



Le Contrat Durable

"Tout contrat qui dans son objet et ses modalités d'exécution concilie les aspects économiques, sociaux et environnementaux en vue de favoriser la protection des droits fondamentaux et de l'environnement."

Contours du concept et pistes d'exploration

Yann Queinnec

/// Confidentiel avant publication ///



Janvier 2010

Le concept de contrat durable

Il suffit d'observer les tendances lourdes de l'investissement international privé ces dernières décennies pour constater le déplacement des frontières de l'intérêt général de la sphère publique à la sphère privée. Ceci est illustré par la multiplication des Partenariats Public Privé (PPP) largement promus par les institutions financières internationales. Mais le phénomène est plus profond et on ne compte plus les contrats entre partenaires privés dont les incidences sur le plan social et environnemental relèvent de l'intérêt général. Le bois par exemple est une ressource dont l'exploitation influe sur la biodiversité et le phénomène de changement climatique. Les contrats organisant la production et la fourniture de biens manufacturés dans les usines où les employés ne bénéficient pas des standards de l'OIT posent des questions évidentes relevant de l'intérêt général. Ce qui jusqu'à maintenant ne relevait que de la notion de marchandise et de service objets de contrats privés recouvre d'autres dimensions qui ne peuvent aujourd'hui plus être ignorées. En d'autre temps, l'éloignement et l'absence de moyens de communication pouvaient expliquer une ignorance et un désintérêt pour ces considérations de la part des donneurs d'ordre. Tel n'est plus le cas à l'heure des campagnes globales de communication sur le développement durable.

Or ce déplacement des frontières de l'intérêt général qui s'invite dans le contrat privé, lequel n'avait pas intrinsèquement vocation à l'accueillir n'a pas trouvé, à ce jour, de traduction satisfaisante au plan de la responsabilité des acteurs concernés. Les débats autour de la notion de responsabilité sociale et environnementale (RSE) des entreprises tentent d'apporter des réponses. Mais l'absence de consensus international, dont le récent rapport d'étape du Professeur John Ruggie se fait l'écho, ne fait pas espérer l'adoption d'outils conventionnels internationaux sur le sujet avant longtemps.

Dans ce contexte l'association Sherpa considère qu'il y a place pour développer un outil juridique original spécifique. Son objectif serait de traduire en obligations contractuelles internationales les nouvelles frontières de l'intérêt général induites par l'intervention accrue des opérateurs privés. Le concept de contrat durable dont nous présentons les grandes lignes ci-après vise à apporter des réponses qui pourraient constituer une synthèse pertinente entre les outils de soft-law et de hard-law caractérisant la RSE.

La terminologie employée, contrat durable, résulte naturellement du concept de développement durable tel que défini par les Nations Unies¹ et dont l'objectif est de définir des schémas viables et conciliant les trois aspects économique, social et environnemental des activités humaines. Ainsi, le contrat durable constituerait une traduction juridique des objectifs de développement durable, réalisant une synthèse contractuelle des normes disparates composant l'environnement juridique de la RSE. On pourrait définir le contrat durable de façon un peu absolue comme : « *Tout contrat qui dans son objet et ses modalités d'exécution concilie les aspects économiques, sociaux et environnementaux en vue de favoriser la protection des droits fondamentaux et de l'environnement.* »

L'intérêt de développer cet outil serait triple :

Outil d'interprétation - Les juges et arbitres saisis de litiges pourraient appréhender les contrats qui leur sont soumis à la lumière de la notion de développement durable. Ainsi, l'utilisation des critères du contrat durable permettrait de mettre fin

¹ En 1984, l'Assemblée générale des Nations Unies mandata Madame Gro Harlem Brundtland, alors premier ministre de la Norvège, aux fins d'assurer la présidence de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'ONU. En 1987, la commission remet son rapport intitulé, «Notre avenir à tous», ce rapport apporte une définition au concept du développement durable. Suivant cette définition, le développement durable est «Un développement qui répond aux besoins des générations du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs »

à la situation actuelle où les entreprises sont libres d'interpréter discrétionnairement les standards de responsabilité sociale et environnementale dont elles doivent rendre compte. Elle permettrait aussi d'apprécier les différentes étapes de la vie d'un contrat, de la procédure d'appel d'offre à sa rupture, en passant par la qualité du consentement des parties et la teneur ainsi que les modalités d'exécution de leurs obligations respectives.

Outil d'aide à la décision - Le développement du concept de contrat durable fournirait aux entreprises des standards, constituant ainsi un outil d'aide à la décision lorsqu'elles sont confrontées à des situations relevant de leur responsabilité sociale et environnementale. En ce sens, le contrat durable constituerait un outil d'évaluation de performance en lien direct avec la notion de « *Triple bottom line* »²

Outil contractuel à part entière - Evidemment derrière un tel projet se profile l'établissement de standards contractuels en mesure d'être intégrés, à long terme, au droit international des obligations contractuelles. Une nouvelle génération de PPP et contrats privés organisant un équilibre entre les implications économiques, sociales et environnementales devrait émerger du concept de contrat durable.

La mise au point d'un tel outil réclame l'émergence d'une doctrine juridique internationale capable d'extraire de normes disparates une synthèse cohérente. Les contributions *amicus curiae* dans le cadre des litiges arbitraux seraient un terrain privilégié de développement d'une telle doctrine. Un puissant levier de synthèse réside selon nous dans les normes fondamentales issues de la *Lex Mercatoria* (bonne foi, attente légitime, *constructive knowledge*, etc.), des principes généraux du droit et du droit coutumier international qui ont l'avantage d'un périmètre adapté au caractère supra national des STN.

² Il s'agit d'un outil d'évaluation des performances d'une entreprise en matière de développement durable suivant trois paramètres: People (Critère social) Planet ; (Critère environnemental) ; Profit (Critère économique). L'expression a été créée par John Elkington, cofondateur du premier cabinet de conseil en stratégie de développement durable britannique Sustainability en 1994.

Le contrat durable n'aura de pertinence que s'il parvient à appréhender l'environnement juridique complexe de la RSE. En l'occurrence, ainsi que les développements qui précèdent l'ont montré, cet environnement se trouve au croisement d'outils juridiques hétérogènes constituant l'Adn du contrat durable tel que nous l'entendons. On peut considérer que le cadre général est constitué du concept de développement durable ainsi que des objectifs du millénaire pour le développement. Des outils juridiques plus spécifiques seront par ailleurs convoqués. Entre autres :

- le droit des contrats (à travers par exemple le contrat de PPP, la notion d'engagement unilatéral ou de gestion en bon père de famille),
- le droit de la concurrence (notamment ses usages de la notion d'abus de droit, de dépendance économique et de groupe de sociétés),
- le droit de l'investissement (au travers notamment d'une tendance de l'arbitrage international,³ certes encore marginale, qui commence à s'ouvrir aux considérations d'intérêt général),
- le droit des sociétés (via les obligations de *reporting* sur les impacts sociaux et environnementaux, la notion de groupe de sociétés, de société-mère, de responsabilité limitée, etc.),
- le droit fiscal (pratiques des prix de transfert, *management fees* qui influent sur les recettes fiscales du pays d'accueil),
- le droit comptable (qui au-delà du développement de pratiques comptables telles que les dotations en provision pour les risques extra financiers, apporte aussi des outils tels que la consolidation pour appréhender la structure des groupes de sociétés).

³ Citons par exemple la prise en compte des enjeux particuliers du secteur de l'eau dans le litige CIRDI *Aguas Argentinas v Argentina*. Les arbitres ont accepté le 12 février 2007 d'accueillir une contribution en *amicus curiae* de cinq ONG considérant qu'ils auront à résoudre «complex public and international law questions, including human rights considerations» CIRDI, n°ARB/03/19, Order in response to a petition by five non-governmental organizations for permission to make an *amicus curiae* submission, February 12, 2007, para.18.

Autant d'outils juridiques qui, appréhendés ensemble, dans une perspective de RSE contribuant au développement durable, font naître selon-nous des obligations de prévention et de réparation des dommages sociaux et environnementaux incombant aux STN. C'est à ce stade que le concept de contrat durable trouve sa pertinence et peut combler les vides juridiques qui prédominent aujourd'hui, i.e. les décalages entre les incidences d'un contrat privé sur des considérations d'intérêt général et la responsabilité corrélative des parties au contrat entre elles et à l'égard des parties prenantes. Le contrat durable entend injecter une dose de responsabilité d'intérêt général dans les interstices des relations contractuelles où il est légitime de combler un vide juridique. L'Adn du contrat ainsi modifié, les conséquences de l'exécution des contrats seraient anticipées dans une perspective constante de respect des générations futures.

Evidemment le périmètre de cette étude ne nous permet pas de développer sur ce sujet et l'état de nos recherches sur ce sujet étant embryonnaire il est hardi de proposer aujourd'hui une définition aboutie du concept de contrat durable. Mais nous proposons les caractéristiques fondamentales suivantes:

Caractéristiques fondamentales du contrat durable - Les termes du contrat durable dépendent de deux paramètres distincts : 1) Les effets du contrat concerné sur les considérations d'intérêt général induites par la recherche d'un développement durable et 2) le rapport de force entre les parties au contrat qui renvoie notamment à la notion de sphère d'influence.

Ainsi, l'élaboration d'un contrat durable impose-t-elle au préalable de diagnostiquer les incidences potentielles et avérées sur l'environnement (durabilité des ressources et pollution, biodiversité, etc.) et les droits fondamentaux (en ce compris le droit social et les droits tels que définis par la charte internationale des droits de l'homme) de l'exécution du contrat projeté. Ce diagnostic permettra l'identification des obligations d'intérêt général devant figurer dans les termes contractuels. On le voit cette étape préalable

impose la réalisation d'études d'impact, dispositifs largement répandus et qui sont au centre des débats sur la RSE. On peut d'ailleurs constater que l'exigence de prévention n'a pas encore aujourd'hui atteint sa maturité contractuelle. Le contrat durable entend proposer des mécanismes apportant le maximum de prévenance. Au-delà en effet des aspects techniques propres à chaque contrat, l'activité qu'il entend organiser, la fonction première du contrat durable est bien de prévenir les litiges et les dommages, tout en répartissant équitablement les responsabilités respectives des parties. D'ailleurs, dans le contrat durable, les « parties prenantes » deviennent des parties au contrat principal ou à tout le moins sont parties à une chaîne de contrats. C'est l'une des caractéristiques fondamentales et règle du jeu contractuel dont ce projet entend montrer l'intérêt.

S'agissant de la répartition des obligations et responsabilités corrélatives entre les parties au contrat, elle impose l'analyse de leur rapport de force d'une part, et celle de leur influence respective sur des considérations d'intérêt général d'autre part. Cette analyse vise à faire peser le respect des obligations identifiées sur la partie la plus à même de les assumer. C'est évidemment à ce stade que le concept de contrat durable bouleverse fondamentalement la donne actuelle puisqu'il revient à soumettre des opérateurs privés à des obligations qui leur étaient jusqu'alors étrangères ou cantonnées à une sphère volontaire. Il s'agit, en effet de modérer les excès d'asymétries régulièrement constatées entre un donneur d'ordre et son contractant tels que le déséquilibre d'expertise ou la dépendance économique, qui génèrent bien souvent des conditions contractuelles inadaptées qui compromettent la durabilité du contrat. L'objectif est surtout que les termes contractuels organisent le traitement des impacts sociaux et environnementaux et ce faisant rétablissent une cohérence entre la poursuite légitime d'intérêts privés et ses externalités négatives.

Illustrations - Nous pouvons considérer, par exemple, qu'un contrat imposant à un sous-traitant de respecter les engagements éthiques du donneur d'ordre, sans toutefois que les conditions

financières consenties lui permettent de faire les investissements nécessaires, ne répondrait pas à la notion de contrat durable.

Dans un autre registre, celui des litiges arbitraux Etats/investisseurs et plus particulièrement dans le cadre des partenariats public privé, la prise en compte de la notion de contrat durable implique que les arbitres doivent appréhender dans leur décision, non seulement les attentes des investisseurs mais aussi ce que l'on est en droit d'attendre des investisseurs impliqués dans des activités en rapport avec des droits fondamentaux. On peut citer à titre d'exemple le secteur de la fourniture et de l'assainissement de l'eau. La responsabilité de l'opérateur privé d'assurer la fourniture d'eau potable l'associe directement au processus de respect du droit d'accès à l'eau. On peut ainsi imaginer que l'intransigeance d'un opérateur lors d'une renégociation de tarifs qui contribue à la résiliation d'un contrat doit être prise en compte par les arbitres, au moins pour l'évaluation des indemnités réclamées. A fortiori lorsqu'une telle renégociation de tarif survient seulement après quelques mois d'exécution de contrats souvent conclus sur des périodes dépassant 20 années. Et particulièrement lorsque les prétentions d'indemnisation de l'investisseur consistent à se faire payer les années de contrats non exécutées, au titre de la perte de chance. Dans ces circonstances, les arbitres devront s'interroger sur le caractère durable du contrat de PPP à l'origine du litige et en tirer toutes les conséquences sur les prétentions indemnitaires de l'investisseur.⁴

On perçoit bien ici le périmètre de considérations

⁴ En ayant recours par exemple à la notion de « *constructive knowledge* » associée à la réputation d'expertise des multinationales de l'eau. Selon ce principe, « *if one by exercise of reasonable care would have known a fact, he is deemed to have had constructive knowledge of such fact* ». En conséquence, lorsqu'il est avéré que l'expertise reconnue à une entreprise devait lui permettre d'anticiper par exemple les problèmes financiers d'une partie de la population qui ont entraîné l'échec d'un projet et/ou la négociation de nouvelles conditions contractuelles plus favorables, il peut lui être opposé qu'il ne peut légitimement attendre d'être intégralement indemnisé à ce titre.

très large que la notion de contrat durable permet d'appréhender. Il est à l'image des enjeux induits par la responsabilité sociale et environnementale des entreprises. Evidemment, la problématique de l'équilibre entre les parties à un contrat sera centrale, autant pour considérer des relations Etats/entreprises que celle entretenues entre une société mère et ses partenaires intégrés (les sociétés constituant le groupe) ou partenaires externes (fournisseurs, sous-traitants, distributeurs). De même que les relations établies par les entreprises avec les parties prenantes. A ce titre, le développement de l'outil juridique que constitue le contrat durable devra aussi satisfaire aux principes de proportionnalité, de coopération et de cohérence.

Le périmètre d'intervention du concept de contrat durable concerne ainsi autant le fond que la forme. Il s'étend de la phase de négociation des termes du contrat (équilibre technique et économique entre les parties, implication des parties prenantes), à sa phase de formalisation (qualité du consentement, transparence), d'exécution (*reporting*), de révision et de rupture (recours à l'arbitrage).

L'émergence de clauses contractuelles d'ordre public international est l'objectif du développement du concept de contrat durable. Sherpa considère qu'il est temps de rétablir des conditions d'une concurrence loyale entre opérateurs dont les actions influent sur l'intérêt général. Le contrat durable est un outil pour réhabiliter la confiance dans l'action des acteurs économiques. En ayant recours à l'outil contractuel et à l'équilibre qu'il permet entre mesures volontaires et obligations contraignantes, Sherpa considère qu'il sera plus aisé d'obtenir l'adhésion constructive des opérateurs privés à un tel projet.

Yann Queinnec,
directeur de l'association Sherpa