés à la mise en œuvre des actions prévues dans le plan de zéro émission nette.

31 CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, *op. cit.*, § 438.

32 Commission du droit international, article 31 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, 2001, UN Doc A/RES/56/83.

33 Tribunal administratif de Paris, *Affaire du siècle*, jugement du 3 février 2021, § 16.

34 *R (oao Friends of the Earth) v Secretary of State for Business Energy and Industrial Strategy*, High Court of Justice of England and Wales, EWHC 1841, 18 July 2022 (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland).

35 Selon l'article 195, intitulé « Obligation de ne pas déplacer le préjudice ou les risques et de ne pas remplacer un type de pollution par un autre », « Lorsqu'ils prennent des mesures pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, les États agissent de manière à ne pas déplacer, directement ou indirectement, le préjudice ou les risques d'une zone dans une autre et à ne pas remplacer un type de pollution par un autre ».

36 TIDM, *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international*, avis consultatif du 21 mai 2024, § 231.

20. Il reste que le niveau exact de dommage pouvant être pris en compte pour engager la responsabilité de l'État, en particulier en termes de seuil de gravité, n'est pas aisé à déterminer. La notion de déplacement ou de remplacement semble en particulier renvoyer à un dommage pouvant être considéré comme équivalent. Il est intéressant à cet égard de réfléchir à partir de l'étude des obligations de non-transfert qui existent dans plusieurs traités, généralement dans le domaine de la pollution. Il s'agit probablement des seules normes primaires existantes qui envisagent et interdisent clairement le déplacement de problème : un État ne doit pas créer une nouvelle pollution découlant de la mise en œuvre de mesures visant à faire face à une autre pollution. Le TIDM a eu à se prononcer sur ce point en relation avec l'article 195³⁵ de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer. Ce dernier interdit aux États parties le transfert à la fois spatial et sectoriel des risques ou des dommages dus à la pollution lorsqu'ils adoptent des mesures pour protéger le milieu marin. Le Tribunal indique à cet égard très clairement que « la géo-ingénierie marine serait contraire à l'article 195 si elle avait pour conséquence de remplacer un type de pollution par un autre »³⁶. Ce faisant, il ne semble pas renvoyer à un seuil spécifique de dommage, toute

nouvelle pollution causée par les mesures environnementales adoptées par l'État pouvant être considérée comme interdite. On pourrait imaginer qu'en termes d'obligations secondaires le même type de raisonnement s'applique dès lors qu'un dommage a été déplacé.

21. Une fois le dommage identifié, les règles de la responsabilité permettent d'envisager toute la série des modes de réparation adaptés, ainsi que l'obligation de cesser immédiatement d'appliquer les mesures qui en sont à l'origine³⁷. Ce qui est néanmoins attendu ici pour l'essentiel n'est pas tant la remise en l'état par rapport à une violation passée, mais plutôt l'anticipation de préjudices potentiellement graves, voire irréversibles, et donc une pression pour que les États mettent fin à l'activité concernée et prennent des mesures pour éviter le transfert de risques et dommages. Le droit de la responsabilité internationale fournit aussi cette possibilité, en particulier par le biais des assurances et garanties de non-répétition. Au niveau du contentieux national, les injonctions que les juridictions adressent aux gouvernements, par exemple dans le cadre du contentieux climatique, ont des objets très variés, tels qu'effectuer des études d'impact spécifiques pour les projets susceptibles d'avoir des conséquences pour l'environnement ou encore adopter différents types de mesures conservatoires. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a par exemple ordonné à l'État allemand de ne pas déplacer les risques et dommages inhérents aux réponses aux changements climatiques sur les générations futures (transfert temporel) à cause de son choix des moyens de la transition dans le cadre de l'évaluation de sa contribution déterminée au niveau national³⁸.

22. La jurisprudence récente montre que la responsabilité internationale produit aussi des effets tournés vers le futur et peut donc revêtir une fonction anticipatoire ; elle révèle également la contribution que peuvent apporter les juridictions internationales — y compris en faveur des juridictions nationales — en précisant les conditions d'application de cette responsabilité dans leurs avis consultatifs. Il importe néanmoins de garder à l'esprit que cette contribution de la responsabilité internationale à la solution du déplacement de problèmes s'explique essentiellement par l'absence de normes primaires consacrées spécifiquement à cette question. Tout au plus la CIJ a-t-elle considéré que les différents traités de protection de l'environnement et les normes coutumières s'éclairent mutuellement et donc que les États doivent toujours tenir compte des autres normes lorsqu'ils appliquent un instrument³⁹. Il ne s'agit donc que d'un palliatif à court terme pour des raisons structurelles : de nombreux mécanismes contentieux internationaux étant spécialisés, il est à ce jour tout à fait possible que la mise en œuvre d'obligations internationales au titre de la transition énergétique soit un argument qui permette d'éviter aux États d'assumer la responsabilité du *problem-shifting*. La réserve de l'avis consultatif de la CIJ sur ce point confirme qu'à ce jour les effets de l'atteinte à un intérêt commun de l'humanité du point de vue de la responsabilité internationale ne sont pas encore clairement établis⁴⁰.

37 V. CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, *op. cit.*, §§ 444 et s.

38 Cour constitutionnelle fédérale allemande, *Neubauer, et a. c. Allemagne*, *op. cit.*

39 CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, *op. cit.*, § 354.

40 V. Barral, « National Sovereignty over Natural Resources: Environmental Challenges and Sustainable Development », *op. cit.*

