



HAL
open science

Le contentieux contre les Carbon Majors : esquisse d'un système de responsabilité des entreprises dans le domaine du changement climatique

Luca d'Ambrosio

► **To cite this version:**

Luca d'Ambrosio. Le contentieux contre les Carbon Majors : esquisse d'un système de responsabilité des entreprises dans le domaine du changement climatique. M. Torre-Schaub (dir.), Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisation du droit, Paris, Mare et Martin, 2021, p. 215-237., 2021, 9782849345238. hal-03123425

HAL Id: hal-03123425

<https://hal.science/hal-03123425>

Submitted on 27 Jan 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE CONTENTIEUX CONTRE LES *CARBON MAJORS* : ESQUISSE D'UN SYSTÈME DE RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES DANS LE DOMAINE DU CHANGEMENT CLIMATIQUE

Luca d'Ambrosio

Docteur en droit – Chercheur associé à l'IREDIÉS/Université Paris 1

Chargé d'enseignement à l'École de Droit de Sciences Po

in M. Torre-Schaub (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisation du droit*, Paris, Mare et Martin, à paraître, 2020, p. 215-237.

Les premières actions contre des entreprises du fossile furent introduites durant la première décennie des années 2000 devant des juges états-uniens. Ce furent tout d'abord des États fédérés (Californie, Connecticut, Iowa, New Jersey, New York, Rhode Island, Vermont, and Wisconsin) ainsi que la ville de New York qui assignèrent en 2005 les plus grandes compagnies américaines d'électricité pour obtenir une injonction de réduction de leurs émissions de gaz à effet de serre¹. Ensuite, en 2008, une action en responsabilité civile fut introduite devant un Tribunal fédéral de l'État de Californie par les habitants d'un petit village en Alaska (*Kivalina*) : les demandeurs visaient cette fois à obtenir de 24 compagnies des secteurs pétrolier et électrique la réparation des dommages dérivant du déplacement de leur village rendu nécessaire par la fonte du permafrost et la montée des eaux engendrées par le réchauffement climatique². Dans un cas comme dans l'autre, les actions furent déclarées « non recevables » par les juges états-uniens. Dans l'affaire *American Electric Power Company*, la Cour suprême avait refusé de se prononcer sur le fond de l'affaire en raison de la dimension politique de la question de la réduction des émissions de GES des entreprises électriques³. Dans l'affaire *Kivalina*, les juges étaient arrivés au même résultat, mais en mettant plutôt l'accent sur la dimension très étendue du lien de causalité entre les émissions des sociétés défenderesses et les dommages litigieux⁴.

Malgré les obstacles politiques et techniques sur lesquels ont achoppées ces premières actions, la page du contentieux climatique contre les plus grandes entreprises émettrices de gaz à effet de serre la planète – dites *Carbon Majors* – s'est rouverte récemment, et de manière aussi spectaculaire que celle du contentieux dirigé contre les États. Afin de comprendre les dynamiques juridiques et extra-juridiques qui ont contribué à l'ouverture de cette nouvelle page du contentieux climatique contre les entreprises du fossile, s'inscrivant dans le plus large mouvement de judiciarisation de la critique des échanges écologiques

¹ Connecticut et al. v. American Electric Power Company (Dismissed, 406 F. Supp. 2d 265, SDNY, 2005 ; vacated and remanded, 582 F.3d 309, 2nd Cir. 2009 ; certiorari granted, USSC 564 U.S. 410 2011).

² *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corporation* (Dismissed, NDC, 2009 ; 696 F.3d 849, 9th Cir. 2012 ; USSC No. 12-1072). Pour une reconstruction de cette affaire, v. aussi Ch. Shearer, *Kivalina. A Climate Change Story*, Heymarket Books, 2011.

³ *Connecticut et al. v. American Electric Power Company*, (USSC 564 U.S. 410 2011). Sur la mobilisation de la « *political question doctrine* » dans le domaine des *Climate change lawsuits*, v. A. Thorpe, « Tort-Based Climate Change and The Political Question Doctrine », *Journal of Land Use & Environmental Law*, vol. 24, n° 1, 2008, p. 79-105.

⁴ *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corporation* (9th Cir. 2012). Il mérite d'être souligné que la Cour suprême des États-Unis fut saisie de cette affaire, mais qu'elle refusa de se prononcer en raison des mesures de réduction des émissions des entreprises électriques adoptées entre temps par l'Administration Obama (U.S. 12-1072).

inégaux qui caractérisent l'économie mondiale⁵, nous présenterons tout d'abord et dans un premier temps une analyse des éléments de contexte qui ont contribué à l'émergence de ce contentieux (I). Dans un deuxième temps, nous présenterons les différentes actions⁶ et leurs principales caractéristiques afin d'en définir une première typologie (II). Finalement, et dans un troisième temps, nous analyserons les éléments qui émergent d'un tel contentieux en vue d'esquisser les contours d'un système de responsabilité des entreprises dans le domaine du changement climatique (III).

I. ELEMENTS DE CONTEXTE

Des facteurs politiques (A) ainsi que des éléments scientifiques (B) ont contribué à la réouverture de la page du contentieux climatique contre les entreprises du fossile.

A.- Facteurs politiques

Le premier facteur de nature politique qui a contribué à donner une nouvelle et importante impulsion au contentieux climatique contre les entreprises du fossile est certainement l'architecture de la gouvernance internationale du climat qui a été scellée par l'Accord de Paris⁷. Par la judiciarisation de la question climatique, la société civile a voulu réaffirmer son rôle dans cette gouvernance et, surtout, sa capacité d'en court-circuiter la dimension institutionnelle et juridique, considérée comme inadéquate face aux exigences d'efficacité et de justice nécessaires pour affronter l'urgence climatique⁸. C'est en effet durant les mois qui ont précédé la COP21 que deux actions emblématiques contre les entreprises du fossile ont été introduites par deux ONG devant un juge allemand (l'affaire *Lliuya c. RWE*) et devant la Commission des droits de l'homme des Philippines (*Greenpeace c. Carbon Majors*). Ces deux affaires, sur lesquelles nous reviendrons plus longuement, témoignent de manière assez nette de la volonté de certaines ONG de faire rentrer, par la porte étroite du contentieux, des aspects clés restés aux marges des négociations internationales : la question de la production d'énergie fossile et de la vulnérabilité de certaines populations au changement climatique.

Un deuxième facteur de nature politique qui a contribué au développement de ce contentieux est sans aucun doute le retrait des États-Unis de l'Accord de Paris. C'est en effet dans le sillage de la déclaration « *We are still in* », signée en 2017 par des acteurs non étatiques états-uniens (villes, états fédérés, universités, chefs d'entreprise) pour confirmer leur engagement aux objectifs de l'Accord de Paris, qu'une nouvelle vague d'actions en justice contre les géants mondiaux du pétrole a été introduite par des collectivités territoriales états-uniennes: lancé par plusieurs comtés californiens, ce mouvement a été suivi par de grandes villes des deux côtes des États-Unis, telles que Oakland, San Francisco et New York. Par ces actions, les demandeurs visent à obtenir la réparation des coûts, souvent pharaoniques, nécessaires à la protection de leurs infrastructures et de leurs habitants de la montée des eaux des océans engendrée par le changement climatique. Le message politique envoyés par ces

⁵ Voir J. M. Alier, *El Ecologismo de los pobres : conflictos ambientales y lenguajes de valores*, Icaria, 3ème éd., 2009, (tr. fr. *L'Écologisme des pauvres*, Les petits matin/Inst. Veblen, 2014).

⁶ Les affaires contentieuses dont cette contribution fait état sont à jour au 31 décembre 2019.

⁷ Pour une analyse du lien entre gouvernance internationale du climat et contentieux climatique, nous nous permettons de renvoyer à L. d'Ambrosio et M. Torre-Schaub, « Le régime juridique du climat : essai de recomposition d'un fragment de *jus commune* universel », in M. Delmas-Marty, K. Martin-Chenut et C. Perruso (dir.), *Sur les chemins d'un Jus commune universalisable*, Mare et Martin, 2020, à paraître ; v ; également, dans cet ouvrage, la contribution de S. Aykut, « Le contentieux et le politique. L'activisme judiciaire sur le climat, entre moyen de pression et stratégie de contournement ».

⁸ Pour une analyse de ces limites, v. S. Aykut et A. Dahan, *Gouverner le climat ? 20 ans de négociations internationales*, Presses de SciencesPo, 2015 ; v. aussi S. Aykut, « La gouvernance incantatoire. L'accord de Paris et les nouvelles formes de gouvernance globale », *Lapenseeecologique.com*. Points de vue. 1, 2017.

actions est clair : les grandes villes sont aux premières loges face aux effets du changement climatique⁹. L'activisme judiciaire des collectivités territoriales dans le domaine climatique ne se limite pas aux États-Unis : tandis qu'en février 2018 le Conseil municipal de la Ville de Paris adoptait un vœu indiquant que la ville allait étudier la possibilité d'assigner en justice les grandes entreprises du fossile¹⁰, un groupe de villes françaises, accompagnées de quatre ONG, menace une action en justice contre Total pour l'obliger de s'aligner aux objectifs fixés par l'Accord de Paris¹¹.

B.- Éléments scientifiques

A l'origine de la prolifération du contentieux climatique contre les *Carbon Majors* l'on trouve également des éléments de nature scientifique : les avancées des sciences du climat dans l'appréhension du changement climatique, ainsi que de ses origines anthropiques et de ses effets, ont en effet joué un rôle déterminant dans l'émergence d'un tel mouvement judiciaire. Deux éléments majeurs méritent d'être signalés.

En premier lieu, les rapports du GIEC. Parmi ceux-ci, le 5^{ème} Rapport d'évaluation du GIEC publié en 2014 a marqué sans aucun doute un tournant décisif¹². En effet, ce rapport qualifie, d'une part, comme « extrêmement probable » que « plus de la moitié de l'augmentation observée de la température moyenne à la surface du globe entre 1951 et 2010 soit due à l'augmentation anthropique des concentrations de gaz à effet de serre et à d'autres forçages anthropiques conjugués ». Il qualifie, d'autre part, de « probable » à « très probable » l'influence que lesdits forçages anthropiques ont sur des événements climatiques déterminés (impacts) tels que la fonte des glaciers, l'élévation du niveau moyen mondial des mers et l'augmentation des fortes précipitations sur les régions continentales¹³. Avec le déficit cognitif des trajectoires causales qui caractérisent (tant en amont qu'en aval) le changement climatique, se seraient aussi réduits les obstacles techniques de son appréhension judiciaire. La publication, en octobre 2018, du Rapport spécial du GIEC sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5°C a apporté d'autres éléments scientifiques considérables¹⁴. L'accent est mis cette fois sur les actions nécessaires pour limiter la hausse de la température globale de la planète de 1,5°C. Ces actions sont traduites et modélisées par des trajectoires d'émissions : réduction des émissions nettes d'environ 45% d'ici 2030 et neutralité carbone en 2050. Il s'agit de trajectoires qui exigent d'une part des transitions rapides et radicales dans le domaine de l'énergie, de l'aménagement des terres, de l'urbanisme, des infrastructures et des systèmes industriels ; et qui exigent d'autre part le recours à des techniques de captation des émissions. Ainsi, ces trajectoires appellent-elles, silencieusement mais sûrement, à des actions sans précédent de la part des états et des grandes entreprises du fossile.

En deuxième lieu, une étude scientifique menée en dehors du cadre institutionnel du GIEC a joué un rôle particulièrement important dans le développement du contentieux climatique contre les entreprises : le *Rapport Heede*. Publiée en 2013 par le chercheur indépendant Richard Heede, cette étude séminale a en effet permis de quantifier et de retracer la part globale des émissions de dioxyde de carbone et de méthane produites par les 90 plus grandes

⁹ Les grandes villes de la planète engagées dans la lutte contre le changement climatique sont réunies dans le réseau international *C40 Cities*.

¹⁰ <https://elus-paris.eelv.fr/2018/01/23/voeu-pour-un-paris-decarbone/>

¹¹ Voir *infra*, II.C.2.; v. dans cet ouvrage, la contribution de F. De Cambiaire et S. Mabile, « L'industrie pétrolière à l'épreuve du devoir de vigilance: le cas de Total face au risque climatique ».

¹² GIEC, 5^e *Rapport d'évaluation*, 2014, p. 15-18.

¹³ *Ibid.*.

¹⁴ GIEC, *Rapport spécial sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5°C*, 2018.

entreprises au monde du fossile et du ciment depuis 1854¹⁵. Si la méthodologie suivie dans ce rapport demeure largement incompréhensible pour des juristes, force est de constater que le résultat est de toute évidence « disruptif » pour le contentieux climatique contre les entreprises du fossile : en appréhendant les émissions de gaz à effet de serre comme un « fait historique », qui peut être décrit, mesuré et attribué, ce rapport permet en effet de « jeter les bases d'une répartition des responsabilités en matière de changement climatique entre les entités qui ont fourni les hydrocarbures à l'économie mondiale » durant un siècle et demi d'industrialisation¹⁶.

Malgré ces avancées importantes des sciences du climat, la transposition de ces éléments scientifiques dans le champ juridique est loin d'être acquise. Force est de constater, d'une part, que les sciences du climat manquent encore d'une méthodologie commune pour l'« attribution » au réchauffement climatique de certains événements extrêmes spécifiques (tels qu'un ouragan, une tempête ou un épisode de sécheresse). D'autre part, que la quantification des émissions historiques des entreprises du fossile ne suffit pas à caractériser leur « contribution » causale à un phénomène diffus, dans l'espace et dans le temps, tel que le changement climatique. Autrement dit, le degré de certitude des acquis des sciences du climat est tributaire de l'échelle d'observation : tandis que les sciences du climat peuvent affirmer avec un haut degré de certitude que 90 entreprises ont produit collectivement trois quarts des émissions historiques de gaz à effet de serre et que celles-ci sont à l'origine du dérèglement du climat de la planète et de certains événements climatiques, le degré de certitude chute drastiquement dès lors que l'on passe du global au local et du collectif à l'individuel. Il devient alors assez difficile d'affirmer d'une part que les émissions de *cette* entreprise ont *contribué* au changement climatique et d'autre part que *cet événement climatique déterminé* est *attribué* à ce phénomène.

C'est là qui réside toute la difficulté des actions climatiques contre les entreprises du fossile que nous allons présenter selon une typologie qui émerge désormais de manière assez nette dans la pratique judiciaire.

II. LES ACTIONS EN JUSTICE CONTRE LES ENTREPRISES : UNE TYPOLOGIE

Les actions en justice qui ont été introduites à l'encontre des entreprises du fossile à partir de 2015 ont désormais atteint un nombre assez important¹⁷. Il est ainsi possible de définir, à partir de ces affaires et en fonction des outils juridiques mobilisés, une typologie d'actions. Un premier type correspond aux actions en responsabilité délictuelle – ou aux *tort law lawsuits* dans les pays de *common law* (A). Un deuxième type correspond aux actions pour la divulgation fautive ou mensongère des risques financiers liés aux effets du changement climatique (B). Un troisième groupe correspond aux actions en manquement aux obligations de prévention des violations graves des droits de l'homme dérivant du changement climatique (C).

¹⁵ R. Heede, « Tracing Anthropogenic Carbon Dioxide and Methane Emissions to Fossil Fuel and Cement Producers (1854-2010) », *Climate Change* 2014, p. 229- 241. Voir aussi les travaux plus récents publiés dans le cadre du *Climate Accountability Institute*.

¹⁶ *Ibid.* Sur les relations entre le *Rapport Heede* et le contentieux climatique, voir C. Huglo, in M. Torre-Schaub, L. d'Ambrosio et B. Lormeteau, (dir.), *Dossier Changement climatique et responsabilité, quelles normativités ?* *Revue Énergie, Environnement, Infrastructures*, n° 8-9, août-sept. 2018, étude 32.

¹⁷ Pour un panorama, voir la base de données du *Sabin Center for Climate Change Law* de la *Columbia Law School* : <http://climatecasechart.com>

A-. Les actions en responsabilité délictuelle (et les Tort Law Lawsuits)

Cette typologie recueille le nombre le plus important d'actions qui ont été dirigées des deux côtés de l'Atlantique contre des entreprises électriques et pétrolières. Malgré les variations structurelles et fonctionnelles qui peuvent caractériser la responsabilité extracontractuelle dans les systèmes de *civil* et de *common law*, le succès de ces actions dépend d'une condition commune et distinctive : la preuve du pouvoir causal des émissions de gaz à effet de serre produites par les entreprises défenderesses et le dommage (ou le risque de dommage) litigieux. Avant même que le fond des affaires, dépend de la caractérisation de la causalité la qualité d'agir des demandeurs et par conséquent la recevabilité des actions : en témoignent les premières décisions rendues d'une part dans l'affaire allemande *Saul L. Liuya c. RWE* (1) ; et, d'autre part, dans les affaires des villes et des comtés américains contre les *Carbon Majors* (2).

1. L'affaire *Saul L. Liuya c. RWE*

Avec celle introduite par *Greenpeace* devant la Commission des droits de l'homme des Philippines, cette action a ouvert la nouvelle page du contentieux climatique contre les entreprises du fossile au moment des négociations de l'Accord de Paris. Elle engage un véritable « face à face » entre un montagnard péruvien (M. Liuya) et l'un des plus importants producteurs européens de gaz à effet de serre – le conglomerat allemand de l'électricité RWE. Ce David du XXI^e siècle demande en effet que l'entreprise allemande prenne en charge une partie des travaux nécessaires à la mise en sécurité de sa maison, exposée à un risque imminent d'inondation par la fonte des glaciers des Andes. La maison du demandeur se trouve en effet dans la ville de Huaraz, au Pérou, à quelques kilomètres du Lac glacial Palcacocha, qui a vu ses eaux augmenter de manière spectaculaire dans les dernières années en raison de la fonte des glaciers engendrée par le changement climatique. D'abord rejetée par une décision rendue par le Tribunal d'Essen le 15 décembre 2016 – qui avait jugé trop étendu le lien de causalité entre les émissions de l'entreprise allemande et le risque imminent allégué par le demandeur – l'assignation a été ensuite déclarée recevable par une décision de la Cour d'appel de Hamm de novembre 2017. Des experts ont été ainsi nommés pour évaluer l'effective exposition du demandeur à un risque imminent d'inondation du fait de l'augmentation des eaux du lac Palcacocha.

Il mérite d'être souligné que par cette action – reposant sur l'article 1004, paragraphe 1, du Code civil allemand¹⁸ – M. Liuya demande que l'entreprise défenderesse mette fin au trouble de jouissance de son droit de propriété par la construction des ouvrages nécessaires pour protéger sa maison des risques d'inondation provenant de la fonte des glaciers andins. Le recours à ce dispositif – qui rappelle la théorie française des troubles anormaux du voisinage – n'est pas en soi particulièrement novateur. Ce qui est particulièrement novateur (et, comme nous verrons plus loin techniquement problématique) dans cette action, c'est que M. Liuya demande que l'entreprise participe à la construction desdites ouvrages en proportion de sa partie contributive aux émissions historiques produites depuis 1854 par l'ensemble des *Carbon Majors*. En croisant les données contenues dans le *Rapport Heede* et celles communiquées par l'entreprise elle-même, il ressort en effet que 0,47 % de ce stock d'émissions soit reductible à RWE et à ses filiales. L'entreprise allemande – ceci est le raisonnement du demandeur – doit par conséquent prendre en charge 0,47% du coût total des ouvrages nécessaires pour mettre en sécurité les biens du demandeur, et mettre ainsi fin au

¹⁸ « (1) En cas de trouble à la jouissance du droit de propriété (...), le propriétaire peut demander à la personne qui est à l'origine du trouble de le cesser. Si de nouveaux troubles sont à craindre, le propriétaire peut demander une injonction. (2) La demande est exclue si le propriétaire est obligé de tolérer le trouble » (Nous traduisons).

trouble souffert par ce dernier du fait de la fonte des glaciers andins engendrée par le changement climatique.

2. Les affaires des villes et des comtés américains contre les Carbon Majors

En dépit de l'échec des affaires *American Electric Company* et *City of Kivalina*, la *Tort Law* a été à nouveau mobilisée aux États-Unis dans le cadre d'une panoplie d'actions introduites à partir de 2017 par des collectivités territoriales (comtés et villes) à l'encontre de plusieurs *Carbon Majors*, états-uniennes et étrangères. Plusieurs affaires peuvent être répertoriées. Les plus emblématiques portent les noms de villes et de comtés de la *East Coast* et de la *West Coast* particulièrement exposés aux effets du changement climatique : *San Mateo et al. v. Chevron* (2017) ; *Oakland/San Francisco c. BP et al.* (2017) ; *City of New York c. BP* (2018) ; *King County c. BP* (2018) ; *Board of County Commissioners of Boulder County c. Suncor Energy Inc.* (2018).

Chacune de ces actions a bien évidemment ses particularités. Il est néanmoins possible d'identifier un socle commun : les demandeurs exigent que les entreprises demanderesse réparent les préjudices causés par la production, la promotion et la commercialisation de produits d'origine fossile, c'est-à-dire le pétrole et ses dérivés. Plusieurs éléments caractérisent ces actions et les différencient de l'action contre RWE précédemment évoquée. Premièrement, ce ne sont pas seulement les émissions directes des entreprises qui sont en cause dans ces actions, mais aussi les émissions indirectes associées à la production et à la commercialisation de produits d'origine fossile. Deuxièmement, les demandeurs font valoir des préjudices qui peuvent être tantôt certains et déterminés (le coût des mesures que les collectivités territoriales ont *déjà* réalisées pour protéger les biens et les citoyens des changements climatiques, et plus particulièrement des montées des eaux des océans) tantôt futurs (le coût des mesures que les collectivités territoriales devront réaliser dans le futur pour adapter leurs infrastructures aux changements climatiques). Finalement, les demandeurs ne se prononcent pas sur la répartition du préjudice parmi les entreprises défenderesse, laissant ainsi au juge régler cette épineuse question.

S'agissant du fondement juridique de ces actions, force est de constater que celui-ci est aussi variable que le sont en *common law* les « torts ». Un premier fil rouge permet néanmoins de relier les différentes assignations : le recours à la doctrine de la *public nuisance*. Cela n'est pas étonnant car cette doctrine a été largement mobilisée aux États-Unis pour engager la responsabilité des acteurs privés dans le domaine environnemental. Dans les affaires climatiques, le recours à une telle doctrine s'appuie en effet sur l'idée que, du fait de la production et de la commercialisation de produits d'origine fossile, les entreprises défenderesses sont à l'origine d'une interférence non raisonnable (« *unreasonable interference* ») sur certains droits publics : droit à la protection de la sécurité, de la santé ainsi que de la jouissance de l'environnement. Si le recours à la doctrine de la *public nuisance* permet de relier toutes les actions des villes et des comtés contre les *Carbon Majors*, d'autres théories de la *tort law* sont mobilisées selon les variantes de chaque affaire. Ainsi, dans les actions *San Mateo et al.* et *City of New York* les demandeurs mettent également l'accent sur les troubles engendrés par entreprises défenderesses sur la jouissance du droit de propriété (*private nuisance* et de *trespass*). Dans l'affaire *San Mateo et al.*, les comtés californiens vont encore plus loin. En premier lieu, ils mettent en cause la responsabilité objective (*strict liability*) des entreprises du fait de la commercialisation de produits dangereux : ils allèguent en effet que les entreprises défenderesses auraient dû les informer des risques pour le climat dérivant de la commercialisation des produits fossiles, plutôt que les dissimuler par des

actions de désinformation¹⁹. En deuxième lieu, ils mettent en cause la responsabilité des entreprises sous l'angle de la *negligence* : la connaissance des risques que la production de produits fossiles produits pour le climat aurait en effet dû conduire les entreprises à prendre des précautions bien plus en amont de leur commercialisation ; ainsi en produisant du pétrole, les entreprises défenderesses auraient-elles réalisé la violation d'une plus large obligation de protection (*duty of care*).

Les premières décisions rendues dans ces affaires semblent, au moins pour l'instant, fermer les portes du prétoire aux assignations des *Carbon Majors* par les collectivités territoriales états-uniennes. Dans ces premières décisions, l'on retrouve reformulés des arguments que les juges fédéraux avaient déjà soulevés dans le passé pour décliner leur compétence sur les *climate change lawsuits*. Un premier argument combine des considérations de « justice » à des considérations d'ordre « politique »²⁰. Ainsi, par exemple, le juge fédéral qui s'est prononcé sur l'affaire *Oakland/San Francisco* considère contraire aux exigences de justice de placer le blâme pour le changement climatique sur ceux seulement qui ont fourni les produits plutôt que sur tous ceux (« nous ») qui les ont demandés et utilisés²¹. Le même juge souligne par ailleurs que l'engagement de la responsabilité d'entreprises, qui commercialisent leurs produits aux États-Unis mais qui ont leur siège dans autres pays du monde, déterminerait une interférence avec la politique étrangère des États-Unis : il est ainsi réaffirmé le caractère « sacré » de la présomption contre l'extraterritorialité des lois fédérales états-uniennes, déjà déclaré par la Cour suprême des États-Unis dès lors que la responsabilité civile des entreprises étrangères est en jeu²². Mais des arguments plus techniques sont également mobilisés par les juges américains pour contester la recevabilité des assignations. Pour en rester toujours à l'affaire *Oakland/San Francisco*, la question du lien entre le préjudice litigieux et les activités des entreprises défenderesses a été également considérée comme un obstacle pour traiter au fond l'affaire²³. Ce lien serait en effet pour le juge fédéral californien « insignifiant » et insusceptible de fonder sa compétence *ratione personae* à statuer sur l'affaire²⁴.

Les décisions de rejet des assignations, y compris celle qui a été rendue dans l'affaire *Oakland/San Francisco*, ont été frappées d'appel et sont actuellement *sub judice*. Rien que pour faire reconnaître la recevabilité des actions en justice contre les *Carbon Majors*, la bataille judiciaire sera longue et difficile. Il est dès lors légitime de se demander si d'autres typologies d'actions contre les entreprises du fossile ne s'avèrent pas plus prometteuses.

¹⁹ Les demandeurs s'inspirent du contentieux du tabac qui s'est développé aux États-Unis durant les années 1990. Sur ce point, v. L. Canali, « Les contentieux climatiques contre les entreprises : bilan et perspectives », in C. Cournil et L. Varison (dir.), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, Pedone, 2018, pp. 67-84.

²⁰ Nous nous référons ici à la décision rendue en juin 2018 dans l'affaire *Oakland/San Francisco*, mais l'on retrouve des lignes argumentatives similaires dans d'autres affaires.

²¹ *Affaire Oakland/San Francisco c. BP et al.*, US District Court for the Northern District of California, *Order granting motion to dismiss amended complaints*, 25 juin 2018.

²² Ce principe a été établi par le Cour suprême des États-Unis dans les célèbres affaires *Sosa*, *Kiobel* et *Jesner*.

²³ Selon la jurisprudence fédérale, la compétence *ratione personae* peut être caractérisée par le truchement d'un triple test : le défendeur doit diriger ses activités vers le forum ; l'objet de la demande doit être en lien avec une telle activité ; l'exercice de la juridiction doit être raisonnable.

²⁴ *Affaire Oakland/San Francisco c. BP et al.*, US District Court for the Northern District of California, *Order granting motion to dismiss for lack of personal jurisdiction*, 25 juil. 2018.

B-. Les actions pour la divulgation mensongère des risques financiers liés aux effets du changement climatique

Une deuxième typologie d'actions s'appuie sur les obligations qui incombent aux entreprises de divulguer les risques financiers liés aux effets du changement climatique. Lorsque l'on parle de cette catégorie de risques, l'on pense tout d'abord aux actifs d'une entreprise qui peuvent être détruits par des phénomènes extrêmes liés au changement climatique (tempêtes, ouragans, montées des eaux, etc.). Mais à ces « risques physiques », s'ajoutent aussi des « risques de transition » : ceux-ci résultent du changement de l'environnement réglementaire et des politiques publiques résultant de la transition bas-carbone (pensons par exemple à l'interdiction de la production d'énergies fossiles sur le territoire nationale proclamée en France en 2017 ou à l'augmentation du prix du carbone). L'une comme l'autre catégorie de risques – auxquelles on peut également rajouter les émergent « risques de contentieux » - peuvent en effet se traduire en risques financiers pour les entreprises et pour leurs investisseurs. Considérée par l'Accord de Paris comme un outil pour la transition vers « un développement à faible émissions de gaz à effet de serre », et désormais intégrés par une panoplie de normes internationales²⁵ et nationales²⁶, la communication des entreprises sur les risques financiers liés au changement climatique peut faire l'objet d'actions en justice par le truchement de dispositifs, ayant le plus souvent une dimension pénale ou lato sensu punitive, qui sanctionnent la divulgation d'informations fausses ou trompeuses au marché ou aux consommateurs.

C'est précisément par une telle voie que les *Attorney General* des Etats de New York et du Massachusetts essayent d'engager la responsabilité du géant américain *Exxon Mobil*. Il s'agit d'un autre « face-à-face » emblématique de ce contentieux climatique, qui a donné lieu à un imbroglio judiciaire qui s'est déployé depuis 2015 devant plusieurs instances nationales et fédérales, judiciaires et quasi-judiciaires, et qui est encore loin d'être terminé. Déclenchées par les résultats d'une enquête journalistique qui a permis de révéler le « double discours » sur les origines et les effets du changement climatique que l'entreprise américaine avait tenu de la fin des années 1970 jusqu'aux années 1990²⁷, ces actions se sont progressivement déplacées vers la divulgation présumée aux investisseurs et aux consommateurs d'informations trompeuses concernant les risques financiers liés au changement climatique. S'agissant de la divulgation trompeuse aux investisseurs, après trois ans d'enquête, l'Attorney General de New York a assigné en 2018 le géant pétrolier devant un tribunal civil de l'État de New York : après avoir entendu 18 témoins et analysé les milliers de documents transmis par la société durant l'investigation, le tribunal a néanmoins conclu, par une décision rendue en décembre 2019, qu'aucune fraude à l'égard des investisseurs ne pouvait être caractérisée²⁸. Il

²⁵ Pour un panorama sur les *best practices* dans ce domaine, voir les travaux publiés par la *Task Force on Climate-related Financial Disclosure (TCFD)*. Ce groupe de travail a été créé par le *Financial Stability Board* du G20.

²⁶ Voir, en France, les articles 173 III et IV de la Loi sur la Transition énergétique pour la croissance verte, publiée le 18 août 2015 : aux termes de ces articles, les grandes entreprises doivent intégrer dans leur rapport de gestion « des indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique et la présentation des mesures que prend l'entreprise pour les réduire ». Sur les liens entre « transparence » et « vigilance » climatique, v. S. Mabile et F. de Cambiaire, « L'affirmation d'un devoir de vigilance des entreprises en matière de changement climatique », in M. Torre-Schaub et B. Lormetau (dir.), *Dossier Les recours climatiques en France, Revue Énergie Env. Infr.*, n° 5, mai 2019, étude 21.

²⁷ Cette enquête a été menée par le site *Inside Climate News*: s'appuyant sur des centaines de documents internes, elle a permis de révéler que dès les années 1977-1978 les dirigeants du géant américain Exxon (c'était le nom de la firme avant sa fusion avec Mobil en 1998) avaient connaissance non seulement de l'origine anthropique du réchauffement climatique, mais aussi du fait que, au rythme actuel de leur combustion, les ressources fossiles auraient entraîné une augmentation entre 2 et 3 °C de la température globale de la planète avant 2050.

²⁸ *People of the State of New York c. Exxon Mobil Corp.*, Supreme Court of the State of New York, 10 déc. 2019.

reste à savoir si les pratiques d'*Exxon Mobil* pourront être caractérisées aussi de fraude aux consommateurs : celle-ci est en effet la question à laquelle devra répondre un tribunal du Massachusetts suite à l'assignation introduite par le l'*Attorney General* de l'État de Massachusetts en octobre 2019²⁹.

En dépit de l'issue de ces procédures, cette typologie d'actions nous semble particulièrement intéressante. Elle permet en effet de mettre l'accent sur le lien étroit qui existe entre l'empreinte climatique des entreprises et de signaler des nouvelles catégories de « victimes potentielles » de la sous-estimation des effets du changements climatiques de la part des entreprises : les investisseurs et les consommateurs. En utilisant les leviers financiers et juridiques à leur disposition, ceux-ci peuvent en effet exercer une grande pression sur les entreprises du fossile et les contraindre à réorienter leurs stratégies de développement vers des secteurs decarbonnés³⁰. Mais ce constat ne doit pas faire oublier que les entreprises sont des entités productives encadrées dans un milieu humain et naturel : c'est pourquoi la présentation de cette typologie serait incomplète si elle ne rendait pas compte aussi de ces actions en justice qui permettent de faire valoir le manquement des *Carbon Majors* aux obligations de prévention des incidences négatives que le changement climatique peut avoir sur les droits de l'homme.

C-. Les actions en manquement des obligations de prévention des violations des droits de l'homme dérivant du changement climatique

Ce type d'actions se fonde sur un syllogisme qui mérite d'être ici rappelé. *Premisse n° 1* : les changements climatiques constituent une atteinte grave pour les droits de l'homme³¹. *Premisse n° 2* : les entreprises sont obligées de prévenir et réparer les atteintes graves aux droits de l'homme³². *Conclusion* : les entreprises doivent agir pour limiter les atteintes aux droits de l'homme dérivant du changement climatique³³. En décembre 2019, la Commission des droits de l'homme des Philippines a pu préciser les contours juridiques d'un tel devoir. Saisie par un groupe d'ONG piloté par la branche du Sud-Est de l'Asie de Greenpeace, la Commission a livré son « *statement* » après une enquête de trois ans visant à déterminer si 47 grandes entreprises de combustibles fossiles, y compris *Shell*, *British Petroleum*, *ExxonMobil* et *Chevron*, devraient être tenues responsables des atteintes aux droits humains causées aux citoyens philippins en raison du changement climatique³⁴. La Commission a affirmé que la responsabilité des entreprises pour les atteintes aux droits de l'homme dérivant du changement climatique a une double dimension. Une dimension « *morale* », qui trouve son assise dans la *soft law* internationale. Mais également une dimension « *juridique* » étayée

²⁹ *Commonwealth of Massachusetts v. Exxon Mobil Corporation*, Complaint, 24 oct. 2019.

³⁰ Voir *Investor Decarbonisation Initiative – Share Action*. Que ce basculement soit possible aussi pour les entreprises du fossile est témoigné par le choix annoncé en décembre 2019 par l'entreprise espagnole *Repsol* d'atteindre la neutralité carbone en 2050.

³¹ Ce lien, reconnu seulement de manière implicite dans les textes internationaux, est reconnu de manière explicite par le Conseil des droits de l'homme des Nations-Unies (Résolutions du 30 juin 2015 et du 19 juin 2017) et par l'Organisation des Etats américains (Résolution du 3 juin 2008). Le lien entre changements climatiques et droits de l'homme est reconnu également par les juridictions nationales (Affaire *Urgenda* devant les juges néerlandais et affaire *De Justicia* devant les juges colombiens).

³² Voir les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, adoptés par les Nations-Unies en 2011.

³³ Sur l'extension de ces obligations aux atteintes dérivant du changement climatique, v. le Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable, 1er févr. 2016, § 66.

³⁴ La plupart des documents relatifs à cette affaire sont disponible à la page suivante: <https://www.greenpeace.org/philippines/press/1237/the-climate-change-and-human-rights-petition/>.

quant à elle par les systèmes nationaux de la responsabilité civile et pénale³⁵. Une telle approche sera mise à l'épreuve dans le cadre de deux affaires l'affaire néerlandaise contre *Royal Dutch Shell* (1.) et l'affaire française contre *Total* (2.)

1. *L'affaire Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell*

Dans cette affaire, introduite devant un tribunal civil néerlandais en 2019, les demandeurs – un ensemble d'ONG et de personnes physiques piloté par la branche néerlandaise de l'ONG *Friends of the Earth* – mobilisent la notion de « *duty of care* » contenue dans le Code civil néerlandais³⁶. Ayant déjà trouvé application dans l'affaire *Urgenda*, qui a déclaré la responsabilité de l'État néerlandais pour son inaction climatique, cette disposition permettrait en effet d'engager la responsabilité civile des acteurs privés du fait de leur manquement à des obligations de prévention assez larges. Elle exige à cette fin le respect de deux conditions fondamentales : d'une part, l'existence d'un risque grave ou significatif pour les droits de l'homme ; d'autre part, la connaissance de tels risques de la part du défendeur ainsi que la possibilité raisonnable d'agir autrement³⁷.

La première condition étant désormais acquise s'agissant des changements climatiques (les Pays-Bas ont par ailleurs cette « double casquette » de pays avec le plus haut niveau de CO₂ *pro capite* et parmi les pays plus vulnérables aux effets du changement climatique), l'accent est mis dans l'assignation sur la deuxième condition. Or sur ce point les demandeurs alignent trois arguments. Premièrement, *Shell* connaissait les effets catastrophiques du changement climatique au moins à partir de 1986 ainsi que des mesures qui auraient pu – et dû – être adoptées pour limiter de tels effets. Deuxièmement, *Shell* continue à investir encore massivement dans les énergies fossiles rentrant ainsi en collision avec les objectifs de réduction des émissions fixés par l'Accord de Paris. Troisièmement, *Shell* refuse de s'aligner aux trajectoires de réduction des émissions identifiées par le GIEC dans son rapport d'octobre 2018 sur 1,5°C (réduction de 50% des émissions de CO₂ en 2030 et neutralité carbone en 2050). Conclusion : le manquement de *Shell* au *duty of care* qui lui incombe aux termes du droit néerlandais constitue une menace pour les droits de l'homme, et tout particulièrement des droits à la vie et à la vie privée garantis par les articles 2 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Il revient dès lors au Tribunal saisi de contraindre *Shell* d'élever ses ambitions et d'aligner son modèle économique aux objectifs de Paris suivant les trajectoires de réduction identifiées par le GIEC. L'assignation ayant été signifiée en avril 2019, le procès n'a pas encore été ouvert.

2. *L'affaire française contre Total*

Par une action précontentieuse débutée par un premier courrier du 22 octobre 2018, plusieurs collectivités territoriales françaises, soutenues par quatre ONG (Notre Affaire à Tous, Les Eco Maires, Sherpa et ZEA), ont interpellé la société mère du groupe pétrolier Total sur le respect du devoir de vigilance en matière de droits de l'homme que le droit national impose depuis 2017 aux grandes sociétés multinationales³⁸. Aux termes de cette loi, les grandes entreprises ayant leur siège social dans l'hexagone ont l'obligation légale d'adopter un « plan de vigilance » permettant de prévenir de manière efficace les atteintes aux

³⁵ *Greenpeace et al. c. Carbon Majors*, Commission on Human Rights of the Philippines, *Statement*, 9 déc. 2019.

³⁶ Code civil néerlandais, art. 6:162.

³⁷ *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*, assignation, 5 avr. 2019.

³⁸ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

droits de l'homme et à l'environnement résultant de ses activités directes, ainsi que de celles de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs³⁹.

Les demandeurs ont d'abord exigé que le géant français du pétrole étende son plan de vigilance aux risques résultant de la hausse globale des émissions de gaz à effet de serre découlant des activités du groupe et qu'il précise les mesures d'adaptation envisagées⁴⁰. L'intégration de ces éléments au plan de vigilance publié par Total en 2019 n'ayant pas été considérée conforme aux exigences légales, les demandeurs ont formellement mis en demeure la société mère Total S.A. par un courrier du 20 juin 2019. Par ce courrier, les demandeurs sollicitent l'entreprise à intégrer à son plan de vigilance les mesures suivantes : l'identification des risques résultant des émissions générées par les biens et services produits par l'entreprise (émissions dites *scope 3*) ; et les actions adaptées permettant de garantir que le groupe s'aligne sur une trajectoire compatible avec les objectifs fixés par l'Accord de Paris. Au teneur de la réponse envoyé par l'entreprise – selon laquelle « la voie contentieuse n'est pas la voie appropriée pour apporter des solutions relatives à la lutte contre le changement climatique » – l'assignation devrait être signifiée dans les premiers mois de 2020.

La typologie d'actions que nous venons de présenter a l'ambition de proposer un ordonnancement des nombreuses affaires contentieuses qui ont été introduites contre les plus grandes entreprises émettrices depuis 2015, d'en identifier les finalités ainsi que les blocages et les potentialités. Il s'agit maintenant de tirer de cette pratique multiforme des éléments de réflexion permettant d'esquisser les contours d'un système de responsabilité des entreprises applicable dans le domaine du changement climatique.

III. LES CONTOURS D'UN SYSTÈME DE RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES DANS LE DOMAINE CLIMATIQUE

Les premiers résultats du contentieux climatique contre les entreprises du fossile que nous venons de présenter pourraient décourager toute approche réflexive et constructive d'un possible système de responsabilité des entreprises pour les risques et les dommages dérivant de leur contribution au changement climatique. Par ailleurs, une telle démarche pourrait paraître d'autant plus vaine que, on le sait et c'est même une banalité, déjà dans maints domaines l'engagement de la responsabilité des entreprises multinationales s'est révélé extrêmement difficile, voire impossible. Par ailleurs, et comme il émerge aussi des premières décisions rendues dans les affaires climatiques précitées, la responsabilité des *Carbon Majors* du fossile pour un phénomène diffus et global tel que le changement climatique nous pose devant des interrogations d'ordre moral, dont les obstacles techniques sur lesquels achoppent encore presque systématiquement les actions judiciaires pourraient être considérés le miroir. Et pourtant, tant sur le plan moral que juridique, la responsabilité se présente comme une catégorie plastique, capable d'adapter ses structures aux évolutions du réel qu'elle est censée saisir. C'est pourquoi il nous semble non seulement possible mais aussi nécessaire de commencer à esquisser, à partir des éléments qui émergent de la pratique judiciaire, les contours d'un système de responsabilité des entreprises dans le domaine climatique. Ces éléments nous invitent à proposer encore une fois une typologie qui pourrait être définie cette fois, et assez classiquement en vérité, autour des dimensions rétrospective (A) et prospective (B) de la responsabilité.

³⁹ Code du commerce, Art. L. 225-102-4

⁴⁰ Lettre du 22 octobre 2018.

A-. La dimension rétrospective de la responsabilité climatique des entreprises : répondre des émissions du passée

Les entreprises du fossile sont-elles responsables, en raison de leurs émissions historiques – que les sciences du climat permettent désormais de quantifier et de « signer » – des bouleversements climatiques que nous appréhendons aujourd’hui sous la forme tantôt de dommages avérés tantôt de risques imminents de dommage ? On peut risquer une réponse juridique à une telle question – qui en solliciterait bien d’autres – suivant les règles de l’imputation, matérielle (1.) et subjective (2.) de la responsabilité.

1. L’imputation matérielle

Les règles de l’imputation matérielle de la responsabilité nous obligent tout d’abord à extraire de ce phénomène global que l’on appelle « changement climatique » les différents processus biophysiques qui le composent. Le premier processus est celui i) de la hausse de la température de la planète engendrée par les émissions de gaz à effet de serre d’origine naturelle et anthropique. Le deuxième processus est ii) celui de l’augmentation des événements climatiques déterminés (fonte de glaciers, montées des eaux, sécheresses, ouragans, etc.). Le troisième processus est celui iii) des effets préjudiciables que ces événements extrêmes engendrent pour les hommes et leur milieu. Chacun de ces processus présente sa dimension causale qui doit être caractérisée juridiquement selon les règles de l’imputation matérielle⁴¹.

Dans les affaires connotées par un certain degré de complexité nomologique, la première étape est celle de la caractérisation de la « causalité générale »⁴². Celle-ci consiste en l’identification d’une loi scientifique universelle qui puisse permettre d’expliquer *in abstracto* les enchaînements causaux entre un fait imputable au défendeur et le dommage litigieux. A ce propos, nous l’avons déjà rappelé, les sciences du climat permettent aujourd’hui d’expliquer par des probabilités proches de la certitude les enchaînements causaux entre les émissions de gaz à effet de serre, la hausse de la température de la planète et des événements climatiques déterminés, tels que tout particulièrement la fonte des glaciers et la montée des eaux des océans⁴³. Des difficultés demeurent néanmoins à propos de la caractérisation de la dimension causale du dernier processus, celui qui relie ces derniers et les dommages litigieux. Comme nous l’avons déjà souligné, plus l’échelle géographique d’observation est réduite, plus l’attribution de certains événements climatiques déterminés à la seule hausse de température globale de la planète devient difficile par les sciences du climat : plusieurs facteurs, dont des facteurs d’ordre humain (pensons par exemple à la construction de maisons dans des zones déjà à risque en raison de leur configuration naturelle) peuvent en effet contribuer à la production de certains effets préjudiciables en rendant ainsi plus difficile leur reconduction à une « loi universelle »⁴⁴.

⁴¹ V. avec une terminologie différente, M. Bacache, « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », in M. Torre-Schaub, L. d’Ambrosio et B. Lormetau (dir.), *Dossier Changement climatique et responsabilité : quelles normativités ?* cit., étude 30.

⁴² Sur la preuve de la causalité dans les contextes d’incertitude scientifique, v. S. Ferney et F. G’Sell (dir.), *Causalité, responsabilité et contribution à la dette*, 1^{er} éd., Bruylant, 2018. Nous nous permettons de renvoyer également à L. d’Ambrosio, G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda (dir.), *Principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité*, Mare et Martin, 2018.

⁴³ GIEC, 5^e Rapport d’évaluation, 2014. Sur la caractérisation de la causalité générale dans le domaine du changement climatique, voir aussi les décisions rendues par la Cour suprême des États-Unis dans l’affaire *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 525 (2007) ainsi que par la Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, *Fondation Urgenda c. Pays-Bas*.

⁴⁴ Voir sur ce point les observations de M. Burger, « Expertise scientifique et lien de causalité dans le cadre du contentieux climatique : le point de vue de la doctrine américaine », in M. Torre-Schaub, L. d’Ambrosio et B. Lormetau (dir.), *Dossier Changement climatique et responsabilité, quelles normativités ?* étude 33, (et spéc. p.

Pourvu que la causalité générale puisse être caractérisée, reste encore à caractériser la « causalité individuelle » ou « spéciale » : celle-ci consiste à prouver que le dommage ou le risque de dommage litigieux ne se serait pas produit si le fait imputable au défendeur n'était pas survenu. Pour reprendre les affaires présentées plus haut, il s'agit de prouver que les risques pour les biens de M. Lliuya au Pérou ou pour les villes de Oakland, San Francisco et New York, ne se seraient pas produits sans les émissions de gaz à effet de serre de telle ou telle entreprise. La réponse à cette question passe par la mobilisation des théories « classiques » de la causalité – la théorie de l'équivalence des conditions ou de la causalité adéquate. C'est précisément en s'appuyant sur cette dernière théorie de la causalité que le Tribunal d'Essen a rejeté en 2016 l'assignation de RWE : selon les juges allemands, les émissions historiques attribuées à l'entreprise allemande (0,47%) sont trop infimes pour affirmer que, sans leur production, le processus de fonte du glacier des Andes qui menace les biens de M. Lliuya ne serait pas déclenché⁴⁵. Dans l'appel interjeté contre cette décision, M. Lliuya conteste cette approche de la causalité en soulignant que, en cas de pluralité de causes, le droit de la responsabilité n'a pas vocation à opérer « ni de distinction ni de hiérarchisation des différentes contributions causales d'un même dommage ». En adaptant la théorie de l'équivalence des conditions aux préjudices litigieux – le risque imminent d'inondation de la maison du demandeur en raison de la montée du Lac engendrée par la fonte du glacier – le demandeur soutient que *toute* émission de gaz à effet de serre, même la plus infime, aurait contribué à augmenter le degré et l'ampleur d'un tel risque. L'on retrouve dans cette approche, un écho de celle qui a été déjà utilisée dans d'autres contentieux en matière d'exposition à des substances toxiques ou de pollutions diffuses, et qui consiste à considérer l'augmentation du risque de survenance d'un préjudice comme équivalent à la preuve de la causalité individuelle, entendue comme *condicio sine qua non*⁴⁶.

A supposer que la contribution causale, dans ses deux dimensions générale et individuelle, des entreprises du fossile aux dommages litigieux puisse être caractérisée, reste encore à imputer à chaque entreprise sa part de dommage. On serait certes tenté, à l'instar de l'assignation de M. Lliuya, de calculer cette part de dommage en proportion des émissions historiques produites par chaque entreprise : cela permettrait en effet d'introduire des exigences de justice et d'équité dans un domaine où les dommages peuvent avoir une dimension « transcendante »⁴⁷. Mais de telles exigences sont *a priori* étrangères aux règles de l'imputation matérielle : en effet, celle-ci n'envisage pas de « causalité juridique partielle » et dans l'hypothèse de plusieurs faits concourant à la réalisation d'un même dommage laisse subsister « une responsabilité intégrale à la charge de chacun de ses responsables »⁴⁸. Le seul correctif à ce principe général est celui de la « gravité de la faute » des co-responsables, ce qui

69). L'auteur cite à ce propos la doctrine de la *contributory negligence* applicable dans la *common law*, qui permet d'exclure la responsabilité du défendeur dans le cas où le demandeur ait contribué au préjudice par son comportement négligeant.

⁴⁵ Tribunal de Essen, *Lliuya c. RWE*, 15 décembre 2016. Sur ce point, les juges allemands rajoutent par ailleurs que « quand d'innombrables émetteurs majeurs et mineurs libèrent dans l'atmosphère des gaz à effet de serre, qui se confondent indistinctement, se modifient, et finalement, à travers des processus naturels très complexes, engendrent un changement du climat, il est impossible d'identifier un processus étiologique ressemblant à un *enchaînement linéaire* entre une source particulière d'émission à un dommage spécifique » (nous soulignons).

⁴⁶ Une approche similaire de la théorie de l'équivalence des conditions a été suivie aussi dans des affaires administratives qui ont conduit à la condamnation de l'État français pour les pollutions diffuses des nitrates (v. F. Lafforgue, « L'établissement du lien de causalité en matière de santé-environnement devant le juge français et son potentiel pour le contentieux climatique », in M. Torre-Schaub, L. d'Ambrosio et B. Lormetau (dir.), *Dossier Changement climatique et responsabilité, quelles normativités ?* cit., étude 31).

⁴⁷ Nous empruntons cette expression à D. Bourg, « Climat, obstacles à l'action et responsabilités », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, n° 2, vol. 30, 2019, pp. 41-52.

⁴⁸ M. Bacache, « Changement climatique, responsabilité ... », art. cité, p. 59.

nous amène à traiter la question épineuse de la dimension subjective de l'imputation de la responsabilité climatique des entreprises.

2. *L'imputation subjective*

La question de l'imputation subjective – et donc de la faute – des entreprises pour leur contribution au changement climatique nous pose devant des difficultés évidentes. Le changement climatique a été appréhendé en tant que problème public et global seulement à partir de 1988, année de l'institution du GIEC. Le premier texte international – la Convention-cadre – remonte à 1992 et son premier Protocole à 1997 : aucun de ce texte, s'adressant par ailleurs aux Etats et non aux entreprises, n'interdit les émissions de gaz à effet de serre. Il en va de même pour l'Accord de Paris qui décline les obligations des Etats à simples « contributions » et qui se limite dans son préambule à « reconnaître (...) l'importance des divers acteurs, conformément aux législations nationales respectives des Parties, dans la lutte contre le changement climatique », ainsi considérant les entreprises moins comme un obstacle que comme une solution du problème. En somme, face à un tel cadre il semble difficile de soutenir *a priori* que les émissions de gaz à effet de serre puissent constituer *per se* un fait fautif. Ce n'est pas un hasard par ailleurs que dans certaines actions contentieuses des formes de responsabilité objective aient été privilégiées par les demandeurs : c'est le cas de la théorie des troubles du voisinage mobilisée dans l'affaire *Lliuya c. RWE* et de la responsabilité pour la commercialisation des produits dangereux dans l'affaire *San Mateo et al.* Cependant, et comme nous l'avons déjà souligné à propos de la répartition de la charge du dommage, la question de l'appréciation du comportement des défendeurs ne pourra pas être esquivée par les juges. A cet égard, deux éléments nous semblent pouvoir être pris en considération.

Un premier élément pourrait être qualifié de « connaissance coupable » des origines du changement climatique et de ses effets. Il est en effet désormais avéré (précisons : par des enquêtes journalistiques et non par des décisions de justice) que certaines entreprises du fossile – tout particulièrement *ExxonMobil* et *Shell* – avaient développé depuis la fin des années 1970 une connaissance assez précise du fait que la combustion des ressources fossiles disponibles à l'époque aurait entraîné une augmentation entre 2° et 3°C de la température globale de la planète avant 2050. Depuis que le changement climatique a occupé le discours public, ces entreprises (avec d'autres entreprises) ont ouvert pour déconstruire les certitudes sur la réalité, la gravité et les origines anthropiques de ce phénomène⁴⁹. A l'instar d'autres affaires dans lesquelles les entreprises avaient organisé une activité de contre-information sur les effets nuisibles de certains produits (amiante, tabac ou glyphosate) pour la santé ou pour l'environnement, la contribution de certains *Carbon Majors* à la « fabrication du doute » sur les origines et les effets du changement climatique pourrait être utilisée pour apprécier la gravité de leur comportement fautif⁵⁰. Un deuxième élément qui pourrait être pris en considération à cette fin est celui de leur part contributive aux émissions globales de gaz à effet de serre. Tandis que, comme nous l'avons rappelé, cet élément pourrait être utilisé assez difficilement sur le plan de la causalité, il pourrait en revanche être mobilisé pour apprécier de degré de gravité de la faute des entreprises défenderesses. On pourrait en effet affirmer qu'il incombe sur celles-ci une obligation de vigilance et surveillance sur les effets nuisibles de leurs activités qui serait d'autant plus stricte que leur part contributive aux émissions globales de gaz à effet de serre est importante. Une telle obligation de vigilance pourrait être limitée aux émissions produites après 1988 et pourrait effectivement être utilisée pour mesurer le degré de gravité des contributions de *Carbon Majors* aux émissions globales de gaz à effet de serre.

⁴⁹ Voir à ce propos la reconstruction proposée par N. Klein, *Tout peut changer. Capitalisme et changement climatique*, Actes Sud, 2014.

⁵⁰ Voir CIEL, *Smoke and Fumes : The Legal and Evidentiary Basis for Holding Big Oil Accountable for the Climate Crisis*, Nov. 2017.

Mais il ne faut pas être naïf : il est évident de telles opérations herméneutiques s'avèrent particulièrement difficiles lorsqu'elles sont tournées vers les émissions du passé. C'est pourquoi il nous semble nécessaire que la dimension rétrospective de la responsabilité des entreprises soit couplée avec une dimension prospective, tournée vers l'anticipation des risques à venir.

B-. La dimension prospective de la responsabilité climatique des entreprises : anticiper sur les risques à venir

Dans son *Principe responsabilité* Hans Jonas avait déjà préconisé, face à la dimension inédite des bouleversements écologiques engendrés par l'homme, la nécessité éthique de surmonter une approche passéiste et rétrospective de la « responsabilité-imputation » en faveur d'une « responsabilité-mission » ayant une dimension plus prospective et tournée vers l'avenir : une telle exigence éthique trouve en effet sa raison d'être dans la prise de conscience qu'« un objet de type entièrement nouveau, rien de moins que la biosphère entière de la planète, s'est ajouté à ce pourquoi nous devons être responsables parce que nous avons le pouvoir sur lui »⁵¹. Or penser la responsabilité climatique des entreprises dans sa dimension prospective permet de traduire juridiquement cette exigence éthique⁵². Mais elle permet aussi de contourner certains obstacles techniques de l'approche plus classique et rétrospective de la responsabilité juridique, que nous avons analysé plus haut. Et d'adapter la grammaire de l'imputation matérielle et subjective de la responsabilité à la dimension temporelle, géographique et épistémologique du changement climatique et de ses effets. Nous allons mettre l'accent sur deux éléments qui émergent de manière assez nette du contentieux dirigé contre les entreprises et qui s'avèrent fondamentaux pour penser ce nouveau projet juridique de la responsabilité : la notion de risque (1.) et diligence climatiques (2.).

1. La notion de risque climatique

Dans les grands moments de transformation de la société industrielle le concept de « risque » a été utilisé comme un dispositif susceptible d'organiser la connaissance et la régulation. Ce fut le cas au moment où les accidents causés par l'essor des machines industrielles portèrent atteinte à la disponibilité d'une main d'œuvre abondante⁵³. Ce fut le cas après l'accident de Tchernobyl qui ébranla les grandes certitudes sur lesquels s'étaient assises les années de la glorieuse croissance économique⁵⁴. Ça pourrait être aussi le cas aujourd'hui, lorsque les bouleversements des équilibres écologiques du Système-terre hypothèquent le futur du monde tel qu'on le connaît actuellement. Certes, la notion de risque est une notion qui n'est pas dépourvue d'ambivalences. Elle pourrait néanmoins être utilisée dans le champ juridique comme un opérateur susceptible de conduire les entreprises, et surtout les entreprises du fossile à réorienter leurs activités dans une direction compatible avec les objectifs globaux de réduction des émissions de gaz à effet de serre et de limitation de la hausse de la température à maximum 2°C d'ici la fin de 2100.

Mais faut-il encore se mettre d'accord sur une définition de « risque climatique ». Comme l'analyse du contentieux le démontre, cette notion à plusieurs dimensions. Dans le discours normatif dominant dans l'univers des entreprises et des institutions chargées de garantir la stabilité financière internationale, le risque climatique est essentiellement appréhendé dans sa

⁵¹ H. Jonas, *Le principe responsabilité*, Flammarion, 1990, p. 24 (nous soulignons).

⁵² Voir aussi les considérations de C. Larrère, « Changement climatique : et si nous parlions de responsabilité ? », in L. d'Ambrosio (dir.), *Le bon usage de la Terre. Penser le droit dans une planète finie*, HS 2018 *Revue juridique de l'environnement*, 2019.

⁵³ F. Ewald, *L'État Providence*, Fayard, 1986.

⁵⁴ U. Beck, *La société du risque*, Flammarion, 1986.

dimension « financière ». Une telle dimension, nous l'avons vu, représente un levier particulièrement efficace pour contraindre les entreprises du fossile à réorienter leurs stratégies d'investissement et de développement vers des secteurs decarbonés. Mais la notion de risque climatique ne saurait être réduite à sa dimension financière. Cette notion doit être appréhendée également dans sa dimension « sociétale » ou « extra-financière » pour utiliser la terminologie proposée par la novlangue de la RSE : il est désormais incontestable que le changement climatique produit des risques de dommage qui vont bien au-delà le périmètre de l'entreprise pour atteindre les conditions d'existence de la société humaine (du moins telle que on la connaît aujourd'hui). C'est précisément dans cette articulation entre « sociétés commerciales » et « sociétés humaines » que la notion de risque climatique rencontre le droit des droits de l'homme. L'un des produits de cette rencontre est certainement l'extension des exigences de publication et de communication des informations non-financières des entreprises aux émissions de gaz à effet de serre, directe et indirectes. Mais il serait vain de limiter la dimension prospective de la responsabilité climatique des entreprises à la publication et à la communication de leurs stratégies de mitigations des risques climatiques dérivant de leurs activités : en effet cette responsabilité n'en serait pas une si elle ne permettait pas de rendre ces stratégies opposables aux entreprises et, le cas échéant, justiciables devant une entité tierce. Un tel objectif pourrait aujourd'hui être atteint par la rencontre entre la notion de risque climatique et celle de diligence climatique.

2. La « diligence climatique »

C'est encore une fois le droit des droits de l'homme qui offre l'occasion d'une telle rencontre. C'est en effet dans ce domaine qu'un standard de diligence requise ou de *due diligence* pour les entreprises a été inscrit au frontispice de régulations internationales de la RSE – les *Principes directeurs* adoptés en 2011 par le Conseil des droits de l'homme et par l'OCDE à l'intention des entreprises. Or ces principes, qui envisagent l'obligation des entreprises de respecter les droits de l'homme comme une obligation générale existant indépendamment de la capacité ou de la détermination des États de remplir leurs propres obligations en matière de droits de l'homme, considèrent la *due diligence* comme le principal moyen que les entreprises doivent déployer pour s'acquitter de leur obligation de respecter les droits de l'homme⁵⁵. Ce dispositif a une finalité préventive assez marquée qui se déploie au travers de quatre composantes principales que les textes internationaux tachent de détailler. Il s'agit premièrement de l'identification des risques pour les droits de l'homme qui peuvent découler de l'activité de l'entreprise ; deuxièmement de l'évaluation des mesures et des processus déployés pour réduire ces risques ; troisièmement, du suivi de l'efficacité desdites mesures ; quatrièmement, de la communication avec les parties prenantes concernées.

Certes, on pourrait remarquer que les textes précités appartiennent à l'univers de la *soft law*, et que la notion de *due diligence* peut être considérée à la limite comme une source d'obligations morales et non juridiques face à certains risques ayant une dimension transnationale. Le constat n'est certainement pas faux mais il est incomplet car le droit national est capable de « capturer » de telles obligations et de leur donner une coloration juridique⁵⁶. Les actions contre *Shell* et *Total* confirment-elles cette capacité ainsi que la porosité fertile entre le droit international (hard et soft) des droits de l'homme et le droit national de la responsabilité. Grace à sa plasticité, la « faute », et tout particulièrement la faute de négligence, se présente comme l'opérateur d'une telle interaction : elle permet en effet de rendre justiciables les obligations de diligence, de vigilance ou de protection des violations

⁵⁵ Principe n° 15. Les autres moyens envisagés sont l'« engagement politique » et la « réparation ».

⁵⁶ Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à L. d'Ambrosio, « Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures », in L. d'Ambrosio et P. Barraud de Lagerie (dir.), Dossier « *Le devoir de vigilance des entreprises transnationales* », *Droit et société*, n° 156, 2020, à paraître.

des droits de l'homme qui émergent à l'interface de la morale et de la *soft law* internationale, et de les attirer vers le champ de la *hard law*. C'est précisément dans cette direction que les notions de « duty of care » et de « devoir de vigilance » sont mobilisées dans les affaires précitées *Shell* et *Total* : caractériser la faute des sujets qui avaient le pouvoir – et donc le devoir – de prévenir les violations macroscopiques des droits de l'homme qui *seront* engendrées par le changement climatique.

A défaut de tout dispositif juridique visant à plafonner ou à réguler les émissions futures de gaz à effet de serre des entreprises du fossile, la notion de diligence requise ou de *due diligence* peut dès lors être utilement mobilisée dans le domaine du changement climatique. Il reste néanmoins à identifier le « référentiel normatif » qui soit susceptible d'orienter la mise en œuvre de cette « diligence climatique ». Si l'on s'interroge sur la capacité de l'Accord de Paris de constituer un tel référentiel c'est moins en raison de la « force normative » qu'il est susceptible d'exprimer à l'égard des entreprises que sur la « force prescriptive » des objectifs qu'il fixe pour 2100 (et fluctuant par ailleurs entre 2°C et 1,5°C). Il est ainsi particulièrement intéressant de relever que dans les deux actions en justice introduites contre *Shell* et *Total*, un tel référentiel est identifié dans le rapport du GIEC sur 1,5°C : ce rapport identifie en effet des scénarios et des trajectoires de réduction des émissions de gaz à effet de serre (-45% en 2030 et -100% en 2050) qui peuvent (*rectius* : doivent) être utilisés par les entreprises afin d'orienter leurs choix. Tout écart non raisonnable de ces trajectoires peut être caractérisée de négligence de l'entreprise et engager sa responsabilité juridique. En somme, ce qu'il ne s'agit pas d'aligner son comportement sur ce référentiel normatif, « coproduit » par les sciences du climat et les pouvoirs publics⁵⁷, que les entreprises du fossile pourront démontrer de s'être acquittées de la diligence requise à l'égard de l'appréhension des risques climatiques.

Certes, l'usage d'un tel référentiel normatif dans le domaine de la responsabilité ouvre beaucoup d'interrogations : quelle est la portée juridique des scénarios envisagés par le GIEC ? Quelles typologies d'émissions faut-il prendre en considération pour déterminer les trajectoires de réduction ? Seulement les émissions directes ou également les émissions indirectes ? Quel rôle faut-il réserver aux technologies de captation ou aux mécanismes d'échanges de quotas ? Les futurs procès qui s'ouvriront très prochainement aux Pays-Bas et en France contre les *Carbon Majors* offriront les premiers éléments de réponse à ces questionnements. Les enjeux d'ordre juridique, mais aussi d'ordre morale et politique, sont de taille. Il reste à espérer que les juges ne s'en laissent pas effrayer et que, par leur *jurisprudence*, apportent leur contribution à l'institution de la responsabilité climatique des entreprises dans un cadre qui sache articuler intelligemment innovation et sécurité juridique.

⁵⁷ L'expression est empruntée à Sheila Jasanoff (v. en France certains de ces travaux traduits par O. Leclerc, *Le droit et la science en action*, Dalloz, 2013).